

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA – UESB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM MEMÓRIA: LINGUAGEM E
SOCIEDADE**

DANIELLA SANTOS MAGALHÃES

**ENTRE A MEMÓRIA E O DIREITO: A PERMANÊNCIA DAS NORMAS DO
DIREITO CANÔNICO NAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS BRASILEIRAS DO
CASAMENTO E DA FAMÍLIA**

**VITÓRIA DA CONQUISTA - BA
JULHO 2022**

DANIELLA SANTOS MAGALHÃES

**ENTRE A MEMÓRIA E O DIREITO: A PERMANÊNCIA DAS NORMAS DO
DIREITO CANÔNICO NAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS BRASILEIRAS DO
CASAMENTO E DA FAMÍLIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade – PPGMLS, como requisito parcial e obrigatório para obtenção do título de Doutor em Memória: Linguagem e Sociedade.

Área de Concentração: Multidisciplinaridade da Memória.

Linha de Pesquisa: Memória, Cultura e Educação

Orientador: Ruy Hermann Araújo Medeiros

**VITÓRIA DA CONQUISTA - BA
JULHO 2022**

M165e

Magalhães, Daniella Santos.

Entre a memória e o direito: a permanência das normas do direito canônico nas instituições jurídicas Brasileiras do casamento e da família. / Daniella Santos Magalhães, 2022.

114f.

Orientador (a): Dr. Ruy Hermann Araújo Medeiros.

Tese (doutorado) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade, Vitória da Conquista, 2022.

Inclui referência F. 111 – 113.

1. Direito – Memória – Normas Canônicas. 2. Direito Canônico - Casamento. 3. Família - Direito. I. Medeiros, Ruy Hermann Araújo. II. Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade. III. T.

CDD: 340.1

Catálogo na fonte: Juliana Teixeira de Assunção – CRB 5/1890

UESB – Campus Vitória da Conquista – BA

Between memory and law: the permanence of canon law norms in brazilian marriage and family legal institutions.

Keywords: Memory. Right. Wedding. Family.

Area de concentração: Multidisciplinaridade da Memória.

Doutora em Memória: Linguagem e Sociedade

Banca Examinadora: Ruy Hermann Araújo Medeiros (Presidente), Prof. Dra. Ana Palmira Bittencourt Santos Casimiro (Titular), Prof. Dr. Elton Moreira Quadros, Prof. Dr. Glauber Barros Alves Costa, Prof. Dr. José Patrício Bispo Júnior.

Data da defesa: 05 de agosto de 2022.

Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade.

Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB
Reitoria/Reitoria pelo Câmpus Vitória
Nº 16.828, de 04/07/2010

ATA REFERENTE À DEFESA DE TESE DE DANIELLA SANTOS MAGALHÃES, DOUTORANDA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM MEMÓRIA: LINGUAGEM E SOCIEDADE, DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA.

Aos cinco dias do mês de agosto do ano de 2022, às 9h, na sala do Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, **Daniella Santos Magalhães**, regularmente matriculada sob o registro acadêmico nº 2018A0034, defendeu sua tese perante a Banca Examinadora composta pelos professores **doutores** Ruy Hermann Araújo Medeiros - *presidente*, Ana Palmira Bittencourt Santos Casimiro - *membro*, Elton Moreira Quadros - *membro*, Glauber Barros Alves Costa - *membro* e José Patrício Bispo Júnior - *membro*, tendo sido aprovada. Entretanto, para que o respectivo título possa ser concedido, com as prerrogativas legais dele advindas, o exemplar definitivo (em formato word) da referida tese, deverá ser entregue à secretaria do PPG em Memória: Linguagem e Sociedade, em um prazo máximo de 30 dias, qual seja, 04 de setembro de 2022, com as alterações e/ou correções sugeridas pelos membros da banca, para que possa ser homologado pelas instâncias competentes da UESB. UESB, Vitória da Conquista/Bahia, 05 de agosto de 2022.

Prof. Dr. Ruy Hermann Araújo Medeiros
(Presidente)

Ass.: Ruy Hermann Araújo Medeiros

Prof. Dra. Ana Palmira Bittencourt Santos
Casimiro (UESB)

Ass.: Ana Palmira B. Casimiro

Prof. Dr. Elton Moreira Quadros (UESB)

Ass.: Elton M. Quadros

Prof. Dr. Glauber Barros Alves Costa (UESB)

Ass.: Glauber Barros A. Costa

Prof. Dr. José Patrício Bispo Júnior (UFBA)

Ass.: José Patrício Bispo Jr

Campus de Vitória da Conquista
ppgmls@uesb.edu.br

(77) 3429-0199

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos se iniciam com a feliz lembrança das aulas da professora Luci Mara Bertoni, quando aprendi que nós, mulheres, não devemos pedir desculpas aos familiares pelo tempo destinado aos estudos do doutorado comprometendo a rotina familiar. Não se pede desculpas quando a ausência é necessária.

Com isso, faço meus sinceros agradecimentos ao meu orientador professor Ruy Medeiros, que com seu profícuo conhecimento e experiência de vida, sempre destinou atenção e cuidado à escuta e leitura do meu objeto de pesquisa, fazendo sentir-me acolhida por sua alma sábia e leve.

Estendo minha gratidão à UESB, aos professores e funcionários do *Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade* da UESB, em especial às coordenadoras Edvania Gomes da Silva e Luci Bertoni pelo carinho e atenção sempre destinados a mim.

À banca examinadora do Exame de Qualificação, composta pela Profa. Dra. Ana Palmira Bittencourt Santos Cassimiro e pelo Prof. Dr. Elton Moreira Quadros, sou grata pela leitura cuidadosa e pelas valiosas contribuições para a produção desta tese. Estendo os meus agradecimentos à banca de defesa que, além dos professores mencionados, foi composta pelo Prof. Dr. Glauber Alves Costa e pelo Prof. Dr. José Patrício Bispo Júnior.

Gratidão especial, gravada para permanecer, eu destino a minha comadre Carla Zileide, que ocupou os lugares em que precisei me ausentar, quem me fez acreditar nos momentos mais difíceis que eu era capaz de escrever e me tornar “doutora”, quem leu e releu minha tese corrigindo a escrita e deixando meu trabalho digno de avaliação.

Aos meus sobrinhos, Thaíse e Rafael, a certeza de que somos uma família e dividimos todos os momentos da nossa caminhada.

Minha eterna gratidão ao meu compadre – Glauber Barros – pela sua presença em minha vida, fazendo-me ver em mim a potência de mulher que me torno em cada conquista alcançada. À Ana Luisa, seu carinho e estímulo acolheram minha alma nos momentos mais decisivos da minha escrita.

Aos que distante fisicamente (minha comadre Andrea, Magna, Martinha) sempre tiveram o cuidado em mandar mensagem perguntando sobre a tese e o cansaço dos estudos. Às amigas (Suze, Leia, Ariana) pelo acolhimento nas horas do cafezinho com as conversas que distraem uma mente cansada. Todo carinho acolhe nossa alma! E sou eternamente grata!

Aos meus alunos por permitirem que o meu tema de estudo fosse tratado em sala de aula para que ficasse mais segura com a defesa do meu tema. Aos meus colegas de disciplinas realizadas no PPGMLS, especialmente a minha amiga Glenda Félix!!!!

Por fim, às forças de Oxum e Oxóssi que alimentam a minha cabeça de amor e determinação!

RESUMO

Esta tese situa-se no campo da Memória e do Direito, tendo como recorte temático as normas canônicas e seculares aplicadas no Brasil. A autora da tese fazendo uso do suporte metodológico eminentemente documental analisou a relação de continuidade das normas do direito canônico no ordenamento jurídico brasileiro que regula o Direito de Família. Para este intento, avaliou a influência do *Código do Direito Canônico* no Brasil, tal como as *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, marco da historicidade católica neste país, que ditavam desde regras com relação à fé e à manutenção das ordens religiosas, até o cotidiano dos fiéis, com suas vivências determinadas por procedimentos e sanções. Em seguida, o estudo se ocupou de analisar e comparar com os textos jurídicos que vigoram no Brasil, a exemplo das *Ordenações Filipinas*, *Leis Extravagantes do Império*, do *Código Civil de 1916* e do *Código Civil de 2002* acerca da família e do casamento. Sabe-se que as normas jurídicas de conduta tendem a representar os interesses locais, os costumes ou a tradição de um grupo, mas nem sempre representam a vontade do todo, mas quase sempre a vontade do grupo social dominante. A autora conclui que o Direito é Memória, tendo no comando normativo - seja religioso ou secular - o lugar de permanência de hábitos e condutas que se tornam imperativos a partir da imposição da vontade do Estado ou da Igreja.

Palavras-chaves: Memória; Direito; Casamento; Família.

ABSTRACT

This thesis is located in the field of Memory and Law. The aim of this thesis is to examine the canonical and secular norms applied in Brazil. The author of the thesis, throughout an eminently documentary methodological support, analyzed the relationship about the continuity of the norms of canon law and the Brazilian legal system that regulates Family Law. For this purpose, the author evaluated the influence of the Code of Canon Law in Brazil, such as the First Constitutions of the Archbishopric of Bahia, a landmark of Catholic historicity in this country. These texts dictated from rules regarding faith and the maintenance of religious orders to the daily life of the faithful, with their experiences determined by procedures and sanctions. Then, the study analyzed and compared legal texts that prevailed in Brazil, such as the Philippine Ordinances, the Extravagant Laws of the Empire, the Civil Code of 1916 and the Civil Code of 2002 about family and marriage. It is known that legal norms of conduct tend to represent the local interests, customs or tradition of a group, but they do not always represent the will of the whole, but almost always the will of the dominant social group. The author concludes that Law is Memory, having in the normative command, whether religious or secular, the place of permanence of habits and behaviors that become imperative from the imposition of the will of the State or the Church.

Keywords: Memory; Right; Wedding; Family.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 MARCO TEÓRICO DA MEMÓRIA E DO DIREITO	16
2.1 Sobre o método: considerações sobre a tese	16
2.2 Sobre a memória: breves considerações teóricas	18
2.3 Sobre o direito: os caminhos e descaminhos normativos	28
2.4 Entre a memória e o direito	36
3 DA CONTINUIDADE DA MEMÓRIA DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO	42
3.1 Histórico da família	42
3.2 Entre direitos e deveres do pátrio poder e poder familiar	47
3.3 Do casamento religioso ao jurídico	51
3.3. 1 Do casamento religioso	57
3.3.2 Do casamento civil	60
4 DO ENTRECruzAMENTO DO DIREITO CANONICO E O DIREITO SECULAR NA INSTITUIÇÃO JURÍDICA DO CASAMENTO E DA FAMÍLIA	66
4.1 Da memória das normas religiosas e seculares	66
4.2 Do entrecruzamento das normas canônicas e seculares	68
4.3 Do matrimônio: entre o direito religioso e o secular.	73
4.4 Das coisas que devem preceder a celebração do matrimônio	82
4.5 Dos impedimentos para celebração do matrimônio.	86
4.5.1 Impedimentos em geral	86
4.5.2 Impedimentos Impedientes	87
4.5.3 Impedimentos Dirimentes	88
4.6 Do consentimento matrimonial	90
4.7 Da forma de celebrar o matrimônio	91
4.8 Dos efeitos do casamento	92
4.9 Do desquite e da separação dos cônjuges	96
5 CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

Se a pesquisa científica fosse observada numa perspectiva lúdica, seria possível considerar que a tese - ou qualquer outro trabalho com caráter investigatório - fosse como uma caça ao tesouro, na qual o pesquisador se coloca no lugar do sujeito que sai à procura de repostas, sejam elas afirmativas ou negativas. Estas pistas ou sinais o auxiliam a chegar ao lugar esperado do tesouro.

Diante disso, é possível afirmar que a elaboração de uma tese de doutoramento (a) tende a revelar informações, comportamentos e hábitos que acabam, no transcorrer do tempo, por cair em desuso ou mesmo serem substituídos por outros comportamentos, ou, ainda, que (b) é a forma como o sujeito pesquisador apresenta ao mundo real maneiras ou possibilidades para solucionar problemas humanos ou sociais.

Assim, uma observação só permite o notar de um problema se aquela entra em conflito com certas expectativas nossas, sejam estas conscientes ou inconscientes. E, neste caso, o que constitui o ponto de partida deste trabalho científico não é tanto a pura e simples advertência, porém, mais adequadamente, uma nota que desempenha um papel particular, isto é, uma observação que permite vislumbrar um problema a ser desvendado.

É com este intento que esta tese seguiu os mesmos caminhos que qualquer outro trabalho de cunho científico, neste caso, delimitando o tema em torno da categoria da *memória* e a entrecruzando com a *ciência jurídica*, em aspectos específicos a respeito do casamento e família, a serem melhores justificados nos próximos parágrafos.

Para tanto, é desafiadora a problematização e delimitação do problema que se pretende resolver na pesquisa. Por sua vez, não menos provocativo o cuidado com a escolha do caminho a ser utilizado para o desenvolvimento do trabalho - a exemplo do uso adequado do referencial-metodológico, dos instrumentos para pesquisa e da verificação das hipóteses levantadas, ainda no projeto de pesquisa, que serão, ao final do trabalho, confirmadas ou refutadas.

Nas ciências, usam-se teorias e métodos para desvendar os objetos de pesquisa. Dentre estas teorias científicas, o método dedutivo – utilizado para esta pesquisa - consiste numa tentativa de explicação e solução de um problema científico, que pode ser criticado racionalmente através de suas consequências. É, então, uma solução experimental, o objeto da crítica racional que, por meio do raciocínio lógico e dedutivo, obtém uma conclusão para a pergunta-problema de um trabalho científico, neste caso uma tese.

Quando se fala em pesquisa científica, é comum a opinião, na ótica do senso comum, de que a ciência é um lugar no qual todas as problematizações suscitadas terão suas respostas (confirmadas ou refutadas) apenas a partir do arcabouço teórico já existente. É como se na ciência já existissem as respostas para todas as perguntas, aguardando apenas o momento para serem reveladas.

Contudo, é importante ressaltar, - levando em consideração os pensadores da ciência, a exemplo de Karl Popper - , a opção por afirmar que a teoria ou o referencial teórico existente deve ser visto como uma alternativa de solução do problema investigado, a ser revista ou deixada de lado diante do surgimento de evidências empíricas, entendendo que não há um dado teórico estático, impossível de ser alterado, pois a própria teoria científica surge da mutação de teorias anteriores.

O conhecimento não começa a partir de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números. Ele começa, mais propriamente, de problemas. Poder-se-ia dizer que: não há nenhum conhecimento sem problemas, mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento (POPPER, 2004).

Outrossim, o que é importante para a ciência não está na eliminação dos interesses extra científicos, mas na diferenciação entre o que pertence à pesquisa para a verdade e para o interesse científico da verdade. Apesar de a verdade ser um valor para a ciência, não é o único. Acrescenta-se que, no campo da investigação social, o princípio epistemológico consiste na verificação de procedimentos empiristas numa aplicação de uma lógica dedutiva.

Desta forma, deixando de lado um olhar amplo e genérico a respeito do conhecimento para não correr o risco de tornar este texto vago e sem sentido, faz-se uso justamente do rigor que exige a metodologia da pesquisa acerca da importância da limitação do tema e, por este motivo, tratando do estudo desta tese afirma-se a preocupação em aspectos de investigação social, que envolve o conhecimento.

Imergindo no recorte temático desta tese fez-se uso dos fatos que envolvem a Memória, a História e o Direito, atendendo a proposta da ciência em mostrar que a História está para além de um repositório de anedotas ou cronologias. De forma que os próprios cientistas defendem a imagem do saber como algo em constante mutação e, em questões que envolvem a Memória e a História, “o documento é composto de elementos que funcionam como um inconsciente cultural que assume papel decisivo e intervêm para orientar uma apreensão, um conhecimento” (LE GOFF, 1990, p. 472).

Assim sendo, a investigação histórica cuidadosa de uma determinada especialidade, num determinado momento, revela um conjunto de ilustrações recorrentes, quase

padronizadas, de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação.

O documento é monumento. Resulta do esforço das sociedades históricas para impor ao futuro – voluntária ou involuntariamente – determinada imagem de si próprias. No limite, não existe um documento-verdade. Todo o documento é mentira. Cabe ao historiador não fazer o papel de ingênuo. Os medievalistas, que tanto trabalharam para construir uma crítica – sempre útil, decerto – do falso, devem superar esta problemática porque qualquer documento é, ao mesmo tempo, verdadeiro – incluindo, e talvez sobretudo, os falsos – e falso, porque um monumento é em primeiro lugar uma roupagem, uma aparência enganadora, uma montagem. É preciso começar por desmontar, demolir esta montagem, desestruturar esta construção e analisar as condições de produção dos documentos-monumentos. (LE GOFF, 1990, p. 476).

Depreende-se do autor medievalista que a História não deve ser vista como ciência do passado, pois se trata da ciência da mutação. Mais ainda: esta ciência assume a responsabilidade das mudanças. Como se não bastasse tal complexidade, o medievalista afirma a necessidade do pesquisador em desconstruir num ato de fazer e desfazer as leituras dos documentos históricos por considerar que - ao lado da verdade ou das narrativas reais - existe também a mentira, ou as narrativas irreais contadas ao longo do tempo se fazendo passar por fatos reais.

Por este motivo, a pesquisadora desta tese, com consciência do impacto das considerações externadas ao investigar a matéria da permanência das normas do direito eclesiástico na regulação do casamento sob a perspectiva da memória social, amplo objeto deste texto, limitou-se ao recorte temático do cenário da memória coletiva que envolve a instituição familiar constituída pelo casamento presente no tempo histórico como a célula-mãe da sociedade, e, por conseguinte, pretendendo-se atemporal. A finalidade deste escrito consistiu em investigar o entrecruzamento do direito canônico com o direito secular, como elementos constituintes da memória existente da instituição familiar e do matrimônio e sua manutenção na história, por meio da memória coletiva.

Diante da necessidade de um recorte espaço-temporal do tema citado, a pesquisa traçou, como objetivo geral, analisar a relação de continuidade das normas do direito canônico no ordenamento jurídico brasileiro que regula o Direito de Família. Para tanto, buscou esmiuçar a influência do **Código do Direito Canônico** no Brasil, tais como as **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**, marco da historicidade católica neste país, que ditou desde regras com relação à fé e à manutenção das ordens religiosas, até o cotidiano dos fiéis, com suas vivências determinadas por procedimentos e sanções. Neste sentido, seu estudo

permitiu afirmar que estas normas estiveram para além da circunscrição religiosa sopesada como a base fundadora do ordenamento jurídico brasileiro, ao lado das Ordenações do Reino.

Ademais, entendeu a autora que, para o entrecruzamento do direito canônico com o direito secular, tornou-se indispensável a análise e comparação dos textos jurídicos que vigeram no Brasil, a exemplo das **Ordenações Filipinas, Leis Extravagantes do Império**, do **Código Civil de 1916** e do **Código Civil** de 2002 acerca da família, bem como do rito utilizado na formalização do casamento, tendo sua influência religiosa e civil na geração de direitos e deveres entre os sujeitos envolvidos, compondo, assim, os objetivos específicos deste trabalho.

A escrita da tese, também, se ateu à observação dos ritos de celebração do casamento, por exemplo, sejam os que antecedem (a exemplo do anel de compromisso, o noivado, os preparativos), bem como os rituais que envolvem a celebração do consórcio (a entrada da noiva no lugar da celebração, os cumprimentos entre o pai e o noivo, a aliança e o bolo). Elementos que, ao serem lembrados pelos indivíduos, se apresentam como memória de um ritual de passagem da vida individual para o ato de partilhar experiências em comum com alguém, com a permissão e bênção de uma instituição religiosa ou secular, garantindo os efeitos jurídicos, sociais e religiosos pretendido pelos pares.

Ainda, sobre os objetivos específicos, essas lembranças não tratam apenas da memória individual ou mesmo do casal e da família a ser constituída a partir daí, mas, guardam relação com a memória do casamento, no âmbito coletivo que fica na memória de um grupo social, e assim, convergindo como expressão da memória coletiva.

Para tanto, tem-se que “[...] a memória é a vida, sempre carregada por grupos vivos, e, nesse sentido, ela está em permanente evolução, aberta à dialética da lembrança e do esquecimento” (NORA, 1993, p. 3). E ainda por ser a “memória um evento sempre atual, um elo vivido no eterno presente [...] porque é afetiva e mágica” (NORA, 1993, p. 3), entenda-se: a memória coletiva.

O motivo que torna relevante este escrito – atendendo a justificativa de qualquer trabalho científico – concentra-se na importância em percorrer a memória do **Direito de Família**, com o devido recorte temático, transitando entre passado e presente de maneira sutil e quase que concomitante no transcender do tempo individual e coletivo, uma vez que os sujeitos históricos responsáveis pela formação do instituto familiar permanecem, ainda que apenas na lembrança, presentes e atuantes neste lugar de memória “que só vivem de sua aptidão para a metamorfose, no incessante ressaltar de seus significados e no silvado imprevisível de suas ramificações” (NORA, 1993, p. 22).

Não menos indispensável considerar o pensamento de Halbwachs (2006), ao reiterar que a memória possui caráter social e resulta das diversas formas de interação que o indivíduo mantém com outros indivíduos na sociedade. “Em outras palavras, a memória não brota de indivíduos isolados, mas, sim, dos marcos de uma sociedade, da interação e do lugar que os sujeitos ocupam em um grupo social” (MAGALHÃES; ALMEIDA, 2011, p. 99).

O que torna possível afirmar que são múltiplas as relações entre a memória e o direito, a exemplo: a) dos arquivos judiciais nos quais “os lugares de memória nascem e vivem do sentimento de que não há memória espontânea, de que é preciso criar arquivos, organizar celebrações, manter aniversários, pronunciar elogios fúnebres, notariar atas, porque estas operações não são naturais” (NORA, 1993, p.13). Assim é possível afirmar que a ausência dos registros judiciais reduziria as informações a respeito da alforria de homens e mulheres negras. Bem como, sem os **Autos da Devassa** pouco se saberia da Inconfidência Mineira, e mesmo sobre o registro das celebrações matrimoniais, os quais além de assegurar a legalidade do consórcio, é recurso utilizado para se conhecer a formação das famílias, com seus nomes e patrimônio; b) o hábito de nomear ruas e espaços públicos homenageando pessoas, bem como o uso de comendas e títulos às pessoas são formas de conservar sua memória; c) a prática de cunhar moedas para memorizar fatos, eventos, pessoas com a finalidade de permanecer viva, naquela sociedade, a cultura acumulada.

Aqui, num outro aspecto da relação, aparecem como resíduos do direito anterior no atual ordenamento jurídico, de forma a ratificar o entrelaçamento entre memória e direito, pois o dever ser desejado na norma jurídica precisa da continuidade no tempo para se mostrar como necessária (ou não) para a ordem social.

Neste diapasão, sabe-se que a instituição familiar constituída pelo matrimônio sempre foi questão de interesse normativo, seja no âmbito secular, seja no religioso, ligando-se ao primeiro por se tratar de direitos e garantias patrimoniais, e ao segundo por se tratar de uma comunhão entre Deus e o Homem. E, para ambos, como uma forma de se padronizar o comportamento social tomado em valores morais e jurídicos, que consistem em entender como certo ou errado, lícito ou ilícito.

Com o avançar das pesquisas bibliográficas e problematizações realizadas a cada leitura feita para o trabalho científico é possível o pesquisador considerar que, mesmo na delimitação de um tema de pesquisa, o objeto de estudo pode se expandir permitindo-se a outras perguntas problemas, a outros textos. Fato que ora é cansativo, ora é fascinante.

Para tanto, numa busca de não correr o risco de fugir dos objetivos pretendidos neste trabalho, esta pesquisa encontra-se dividida em seções articuladas entre si numa tentativa de

desenvolver a narrativa do objeto proposto de forma que o leitor acompanhe os processos históricos que envolvem o assunto.

Para tanto, na primeira seção — **Introdução** — apresentou-se a pesquisa, a problematização da pergunta, os objetivos e percurso metodológico para escrita dessa tese. Em seguida, seção segunda – **Marco teórico da Memória e do Direito** - cuidou dos pressupostos teóricos metodológicos acerca da Memória e do Direito, recortada na estruturação da memória coletiva, por entender que é de onde se dão os registros históricos relacionados à instituição familiar e ao casamento, não desconsiderando, obviamente, a complexidade para se reconstruir na consciência humana as dimensões de uma mesma realidade. O que significa dizer que a memória em torno da família e do casamento é, por si só, tomada e avaliada a partir de diversos olhares que ocupam lugares e funções distintas nessas relações que são sociais.

Ao mesmo tempo, ao analisar a norma jurídica positivada, seja em leis, princípios, decisões ou regras, o Direito tende a criar um modelo, - um padrão de comportamento social visto como o correto, o lícito, o aceitável - e, por essa razão, repetido no convívio social. Obviamente, há críticos e críticas acerca do Direito como gerador de norma, já que a existência da regra jurídica e sua obrigatoriedade não significam, de forma absoluta, que é o efetivamente ideal, no sentido de bem estar coletivo.

Neste diapasão, pode-se entender a memória no entorno da norma jurídica (neste caso, regras em torno do casamento e família) como consequência da imobilização da memória, onde os fatos ocorridos se tornam desativados em memória como algo real, verdadeiro como se tivesse ocorrido da forma exata que é lembrada quando evocada. Assim,

[...] a memória, uma vez imobilizada, deixa amplo espaço para uma atividade grande e complexa: a busca do sentido, não da memória em si, mas do texto que dela ou da necessidade de mantê-la resultou. É o âmbito de interpretação que se abre. Enunciados escritos, reveladores da memória imobilizada, carecem de significados, pois enquanto não são interpretados não servirão para o intuito do cientista e a intenção desse será reveladora do tipo de interpretação. (MEDEIROS, 2015, p. 35).

O Direito, neste sentido, pode ser visto como obstáculo à transformação social na medida em que representa – muitas vezes – o consenso de vontades de um grupo de poder, que, de forma impositiva, estabelece o querer de um grupo como o querer do coletivo, e sua normatização faz o tempo futuro (quando o futuro recorre às lembranças do passado) acreditar

que a norma surgiu a partir de um querer coletivo, de um consenso absoluto. E isso é memória.

A seção terceira – **Da continuidade da memória de família e do casamento** - ocupou-se (a) da formação da família com seus condicionamentos históricos, numa tentativa de tecer uma linha histórica, porém não linear, dessas representações sociais como continuidade da memória de família numa perspectiva jurídica e canônica, (b) bem como as condições e exigências jurídicas e canônicas para as questões que envolviam desde a celebração, os efeitos e a dissolução matrimonial, (c) numa tentativa de averiguar o entrecruzamento dessas normas no matrimônio e suas afetações na memória coletiva.

Ao passo que, a seção seguinte, ou seja, a quarta seção – **Do entrecruzamento do Direito Canônico e o Direito Secular na instituição jurídica do casamento e da família** - cuidou da problematização em si do objeto de pesquisa proposto, ou seja, analisa os documentos jurídicos e religiosos que consagram o casamento e a família, a exemplo das **Ordenações Filipinas**, das **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**, do **Código Civil de 1916** e do **Código Civil de 2002** e do **Código de Direito Canônico** com o intuito de atingir o resultado pretendido num projeto de pesquisa, qual seja o de afirmar ou refutar a hipótese do trabalho, que, neste intento, consiste na observação da continuidade do direito canônico na formação jurídica da instituição familiar e o casamento e em que consiste sua relação com a memória.

E por fim, na última seção, apresento a resposta oferecida como conclusão à pergunta problema que norteou essa tese a respeito da permanência das normas eclesiais no direito secular acerca do casamento e família, e sua relação com a memória coletiva. Neste caso, afirmando a hipótese que considera a relação de permanência do direito canônico nas normas seculares do ordenamento jurídico brasileiro ao tratar do casamento e família.

E assim, como o sujeito que se prepara para dar início à caça ao tesouro, - planejando a melhor estratégia, avaliando o tempo e os recursos necessários para lograr êxito na investida, mas, ainda assim, minutos antes de dar o primeiro passo em direção à conquista desejada -, se faz vários questionamentos, muitos até já respondidos no transcorrer da elaboração do projeto: é como se permite ser este pesquisador.

A pergunta-problema é o ponto de partida, como uma espécie de centramento para o pesquisador, ao menos nos critérios metodológicos, como resultado do emaranhado de questionamentos feitos a cada leitura. E, para a autora desta tese, cada pesquisa alcançada em torno do tema, bem como os entrecruzamentos dos aportes teóricos, - além das discussões promovidas nas disciplinas realizadas no programa do Doutorado (a exemplo: Teoria da

Memória, Memória em Halbwachs, Memória e Representações Sociais, Memória e Direito) -, foi que tornou presumível um caminho para o texto final, chegando a uma resposta provável. Tornando possível, ao final da escrita da tese, reconhecer a clareza proposta por Sócrates: “*ipse se nihilscire id unumsciat*” (Só sei que nada sei).

Para este intento, a seção seguinte destinou-se a discorrer a respeito dos aportes teóricos da Memória, relacionando-os, em seguida, com a ciência jurídica no que diz respeito à eficácia de uma norma jurídica para manutenção de uma regra, de uma conduta que se torna coletiva e que, sendo absorvida pela memória coletiva, atravessa o espaço e o tempo histórico. Nossas lembranças permanecem coletivas e nos são lembradas por outros, ainda que se trate de eventos em que somente nós estivemos envolvidos e objetos que somente nós vimos. Isto acontece porque jamais estamos sós (Halbwachs, 2006, p.30).

2 MARCO TEÓRICO DA MEMÓRIA E DO DIREITO

O tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Sem dúvida, ele apresenta uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento do ser vivo. Do mesmo modo, ele depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora como instante fulgurante. Mas quer o aprendamos sob sua face objetiva ou subjetiva. O tempo é inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico. (OST, *O tempo do Direito*).

2.1 Sobre o método: considerações sobre a tese

Para apresentar ao leitor o resultado desta pesquisa nos capítulos seguintes, é de fundamental importância, e em respeito aos critérios científicos que uma investigação utiliza, discorrer a respeito do método de pesquisa utilizado para obter os resultados ora apresentados nesta tese.

Assim, para que seja possível responder ao questionamento central da pesquisa, - qual seja se há continuidade da norma canônica com a norma secular em questões sobre o casamento e a família - , foi utilizado o método histórico por entender que é impossível desprezar as contribuições dos acontecimentos do passado para as atuais formas de vida social (MARCONI; LAKATOS, 2003).

A aparência da continuidade, ou seja, a persistência das características inerentes a um determinado contexto exige do pesquisador um olhar contínuo sobre seu objeto de pesquisa, analisando o que ele foi no passado e o que ele é no presente. Dessa forma, o objeto de estudo desta tese consistiu em verificar se os elementos normativos do casamento e da família apresentados pelo direito canônico num determinado momento histórico são perceptíveis na ordem jurídica secular no transcorrer do tempo e, sendo assim, se eles utilizam a memória coletiva com suas variadas determinações e contingências históricas.

Esta pesquisa foi uma investigação num espaço da memória que, apesar de transformada constantemente e carregada de identidades, significados e símbolos, a partir da qual se tem novos olhares, novos modos de ver o mundo e os seus objetos e sujeitos, busca, também, ao longo do tempo, a permanência de hábitos e práticas que se repetem, tornando-se

tradição de um povo, de um grupo e de uma sociedade. Uma memória que ao longo do tempo, procura manter-se viva como forma de garantir a própria identidade e valores do grupo, na existência ininterrupta do tempo.

A investigação desenvolvida nesta tese, com intuito de analisar a continuidade da norma canônica a respeito do casamento e da família, apesar da norma secular vigente, utiliza abordagem qualitativa de cunho documental e exploratória, uma vez que a

[...] metodologia qualitativa pressupõe uma análise e interpretação de aspectos mais profundos da complexidade do comportamento humano. [...] fornece análise mais detalhada sobre investigações, hábitos, atitudes e tendências de comportamentos. (MARCONI & LAKATOS, 2005, p. 269).

Reitera-se, conforme Minayo (2002, p. 21-22), que a abordagem qualitativa

[...] trabalha com um universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores, atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis.

Assim, para esta pesquisadora atingir a abordagem qualitativa a respeito de investigações, hábitos e tendências comportamentais que envolvem a pergunta problema norteadora desta tese, foi necessário o uso do procedimento técnico da pesquisa bibliográfica, entendendo que, a pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, esta modalidade de pesquisa inclui material impresso como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos” (GIL, 2010, p. 29-31).

Para tanto, nesta tese foram utilizados: o **Código de Direito Canônico** (1962), as **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia** (1707), **Código Civil** (1916 e 2002), bem como normas complementares do assunto, a exemplo do **Estatuto da Mulher** (1962), buscando nos dispositivos das normas seculares, a exemplo do **Código Civil**, preceitos semelhantes aos enunciados normativos dispostos nas normas religiosas a respeito do casamento e a família, para afirmar ou negar a hipótese deste trabalho, o qual partiu do pressuposto da existência de continuidade dos preceitos religiosos na norma secular, e tendo a memória coletiva como lugar de ancoragem e entrecruzamento do direito canônico com o direito secular a respeito das normas referente ao casamento e a família.

A leitura dos textos, documentos e leis ocorreu (a) por meio dos métodos hermenêuticos de interpretação, seja a literal e gramatical ao analisar um artigo de lei, (b) bem como numa perspectiva histórica ou mesmo teleológica do sentido das normas - seja do

direito canônico e/ou do direito secular acerca do recorte temático desta tese e sua continuidade na memória coletiva.

2.2 Sobre a memória: breves considerações teóricas

Nas pesquisas do campo da memória e da história, é possível considerar a existência de abordagens sobre o assunto sem o inconveniente de ser repetitivo, ou, ainda que, tomados todos os cuidados necessários, invadir objetos de pesquisa de outros estudiosos, correndo o risco de cometer um plágio?

A resposta apresentada neste trabalho é a afirmação de que: sim, é possível, dentre as possibilidades dos estudos acadêmicos, delimitar o objeto de estudo de forma a trazer ao campo da ciência aspectos antes não esmiuçados a respeito da memória e a história, com a finalidade de entrelaçar essas categorias de estudo, e, ainda, afastar a probabilidade de coincidências entre teses ou outros trabalhos de cunho científico. Acrescenta-se a ideia de que estas categorias estão abarcadas, neste trabalho, em uma temática que envolve as regras do Direito Canônico na entidade familiar.

Neste sentido, o leitor desta tese se certificará como os padrões de condutas, regras, direitos e deveres convencionados (ou impostos) no âmbito doméstico guardam relação direta com as normas do direito canônico tendo, justamente, na memória (seja memória retentiva ou memória recordação) o mecanismo de permanência de um modelo familiar a perpetuar no tempo histórico.

Assim, o conceito de memória é objeto de reflexões ao longo do tempo. Na Grécia, a memória era sobrenatural e um dom a ser exercitado. Protegida pela deusa Mnemosine, mãe das Musas, responsável pela arte e história, a memória agraciava os poetas com o dom de lembrarem-se do passado e transmiti-lo aos mortais. Em Roma, a memória era indispensável à oratória, ação humana de significativa relevância no Direito, destinada a convencer e emocionar os ouvintes por meio da linguagem. No Período Medieval, ganhou importância a memória litúrgica, ligada à memória dos santos, ficando, assim, o tempo marcado por comemorações litúrgicas, louvando-se santos e mártires, com seus milagres lembrados em datas precisas.

Vale lembrar que os diversos povos e culturas passaram de uma sociedade oral para novas ocupações relacionadas, especialmente, à vida nas cidades exigindo aparelhos cada vez mais sofisticados para guardar e disseminar a memória em textos e imagens.

Dessa forma, o tema da Memória é, por si só, um campo de vasta e complexa abordagem, tendo em vista seu percurso no tempo, - e o tempo acompanha o homem em sua passagem existencial. A Memória está presente no ser humano, seja em sua percepção individual, - ao registrar sensações, fatos, experiências e pessoas com quem se relaciona -, seja no âmbito coletivo, na construção de memórias de grupos. Dessa maneira, a Memória é uma narrativa de identidade alicerçada em um tempo e espaço. Dada a sua relevância, a Memória é uma categoria de estudo da ciência, podendo ser vista como um portal de conhecimento acerca da própria humanidade.

A Memória é considerada uma faculdade, uma capacidade de lembrar e de recordar algo já ocorrido. Ela tanto pode ser encarada como (a) a atividade intelectual de lembrar, - ou seja, o ato voluntário de recordar um fato já ocorrido -, quanto pode (b) consistir numa manifestação de uma recordação em que não se provocou a sua lembrança, mas aconteceu num movimento involuntário da mente humana que a fez ir ao passado, logo fazendo-a lembrar de alguma coisa. É um ato paradoxal entre querer e não querer recordar de algo que está, de alguma maneira, registrado na mente do indivíduo e o acompanhará de maneira consciente ou inconsciente.

[...] Memória, portanto, não é nem percepção sensorial nem pensamento, sendo, sim, um estado ou afecção de uma ou outro no decorrer do tempo. Como foi dito, não é possível haver memória de algo no presente enquanto presente, sendo a percepção sensorial que se refere ao que é presente, à expectativa ao que é futuro, e a memória se referindo ao que é passado. (ARISTOTELES, s.d., p. 76).

É importante considerar, ainda, que a própria memória sofre as consequências do existir no indivíduo pelo fato de “[...] os jovens e os velhos terem memória falha, já que ambos se acham num estado de fluxo, os jovens em função de seu desenvolvimento, enquanto os velhos, devido ao seu declínio” (Aristóteles, s.d., p. 78).

Anteriormente, Platão, discípulo de Sócrates, apresentou a memória como um registro que ocorre quando se inscreve alguma informação numa tábua de cera. Ao usar a escrita como forma representativa de uma imagem captada pela mente humana numa tábua, está a se registrar algo que já aconteceu, e, como não é possível mantê-la na mente, - intacta e como se presente fosse -, faz-se pelo registro na memória, da mesma forma quando se marca algum símbolo numa pedra. Lá estará registrado e poderá ser consultado sempre que desejado no presente, que é o futuro do passado. Na cera, modelam-se sensações, pensamentos e aquilo que aí está impresso pode ser recordado (MEDEIROS, 2015, p. 15).

Assim, para Platão, a qualidade das imagens depende da qualidade da cera e da qualidade da pessoa que fará o registro, ou seja, a impregnação na cera. A imagem mnêmica é fruto de impressões de quem inscreve na cera, e, por este motivo, há de se compreender que existem várias interpretações de uma mesma imagem, já que depende de como o sujeito que inscreverá o símbolo, percebe e sente a imagem a ser descrita.

Essa subjetividade de entendimento é a condição pela qual se compreende que, para a ocorrência de um mesmo fato (individual ou coletivo), sempre existirá mais de uma versão ou mais de uma forma de registrar a ocorrência do fato. Na narrativa de fatos históricos com grande repercussão, por exemplo, sabe-se que cada indivíduo registrará na cera a sua experiência vivida, com suas sensações e emoções, como se registrasse em um diário íntimo a ocorrência do fato histórico numa perspectiva individual. Isto não significa que este registro será reconhecido como memória do fato histórico em si em razão das outras narrativas e das outras inscrições feitas por aqueles que também viveram o mesmo momento, mas com registros diferenciados.

Neste caminho a respeito da questão que envolve a memória, é importante considerar não ser possível acreditar que, ao recordar-se ou lembrar-se de algo que já aconteceu, esta imagem venha pura, como que descrevendo literalmente a ocorrência do fato. Na verdade, o que se sabe é que a recordação estará condicionada a algo a ser interpretado pelo sujeito que está lembrando. Sendo assim, é possível afirmar que nem tudo que se é lembrado, é como de fato aconteceu e, sim, como ficou registrado na memória do indivíduo, ainda que o sujeito que resgata a lembrança do fato ocorrido estivesse literalmente presente no instante em que ocorreu o fato.

Ou seja, a memória que originariamente entende-se estar ligada ao passado, está correlacionada com o que o indivíduo está vivendo no presente, pois será o presente a acionar informações da memória, tornando o assunto ainda mais polêmico e instigante.

Outrossim, pode-se perguntar, diante destas questões que envolvem a memória, qual a sua importância, tendo em vista que nem sempre será uma leitura fiel ao que de fato ocorreu? Em resposta para este questionamento, pode-se afirmar que a importância da categoria memória está na própria identidade do sujeito, seja num recorte individual, seja numa perspectiva coletiva.

Quando um indivíduo perde, por algum motivo, a memória (em uma doença degenerativa, por exemplo), ele não deixa apenas de realizar ações cotidianas, como se vestir e alimentar. Ao perder a memória ele deixa de saber quem é este ser que está no mundo e, com isso, perde sua identidade, como se fosse pessoa anônima e sem história. Quando um

grupo não reconhece sua memória coletiva, tem-se afetada a identidade social deste grupo, que passa a não se entender como corpo, logo a existência fica comprometida.

Acrescenta-se que os verbos ‘lembrar’¹ e ‘esquecer’², apesar de serem opostos no objetivo, acabam por caminharem juntos, pois quando decide lembrar de algo, - e não podendo se lembrar de tudo -, no ato de escolher o que deseja ser lembrado, também escolhe o que será esquecido. Assim, a memória é função do esquecimento, ao passo que o esquecimento é função do lembrar.

Entende Santo Agostinho que a memória é posta como categoria de extrema importância, por acreditar que é por meio dela que ocorre a identificação do sujeito como ser, numa perspectiva de autoconhecimento. Diferente de Platão e Aristóteles, Santo Agostinho trata a memória sob um viés subjetivo, questionando de quem é a memória. Ele a associa com a lembrança como atividade reflexiva na qual a linguagem e as imagens são usadas para o armazenamento e, posteriormente, como recordação dos conteúdos no presente. Entende a memória como sensível e intelectual: a primeira registra de forma passiva as informações advindas do sentido sensorial, ao passo que a segunda envolve as verdades postas a todos.

[...] a memória relata, não os próprios acontecimentos que já decorreram, mas sim as palavras concebidas pelas imagens daqueles fatos, os quais, ao passarem pelos sentidos, gravaram no espírito uma espécie de vestígio. (Agostinho, Livro X, p. 23).

Santo Agostinho considera a categoria memória como sendo uma faculdade de significativa importância para o indivíduo, por tratar de sua própria identificação existencial. Ele esquematiza a teoria do triplo presente, pois acredita ser o presente o que envolve a questão do tempo. Assim, ficam delineadas três modalidades de presente: o presente das coisas passadas, consistindo no que ele chama de memória; presente das coisas presentes, por ele denominada de vista; e o presente das coisas futuras, chamada de espera. Agostinho partilha do pensamento de que a memória é constituída não das próprias coisas em si, mas das imagens que ficam impressas no espírito.

Pode-se afirmar, então, que a memória está relacionada à nossa identidade por registrar nossas vivências e experiências, fazendo-nos perceber, assim, quem somos e como nos relacionamos com o mundo à nossa volta, tornando salutar considerar que esta identidade

¹Verbo bitransitivo: Trazer à memória, recordar: lembrei o dia de meus anos; lembrei ao professor sobre o dia da prova.

²Verbo transitivo direto, transitivo indireto e pronominal: Não lembrar mais; apagar da memória, da lembrança: esquecer um compromisso; ele não esquece dos amigos; nunca se esqueceu de mim.

registrada pela memória não ocorre com características próprias e, portanto, a memória coletiva tem papel fundamental em nosso sentimento de pertencimento a determinadas sociedades.

Em Bergson (1990), a memória “tem por função primeira evocar todas as percepções passadas análogas a uma percepção presente, de recordar-nos o que precedeu e o que seguiu, sugerindo-nos, assim, a decisão mais útil” (BERGSON, 1990, p. 266). Destarte, o autor assevera que a memória acaba por nomear imagens semelhantes a algo que percebemos em nós e está na própria memória promovendo, dessa maneira, uma outra percepção do objeto ausente.

O filósofo francês parte da premissa de que, para pensar a memória como agente possível na criação de subjetividades, é importante analisar os desempenhos do corpo e suas potencialidades em relação às imagens que lhe são exteriores.

Entende-se, dessa forma, o fato de o corpo ter diferentes maneiras de ação e, por isso mesmo, conforme o autor, “os objetos que cercam meu corpo refletem a ação possível de meu corpo sobre eles” (BERGSON, 1990, p. 12). Bergson afirma em sua obra que são identificados dois conceitos de memória: a memória-hábito e a memória-lembrança. A memória-hábito, marcada pela presença do presente, permite ao indivíduo fazer e repetir a ação sem mais precisar acessar a memória para recordar-se e aprender a fazer. Dito de outra maneira, a memória-hábito fica inscrita no presente do indivíduo pela repetição de um comportamento que liga o presente ao passado, sem necessidade de lembrar, como a habilidade de aprender a andar de bicicleta ou fazer uso dos talheres nas refeições. Este fenômeno passa a se manter registrado no presente pela repetição do ato. A memória-lembrança tem uma relação direta com o passado e é percebida quando se tem a sensação de suspensão momentânea do tempo para que o indivíduo possa acessar o passado e se recordar de uma experiência ou de uma lembrança que permanece registrada na memória, quando se recorda de algo por associação a um perfume ou uma comida, por exemplo. Ambas estão associadas a algo que foi vivido. Compreendendo a memória-hábito e a memória-lembrança como condições que o indivíduo aciona diante das circunstâncias que julga necessária, não se pode desconsiderar numa perspectiva macro, conforme Halbwachs, que

[...] quando um homem entra em sua casa sem estar acompanhado por ninguém, sem dúvida durante algum tempo “ele andou só”, na linguagem corrente – mas ele esteve sozinho apenas em aparência, pois, mesmo nesse intervalo, seus pensamentos e seus atos se explicam por sua natureza de ser social e porque ele não deixou sequer por um instante de estar encerrado em alguma sociedade. (HALBWACHS, 2006, p. 42).

Seguindo este pensamento, pode-se considerar que a memória individual manifestada cotidianamente, a exemplo da memória hábito, em muito pode guardar relação com a memória coletiva. Veja o próprio exemplo usado acima para referir ao hábito do uso de talheres no momento das refeições. Sabe-se, por exemplo, que o uso destes utensílios foi inserido nas práticas alimentares e se tornou, inclusive, uma forma de distinção, como sendo um hábito de nobres.

O simples uso do garfo³ pelas pessoas para realização das refeições permite observar a interação entre hábitos individuais e cotidianos com referências coletivas, escolhidas por um grupo como manifestação de uma identidade de grupo.

[...] a memória individual não está inteiramente isolada e fechada. Para evocar seu próprio passado, em geral a pessoa precisa recorrer às lembranças de outras, e se transporta a pontos de referência que existem fora de si, determinados pela sociedade. Mais do que isso, o funcionamento da memória individual não é possível sem esses instrumentos que são as palavras e as idéias, que o indivíduo não inventou, mas toma emprestado de seu ambiente. (HALBWACHS, 2006, p. 72).

Seguindo este raciocínio acerca da memória em seu âmbito coletivo, e talvez seja este o sentido que guarda diálogo mais próximo com esta tese, Halbwachs considera que a memória se manifesta como um emaranhado de identidades pertencentes a um grupo em diálogo com as dimensões do tempo (passado, presente e futuro). É na obra: *Memória Coletiva*, que Halbwachs parte do pressuposto de que a recordação, para ser percebida, deve levar em consideração a realidade social que norteia a reconstrução da memória. E isso porque não somos capazes de armazenar todas as informações. Existe uma espécie de seleção do que registramos e do que descartamos e, por essa razão, fazemos uso das lembranças de outras pessoas que podem afirmar ou enfraquecer aquilo que temos como lembranças.

[...], se a nossa impressão pode se basear não apenas na nossa lembrança, mas também na de outros, nossa confiança na exatidão de nossa recordação será maior, como se uma mesma experiência fosse recomeçada não apenas pela mesma pessoa, mas por muitas. (HALBWACHS, 2006, p. 29).

Continuando, o autor acrescenta que

³ O uso do garfo já foi proibido pela Igreja Católica como utensílio a ser utilizado no momento das refeições rotineiras das pessoas em razão da crença de que esse objeto guardava semelhança com a forquilha utilizada nas imagens de representação do diabo, tornando-se popular com a Revolução Francesa.

Não há lembranças que reaparecem sem que de alguma forma seja possível relacioná-las a um grupo, porque o acontecimento que elas reproduzem foi percebido por nós num momento em que estávamos sozinhos (não é aparência, mas realmente sós), cuja imagem não esteja no pensamento de nenhum conjunto de indivíduos, algo que recordaremos nos situando em um ponto de vista que somente pode ser o nosso? Ainda que fatos desse tipo sejam muito raros, até mesmo excepcionais, bastaria que pudéssemos confirmar alguns deles para estabelecer o fato de que a memória coletiva não explica todas as nossas lembranças e talvez não explique por si a evocação de qualquer lembrança. (HALBWACHS, 2006, p. 42).

Ademais, não se pode desconsiderar da memória o ato de evocar. Em determinados momentos ou situações, o indivíduo poderá resgatar ou uma informação ou um registro de algo que não viveu necessariamente. Ele não estava presente na situação, mas guardou informações que captou de livros, jornais, noticiários ou mesmo relatos de outras pessoas e passou a registrar a partir dessas informações sobre a memória de um fato ocorrido no passado como pertencente a sua experiência coletiva.

Durante o curso de minha vida, o grupo nacional de que faço parte foi teatro de certo número de acontecimentos a respeito dos quais digo que me lembro, mas que só conheci através de jornais ou pelo testemunho dos que nele estiveram envolvidos diretamente. Esses fatos ocupam um lugar na memória da nação – mas eu mesmo não os assisti. Quando os evoco, sou obrigado a me remeter inteiramente à memória dos outros, e esta não entra aqui para completar ou reforçar a minha, mas é a única fonte que posso repetir sobre a questão. (HALBWACHS, 2006, p.72).

Ressalta-se que as memórias individuais englobam as percepções da memória coletiva, mas não se confundem. A primeira é resultado do resgate que se faz das lembranças registradas do passado. Quando as imagens se fundem muito intimamente com as lembranças e parecem tomar suas substâncias emprestadas destas, é porque a nossa memória não estava como uma tábua rasa. E, somado a isso, é importante salientar que a memória também é histórica por reconstruir-se dos dados fornecidos pelo presente da vida social e projetada por um passado reinventado.

É imperativo considerar que, para Le Goff, o paradoxo entre História e Memória surge a partir de onde se situa a história (se está no limite do fato ou no limite da teoria) e entender a História como capaz de captar os fatos próximos a estes extremos, mas não nos extremos.

A Memória é uma maneira de manter vivo um acontecimento e se fixa da forma como a estrutura emocional do indivíduo registra o fato relacionando com o presente, determinando inclusive, a afetividade entre os envolvidos. Por este motivo, a História não toma a memória como testemunho documental e como verdade absoluta de um registro do passado. Isso é da

mesma forma que nem mesmo um documento judicial, a exemplo do colhido de um testemunho em juízo, não garante a veracidade do fato narrado, mas, sim, uma versão, um olhar de alguém que presenciou o ocorrido em questão.

Sabe-se que História e Memória, por vezes, são tratadas por alguns como sinônimos, gerando uma inadequação conceitual para os filósofos e historiadores. História e Memória estão entrelaçadas nas narrativas, uma vez que alicerçam a existência humana, mas não são a mesma coisa. Assim, entende-se que a História consistiria numa análise crítica do que foi, do que aconteceu e, para este intento, exige-se um trabalho intelectual, por meio da análise das fontes e teorias históricas para saber como foram criadas as diversas versões dos fatos e qual a real intenção na narrativa.

Não é adequado afirmar que a História serve como discurso narrativo para glorificar algo que aconteceu, mas para analisar e entender o ocorrido, conforme afirmamos no tópico anterior. A construção mnemônica entrelaçada com a História com “H” maiúsculo revela a relação direta da história com o presente e as lembranças registradas pelo indivíduo, seja porque este viveu o passado, seja porque ele trouxe para dentro de si algo como memória a partir da narrativa de outras pessoas.

Entre a proximidade da Memória e da História

[...] os lugares onde a memória se cristaliza e se refugia está ligada a este momento particular da nossa história. Momento de articulação onde a consciência da ruptura com o passado se confunde com o sentimento de uma memória esfacelada, mas onde o esfacelamento desperta ainda memória suficiente para que se possa colocar o problema de sua encarnação. (NORA, 1993, p. 1).

Ainda:

Memória, história: longe de serem sinônimos, tomamos consciência que tudo opõe uma à outra. A memória é vida, sempre carregada por grupos vivos e, nesse sentido, ela está em permanente evolução, aberta à dialética da lembrança e do esquecimento, inconsciente de suas deformações sucessivas, vulnerável a todos os usos e manipulações, susceptível de longas latências e de repentinas revitalizações. (NORA, 1993, p. 9).

Entende-se que a História, ao manusear o passado, tem uma interpretação intelectual e incompleta do fato ocorrido. Por isso, faz uso de um olhar crítico ligando-se à evolução cronológica do tempo e sua relação com as coisas, e assim conhecendo o relativo. Ao passo que a memória é um acontecimento presente. A memória, por estar relacionada à afetividade

do indivíduo, acaba por suscitar lembranças vagas, registros simbólicos e para isso, se aprofunda na imagem, no objeto tornando-se um absoluto.

Ressalta-se que, por essas distinções, a memória pode ser questionada ou mesmo posta à prova pela história, já que aquela nasce da interação do sujeito com o fato, e o registro não consistirá em algo literal, mas, sim, em um resultado de como o sujeito interagiu e registrou a lembrança.

Ao passo que, para Ricoeur (2012, p. 40) , a memória é a base fundamentadora da História, e é somente através dela que conseguimos olhar para o passado e nos ligar a ele, “[...] não temos outro recurso a respeito de referências ao passado, senão a própria memória” (RICOEUR, 2012, p. 40).

Diante disso, o mesmo autor traz para o cenário teórico o conceito de esquecimento, por entender que no ato de registrar o evento também se escolhe o que não lembrar, ou seja, o que esquecer. Isso está relacionado com o que se lembrar, com os lugares de poder, com o controle e afetividade com a qual o narrador estava no ato ou como esteve ao observar, a partir de outras narrativas por não ter presenciado o fato.

Por este motivo, Paul Ricoeur (2012) fala do conceito de esquecimento, avaliando o que desejamos esquecer, - a exemplo do tempo histórico do holocausto ou da escravidão africana, ou situações cotidianas desagradáveis. Daí, o autor questiona como a narrativa de um evento será feita, tendo em vista a memória ou do que se deseja conhecer, ou como se deseja ser lembrado no tempo e lugar.

Diante do exposto sobre a importância da memória e sua complexidade, acredita-se que ela acompanhará todo o tempo em que a humanidade existir, pois o indivíduo, por si só, compõe uma história de estar no mundo e em convívio social. Ela se constitui no coletivo de uma memória que ultrapassa o tempo contado na ampulheta.

A memória é o legado do homem imbricado com o presente, memória não é o passado, apenas. Rememorar não significa ir ao passado e lá permanecer num estado de divagação. A memória se reconhece existente e entrelaçada a partir da perspectiva do presente. A História tende a uma narrativa externa de fatos ocorridos. Sendo a memória um *topoi*, o historiador não observa os fatos no “momento em que se produzem”, mas indiretamente, utilizando os traços que aqueles fatos deixaram (MEDEIROS, 2015).

Ademais, lembrar e esquecer andam juntos, pois é preciso esquecer algo para lembrar de outra situação, uma vez que a mente humana não é capaz de guardar de forma consciente todos os registros. É necessário esquecer de algo para a mente lembrar de outra informação. Nesse aspecto, o interesse dos estudiosos está em entender como e porque se dá o ato de

escolha, - a seleção dos fatos e acontecimentos, do que lembrar e do que esquecer -, seja numa perspectiva individual ou coletiva. O estudioso quer entender, por exemplo, como o indivíduo sofre uma quebra na memória em razão de um evento traumático e com isso anula determinados acontecimentos vividos, bem como este indivíduo pode ser capaz, ao longo do tempo vivido, de acessar fatos vivenciados de forma diversa do que registrou à época da ocorrência do evento vivido. Numa perspectiva da memória coletiva, o estudioso observa como um fenômeno social é visto e narrado pela coletividade.

Como já foi dito acima, a memória coletiva nasce e permanece viva a partir das narrativas dos indivíduos. Ela é relatada por pessoas que viveram no contexto dos fatos que serão lembrados, como também serão repetidos por pessoas que não viveram ou não estavam presentes na situação, mas que - por um ato de escolha com interferência moral, social, cultural, religiosa – recordarão o fato como quem viveu o momento histórico.

Como por exemplo: os estudos realizados sobre o nascimento de Jesus afirmam que o seu nascimento não corresponde à data comemorada, 25 de dezembro. Dentre as proposições levantadas, tem-se que o motivo que fez com que Maria e José saíssem de Nazaré com destino a Belém para realização do censo demográfico era realizado no período das comemorações da Páscoa Judaica, mas sobre isso a memória coletiva se assentou em outra verdade como algo a ser difundido como se assim fosse e assim é.

Outro aspecto importante é considerar qual a narrativa que se segue no tempo como verdade e como memória, pois é possível questionar que, se o mesmo fato fosse narrado por outros sujeitos, a história teria a mesma narrativa? A título de exemplo será que teríamos a mesma memória acerca dos índios se a história fosse contada pelos nativos? Será que a escravidão seria vista da mesma forma se tivesse sido narrada pelos escravos? Podemos intuir que não.

A memória é reencontro! Os indivíduos se reencontram nos múltiplos tempos. Eles olham para o passado e vêem-se representados pelas experiências de semelhantes. Considerando-se a evocação do passado como substrato da memória, pode-se deduzir que, em sua relação com a História, a memória constitui-se como forma de retenção do tempo, salvando-o do esquecimento e da perda.

Portanto, História e memória, através de uma inter-relação dinâmica, são suportes de identidades individuais e coletivas, que se formam no processo diacrônico e sincrônico da vida em sociedade. E, como forma de fortalecer a permanência dessas identidades passa-se a seguir o entendimento do jurídico que contribui “para a instituição do social: mais que proibições e sanções como se pensava anteriormente; ou cálculos e gestão como se crê muito

frequentemente na atualidade, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade” (OST, 2005, p. 13).

2.3 Sobre o direito: os caminhos e descaminhos normativos

A busca constante, nas diversas áreas do saber, para conceituar os objetos a serem pesquisados nem sempre permite definir de forma contundente o real significado do objeto de interesse. Ocorre que, dentre tantos objetos de pesquisa, o Direito é um tema que traz em si uma multiplicidade e mutantes significados, além de se tratar de algo presente na vida do ser humano, do exato momento em que nasce e se estende para além da sua existência corpórea.

Assim, o nascimento, a infância, a adolescência, o casamento, a maioridade, a formação de uma empresa, a aquisição de bens e tantos outros atos do cotidiano estão imbricados com este conhecimento científico. Ademais, um furto, um roubo, um acidente de automóvel ou um homicídio também são exemplos de situações habituais que envolvem a aplicação do Direito.

Por isso é que em todo negócio social dá-se por implicado o exercício de um ou mais direitos, a partir de um mínimo de *jus personale*, v.g., o direito de ir e vir, ou de um *mínide jus reale*, baseados no direito fundamental à existência *erga omnes*. Festas, passeio, troca, compra e venda, produção, salário, preço, oferta etc., são antes de mais nada noções jurídicas, isto é, toda consideração social se encontra sob a condição lógica de uma ordem jurídica. (BOSON, 2014, p. 33).

Três questionamentos aqui se fazem necessários, - mas que, talvez, não seja interessante criar expectativa de se obter uma resposta exata -: (a) O que é o Direito, ou também, (b) para que serve o Direito, e, ainda, (c) como o Direito se organiza ou se adapta às necessidades sociais?

A primeira obra teórica sobre a teoria do Direito de que se tem notícia, data de 161 d.C, escrita por Gaio⁴. A obra apresentou temas catalogados, a exemplo dos direitos das pessoas, do direito das coisas. A obra demonstra como esses direitos eram normatizados em Roma e marca uma clara diferença na forma como os gregos discutiram a teoria do Direito, muito mais preocupados em relacionar o Direito com ideais de Justiça. Ao passo que o Direito em Roma era visto como algo prático para coordenar condutas, para os gregos o Direito emergiu de algo muito mais complexo, por envolver questionamentos de ordem filosófica.

⁴Institutas de Gaio (*Gai Institutionum Commentarii Quattuor*)

Apesar de passado o tempo, ainda se observa nas obras de teoria do Direito uma dificuldade para se buscar um pensamento unificado acerca do conceito do termo direito, a exemplo de Sampaio (2015), ao considerar que umas das maiores dificuldades na uniformidade do conceito do termo esteja na própria linguagem.

O termo latim *jus*, no decorrer do tempo, passou a ser substituído pelo termo *rectum*, de onde se tem do alemão *rechte*, oriundo do inglês *right*, que aos poucos foi se transformando em *derectum*, de onde derivam os termos: *Direito*, *Derecho* e *Diritto*. Para alguns ordenamentos jurídicos latinos, dentre eles o Brasil, usa-se o termo *jus* quando se busca uma valoração moral, associando Direito com Justiça, ao passo em que, concomitante a isso, escuta-se, rotineiramente, o termo *derectum* como forma de anunciar a retidão alcançada nas decisões judiciais.

No mesmo sentido de provocar uma noção de Direito, mas sem uma definição exclusiva, afirma Reale (2002) que o Direito é a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum. O autor, ao tratar o Direito por esse viés de entendimento, faz compreender que não há uma preocupação apenas em regular ou normatizar a conduta entre os indivíduos, numa mera relação em que se atribuem obrigações e garantias entre os interessados. O Direito está para além deste interesse. Quando se estabelece uma ordenação bilateral nessas relações, há uma intenção macro em dispor de uma forma ideal da convivência social, o que permite compreender, até mesmo por meio de ações repetitivas, que quando um indivíduo cumpre uma norma, ele está a repetir um padrão de comportamento julgado como ideal para sociedade, ao tempo em que a sua conduta fortalece o dever ser proposto pelo Direito.

Entretanto, para não incorrer em discursos românticos seguindo o raciocínio do autor, há de se entender que o bem comum não é a soma dos interesses individuais, nem a média do bem de todos; o bem comum, a rigor, é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio.

O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua sociabilidade, a sua qualidade de ser social. (REALE, 2002, p. 2).

Assim, afirma-se que o Direito consiste num conjunto de normas gerais de uma sociedade, acreditando-se ser uma forma de garantir a uniformidade das relações, visando o bem-estar coletivo. Neste sentido, quando se aplica uma norma legal, uma lei ou se tem uma

sentença em situações reais acredita-se, ao menos no dever-ser, que o direito está se exteriorizando e, assim, uniformizando as relações numa perspectiva de garantir ordem e paz social.

O princípio latino “*Ubi jus ibi societas*”⁵ muito usado nos diálogos jurídicos quando se busca fortalecer a importância do Direito para manutenção da sociedade, deve servir para compreender que o Direito no sistema normativo da sociedade é um dos recursos utilizados, especialmente por quem está no exercício do poder social, para manutenção ou mudança da ordem social, mas que não é o único, e muito menos está isolado.

Neste sentido, relacionando o sistema normativo da sociedade com a manutenção de usos, práticas e valores sociais que perduram ao longo da sociedade, é importante considerar que a memória coletiva, por exemplo, está enredada com outras estruturas de controle social, a exemplo dos costumes, moral e religião que se prolongam no tempo normatizando condutas por meio da interação entre os pares.

Ainda sobre este aspecto, e que guarda relação direta com o tema central desta tese, acerca do entrecruzamento do direito canônico com o direito secular em questões que envolve o rito do casamento e da família, em seu aspecto normativo. É necessário afirmar que o próprio conjunto normativo jurídico tem, muitas vezes, o seu nascedouro nas regras morais e religiosas que são mantidas em uma sociedade.

A sociedade a mais bárbara é regida por um complexo não pequeno de normas, as quais dirigem as ações dos seus membros e as ordenam e coordenam com o escopo inconsciente da utilidade comum. O caráter principal destas normas é de serem todas comuns e homogêneas, porque só mais tarde se distinguem a religião, o direito, a moral e as outras direções da conduta humana. (MARTINS JUNIOR, 1895, p. 20).

Não menos relevante é observar que a estrutura jurídica normativa também pode fazer uso da imperatividade da lei para impor uma determinada conduta sob o discurso de garantia da ordem social. Direito é poder. Talvez o decreto do *Ato Institucional n.5* (mais conhecido como AI-5) seja um dos exemplos mais marcantes no cenário brasileiro, uma vez que a lei trazia no enunciado normativo a restrição de direitos e garantias individuais, mas com discurso de quem o impunha como algo correto, e ainda como condição para manutenção de uma “ordem social”. Por isso que é necessário considerar que o Direito vigora em determinado território porque consegue ser politicamente imposto e reconhecido pela maioria da população (KELSEN, 2000).

⁵ Consiste no princípio latino o qual afirma que: onde há sociedade, aí há direito.

Verifica-se que esse pensamento pode ser questionado quando se acredita que a uniformização dos padrões sociais garante harmonia diante de uma sociedade plural e diversa em seus interesses. Talvez seja este um dos mais intrincados questionamentos filosóficos feito a esta ideia do Direito, por se acreditar que o preço para a harmonização de uma sociedade seja o silêncio de alguns. Conforme o grande poeta do século XIII, o Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a⁶.

Reforça aqui a idéia de que o direito, ao afirmar o que pode ser certo ou errado, ou melhor, o que é lícito ou ilícito num agrupamento social qualquer, faz isso tomado de subjetividade, de modelos ideais que deseja copiar como que anunciando uma sociedade ideal.

Ademais, quando se percebe o direito nesta perspectiva, é notório compreender que não é uma ciência isolada, fria ou mesmo pura; o que se observa é que as normas e regras que são convencionadas pelo direito não surgem de um querer apenas jurídico.

Fortalece mais uma vez que, as regras e normas jurídicas, em sua maioria, surgem de um consenso das práticas religiosas, morais, costumeiras de um grupo social que se mantém soberano no ato de querer e, para tal intento, usam da força imperativa como mecanismo para imposição dos padrões desejados fazendo crer, assim, para as gerações futuras, que tais regras e normas consagravam o querer do bem estar de todos.

[...] Afastando a ordem do trato social, temos as ordens religiosa, moral e jurídica. Estas são caracterizadas pela imperatividade. As suas regras exprimem um dever ser que nada tem de condicional, não é uma mera descrição dum processo desencadeado por um ato humano ou fato da natureza, não é também uma espécie de conselho – intenciona em absoluto realizar-se. (ASCENÇÃO, 2005, p. 35).

Para além, o direito em sua estrutura dogmática, e porque não dizer positivado, cumpre, também, funções comuns a uma tecnologia operacional por tratar de um saber prático destinado a resolver conflitos. Quando o legislador autoriza o divórcio entre os consortes, quando o advogado peticiona uma ação de alimentos em favor do alimentante, quando o juiz determina o valor a ser pago numa pensão alimentícia, o Direito está sendo aplicado, a partir um saber científico, para resolver conflitos cotidianos das pessoas.

⁶Dante Alighieri, "*jus est reals ac personalishominis ad hominem proportio, quaservataservatsocietatem; corrupta, corrumpit*".

Seguindo esta linha de raciocínio, quando se fala em Direito, no senso comum, costumeiramente tem-se o entendimento de que Direito e Lei são sinônimos. Ao se apurar um pouco mais o olhar sobre o assunto em si, passa-se a entender que o Direito, para esta tese, foi tratado como um conjunto de leis, normas, princípios que visam orientar e regular uma nação.

Alhures entende-se a vastidão do objeto – DIREITO – bem como a multiplicidade de sentidos deste termo, e, por este motivo, torna-se possível afirmar que não há uma compreensão única e estável.

Nesta perspectiva o direito

[...] corresponde a uma certa atitude, uma forma de pensar, uma maneira de referir-se às instituições humanas em termos ideais. Trata-se de uma exigência do senso comum, profundamente arraigada, no sentido de que aquelas instituições de governo dos homens e de suas relações simbolizam um sonho, uma projeção ideal, dentro de cujos limites funcionam certos princípios, com independência dos indivíduos. (ARNOLD, 1971, p. 47).

Os estudos jurídicos contemporâneos estão dominados pelo debate sobre a cientificidade do Direito e o seu papel social e, por este motivo, nota-se que os estudos substantivos e ideológicos do conhecimento jurídico vêm, gradativamente, superando os estudos formalistas e ocupando-se em áreas de pesquisa da ciência e sociologia do Direito. Tem-se desprezado a busca de respostas para questões meramente conceituais (O que é Direito? O que é Justiça? O que é norma?), intrincando o uso e o resultado destas questões no enquadramento social.

Como foi dito, não há que se afirmar a existência de uma verdade jurídica, pois em todo contexto em que se insere o termo “Direito”, este não será completo para entendimento do termo no texto. Para isso, o ato hermenêutico exigirá análise, de onde se pode saber que, na última instância judiciária, o que se tem é um ato de interpretação e decisão segundo padrões de conhecimento. O que não deixa de ser, na verdade, um ato político de escolhas, e, por este motivo, está sujeito às flutuações de sua própria negação e afirmação no tempo e espaço.

O direito aparece, porém, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se vêem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião. (SAMPAIO, 2015, p.11).

Dentre as abordagens metodológicas sobre o fenômeno jurídico, têm-se duas abordagens relevantes a saber: os idealistas e os sociologistas. A primeira vertente parte do pressuposto de que a ordem jurídica é a expressão concreta de um conjunto de princípios ideais e imutáveis, dividindo-se em: jusnaturalistas, positivista e normativista; enquanto a segunda vertente entende o Direito como a expressão da realidade social concreta, dividindo-se em: historicistas, sociologistas e marxistas.

É imperioso considerar que (a) para os idealistas (jusnaturalistas, positivistas, normativista) a ordem jurídica, e, por assim dizer, o direito, consiste num conjunto de princípios ideais e imutáveis que inspira padrões de conduta em que a ordem jurídica deve se espalhar; ao passo que (b) para os sociologistas (sociologistas, historicistas, marxistas) o direito consiste na expressão da realidade social e concreta, e são as relações sociais que determinam as mudanças normativas e, por assim dizer, o direito.

Diante disso, o direito se faz entender, numa nuance dogmática, como algo a sugerir o que é correto, equilibrado, ou seja, o símbolo de retidão e equilíbrio sugestionando um caráter maniqueísta de bem e mal, e de onde viria a força impositiva do direito que se faz cumprir, e, muitas vezes, nem mesmo representando o consenso social; buscando a memória pela evocação e narrativas históricas. Tem-se no direito arcaico, talvez, uma dessas respostas ao afirmar que o direito é a ordem querida (e não criada) por um deus. Como não é uma ordem criada, mas querida, o direito obriga tanto o homem como a divindade, que o defende, o impõe, mas não o produz nem o modifica (SAMPAIO, 2015, p. 30).

Outrossim, na estruturação social organizada na forma de *polis* ou, mesmo a sociedade civil, a política constitui-se, muitas vezes, por uma hierarquia baseada no prestígio pessoal, num poder de comando exigindo formas de tratamento, *status* diferenciado entre os pares, como a existir uma linguagem própria e diferenciada. O direito, então, desponta por meio de expressões normativas do que é permitido e o que é proibido, o que é certo e o que é errado.

É por esta razão que o direito abarca os diversos segmentos sociais (família, religião, economia, política), bem como permanece a exercer sua imperatividade normativa, até mesmo quando ele mesmo se transforma para se adequar a um querer social.

O reconhecimento do direito das famílias (e não mais direito da família), a adequação do nome social nos registros civis, a relação simétrica de direitos e deveres entre os cônjuges, são exemplos da adequação das normas jurídicas para sua manutenção como regradora da sociedade. Essa progressiva procedimentalização do direito provoca, assim, o aparecimento de um grupo especializado, com um papel social peculiar: os juristas, que desenvolvem uma

linguagem própria, com critérios seus, formas probatórias, justificações independentes (SAMPAIO, 2015, p. 32).

Por este motivo um debate sempre atual está em torno de o Direito ser ou não ciência, ter ou não ter um objeto de pesquisa. Muito se observa nesse discurso se algo é ou não ciência numa perspectiva positivista de Comte. Questiona-se acerca do reconhecimento da ciência não como uma forma de conhecimento acerca de algo, e, sim, como a verdade de algo ou alguma coisa. Ou seja, o positivismo acaba por determinar o que pode ser ou não uma verdade e, muitas vezes, por assim se posicionar, desmerece outras formas de pensamento.

Assim, há quem defenda (a exemplo do austríaco Hans Kelsen e do alemão Karl Larenz) ser o direito uma ciência que, mesmo possuindo uma carga valorativa, tem como objeto de estudo o ordenamento jurídico em seu conjunto de regras e normas e um método próprio. Por este motivo, se reconheceria a sua validade científica (positivista) do direito. Dessa forma, a ciência do Direito desenvolve, por si, métodos de um pensamento orientado a valores. Nesta medida, são as valorações susceptíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional (LARENZ, 1960).

Em a **Teoria Pura do Direito**, Hans Kelsen ocupou-se em analisar o direito numa outra perspectiva, renunciando aos questionamentos a respeito da função do direito na sociedade e abrindo mão dos conceitos filosóficos a que se prende a ciência jurídica. O autor dedicou o estudo especialmente aos valores norteadores do jusnaturalismo, para entender como o direito é feito, isolando-o de influências externas, - a exemplo da moral e da religião -, com o intuito de decompor o sistema jurídico hierarquizado, descrevendo e entendendo sua estrutura interna e o funcionamento, atingindo um ideal de ciência pura do Direito⁷. Segundo o autor,

Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1934, p. 01).

A crítica posterior à postura de Kelsen (1934) foi que, no afã de provar o sistema jurídico como objeto de uma ciência quase exata, ele acabou distanciando o Direito dos

⁷ O pensamento de Hans Kelsen é visto como influenciado pelo Neopositivismo e Neokantismo.

elementos fáticos, a realidade que movimenta a existência do próprio Direito. Assim, o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas (KELSEN, 1934).

Todavia, apesar da crítica feita, é importante reconhecer a relevância do trabalho de Kelsen (1934) ao conferir ao Direito à categoria de ciência, em um momento histórico relevante, em que a verdade posta era substancial como o reconhecimento do Direito, da ciência jurídica.

Partilhando do positivismo jurídico kelseniano, o filósofo escocês Neil MacCormick defendeu o caráter científico do Direito, o qual se ocupa em estudar a estrutura do ordenamento jurídico, mas que difere de uma ciência exata por se tratar de um saber em que a problematização e a solução do problema destacam-se numa proposição adequada ao Direito e estão fundamentadas numa espécie de moldura jurídica. Esses teóricos, portanto, defendem que, mesmo sendo do cotidiano, as questões de interesse social a serem resolvidas no ordenamento jurídico, configuram problemas a serem solucionados a partir de uma ciência, a partir de uma verdade posta, entendendo que o direito possui uma vastidão normativa, mas que está envolta num limite de possibilidades jurídicas. Assim, toda solução ao caso concreto, ainda que sofra interferências valorativas de um tempo e espaço social, estarão condicionados à estrutura normativa do direito, se expressando como ciência.

Na contramão deste pensamento, o jurista alemão, Julius Hermann Von Kirchmann, negou o caráter científico do Direito. Ele considerou a mutabilidade do direito frente às necessidades de uma sociedade, tornando viáveis e coerentes suas mudanças, ou seja, Von Kirchman examinou a importância do direito se alterar para acompanhar as necessidades humanas. Isso faz do direito algo a ser sentido, ponderado e relativizado em cada situação concreta, gerando instabilidade decisória na perspectiva científica, pois, para Hermann Von Kirchmann, o conhecer é estável e constante.

Aqui nos cabe uma rápida reflexão pessoal: acreditamos que enquadrar um conhecimento, - uma forma de saber -, nos moldes de uma ciência positivista, e, assim, determinar se algo é ou não ciência, - logo se é ou não verdade -, talvez ocupe muito mais as discussões no campo da teoria do que entender (a) as possibilidades, (b) as formas de saber e (c) os caminhos possíveis para além de uma verdade positivista. Assim, nos escapa observar o rigor metodológico na esfera filosófica, a exemplo da Ética, da Hermenêutica e da Política. Isso nos faz pensar que talvez, se ultrapassássemos este muro, não nos ocupáramos por tanto

tempo em diagnosticar um saber, um conhecimento apenas num molde ou rigor científico, possibilitando um olhar mais amplo e, porque não dizer, mais suave acerca dos possíveis objetos de estudo.

Há, inobstante, as diversas teorias explicativas diante da complexidade do Direito, desde questões semânticas, históricas, sociais, políticas, e mesmo suas correntes filosóficas, mas que não podem ser aprofundadas nesta tese, pois afetariam a limitação do tema central. E, em respeito ao proposto para este trabalho, segue no tópico seguinte a exposição das questões que envolvem a compreensão do direito (neste caso, entende-se direito subjetivo) de se acessar a memória coletiva como garantia do reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito social, somado, a seguir, à norma jurídica como elemento presente na memória.

2.4 Memória e direito: a memória como direito x direito como memória

Será sustentado que um laço potente se estabelece entre temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade. Mais precisamente: o direito afeta diretamente a temporalização do tempo e instituição jurídica da sociedade. (OST, *O tempo do direito*, p. 121).

Afinal, a memória como direito carrega o mesmo sentido ao mudar a ordem das mesmas palavras: o direito como memória? Absolutamente, não! Ao pensar a memória como direito, o termo direito está relacionado ao que em teoria do Direito se denomina **direito subjetivo**. Este consiste na faculdade que uma pessoa possui em reclamar para si o cumprimento de uma determinada norma jurídica. O direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio (REALE, 2002).

O direito subjetivo de um sujeito de direito é garantido pelo Estado. Mas não só garantido: o direito subjetivo é também extraído das normas jurídicas, sendo o Estado o elemento que lhe dá constituição, como dirá Kelsen. Apenas quando uma norma reconhece o direito de um sujeito é que ele poderá pleitear, perante o Estado, o cumprimento desse seu direito subjetivo. (MASCARO, 2012, p. 234).

A memória como direito. Neste caso, sintaticamente falando, na frase, o termo memória é o núcleo do sujeito. Ela é a faculdade que o indivíduo, - ou mesmo uma sociedade -, tem para usufruir de uma capacidade e de um direito para ter acesso à memória, - ou às memórias, às lembranças e aos registros de fatos ocorridos no tempo passado -, mas que estão sempre carregados de valor e sentido para aqueles que acessam os registros.

Partindo da ideia da ser memória um direito do indivíduo, - algo que se pode acessar como forma de entender não só o que passou, mas também uma tentativa de perceber a realidade que o circunda -, é natural questionar qual memória o indivíduo terá assegurada, seja na perspectiva individual, seja na coletiva. Afinal, quais lembranças serão acessadas para dar sentido ao que se deseja ter como lembrança?

Um dos aspectos subjetivos mais relevantes a ser considerado esteja no fato de que, - como a memória é tomada pela subjetividade de quem a aciona -, quando se aciona a memória, não significa que ir-se-á acessar apenas aquelas consideradas boas memórias, - que promovem um sentimento qualquer de bem estar - , mas aquilo vivido ou registrado como algo que, de alguma forma, traga-lhe sentimento de infelicidade, ou algo parecido, e que compõe a experiência daquela pessoa, sendo o que a torna individual. Logo, é salutar não valorar a memória, e, sim, observá-la identificando seus aspectos subjetivos.

O ato de recordar um trauma individual ou um trauma coletivo acessando a lembrança de uma guerra, por exemplo, consiste em deparar-se com lembranças carregadas de dor e sofrimento para os vencidos da guerra. Muitas vezes, o que se busca é não lembrar e não acessar mais aquela lembrança de dor. Recordar o trauma e acessar o que ocorreu (que, neste caso, corresponde a uma lembrança de sofrimento), é conhecer a história, a vida e a trajetória das pessoas envolvidas - e, conseqüentemente, de uma sociedade.

A formação da memória individual e coletiva estará carregada de desejos para se lembrar de fatos vividos e, ao mesmo tempo, a vontade de não se lembrar de tantos outros. Lembrar e esquecer são condições de fazer memória.

Nas discussões teóricas acerca da categoria memória, já em tempos remotos, a exemplo da Grécia, o ato de lembrar ou recordar algo está sempre associado com o que pode parecer ser o seu oposto. Talvez por isso, ambos estão de certa forma sempre juntos - fenômeno verificado no momento em que o indivíduo (ou uma comunidade) se recorda de algo e se esquece de outra coisa, pois são opostos que se completam. Quando se acessa a memória para algum acontecimento, a impossibilidade de se lembrar de tudo, - ou seja, o esquecimento -, se torna uma consequência.

O esquecimento representa o fim, a morte. Numa perspectiva individual, pode ser observado quando alguém recebe o diagnóstico de uma doença que afeta a capacidade retentiva das informações, a exemplo do Alzheimer. No laudo ou parecer do médico, a pessoa e os que a circundam, recebem a informação como se fora o próprio atestado do fim da existência daquela pessoa. É natural que os familiares se ocupem em fazer registros, escritos e fotos para que o portador do Alzheimer acesse com mais facilidade aquilo que lhe faz ter

lembranças e o que, decerto, determina suas semelhanças com os pares, bem como determina suas peculiaridades, mas que, por força de uma doença, apesar do corpo físico permanecer vivo, a complexidade existencial do ser com suas lembranças se perderá no complexo biológico, - que é o corpo humano -, como se fora uma morte antecipada.

Igualmente, o esquecimento coletivo interfere na capacidade de reconhecimento social das pessoas e na identidade social com seus elementos de pertencimento, - a exemplo da identidade, território, religião, mitos e história. Neste aspecto, para não ultrapassar um limite do recorte temático proposto neste subtópicos, - afinal a discussão poderia ser levada a múltiplas abordagens -, a memória como direito se enfrenta muito mais no campo da memória coletiva, quando se questiona qual memória se deseja garantir como direito, e, ainda, a quem se permite o direito à memória?

Doravante, do lado oposto ao entendimento da memória como direito, extrai-se, com o mesmo dinamismo, a perspectiva do direito ao esquecer, o direito de não lembrar mais de algo ou de alguma coisa e a possibilidade de narrar a ocorrência de um fato. Nesse intento, não é só do silêncio que se fará uso, mas da narrativa de uma outra memória para ocupar o lugar do silêncio e do esquecimento.

De forma exemplificada, talvez seja possível reforçar a importância da memória para cenário coletivo, bem como a forma como traz as lembranças para o discurso da memória carregada do sentido e da vontade de quem conta.

Fazendo recorte histórico, e optando por algumas narrativas no cenário brasileiro, é previsível a afirmação de que a memória da história do país é fundamental para reconhecimento da identidade deste povo. Pois bem. É sabido que, quando começou o Segundo Reinado no Brasil com D. Pedro II, surgiu a necessidade de formar a identidade da nação. É fundamental considerar o ato de querer se construir a memória de uma nova nação. Esta construção caminha junto, neste caso, se fala em esquecer a história de um povo que vivia sob o jugo de outra nação (lembrar e esquecer).

Para tanto, em 1838, foi criado o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), inspirados nos modelos de instituições europeias de pesquisa com a função de investigar as regiões que unificam a nação, - (a) guardando suas peculiaridades da fauna, flora e das formações grupais e (b) permitindo a produção de uma identidade sociopolítica e cultural da nação brasileira. Dentre estas investigações, provavelmente, a mais importante a ser tratada nesta tese está configurada no trabalho ganhador num concurso aberto a intelectuais feito pelo IHGB em que se deveria contar a história dessa nova nação, e, nesse sentido, formar e construir para o futuro uma memória de como surgiu o Brasil.

Nasceu, assim, com Carl Von Martius, pesquisador e viajante alemão, o modelo de história desta nação. Em sua narrativa é clara a relação dos elementos geográficos (com dimensões continentais) e as representações de raça existentes à época - os brancos, os índios e os negros. Von Martius contou a história por meio da imagem de um grande rio. Este rio branco é descrito como forte, robusto e harmônico. Em seguida, o autor escreveu poucas páginas ao rio negro e indígena.

Em 1844, Von Martius falou em inclusão, qual seja a união destes rios. Aquela tem hierarquia, tendo em vista que o rio branco deveria harmonizar e direcionar o curso do grande rio da melhor forma possível. No campo da memória, verifica-se o direito de memória a um grupo e o silenciamento da memória de outros. Contudo, não só de texto se fez a memória coletiva da nação brasileira, pois a arte pictórica está marcada por memórias que terão o direito de serem recordadas. Para identificar isso, basta ver a **Alegoria dos Quatro Continentes**, de José Teófilo, exposta no **Museu de Arte da Bahia**. Nesta obra, o continente no qual está o Brasil há a representação com fartos elementos da natureza e uma figura humana para representar o bom selvagem - uma criança indígena, como forma de fazer compreender que era uma país novo, à espera de um adulto capaz de educá-lo e de civilizá-lo.

A mesma reflexão é vista na obra de Vitor Meireles. Ela retrata a primeira imagem do Brasil, no momento da descoberta, com a Igreja ao centro da imagem, cercada por indígenas pacificamente rendidos ao processo civilizatório.

A memória como direito, mas como direito subjetivo assegurando a alguém ou a um grupo específico, também pode ser vista na obra de Pedro Américo intitulada **A libertação dos escravos**. A tela retrata lugar não familiar ao cenário brasileiro, mas, sim, os elementos arquitetônicos da Antiguidade. Os negros cabisbaixos rendem graças à figura alegórica da Liberdade, talvez personificada na Princesa Isabel. Os libertos estão de costas como se negassem o mal, o diabo, que, neste caso, é negro. Como não pensar numa memória a ser valorizada por um grupo? Não seria estranho ouvir alguém afirmar, ao rememorar a abolição da escravatura por meio deste quadro, que a escravidão não foi realizada por homens brancos, afinal o mal (na obra representando o diabo) é negro.

Ainda, como reflexão a respeito da memória como direito a alguém ou a um grupo, o hino da República⁸ brasileira de letra de Medeiros e Albuquerque e música de Leopoldo

⁸ Seja um pálio de luz desdobrado/ Sob a larga amplidão destes céus/ Este canto rebel, que o passado Vem remir dos mais torpes labéus!/ Seja um hino de glória que fale/De esperanças de um novo porvir! Com visões de triunfos, embale/ Quem, por ele, lutando surgir!/ Liberdade! Liberdade! Abre as asas sobre nós/ Das lutas na tempestade/ Dá que ouçamos tua voz/ **Nós nem cremos que escravos outrora/** Tenha havido em tão nobre País/ Hoje o rubro lampejo da aurora/ Acha irmãos, não tiranos hostis/ Somos todos iguais! Ao futuro/

Américo Miguez, publicado em Janeiro de 1890, traz em sua composição uma das estrofes que nem é mais possível acreditar que outrora existiu a escravidão no país, apesar da abolição da escravatura ter ocorrido formalmente em 13 de maio de 1888, apenas dois anos antes.

Memória como direito de quem? Questionamento não menos importante é o reconhecimento de Tiradentes neste hino como herói. Isso ocorreu como forma de construir uma memória em que, pouco antes no texto da sentença⁹ do seu enforcamento, a intenção da memória era a existência de um homem subversivo e criminoso. Nesta memória inicial, Tiradentes não deveria apenas morrer e ter seu corpo exposto aos pedaços nas praças públicas, mas dever-se-ia criar um lugar de memória: a casa de Tiradentes. A ordem era salgar o lugar para nada ali, em se plantando, existir.

A memória como direito pode ser vista sob a forma de um enfrentamento, nem sempre pacífico, de narrativas que desejam se apoderar de uma verdade. Esta, ao ser lembrada por aqueles ausentes no momento da narrativa, irão repeti-la como a verdade de uma vontade de ser lembrada, em uma palavra, como memória. E assim,

O grito de revolta que os direitos humanos traduzem exprime bem este desligamento do tempo eternitário e a abertura de um tempo novo, irredutivelmente plural e amplamente indeterminado, como se daqui para frente cada um fosse chamado a refazer por sua conta o gesto transgressivo de Adão e de Prometeu, ladrão da maçã ou do fogo, que dão acesso ao conhecimento e à liberdade. (OST, 2005, p. 26).

Ao trocar a posição dos termos: memória e Direito, acreditamos que o direito à memória se torna um direito fundamental ao indivíduo, por entender que a identificação da sua própria existência está relacionada aos acessos que pode fazer ao recurso da memória, seja

Saberemos, unidos, levar/ Nosso augusto estandarte que, puro/ Brilha, ovante, da Pátria no altar!/ Liberdade! Liberdade!/ Abre as asas sobre nós/ Das lutas na tempestade/ Dá que ouçamos tua voz/ Se é mister que de peitos valentes /Haja sangue em nosso pendão/ **Sangue vivo do herói Tiradentes/** Batizou neste audaz pavilhão!/ Mensageiro de paz, paz queremos/ É de amor nossa força e poder/ Mas, da guerra, nos transes supremos/Heis de ver-nos lutar e vencer!/Liberdade! Liberdade!/ Abre as asas sobre nós/ Das lutas na tempestade/ Dá que ouçamos tua voz/ Do Ipiranga, é preciso que o brado/ Seja um grito soberbo de fé!/ O Brasil já surgiu libertado/ Sobre as púrpuras régias de pé/ Eia, pois, brasileiros, avante!/ Verdes louros colhamos louçãos!/ Seja o nosso País triunfante/ Livre terra de livres irmãos!/ Liberdade! Liberdade!/ Abre as asas sobre nós!/ Das lutas na tempestade/ Dá que ouçamos tua voz!

⁹ Sentença: Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barço e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu.

de forma individual, - no que diz respeito às suas lembranças, à sua trajetória pessoal -, seja à memória do coletivo, pertencente a um grupo com hábitos comuns, costumes que o fazem ser reconhecido como ser gregário.

Quando se afirma que, dentre os conceitos do Direito, este pode ser considerado como uma ordenação bilateral (direitos e deveres) atributiva das relações sociais, tendo por finalidade o bem comum, é imprescindível relacionar esta concepção do Direito no tempo, e conseqüentemente com a memória. Seguindo adiante, a próxima seção deste trabalho ponderará a respeito da temática que envolve a memória e o direito, com ênfase para a permanência e o sistema normativo jurídico no espaço de convivência social considerado como célula da sociedade: a família. Desse lugar se observa que cada família tem rapidamente uma história, à medida que sua memória se enriquece dia após dia. As memórias da família, em sua forma pessoal, são especificadas e fingidas, ela progressivamente tende a interpretar à sua maneira as concepções que retira da sociedade (HALBWACHS, 2004, 210).

3 DA CONTINUIDADE DA MEMÓRIA DA FAMÍLIA E DO CASAMENTO

Mas como cada família conta rapidamente uma história, à medida que sua memória se enriquece a cada dia, que suas memórias, em sua forma pessoal, são especificadas e fixas, ela progressivamente tende a interpretar à sua maneira as concepções que tira da sociedade. Ela acaba tendo sua lógica e suas tradições, que se assemelham às da sociedade em geral, já que daí emanam e continuam a regular suas relações com ela, embora se diferenciem por se impregnarem gradativamente de sua experiência particular, e que seu papel seja cada vez assegurar a sua coesão e garantir a sua continuidade. (HALBWACHS, 2004, p. 214).

3.1 Histórico da família

Geralmente, quando se fala do surgimento da família, tem-se como recorte espaço/temporal a estrutura familiar romana com suas regras, direitos e deveres entre os sujeitos envolvidos. Contudo, nossa escolha para compreender a formação de uma memória social familiar com suas regras, hábitos e costumes antecede a família romana, e mesmo a estrutura patriarcal que permeou, e ainda se apresenta viva, nas composições familiares.

Para tanto, vale lembrar que a permanência e o progresso do homem no plano da existência material, em muito, foi determinada pela capacidade de domínio na produção e armazenamento dos alimentos.

Dentre as classificações feitas no campo da ciência para entender o funcionamento do existir humano, conta-se com a percepção de três fases predominantes, as quais identificam os estágios pré-históricos de cultura¹⁰, sendo: selvagem, barbárie e civilização. No primeiro estágio, segundo as pesquisas feitas por Morgan, os homens inicialmente passaram parte do seu tempo diário entre as árvores dos bosques tropicais e subtropicais alimentando-se de nozes, frutos e raízes. Neste período, o principal progresso foi o desenvolvimento da linguagem articulada.

Ademais, foi introduzido na alimentação desses grupos o consumo de animais aquáticos (peixes e crustáceos) e, para tanto, o fogo se apresentou como recurso indispensável para esses novos hábitos, permitindo, também, uma maior autonomia diante das intempéries climáticas e um avanço na ocupação de outros territórios através da invenção do arco e flecha,

¹⁰ O livro: A origem da família, da propriedade privada e do Estado de Friedrich Engels afirma que até os anos de 1860 não se poderia pensar em uma história da família diversa da que se era pintada sob a influência dos livros de Moisés.

prossequindo para o hábito de uma alimentação regular e a fixação, mesmo que temporária, em espaços territoriais.

O segundo estágio, a barbárie, é marcado pelo uso da cerâmica, pelo cultivo de plantas, pela domesticação e criação de animais, tendo seu apogeu na formação dos rebanhos, o que desencadeará no estilo de vida pastoril. Ressalta-se que o consumo contínuo de carne (vermelha e branca) determinou aumento cerebral dos indivíduos deste estágio, tornando-se superiores àqueles que só faziam uso de vegetais. Ao final deste estágio, tem-se a fundição do minério de ferro, o desenvolvimento da escrita e a produção da natureza por meio do trabalho humano. O terceiro estágio, a civilização, indica o período em que o homem continuou aprendendo a fazer uso dos recursos naturais, refinando sua exploração em larga escala e o uso da arte.

Logo, a família é um corpo ativo que acompanhou o progresso social passando de um sistema inferior para superior. Contudo, essa mesma lógica não segue a relação de parentesco que só sofreu alterações significativas após o amadurecimento do progresso da estrutura familiar e, logicamente, social. O mesmo acontece, em geral, com os sistemas políticos, jurídicos, religiosos e filosóficos.

O período selvagem, por conseguinte, é marcado pela família engendrada no que se tem como uma formação familiar primitiva caracterizada pela existência de vínculos sexuais entre homens e mulheres do mesmo grupo, de sorte que o filho de um era filho de todos, [...] todos os filhos de irmãos e irmãs entre si são considerados filhos comuns, não só de sua mãe e das irmãs dela, ou de seu pai e dos irmãos dele, mas também de todos os irmãos e irmãs de seus pais e de suas mães, sem distinção (ENGELS, 1984, p. 30) existente através do matrimônio por grupos.

Ao passo que, no período da barbárie, a formação familiar consistiu no que se chamou família sindiásmica¹¹ que surgiu como consequência da proibição do matrimônio entre parentes consanguíneos. Neste modelo, os vínculos familiares criaram deveres mútuos constituindo no regime social desses povos, mas com liberdade para dissolução do mesmo por qualquer das partes envolvidas, ou seja, o rompimento do casamento era autorizado para ambos os cônjuges (homem e mulher). Engels (1984) ratifica que graças à formação familiar fruto da união de pessoas que não guardavam entre si o vínculo consanguíneo ocorreu a formação de uma raça mais forte e resistente às condições climáticas e à disputa pela sobrevivência entre outros grupos.

¹¹ Considerada um tipo de família de linhagem matriarcal em que é possível se dissolver os vínculos entre os cônjuges a interesse de ambos e os filhos continuam a pertencer à mãe.

Fruto desta convenção familiar surgiu o que se chama de matrimônio por rapto e matrimônio por compra, seguindo uma lógica justificável à época, uma vez que proibindo-se o casamento entre parentes tornou-se escasso o número de mulheres com que o homem poderia se casar. Para a ocorrência do casamento, buscava-se mulheres para o consórcio em outros grupos, a quem o interessado costumava presentear os parentes maternos da noiva com o intuito de formalizar o compromisso que redundaria no casamento.

[...] Os raptos são pagos por multas, e, por último, o roubo das mulheres transforma-se em compra. Mas, ainda ao tempo em que o casamento já era precedido de acordo, entre o noivo e o chefe da família da noiva. [...] A compra efetuava-se por bens, por moedas, mais tarde por prestações de serviço. Desta última forma é clássico o exemplo de Jacob. (BEVILÁQUA, 1959, p. 43).

É imperioso considerar o lugar de importância que ocupou a mulher na família nas fases inferior, média até início da superior da barbárie. A mulher era livre e exerceu o comando em suas casas, sendo, inclusive, responsáveis para escolha do marido.

[...] As mulheres constituíam a grande força dentro dos clãs (*gens*), e mesmo, em todos os lugares. [...]. A economia doméstica comunista, em que a maioria das mulheres, se não a totalidade, é de uma mesma *gens*, ao passo que os homens pertencem a outras *gens* diferentes, é a base efetiva daquela preponderância das mulheres que, nos tempos primitivos, esteve difundida por toda parte. (ENGELS, 1984, p. 51).

Sabe-se que a domesticação de animais e a criação de gados permitiu o surgimento de novas relações sociais, considerando que até a fase da barbárie o que se teve como riqueza era pouco duradoura, - a exemplo dos alimentos, utensílios e vestimentas precárias -, exigindo o labor diário para adquirir meios de subsistência.

Agora, com suas manadas de cavalos, camelos, asnos, bois, carneiros, cabras e porcos, os povos pastores, que iam ganhando terreno [...] haviam adquirido riquezas que precisavam apenas de vigilância e dos cuidados mais primitivos para reproduzir-se em proporção cada vez maior e fornecer abundantíssima alimentação de carne e leite. Desde então, foram relegados a segundo plano todos os meios anteriormente utilizados: a caça, que em outros tempos era uma necessidade, transformou-se em passatempo. (ENGELS, 1984, p. 57).

Tendo em vista as alterações que o homem realizou ao longo deste período pré-histórico com intuito de uma vida mais duradoura e com maior capacidade de acúmulo de bens, observou-se, assim, as consequências sociais desencadeadas do matrimônio

sindiásmico, responsável por introduzir a ideia de uma verdadeira mãe e, por isso, automaticamente, intituiu-se um verdadeiro pai, abrindo mão dos matrimônios em grupos, e das filiações conjuntas.

Em virtude dessa relação familiar, o direito a suceder aos bens adquiridos pelos ascendentes inicia-se com a sucessão da linhagem materna, ou seja, os filhos herdavam os bens amealhados pela mãe.

Todavia, de forma não muito revolucionária, bastou que se convencionasse a possibilidade de um membro masculino permanecer na *gens* do pai para que se alterasse de forma significativa esta relação, ou seja, o direito hereditário passou, dessarte, a pertencer à filiação paterna, sendo considerada como a transição mais natural para o patriarcado, em que o homem se apodera da direção da casa, tornando-se o modelo da disposição familiar antiga.

O patriarcado já constitui uma forma familiar mais consistente e definida. Repousa sobre a autoridade de um chefe despótico, sendo, ao mesmo tempo, o ascendente mais velho, ao menos em regra geral, e o pontífice do grupo a que preside (BEVILÁQUIA, 1976, p. 19).

A família romana organizou-se pelo modelo patriarcal, reconhecendo neste corpo familiar uma única figura dotada de personalidade jurídica, o *pater*. Este, considerado como sacerdote e magistrado de dentro da casa, determinou, inclusive nas normas mais modernas, que a casa é o asilo inviolável do indivíduo. Resta considerar que esta inviolabilidade não trata apenas da presença física de um estranho sem o convite do anfitrião, mas de inviolabilidade das regras de convivência estabelecida no espaço doméstico sob a égide do chefe de família.

[...] A prosa árida do direito nenhuma acolhida tem na casa romana; não tem regras o direito para a vida, que aí se passa, para as relações, que aí se criam, para as contestações, que aí se elevam. A casa é a criação do chefe de família: o seu espírito, a sua autoridade soberanamente a dirigem, a apagam a influência da lei. (PEREIRA, 1959, p. 49).

É imperioso observar que a lei romana no ambiente doméstico exerceu apenas o poder de atribuir o direito de exercício do *pater* como forma de desempenhar o comando familiar segundo as aspirações e ditames do chefe da casa. Logo, a lei como norma de conduta aqui exerceu a função de garantir o exercício do *pátrio poder*, mas não ofereceu comandos de comportamentos a serem cumpridos de forma geral e abstrata assim como se entende a função da lei no convívio social.

Afirma-se, dessa forma, que a origem da família está relacionada com a própria existência do homem na Terra no tempo remoto em que o calendário se perde na contagem,

ao passo que consiste na fundação do corpo social até a modernidade. Sabe-se que a família surge como um fato natural em decorrência da procriação fruto da união sexual entre o homem e a mulher. Esta união determinará a formação dos grupos sociais. Eles passam a guardar convivência entre si por uma necessidade de sobrevivência, tendo em vista que o indivíduo reconhece a impossibilidade de viver sozinho, seja pela necessidade de partilhar os recursos necessários a alimentação, seja para a continuidade da espécie, que só é possível com o contato entre dois corpos: masculino e feminino.

Ademais, é possível perceber que, na estrutura da família primitiva, inicialmente, essas relações são mais inconsistentes, determinadas pelas questões biológicas. As questões sociais – aquelas que envolvem moral, religião, costumes e mesmo o Direito - interferirão nessas relações, antes meramente biológicas, para desenvolverem um valor de permanência dos vínculos entre os membros familiares.

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. (COULANGES, 2006, p.35).

Percebe-se, portanto, a correlação da evolução dos tipos de familiares com a evolução da inteligência e do sentimento. As relações domésticas mais elevadas, sob o ponto de vista ético, são também as mais elevadas sob o ponto de vista biológico e sociológico (BEVILÁQUIA, 1976, 17).

Ressalta-se ainda,

A despeito das críticas e das vicissitudes que, em alguns períodos da história, e ainda recentemente, lhe têm posto à prova dos alicerces, a família subsiste, e é considerada em todos os países e em todos os sistemas legislativos como instituição necessária, cercada, no momento atual da civilização, de favores inspirados pela religião e moral e aos quais a lei confere garantia coercitiva. (ESPINOLA, 1957, p. 13).

Por fim, acerca do histórico ou das questões que envolvem a origem da família, guarda-se uma divergência no campo da pesquisa quanto à formação dos grupos familiares, uns defendendo que a família teve sua base e princípios através do comando da mulher (matriarcado) invocando a poliandria como *modus vivendi* dando lugar à ginenocracia. De outro lado, o patriarcado, no qual a chefia familiar era exercida pelo homem, o executor do *dominium* absoluto sobre as pessoas e os bens familiares influenciando a formação familiar até os tempos atuais.

É essa conjuntura de modelo familiar que permeará a formação do modelo de família, com seus efeitos jurídicos e religiosos, que orientará a memória social da entidade familiar, exposta a partir dos tópicos seguintes.

3.2 Entre direitos e deveres do pátrio poder e poder familiar

Nota-se que, a partir da sedimentação da construção social da entidade familiar, através da união entre o homem e a mulher com fins de procriação, - e a consequente manutenção das relações entre estes sujeitos, sofrendo as interferências da religião, dos costumes e da moral -, nascem e firmam-se direitos e deveres para manutenção deste espaço de convivência.

A estrutura patriarcal pode ser considerada como modelo da relação familiar com maior longevidade, e por isso influencia como modelo no transcorrer da permanência da família no contexto social. Quando se fala em forma patriarcal há de se remeter ao período romano, tendo em vista que é neste espaço e tempo histórico que se sedimenta o patriarcalismo e os direitos e deveres que o caracterizam.

[...] Pode-se admitir que mesmo no ocidente tenha havido alguma influência oriental de matriarcado, mas o tipo patriarcal não deixa, por isso, de ser o nosso tipo fundamental. Todos os direitos privados e políticos, que hoje surgem do fato de ser homem, surgiam a princípio do de ser parente e depois cidadão. O poder do pai convertia-se no poder da família sobre o indivíduo. (ESPÍNOLA, 1957, p.10).

No modelo patriarcal existe apenas uma figura dotada de personalidade jurídica que é a figura do *pater*. Esta exerce a função do divino e do juiz dentro do ambiente doméstico. Este poder é atribuído pela própria lei romana, a qual concede como um direito para exercer o seu *dominium* na relação de direito obrigacionais e reais, quais sejam: direito pessoal em face da esposa, filhos e escravos; e posse de toda a riqueza material pertencente a família.

Neste modelo, as pessoas que compõem a família estão submetidas à jurisdição do *pater*, sendo a magistratura doméstica decorrente da justiça privada, ao passo que, diante das atribuições exigidas pelo Estado, responde apenas o chefe da família. Pode-se, logo, entender que, na jurisdição *civitas*, mesmo sendo a família uma unidade orgânica, só se manifesta na condição de detentor de direitos e deveres a pessoa do *pater*. No espaço doméstico, por sua vez, a jurisdição é exercida pelo *pater* que ordena as regras aqueles que estão sob sua tutela jurídica.

O patriarcado já constitui uma forma familiar mais consistente e definida. Repousa sobre a autoridade de um chefe despótico, sendo, ao mesmo tempo, o ascendente mais velho, ao menos em regra geral, e o pontífice do grupo que preside (BEVILÁQUIA, 1976, p. 19). Neste sentido, estas pessoas, em face do pai, estão niveladas sob a mesma condição, todas são *alieni juris*¹², e todas igualmente submetidas à *pátria potestas*¹³ (PEREIRA, 1959, p. 45). Ao *pater* é conferido o direito em relação aos filhos em caso de abandono, venda, castigo, domínio do patrimônio e até mesmo a escolha da mulher com quem o filho deverá contrair núpcias.

Em face do filho, esta superioridade ainda mais se acusa. Até que ele atinja à plena varonilidade, pai tem sobre ele uma superioridade física tão desproporcional, que a obediência do filho nada mais é que o tributo obrigatório que a fraqueza presta à força. Nos primeiros dias da humanidade, é sobre esta superioridade física que assenta o poder. (PEREIRA, 1959, p. 56).

Registra-se que a família romana passa por mudanças no enquadramento legal que acabam por influenciar a relação de direito do pai sobre o filho, a exemplo da personalidade jurídica adquirida com o nascimento, permitindo que o filho adquirisse patrimônio e ao pai, apenas, o direito do usufruto, condição de direito que influenciou o próprio direito civil moderno.

Para além do exercício de direito do pai com relação aos filhos, tem-se a condição da mulher nesta composição familiar patriarcal, em que considerando que o poder e o exercício de direito se concentrava na pessoa do pai e chefe de família, a mulher, neste caso, ocupará lugar secundário, e muitas vezes invisível, tendo em vista que, para fazer parte da família em decorrência do casamento, a mulher rompe, em absoluto, com os laços de parentesco com a sua família paterna para participar do culto doméstico daquele que passará a exercer o poder de fato e de direito sobre a sua existência.

Ademais, a condição de incapacidade jurídica da mulher exigindo a tutela jurídica a coloca no lugar de igualdade com relação aos próprios filhos, ocupando todos a condição de *dominium* do *pater*, de onde se pode aferir que a mulher, na estrutura da família patriarcal, exerce o dever de procriação, responsável pela continuidade da identidade da família no meio social, além de se posicionar no lugar de auxiliar de funções domésticas em relação ao esposo.

¹² Termo latino para se referir a alguém que não possuía capacidade jurídica, e por este motivo submetidos ao *pater* família (filhos, netos, noras, esposa).

¹³ O termo se refere a jurisdição governado por um patriarca conferindo sentido à orientação masculina da organização social.

Exercendo o homem (chefe da família) o comando no espaço familiar e gerenciamento das relações internas, ele acabou por desenvolver uma superioridade de reflexão. Isto determinou sua superioridade com relação à esposa que desenvolve suas funções no ambiente íntimo e doméstico.

A mulher assim casada continua a cultuar os mortos; mas não é mais a seus antepassados que oferece o banquete fúnebre; não tem mais esse direito. O casamento desligou-a por completo da família do pai, quebrando todos os liames religiosos que a ligavam a ela. É aos antepassados do marido que oferece sacrifícios; pertence agora à sua família, e eles se tornaram seus antepassados. O casamento proporcionou-lhe um segundo nascimento. (COULANGES, 2006, p.40).

Tem-se que a organização da família romana primitiva possui como fundamento basilar o princípio da autoridade a ser exercida pelo homem (o *pater*), condição determinante para imprimir uma unidade familiar, sendo, à época, considerada como uma instituição política, sob a forma aristocrática e monárquica.

Entretanto, a história relata, em suas narrativas, os diversos processos pelos quais Roma conquistou territórios e populações, bem como passou pelo processo inverso de ser conquistada, e, conseqüentemente, a sociedade romana passou a sofrer as influências morais e costumeiras dos dominadores. Essa influência foi sentida, assim, nas relações familiares que passaram a apresentar a família romana numa perspectiva de organização democrática, no qual o princípio a ser consagrado, na referida estrutura, não estaria condicionado ao simples exercício da autoridade, e, sim, ao princípio ético, e mesmo ao amor.

Agora, a direção do marido não há de ser despótica e arbitrária, porquanto a própria lei romana passou a chamar essa agregação de pessoas do círculo familiar de sociedade, devendo a mulher, nessa disposição normativa, ocupar a condição de companheira, consorte e auxiliar do marido. Bem se percebe o que se pode chamar de uma espécie de trilogia legal da figura da mulher na relação familiar, de sorte que essa relação precisa ser entendida, não como sinônimas, e, sim, um atributo a mais que será desempenhado com devido o cuidado pela esposa.

A mulher é, em primeira instância, intitulada como companheira do marido em consequência do mesmo instinto de perpetuação e preservação da própria espécie. Este dispositivo legal justifica a defesa da necessidade de convivência entre os cônjuges como uma oposição à vida em solidão, já que esta escolha poderá afetar, substancialmente, a perpetuação da espécie.

A consequência imediata que ocorre do companheirismo numa sociedade é que a esposa se torna sócia na relação familiar, repercutindo na relação de divisão dos deveres e direitos familiares. Do último aspecto da trilogia, legam tê-la na condição de auxiliar do marido, o que consiste numa atividade subsidiária; cooperando, colaborando e ajudando, mas nunca se apoderando de uma ação direta e da vontade da esposa.

Na companheira tendes à amiga; na consorte, a sócia; na auxiliar, a colaboradora. Ligai agora as três palavras entre si, de forma que cada uma delas, comunicando à outra o seu sentido específico, todas concorram para dar à trilogia da lei uma significação própria, e então tereis uma ideia exata da condição da mulher na sociedade conjugal. (PEREIRA, 1959, p. 59).

Destaca-se que a passagem do *patrio poder* para o poder familiar tem como consequência a passagem temporal de atribuir personalidade jurídica aos sujeitos familiares, que, com o passar do tempo, estarão envolvidos de forma conjunta nas atribuições e direitos desencadeados por essa evolução.

Acrescenta-se que essa mudança de entendimento do *pátrio* poder para o poder familiar consiste em uma mudança recente no texto legal, apesar de se perceber ao longo da trajetória histórica da família, que essas relações foram se alterando antes da norma fruto, especialmente, das lutas de igualdade de direitos e deveres, seja na emblemática Revolução Francesa, passando a compor o lugar de debate nas lutas feministas. A exemplo disso, no caso brasileiro, com *Código Civil* de 2002, se observa o uso do termo poder familiar, a se tratar do conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.

O poder familiar tem como interesse maior o bem estar dos filhos e da família instituído pelo estado da pessoa, tornando, por esse motivo impossível a sua renúncia ou alienação consistindo em *mínus* público por ser o Estado responsável pela fixação das normas, ou seja, agora o Direito, além de reconhecer legalmente os poderes auferidos na formação familiar, também fixará quais direitos e deveres deverão ser exercitados pelos membros da família, contrário da lei romana, especialmente por equipar homem e mulher como titulares do poder familiar.

3.3 Do casamento religioso ao jurídico

A unidade familiar é constituída, em regra, pelo reconhecimento do vínculo jurídico e social entre duas pessoas, cuja intenção consiste na continuidade da convivência permitindo a formação e proteção da prole, bem como produzindo direitos e deveres jurídicos entre os envolvidos a partir do casamento¹⁴.

Neste sentido, o casamento é a regulamentação social do instinto de reprodução, trabalhada de um modo lento, por meio de muitas e diversíssimas vicissitudes, até a acentuação de sua forma vigente entre os povos cultos (BEVILÁQUIA, 1976, p. 12). Destaca-se que a formação da entidade familiar, como conhecida atualmente, não esteve de forma equânime no tempo, merecendo algumas considerações neste trabalho.

Há registros antropológicos - que não são pacíficos - que dão nota que a evolução familiar pode ter dentre as possibilidades de surgimento, o da comunhão de mulheres com vários parceiros sexuais, o que dificultava a identificação da paternidade de sua prole. O passar do tempo e a formação de um discurso moralizante do ato sexual passou a julgar essa condição da maternidade como um valor de promiscuidade, já que não era possível presumir a paternidade.

Os estudos comparativos recentes, porém, chegaram a resultados diversos, observando as origens dos povos orientais e alguns selvagens modernos da Austrália e da América e fizeram surgir a seguinte teoria: que, nos primeiros tempos, os homens viveram nas chamadas bordas promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem vínculos civis e sociais; depois, organizada a sociedade em tribo, a família se formou em torno da mulher, foi admitida a poliandria. (ESPÍNOLA, 1957, p. 10).

Defende-se, assim, a existência nos povos mais antigos da união entre uma só mulher a dois ou mais maridos, ao mesmo tempo conhecida como poliandria¹⁵, presente nos esquimós, aleucianos e tibetanos. O discurso clássico acerca da poliandria e suas variantes

¹⁴ A formalização do casamento, via de regra, era antecedido pelo instituto romano conhecido como sponsais, que consistia num contrato pelo qual duas pessoas (um homem e uma mulher) se prometiam em casamento. Ressalta-se que os sponsais nem sempre se deu de forma bilateral, ou seja, de acordo com ato de vontade do homem e da mulher, pois há registro da existência dos sponsais quando os noivos, especialmente a noiva, ainda eram crianças. A confirmação do compromisso se materializava com a dação de arras (conhecido entre os leigos como sinal de compra) ou pela troca de anéis entre os noivos. Ainda, por considerar a importância deste instituto que antecede ao casamento, este pacto era munido de sanções punitivas em caso de desistência do casamento a exemplo de pena criminal, a privação de liberdade ou composição econômica.

¹⁵ Poliandria, tem origem grega formada por poly, que significa muitos e andros que significa homens, de pouca definição nos dicionários de língua portuguesa, correspondendo o estado da mulher casada, simultaneamente, com vários homens. Poliginia, também de origem grega, poly significando muitos e ginia (gynaika), mulher ou esposa, é historicamente a mais bem aceita forma de poligamia.

considera que sua existência está associada à coabitação entre os parceiros ocorrendo em razão de adaptação ao ambiente, especialmente a questões socioeconômicas. Geralmente, afirmam que a poliandria é praticada quando circunstâncias econômicas, demográficas ou de ecossistema, limitam a habilidade do homem, sozinho, de suportar, adequadamente, mulher e filhos (LEVINE; SILK, 1997, p. 376).

Apesar de a poliandria se fazer presente na história da humanidade, torna-se uma proibição, expressamente abominada pelo cristianismo e islamismo sendo equiparada ao adultério, e um tipo de relação que dificultava os vínculos familiares almejados pela religião doméstica. A cerimônia de núpcias era, além disso, tão solene, e produzia efeitos tão profundos, que não se devia surpreender se esses homens julgaram ser permitido nem possível ter-se mais do que uma mulher. Essa religião não poderia admitir a poligamia. (COULANGES, 2006, p. 52).

Doravante, a monogamia, no transcorrer do tempo, é considerada como a união conjugal de mais forte coesão entre os consortes, especialmente para manutenção patrimonial e controle da prole, passando com o tempo a sofrer as justificativas morais e religiosas como sendo a melhor adaptação ao desenvolvimento social.

Por fim, é relevante considerar que estes enlaces poderiam ocorrer de forma endogâmica, quando o casamento ocorria entre os membros do mesmo grupo numa tentativa de manter a pureza do sangue; ou de forma exogâmica ocorrendo de forma oposta, ou seja, os enlaces ocorriam entre pessoas de grupos diversos, feitos pelo homem em busca da mulher em outra comunidade dado, muitas vezes, pela escassez feminina em seu grupo.

É da exogamia que se tem a manifestação da captura, ou o que se chamou de rapto, bem como a posse que se tinha das mulheres pertencentes a outros grupos em tempos de guerra. Com o tempo, o rapto foi substituído por uma tentativa de pacificação com o pagamento de multas, e, em seguida, pela compra da esposa efetuada através de bens, moedas e prestação de serviço.

A primeira explicação que ocorre à mente, em relação a estes usos da endogamia e da exogamia, é a seguinte. É provável que os povos de índole pacífica se tenham sempre contentado com as mulheres de suas respectivas nações. [...]. Mas acontecia, muitas vezes, máxime nas agremiações belicosas, que os chefes e os anciãos, estabelecendo a poligamia em seu proveito, deixavam os jovens solteiros e sem esperança de consórcio. O recurso, que lhes restava, era o de irem procurar mulheres em outros bandos. (BEVILÁQUA, 1959, p. 42).

Contudo, não sendo este o tema de interesse deste trabalho, o qual apenas a intenção de fazer entender que não há na história da humanidade, quando se trata de questões que envolvem o casamento, a família, a religião uma narrativa única, padrão; o que se tem são comportamentos, representatividade social e valores que mais de destacam no trajeto da humanidade exigindo nosso conhecimento, e talvez se ouse dizer que esta linearidade não exista na humanidade. Como se observa

Em contraste com esse sistema e sua ênfase no casamento e nas relações marido/mulher, na África Ocidental “o fator crítico é a procriação”. Lá, o casamento é valorizado primariamente como condição indispensável para a conquista da paternidade ou da maternidade, mais do que um fim em si mesmo. Isso porque a procriação é vista como uma condição *sine qua non* para alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa, a que todos aspiram. (MACFARLANE, 1990, p. 54).

Para esta tese, interessa a concepção do casamento que se estabelece da mudança desses costumes, tendo na monogamia a condição para formalização de uma espécie de contrato bilateral e solene que envolve questões de ordem material e espiritual.

Assim, após essas acomodações de formas de casamento e constituição familiar na Antiguidade Clássica é natural que, quando se adentra um espaço doméstico, se encontre um altar com a presença simbólica do fogo a ser cultuado por todos os membros da família em meio a cânticos e orações, e que, ainda neste lugar de convivência familiar, na parte externa da casa, exista o túmulo das gerações anteriores que ali foram enterradas a simbolizar que a morte não separa os membros de uma mesma família, que é indissolúvel¹⁶.

Sabe-se que a afinidade que se tem na relação familiar com o culto ao fogo e aos mortos da família não está necessariamente associada às questões de geração, ou seja, a existência de um vínculo de consanguinidade, tendo em vista que a filha, ao se casar ou quando o filho se emancipava, não mais pertencia ao grupo familiar, apesar da descendência genética.

¹⁶ É importante considerar para esta tese que quando se fala em família monogâmica e patriarcal não há intenção em afirmar que esta ao surgir na sociedade, tornou-se única e homogênea. Não! O que se pretende neste recorte temático é considerar que o modelo patriarcal se assenta em dogmas, valores e princípios relacionados com a crença religiosa que se perpetua ao longo da história, mas com isso não se anula outras formas e modelos de relação familiar/parentesco do passado e do presente.

“Os diferentes modos pelos quais se podem estabelecer as relações entre os conjugues e os filhos determinam várias formas de família. Uma delas depende, diretamente, da modalidade que reveste a união conjugal e daí a poligamia, ora monândrica, ora poliândrica, e a monogamia. Outras precedem já das relações de dependência, parentesco e autoridade que se tecem entre os membros da associação familiar” (BEVILÁQUIA, 1959, p. 18)

Ademais, não seria também a existência afetiva entre os pares que determinavam este elo familiar, tendo em vista que o direito sucessório, por exemplo, não se ocupava em suceder o patrimônio a quem era sujeito do mais puro afeto na unidade familiar.

A união familiar na Antiguidade se dá em relação ao vínculo religioso a que todos pertencem, especialmente ao culto no lar do fogo sagrado e dos antepassados. Neste sentido, percebe-se que os filhos são reconhecidos como membros da família quando ambos guardam reverência ao sagrado que constitui a família, seja aquela da qual descendem biologicamente, seja a família à qual passaram a fazer parte após o casamento.

Ressalta-se que a família não foi formada a partir dos enunciados religiosos, haja vista que a união entre pessoas se dá antes mesmo da existência de valores divinos, pois existe uma necessidade de sobrevivência atrelada à formação familiar, mas, sem dúvida, a religião é responsável por condicionar a família através do casamento ao cumprimento de comandos que determinam o certo e o errado.

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. (COULANGES, 2006, p. 37).

O casamento pode ser considerado como a primeira instituição a ser concebida pela religião, tendo em vista que o ato de casar não era apenas a união de corpos a ser motivo de comemoração, mas a consagração do casamento determinava a permanência do culto, por meio das libações e oferendas feitas pelos membros da família. Casar, especialmente para a mulher, consistia em abandonar o culto ao fogo sagrado do pai que era o seu próprio deus para invocar o deus da sua nova família, fundado por meio do casamento.

Trata-se de abandonar o lar paterno, para invocar daí por diante os deuses do esposo. Trata-se de mudar de religião, de praticar outros ritos, de pronunciar outras orações. Trata-se de deixar o deus de sua infância, para colocar-se sob o império de um deus desconhecido. E ela não espera permanecer fiel a um, honrando a outro, porque um dos princípios imutáveis dessa religião é que uma pessoa não pode invocar dois lares, nem duas séries de antepassados. (COULANGES, 2006, p. 36).

É interessante perceber que, para a mulher, o casamento é de fato um ritual de significativa passagem, pois o ato de consorciar-se fará com que ela deixe de pertencer não só

ao espaço físico, mas deixa de ser alguém a cultuar e reverenciar os valores sagrados da família da qual fazia parte desde o nascimento.

A mulher assim casada continua a cultuar os mortos; mas não é mais a seus antepassados que oferece o banquete fúnebre; não tem mais esse direito. O casamento desligou-a por completo da família do pai, quebrando todos os liames religiosos que a ligavam a ela. É aos antepassados do marido que oferece sacrifícios; pertence agora à sua família, e eles se tornaram seus antepassados. O casamento proporcionou-lhe um segundo nascimento. (COULANGES, 2006, p. 40).

Ao homem que iria receber em seu lar uma pessoa estranha aos seus valores e tradições e fazer parte do seu convívio, provavelmente por toda a vida, surgia o dever de revelar os ritos e as fórmulas do culto doméstico que consistia no próprio patrimônio familiar.

O casamento consiste, assim, em uma cerimônia sagrada que envolve obrigações materiais, a exemplo da formação patrimonial e a procriação; bem como obrigações de ordem espiritual, tendo em vista que, por meio do casamento, o culto aos deuses familiares será estendido a outras pessoas que até então eram estranhas à família.

Para tanto, se exige o cumprimento dos ritos formais para celebração do casamento. Inicialmente, a cerimônia não era realizada no espaço externo da família, nem mesmo no templo, e, sim, no espaço doméstico na presença dos deuses familiares. Era de competência do fogo sagrado da família anunciar a união entre o homem e a mulher que assumiam, a partir da cerimônia familiar, os deveres matrimoniais, sejam de procriação, sejam no culto dos deuses domésticos.

A repetição desses hábitos foi tão peremptória que mesmo quando a religião do Olimpo foi oficializada, passando a invocar no templo as preces do casamento, ainda assim, o ritual das núpcias era realizado no espaço doméstico diante do fogo sagrado. Em certo momento, a religião tomou, exclusivamente, a si a presidência das cerimônias do casamento, principalmente na família indo-europeia, que, desde muito cedo, considerou o matrimônio como o ato mais solene da religião doméstica (BEVILÁQUIA, 1976, p. 46).

O casamento germânico ocorria mediante a compra da noiva feita ao seu responsável, e, em outras situações, nem sempre bem vista, ocorria mediante o rapto de uma estrangeira que era apresentada na celebração das núpcias por uma lança simbolizando poder e domínio. Outrossim, no México antigo, as núpcias eram carregadas de solenidade. Já no Peru, eram celebrações civis coletivas entre aqueles que atingiam a idade matrimonial.

Talvez para esta tese, a celebração do casamento com seus rituais religiosos e jurídicos ocorridos nos tempos históricos de Roma seja o recorte temático de maior relevância. Em Roma, o casamento era exclusivamente sacerdotal uma vez que sofrendo os princípios da jurisprudência revestiram o casamento de um caráter secular e profano (BEVILÁQUIA, 1976).

Para tanto, conheciam três modalidades de casamento, com efeitos relevantes aos nubentes, sendo: *confarreatio* (este nome derivava de um bolo de trigo que era servido aos noivos) dizia respeito ao casamento dos patrícios e era realizado na presença do pontífice máximo¹⁷ com a assistência de dez testemunhas, as quais simbolizavam as cúrias a que pertencia o noivo; *coemptio* consistia numa venda simbólica em que o *pater* oferecia a filha ao noivo; e o *usus*, conferindo a ele o direito à posse da mulher, como espécie de usucapião, em que o lapso temporal de convivência sob mesmo teto, por um ano, resultaria na posse definitiva da mulher.

Tanto a *confarreatio* como a *coemptio* seguiam as solenidades comuns à celebração do casamento com os preparativos nupciais que se agendavam em data apropriada, devendo a noiva usar a túnica recta, iniciado com o ritual de entregar no altar da família paterna os seus brincos infantis, como a simbolizar a passagem da filha que cultuava os deuses paternos para a esposa, que estaria a servir e honrar o culto da família do consorte. Ademais, o dia do casamento começava com consulta aos deuses e a realização de sacrifício de uma ovelha que teria sua pele usada no ato da celebração do casamento, que se seguia com a apresentação da noiva aos presentes onde era realizado o consentimento.

Ressalta-se que, a princípio, dominava a endogamia como forma de casamento a manter-se o conúbio entre pessoas da mesma classe, e, por assim dizer, deixando acentuado o estamento social. Só mais tarde passou a ser permitido o casamento entre patrícios, plebeus, e mesmo estrangeiros.

Ainda sobre a questão que envolve o rito do casamento era causa de impedimento matrimonial questões que envolviam a idade, a condição civil, o parentesco, exercício de determinadas funções públicas; a exemplo tem-se: a impossibilidade do casamento com o escravo, o impedimento de magistrados se consorciarem com mulheres que residiam dentro da circunscrição de sua autoridade.

Sendo Roma o nascedouro da Igreja Apostólica Romana que foi revestida de poderes sobre a vida pública e privada dos romanos e adjacências, é de se esperar que o rito que

¹⁷ Sendo as núpcias um ritual realizado no culto doméstico, as funções do sumo sacerdote era exercido pelo pater famílias.

envolve o casamento, que tinha caráter eminentemente doméstico, sofresse a consequência dessa interferência, como se percebe nas causas dos impedimentos por diferença de religião, rapto e em decorrência do parentesco espiritual. Em contrapartida, o Concílio de Trento (1545 - 1563), tomando uma atitude mais firme do que os seus antecedentes, decretou a rigorosa observância de certas solenidades externas, tendentes a dar ao casamento toda a necessária publicidade e conseqüente garantia. (BEVILÁQUIA, 1976, p. 55).

3.3.1 Do casamento religioso

Embora já tenha sido exaustivamente mencionada sobre a importância do casamento, torna-se importante reiterar o assunto e, neste tópico, serão apresentados alguns aspectos pertinentes ao casamento religioso, sob a égide da Igreja Católica no Brasil.

Inicialmente, frisa-se que quando a história passou a ser narrada a partir das abordagens do cotidiano, das manifestações culturais, da identidade de grupos minoritários, etc; restou claro que inexistia uma narrativa linear a respeito da convivência social, e por conseguinte sobre a história social. A forma como a história é contada, especialmente sobre questões que envolvem as relações de convívio, por vezes, nos faz supor, ou talvez seja intencional, que se trata de um padrão de conduta que é respeitado e cumprido de forma unânime. Contudo, não é assim que se observa com o passar do tempo em torno das pesquisas sobre as sociedades. Tal procedimento torna possível ao pesquisador (especialmente, ao historiador) examinar não apenas as permanências, mas aquilo que difere entre o que é dito e o que é real. Assim a sociedade

[...] constrói a sua ordem simbólica, que, se por um lado não é o que se convencionou chamar de real (mas sim uma sua representação), por outro lado é também outra forma de existência da realidade histórica. Embora seja de natureza distinta daquilo que por hábito chamamos de real, é por seu turno um sistema de idéias-imagens que dá significado à realidade, participando, assim, da sua existência. (PESAVENTO, 1995, p.15).

Numa abordagem célere, porém não menos importante, é interessante considerar a passagem do rito do casamento de um espaço para outro, de forma que em tempos antigos a cerimônia não tinha lugar no templo, mas no lar doméstico presidido pelo pai da noiva que oferecia o sacrifício e declarava a entrega da filha ao esposo para entrar em sua nova casa e sua nova religião. Naquele contexto, os hábitos desenvolvidos na sociedade antiga acerca do casamento tinham em vista a valorização do culto doméstico e a manutenção do fogo sagrado

pela família. A religião se limitava-se ao interior de cada casa, onde as cerimônias se cumpriam no seio da família que usufruía de respeito e independência para o uso de regras e dos rituais. Cada família tinha suas cerimônias próprias, suas festas particulares, suas fórmulas de oração e seus hinos (HALBWACHS, 2004, p. 181).

Com o passar do tempo e, especialmente, com a ascensão da Igreja Católica, o ritual do casamento deixa de pertencer ao lar doméstico e se torna uma responsabilidade da Igreja. Com isso, a solenidade de passagem do estado de solteiro para o de casado deixa de ser conduzido pelo pai da noiva, e se torna um encargo do padre.

Essa mudança de lugar para realização do casamento, o qual deixa o espaço doméstico em que a celebração ocorria entre pessoas próximas do convívio dos noivos, e passa para o espaço público da Igreja não pode ser visto como algo simples e desproporcional. Nada é feito sem que assuma uma intenção, ainda que no momento em que se inicia uma prática, um ato ou um costume não se tenha tantas expectativas sobre o evento.

A cerimônia que se forma em torno do casamento e da instituição familiar, pela Igreja Católica, adquire tamanha importância que o matrimônio se torna um sacramento, dando ao casal a tripla dimensão batismal de padre, profeta e rei. De tal modo, que com o advento do cristianismo, a compreensão da personalidade foi alargada, considerando-se que todos os seres humanos, criados à imagem e semelhança de Deus têm direito fundamental ao convívio (MULLER, 2019, p. 178).

A realização do casamento religioso consagra, então, o exercício do poder da Igreja no espaço doméstico, familiar. É natural questionar qual a intenção da Igreja em manter sob seu controle as regras de uma organização familiar, e qual a vantagem adquirida em regular as condutas das pessoas dentro do espaço doméstico? Dentre as possíveis justificativas existentes, especialmente aquelas feitas pelos clérigos no processo de catequização. Destaca-se o fato de o consórcio ter um caráter político para a Igreja e, por este motivo, o poder exercido no espaço doméstico com as diretrizes de como deve agir uma família cristã, dá à Igreja uma dimensão social de poder.

O que se propagou como justificativa para o casamento, e conseqüentemente a família, é que o matrimônio seria uma forma de moralizar a sociedade contendo os arroubos sexuais, e promovendo a procriação da espécie. Neste último aspecto, há algo a ser considerado como importante na continuidade dos dogmas da Igreja Católica, pois uma família que congregava os mesmos valores e ritos religiosos significa contribuir com a perpetuação dos sacramentos católicos nas gerações futuras.

O próprio Deus é o autor do matrimônio, o qual possui diversos bens e fins, todos eles da máxima importância, quer para a propagação do gênero humano, quer para o proveito pessoal e sorte eterna de cada um dos membros da família, quer mesmo, finalmente, para a dignidade, estabilidade, paz e prosperidade de toda a família humana. Por sua própria índole, a instituição matrimonial e o amor conjugal estão ordenados para a procriação e educação da prole, que constituem como que a sua coroa. (GS 48).

Como não considerar o elemento vivo e atuante da memória coletiva, em relação à permanência dos ritos religiosos nos membros de uma família que, às vezes, nem tendo a mesma prática religiosa dos seus antepassados, ainda assim reproduzem práticas adquiridas ao longo das gerações passadas, a exemplo da escolha do nome dos filhos relacionando ao santo do dia do nascimento da criança, a apresentação do recém-nascido à comunidade feita na missa de domingo, dentre outras práticas culturais.

No Brasil, o casamento assume o dever moralizador da sociedade que, em muito, convivia com as relações de fato, além da concupiscência das pessoas que aqui habitavam especialmente os que foram degredados de Portugal e vieram para cá com responsabilidade de colonizar as terras, e educar os nativos nos hábitos europeus cristãos. A formação da família, por meio do casamento, contribuiu para a constituição de uma estrutura social hierarquizada em que as funções político-administrativas eram destinadas àqueles enquadrados nas normas sociais e religiosas encarregados pela manutenção do modelo de família defendido pela Igreja.

Atos que ninguém se podia passar, mesmo pondo de parte qualquer sentimento religioso, só se praticavam por intermédio da Igreja: a constatação do nascimento se fazia pelo batismo, o casamento só se realizava perante autoridade clerical. Além disto, o poder eclesiástico tinha jurisdição privativa em muitos assuntos de fundamental importância, como nas relacionadas com o casamento: divórcio, separação de corpos, anulação. Também nos assuntos que envolvessem matéria de pecado. Eram estipulações do Concílio de Trento, que Portugal foi a única das nações cristãs a aprovar sem restrições; e que se mantiveram em vigor no Brasil, em seus traços essenciais, até a República. (PRADO JR, 2011, p. 350).

Diante do arcabouço regimental que regulava a conduta da sociedade brasileira, a exemplo das **Ordenações Filipinas, Código de Direito Canônico**¹⁸ e as **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**¹⁹, compreende-se que estes textos normativos

¹⁸ Cãnon 1013 La procreación y la educación de la prole es El fin primário Del matrimonio, la ayuda mutuay El remedio de la concupiscência es Du fin secundário. La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales em El matrimonio Cristiano obtienen uma firmeza peculiar por razón del sacramento.

¹⁹ Foi o Matrimônio ordenado principalmente para tres fins, e são três bens, que nelle e encerrão. O primeiro é a propagação humana, ordenada para o culto, e honra de Deos. O segundo é a fé e lealdade, que os casados devem

depositavam no casamento a responsabilidade pela subordinação dos corpos, contendo toda e qualquer tendência à luxúria e extravagância, e conferindo, assim, aos indivíduos uma postura honrosa frente aos pares e a Deus. Além do mais, a própria reprodução que era considerada como um dos deveres conjugais, atendia aos desejos de acomodação da população frente aos interesses socioeconômicos seja pela mão de obra, seja para manutenção do patrimônio das famílias.

Algo a ser considerado sobre o casamento religioso no Brasil é sobre o imaginário construído em torno do matrimônio, pois ainda é presente no discurso das pessoas quando se fala em união a se reportarem as solenidades existentes em torno do casamento religioso. Desde a celebração na Igreja com as bênçãos do padre, pais, padrinhos e familiares a festividade posterior ainda muito dita que é de responsabilidade do pai da noiva. É óbvio que existem mudanças na ritualística do casamento com o passar do tempo, contudo, até mesmo celebrações religiosas que não são católicas estão carregadas de elementos simbólicos que foram iniciados com o direito canônico. Principalmente, outras denominações cristãs.

Além disso, outra circunstância de relevância para o estudo é certificar que neste mesmo imaginário, quando se fala em casamento religioso com toda a sua pompa, luxo e religiosidade, não se pode desconsiderar que o enlace envolvia questões financeiras para os consortes com pagamento de taxas e emolumentos, o que não tornava o casamento acessível a todos. Contudo, a dificuldade financeira para o custeio do casamento não significava que as pessoas menos abastadas não convivessem de forma marital, a exemplo das uniões de fato, da mesma forma que não sendo a maioria da população abastada, o casamento religioso não era algo tão comum, mas algo relevante para manutenção do poder da Igreja, e que a história fez questão de torná-la memorável.

3.3.2 Do casamento civil

Na subseção anterior, apresentamos a forma como o casamento era formalizado no espaço religioso, mais especificamente, o enlace entre pessoas católicas, seguindo as regras estabelecidas pelo direito canônico. Tendo em vista que este trabalho, no seu aspecto macro, se ocupa em seu recorte temático, da permanência do direito canônico no direito civil, em questões de família e casamento, é importante fazer essa relação comparativa das normas

guardar mutuamente. O terceiro é o da inseparabilidade dos mesmos casados, significava a união de Cristo Senhor nosso com a Igreja Catholica. Alem destes fins é também remédio da concupiscência.

canônicas e jurídicas sobre o casamento e família, com o surgimento do casamento civil brasileiro, como se segue nos parágrafos seguintes.

Por isso, reforça-se o entendimento a respeito da importância da relação do direito canônico com o direito civil, pois as normas civilistas (especialmente as que tratam do casamento) têm justamente naquelas normas a fonte da formação das suas regras para a formalização do casamento civil. Neste sentido, consideram que os enunciados legislativos e canônicos regulamentam o casamento representando a imagem da sociedade da época, atrelados às questões culturais, políticas e religiosas que representavam a sociedade vigente, e que a memória coletiva assume o papel de torná-los permanentes nas sociedades futuras.

Contudo, imaginar que todos os enlaces matrimoniais ocorreram dentro dos parâmetros desejados pela história dos heróis, fazendo acreditar que as famílias ou as uniões que surgiram no Brasil nasceram de uma proteção religiosa e jurídica, seria por demais um pensamento romântico de uma sociedade construída a partir de diversos hábitos sócio-culturais. Tudo isso para afirmar que, no Brasil, apesar da busca constante da religião católica em se apoderar do regramento do casamento e da família como forma de poder e evangelização, era comum as relações sexuais e afetivas fora do contexto do casamento religioso, e mesmo do casamento civil. Na verdade, o que se observa na perspectiva jurídica é o reconhecimento jurídico das relações de convivência preexistentes como forma de controle do patrimônio fruto dessas relações “familiares”.

Com relação ao sistema jurídico normativo que foi utilizado na época, para tratar das questões que envolviam o casamento, é interessante iniciar com os dispositivos normativos contidos na **Ordenação Filipinas**²⁰, fruto de uma preocupação portuguesa em dispor de um compilado de leis para direcionar os ditames sociais e, para tanto, apesar de se encontrar de forma esparsa em seus artigos é de onde se pode afirmar da existência do reconhecimento do casamento civil sem estar sob a égide do enlace religioso.

As **Ordenações Filipinas**, que perduraram no ordenamento jurídico brasileiro até ser substituído pelo **Código Civil** de 1916, quando se refere ao casamento, o faz atrelado às questões de interesse patrimonial, deixando subtendida a preocupação com as consequências e continuidade do patrimônio nas relações familiares. De forma que é possível perceber, ao tratar das seguintes possibilidades matrimoniais, sendo: “casados per palavras de presente à porta da Igreja ou por licença de prelado fora della havendo copula carnal” e “em pública voz e fama de marido e mulher per tanto tempo” em que não existe o ritual do casamento

²⁰ **Ordenação Filipina** ou **Código Filipino** (publicado no Reinado de Philipe III) vigeu no Brasil até a publicação do Código Civil de 1916.

religioso, e nem mesmo da formalidade civil, mas que receberam a proteção jurídica para reconhecimento do casamento em questões patrimoniais, uma vez que, mesmo diante dessas situações, os consortes são meeiros no patrimônio.

Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e senhorios se entendem serem feitos per carta de ametade: salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contractada, porque então se guardará o que entre elles for contractado.

1 - E quando o marido e mulher forem casados per palavras de presente à porta da Igreja, ou per licença de prelado fora della, havendo copula carnal, serão meeiros em seus bens e fazenda. E posto que elles queiram provar e provem que foram recebidos per palavras de presente, e que tiveram copula, se não provarem que foram recebidos á porta da Igreja, ou fora della com licença do Prelado, não serão meeiros. 2 - outrosim serão meeiros, provando que stiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher per tanto tempo, que segundo Direito baste para se presumir Matrimônio antre elles, posto que se não provem as palavras do presente. 3 - E acontecendo, que o marido, ou a mulher venham a ser condenados por crime de heresia, por que seus bens sejam confiscados, queremos que comuniquen entre sí todos os bens, que tiverem ao tempo do contracto do Matrimonio, e todos os mais, que depois adquirirem, como se ambos fossem Catholicos. O que assi havemos por bem, por se acusarem conluios e falsidades, que se poderiam commeter sobre a prova dos bens, que cada hum delles comsigo trouxe. (LIVRO IV, TITULO XLVI).

Ademais,

Se algum homem casado ficar por fiador de qualquer pessoa sem outorga de sua mulher, não poderá por tal fiança obrigar a metade de seus bens que a ela pertence. (LIVRO IV, LX).

Quando uma mulher casar, sendo de cinquenta anos, ou dahi para cima, tendo filhos, ou outros descendentes, que por Direito lhe possam suceder, não poderá alhear, per titulo algum que seja. (LIVRO IX, CV).

Nos preceitos normativos acima, resta, claro, a preocupação das ordenações em conceder abrigo ao casamento para garantir a proteção do patrimônio adquirido ao longo da convivência material, bem como em casos de um segundo casamento.

Somam-se esses preceitos aqueles que dispunham aos casos de adultério e bigamia em que a punição deveria ser severa e contumaz, cabendo a morte ou exílio aos culpados, desde que o culpado não possuísse uma condição socioeconômica superior à da vítima.

Mandamos que o homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de mulher casada estiver, morra por ello. Porém de o adúltero for de maior condição, que o marido dela, assim como, e o tal adúltero fosse fidalgo, e o

marido cavalheiro, ou escudeiro, ou o adúltero cavalheiro, e o marido peão, não farão as justiças nelle execução. (Título V, XXV).

Torna-se possível interpretar que o interesse em normatizar os assuntos em torno do casamento não estava adstrito às questões de solidariedade entre os consortes e cooperação para educação dos filhos, como se lê nas normas civilistas vigentes no ordenamento jurídico, mas o que se nota, verdadeiramente, é uma adaptação do poder mercantil e patrimonial trazido nos navios portugueses e fomentado no Brasil.

A primeira **Constituição brasileira** (1824), outorgada pelo Imperador D. Pedro I, trouxe em seu texto que a religião católica²¹ era a religião do Império e, assim, deveria ser respeitada ao tempo em que a própria Carta Magna assegurava respeito ao culto não católico no espaço doméstico. Naquele documento, não havia nada explícito a respeito do casamento, família e as suas formalidades, salvo sobre a família imperial. Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar da validade do ato (PEREIRA, 1956, p. 38).

Desta forma, a leitura do enunciado da **Constituição** de 1824, deixa entendido que a solenidade e formalização do casamento atenderão ao previsto pelas normas religiosas consagradas, neste caso, pelo **Concílio Tridentino** e pelas **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**, como já foi mencionado na subseção anterior.

É natural questionar o que sucedia em questões sobre o casamento entre aqueles que não professavam a religião do Império, praticando em seus lares um culto diverso da fé católica. Até à promulgação da *Constituição* de 1890, a qual fará uma significativa mudança neste entendimento, os consortes tinham como proteção jurídica para a união o Decreto n. 1.144/1861²² que estendia os efeitos civis do casamento por meio do registro do casamento

²¹ Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

²² Decreto nº 1.144, de 11 de Setembro de 1861

Faz extensivo os effeitos civis dos casamentos, celebrados na fórma das leis do imperio, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados ao registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzão effeitos civis. Hei por bem Sanccionar e Mandar que se execute a Resolução seguinte da Assembléa Geral.

Art. 1º Os effeitos civis dos casamentos celebrados na fórma das Leis do Imperio serão extensivos:

1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fóra do Imperio segundo os ritos ou as Leis a que os contrahentes estejam sujeitos.

2º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados no Imperio, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso.

3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, com tanto

em cartório, mediante provas exigidas aos consortes que professavam religião diferente da católica. E às vésperas da promulgação da primeira Constituição republicana, o então chefe do governo provisório da República promulga a lei sobre o casamento civil (Decreto n. 181/1890), restando claro a tentativa de afastar a solenidade jurídica para o casamento, sem subordinação às regras religiosas. Fato este referendado no Decreto n. 521, de 26 de junho de 1890 em que o enunciado exigia a realização do casamento civil antes mesmo da celebração religiosa, e em caso de descumprimento pela autoridade religiosa, seria aplicada uma punição de prisão por 6 (seis) meses e multa.

Diante destes enunciados civilistas, o que se pode observar é a tentativa do Estado de se apartar da Igreja Católica, visível entre a passagem da Constituição Imperial para a Republicana, difundindo a ideia (largamente discutida nos centros universitários e espaço políticos) do Estado Laico. Há muita discussão em redor desse assunto, inclusive aqueles que defendem a possibilidade da existência de um estado laico em sua formalidade, pois, quem assim argumenta, considera que, na esfera legislativa, por exemplo, formada por representantes do povo e, dentre esses representantes, os que lá estão em defesa de uma fé, de uma religião, o Estado acaba por sofrer interferências de cunho religioso. De forma que

[...] o reconhecimento da laicidade do Estado tanto da Igreja quanto pelo Estado se reconhece, em suma, a —separação institucional entre religião e política, cujo corolário é justamente a neutralidade do Estado frente ao fator religioso: reconhece-se a relevância pública da religião, quer pela importância que tem para o ser humano, quer como elemento cultural constituinte de toda sociedade, mas não se assume nem privilegia qualquer credo em concreto. (MARTINS FILHO, 2012, p. 363).

Assim, a Constituição de 1890 em seu enunciado²³ deixa claro que, para fins de interesse do Estado, só se reconhece o casamento civil e de forma gratuita. Somado ao texto desta Constituição vê-se o Projeto do Código Civil preocupado em regular juridicamente o

que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na forma que determinado for em Regulamento.

4º Tanto os casamentos de que trata o § 2º, como os do precedente não poderão gozar do benefício desta Lei, se entre os contrahentes se der impedimento que na conformidade das Leis em vigor no Imperio, naquillo que lhes possa ser applicavel, obste ao matrimonio Catholico.

Art. 2º O Governo regulará o registro e provas destes casamentos, e bem assim o registro dos nascimentos e obitos das pessoas que não professarem a Religião Catholica, e as condições necessarias para que os Pastores de Religiões toleradas possam praticar actos que produzão effeitos civis.

Art. 3º Ficão revogadas as disposições em contrario.

²³ Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

instituto do casamento como a entidade familiar, vista como uma consequência direta do matrimônio.

Neste sentido, o casamento legítimo é definido²⁴, no Projeto do Código Civil, como a união indissolúvel e perpétua entre um homem e uma mulher, desimpedidos para constituírem família, que será celebrada de acordo com a lei civil. A norma civilista se ocupa em discorrer sobre os assuntos pertinentes à solenidade, habilitação, impedimento e celebração das núpcias, dando ao direito secular o dever de tomar para si a instituto do casamento, bem como de tratar sobre as regras que envolvem a família, tendo em vista a importância deste espaço de convivência entre as pessoas, e essas regras estão para além de questões afetivas.

É fundamental, também, mencionar a importância do casamento e da família para a religião, pois, por mais que existam espaços religiosos destinados ao culto e para os encontros e convivência entre seus pares, é, indubitavelmente, no espaço familiar que os valores, princípios, dogmas são difundidos entre os indivíduos que assumem a responsabilidade de continuidade nas gerações futuras e, assim, a religião passa a fazer parte da vida dos grupos familiares determinando o modo de viver entre os familiares.

No transcorrer das leituras feitas para essa tese, foi que a autora passou a refletir a respeito da atuação imperativa das regras do direito secular, bem como das regras religiosas para a formação do sistema normativo do casamento e formação da família, o que permite acreditar no entrecruzamento do direito eclesiástico com o direito secular já que ambos nascem da convivência social, ao tempo em que também regula a conduta social. Concomitantemente, também é necessário considerar que não existe linearidade na história, e não seria diferente nas questões que envolvem o casamento. Contíguo ao casamento religioso, protegido pelas bases das normas religiosas, convive o casamento civil que ultrapassa, com o decorrer do tempo e das imposições do Concílio de Trento, a exemplo da existência cotidiana das uniões de fato que estiveram para além do cumprimento dessas normas, mas que existiram e perduraram, prova tanta que se não fosse a sua existência o direito civil não se preocuparia em criar condições para que estas relações fossem regulamentadas no âmbito civil.

²⁴ Art. 1823 . O casamento legítimo é a união indissolúvel e perpétua entre um homem e uma mulher, desimpedidos para constituírem família, concordada e celebrada na conformidade da lei civil.

4 DO ENTRECruzAMENTO DO DIREITO CANONICO E O DIREITO SECULAR NA INSTITUIÇÃO JURÍDICA DO CASAMENTO E DA FAMÍLIA

4.1 Da memória das normas religiosas e seculares

O recorte desta última seção se concentra na busca da confirmação ou negação da hipótese levantada no projeto de pesquisa a respeito da continuidade ou não das normas canônicas nas normas seculares em relação ao casamento e família. Para tanto, é necessário apresentar ao leitor desta escrita uma perspectiva cronológica das normas e leis que serão tratadas nesta seção, a fim de tornar a leitura mais didática e interessante.

Ademais, além de discorrer acerca da cronologia das normas que aqui serão tratadas, é imprescindível aliar a perspectiva cronológica das normas no campo da memória, tendo em vista que, se há ou não continuidade das normas canônicas no ordenamento jurídico, fatalmente está atrelada à memória coletiva.

Qual a relação entre a Memória e o Direito que interferiria na continuidade das normas religiosas nas normas seculares sobre o recorte temático deste trabalho? Estando esta pesquisa chegando ao fim da escrita, sugere-se que este trabalho já realizou as leituras e pesquisas necessárias para confirmar ou refutar a hipótese do projeto de pesquisa, a autora deste trabalho sente-se confortável em afirmar que a Memória (especialmente a memória coletiva) é imprescindível para a atuação de qualquer norma de conduta, seja ela: religiosa, moral, social e jurídica. Essa afirmativa parte do pressuposto de que uma norma de conduta, para atingir o seu objetivo, qual seja a aplicação do comando normativo no comportamento das pessoas, precisa de, no mínimo, um consenso da comunidade para aplicar em suas condutas o que prevê o comando normativo, e, caso isso não ocorra, a norma poderá fazer uso de sanções punitivas que visem à obrigatoriedade da norma no comportamento social.

Diante disso, o relevante para esta pesquisa é entender que, para que uma norma obrigue um grupo social a cumprir o comando normativo, esta norma precisa do mínimo de convencimento da necessidade de acatar a ordem da norma, seja ela jurídica ou religiosa. O reconhecimento da necessidade de se cumprir com o comando de uma norma não está na conduta individual e, sim, no coletivo; torna-se, então necessária uma espécie de acordo social para cumprimento de um enunciado normativo, tornando a norma um “dever ser” do todo, e é neste aspecto que a memória social torna um comando normativo numa espécie de padrão de comportamento social que será visto ao longo do tempo. Logo, reconhece-se que a memória

social é o espaço de permanência para uma norma de conduta que será considerada eficaz a partir do instante em que a comunidade a reconhece e a replica no cotidiano.

Diante da afirmativa de que uma norma de conduta precisa do campo da memória social para exercer o seu comando normativo na sociedade, delimitamos a abrangência deste tema para as normas que envolvem esta pesquisa. Sendo assim, a autora da tese, nesta subseção, fará uso de uma ordem cronológica das normas que serão entrecruzadas nos subtópicos posteriores.

No **Concílio de Trento** (1540-1560) tem-se o ponto primevo para as questões que envolvem o entrecruzamento das diretrizes do casamento e da família, objeto deste estudo. O **Concílio de Trento** (1540-1560) se deu em razão da bula papal de 1542, tendo como finalidade a reafirmação dos dogmas a Igreja e o fortalecimento da unidade da fé católica. A relevância teórica do Concílio de Trento para o tema desta tese está em razão dos decretos dogmáticos quanto aos sacramentos, e para este trabalho, o sacramento do casamento.

Neste aspecto é que a autora deste trabalho busca direcionar o entendimento da sua tese no sentido de que a existência de uma norma de conduta estabelecida por uma instituição religiosa, que à época deste concílio era equiparada ao próprio Estado, é o mesmo que uma verdade a ser cumprida e respeitada pelos fiéis, e sendo os fiéis católicos a maioria quantitativa da comunidade à época, natural considerar uma homogeneidade de comportamento pela comunidade.

Considerando a importância do **Concílio de Trento** (1540 – 1560), a Igreja emprega o **Código Canônico**²⁵, que consiste nas normas jurídicas fundamentadas a partir dos Concílios, e que passa a ser sistematizado numa corpo normativo jurídico em que trata da organização da Igreja, a hierarquia do governo, bem como os direitos e deveres dos fiéis, e o cumprimento dos sacramentos por estes, para as diretrizes e fortalecimento da Igreja e das regras de conduta para os fiéis.

Além do **Código Canônico**, as **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia** (promulgadas em 1707) foram consideradas como a mais complexa estrutura jurídica eclesiástica aplicada no Brasil que se apresentou como reflexo dos decretos do Concílio de Trento, bem como elementos da legislação eclesiástica portuguesa.

Para esta seção, as normas eclesiásticas supracitadas vigentes no Brasil foram analisadas em conjunto com as **Ordenações Filipinas** (1603), que consistiram em

²⁵ Atribui-se a Dionísio (que viveu em Roma entre 500 até 545) o iniciador do Direito Canônico em razão da obra conhecida como *Codex canonum ecclesiasticorum*, composta inicialmente por 50 cânones apostólicos, dos concílios de Niceia, Ancira, Neocesareia, Gangres, Antioquia, Laodiceia e Constantinopla e, em seguida, o acréscimo de 27 cânones do concílio de Sárdica e 138 cânones do concílio cartaginês, além dos de Calcedônia

compilações das normas editadas pela Coroa Portuguesa, compostas de 5 (cinco) livros que dispunham sobre as regras civis e penais de convivência entre as pessoas, bem como os poderes atribuídos a Coroa. Ressalta-se que, no Brasil, as Ordenações Filipinas tiveram vigência até a promulgação do Código Civil de 1916, o qual anuncia de forma mais incisiva a secularização dos direitos e deveres associados à família e ao casamento, consagrando-se no Código Civil 2002.

Adiante, os subtópicos se ocuparam do estudo comparativo entre as normas canônicas e as seculares a fim de se alcançar a resposta possível para a pergunta problema desta tese acerca da continuidade daquelas no ordenamento jurídico sobre a família e o casamento no campo da memória social.

4.2 Do entrecruzamento das normas canônicas e seculares

A temática desta última seção surge da pergunta-problema suscitada ainda no anteprojeto que deu origem à escrita da presente tese, qual seja: existe continuidade/permanência das regras do direito canônico, acerca do casamento e da família, no ordenamento jurídico pátrio? Ainda, reconhecendo o Brasil como um Estado Laico, seria possível tomar para si regras com valores religiosos, neste caso valores católicos, no regramento cível? E qual a relação entre a existência de uma norma jurídica com a memória social?

Numa tentativa de apresentar premissas aos questionamentos provocados, buscaremos responder da última pergunta para a primeira, por acreditar que esta se torna completa quando se ampara nos questionamentos secundários. Neste sentido, ao questionar sobre a relação entre a norma jurídica e a memória social, entende-se como primordial recordar o conceito de norma jurídica e memória social – tendo em vista já ter sido o assunto tratado em outras seções desta tese – na tentativa de identificar possível relação entre si.

Dentre aqueles que se debruçam sobre o estudo do Direito e seus elementos constitutivos, a exemplo de Tércio Sampaio (2018, p. 108), afirma-se que a norma jurídica constitui-se a partir da relação de vontades, manifestando o querer mais forte de um interesse sobrepondo-se a um interesse mais fraco que, de forma imperativa, subjuga o querer humano, seja como algo concreto, quando se vê aplicado a uma ação humana que está relacionada ao comando previsto na norma, seja como algo abstrato determinando as convenções sociais, dirigindo o agir humano.

Os juristas, de modo geral, veem a norma, primeiramente, como proposição, independentemente de quem a estabeleça ou para quem ela é dirigida. Trata-se de uma proposição que diz como deve ser o comportamento, isto é, uma proposição de dever ser. Promulgada a norma, ela passa a ter vida própria, conforme o sistema de normas no qual está inserida. A norma pode até ser considerada o produto de uma vontade, mas sua existência, como diz Kelsen, independe dessa vontade. (SAMPAIO, 2018, p. 109).

Nesse mesmo sentido, Reale (2011, p. 95) corrobora para o entendimento de que a norma jurídica é uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória. Assim, de forma exemplificativa, constata-se na prática o que foi dito pelo autor quando uma pessoa no seu dia a dia adota uma conduta que seja contrária ao que prevê uma norma, e em razão disso sofre as consequências do que prevê a sanção normativa, ou, da mesma forma, quando age de acordo com o que prevê uma lei e tem resguardado seus direitos e deveres.

O indivíduo, ao matar alguém, pratica uma ação que tem repercussão em uma norma jurídica, neste caso penal, enunciando que, quando alguém tira a vida de outra pessoa, terá por consequência uma sanção punitiva de restrição da sua liberdade. Nessa análise, a norma jurídica é concretizada, pois se aplica ao caso factual, dando uma resposta, uma solução.

Em contrapartida, essa mesma norma jurídica que pune alguém por matar outra pessoa, existe como uma forma de controle social, o que implica dizer que antes dela ser aplicada a um determinado caso real, é como se a norma gravitasse em derredor da sociedade, servindo como alerta para toda e qualquer pessoa que deseja tirar a vida de alguém mostrando que poderá ter sua liberdade, valor imensurável, restrita, configurando-se um freio, um controle no agir humano.

A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e essa definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização por meio de coação... O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana; a norma é, portanto, uma regra conforme a qual nos devemos guiar. (JHERING, 1916, p. 257).

Então, para justificar a relevância da norma jurídica na questão da memória, ou seja, a interferência que a memória cria em torno da norma jurídica e a forma como esta interfere na formação da memória, por uma questão conceitual, é importante considerar que existem normas jurídicas denominadas de estruturantes, e outras conhecidas como normas de conduta.

Em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a produção de outras normas. Começemos pela Constituição [...] há normas que atribuem diretamente direitos e deveres aos cidadãos, como as que dizem respeito aos direitos de liberdade; mas existem outras normas que regulam o processo através do qual o Parlamento pode funcionar para exercer o Poder Legislativo, e, portanto, não estabelecem nada a respeito das pessoas, limitando-se a estabelecer a maneira pela qual outras normas dirigidas às pessoas poderão ser emanadas. (BOBBIO, 1997, p.46).

Uma norma estruturante tem como função estabelecer o processo de criação de outras normas, a exemplo dos artigos 155²⁶ e 156²⁷ da **Constituição Federal** de 1988, os quais indicam as formas de se instituir o imposto, além de informar a competência de alguém ou um órgão do Estado ou, ainda, dando instruções aos mesmos, ou mesmo os artigos 21, 22 e 23 da Carta Magna que tratam de estabelecer quais as competências atribuídas ao poder executivo.

O Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, este é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra-infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo esta determinação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. (KELSEN, 1998, p. 124).

Ao passo em que as normas jurídicas de conduta, e são elas que tomamos por base nesta tese, têm como objetivo imediato regular o comportamento das pessoas na convivência social, o que significa dizer que a norma de conduta determina o agir dos indivíduos como algo lícito ou ilícito, estando diretamente voltadas para a conduta das pessoas, nas relações de intersubjetividade.

²⁶**Art. 155.** Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III - propriedade de veículos automotores.

²⁷**Art. 156.** Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

IV - (Revogado).

O que permite depreender que, sendo o homem um ser social e que busca a convivência entre seus pares (salvo raríssimas exceções, como o caso dos eremitas), é natural que se procure o agir em conformidade com o previsto, o esperado, entre os pares, para se atingir uma convivência harmônica. Acredita-se, portanto, que a maioria das pessoas acaba agindo de forma a ser aceito e respeitado, e, por isso, atuando de acordo com a norma de conduta convencionada ou imposta socialmente.

Por este motivo, é possível acreditar que a repetição de comportamento, convertendo-se em um costume fundado na aceitação de um grupo social, constitui-se em condição relevante para formação de uma memória social, e a norma jurídica de conduta, então, atua como um reforço para o padrão de comportamento desejado como certo, como lícito, e mais importante, como justo.

A norma jurídica garante, assim, uma alta possibilidade de que as gerações futuras estarão a repetir o padrão de comportamento social por se estabelecer na memória coletiva como a conduta mais adequada aos anseios da justiça, do certo, da convenção social a ponto de ser regulado por uma norma jurídica. Ao passo que a transgressão, o descumprimento desta norma de conduta é tomada como uma afronta aos padrões sociais e que merece, por isso mesmo, a aplicação de sanção jurídica como forma de punir o infrator e garantir a estabilidade social.

São as normas jurídicas de conduta no entorno da família e do casamento que nos interessam nesta seção. A instituição familiar que se forma por meio do casamento é regulada por normas religiosas, morais e, em seguida, por normas jurídicas que auferem uma espécie de autenticidade à entidade familiar, como se fosse uma maneira de reconhecer e autorizar a unidade familiar, gerando suas representações sociais, bem como direitos e deveres.

Dentre os espaços que conferem importância a essa instituição, é no Direito Canônico que o matrimônio atinge o seu apogeu de reconhecimento, a norma canônica eleva o matrimônio a dignidade de sacramento²⁸, à proporção em que o Direito tomará para si o casamento e a família como fatos jurídicos, devido ao grau de importância na organização social. Não é por outro motivo, a saber, que se entende a família como a célula matriz do corpo social, o que permite afirmar a clareza da formação desses institutos no quadro da memória social nos mais diversos contextos temporais e espaciais. Confirma-se, dessa forma, que a família constituída a partir do casamento é um fato social que nos apresenta os mais variados modelos sociais dos mais longínquos tempos.

²⁸ Os sacramentos considerados como garantias reais da vida eterna pelos adeptos foram detalhadas, oportunamente, na seção que discorre sobre o Direito Canônico.

Memória implica passado – é memória do passado (retenção e evocação). Isso dito há tanto tempo, não questionado por muitos na forma como é enunciado, deve ser posto em termos: é passado, porém com a condição de firmar-se que se projeta para o futuro e mesmo pretende moldá-lo. Evoca-se no presente, mas esse é futuro em relação ao passado. A memória assim deseja dominar o futuro – estar presente nesse revela seu totalitarismo. (MEDEIROS, 2015, p.71).

Desta forma, ao questionamento feito no início desta seção a respeito da relação da norma jurídica com a memória social, torna-se possível afirmar que o direito, por meio de suas normas, cria um padrão de conduta social que tem em vista regular a sociedade no presente, bem como tornar um modelo da conduta a ser perseguido pelas gerações futuras, vendo, no cumprimento da norma jurídica, o alcance do bem estar social repetindo nas gerações subseqüentes até o momento em que a norma jurídica for considerada válida. Poder e domínio, gerados no modo de produção, provocam desejo social de permanência. A memória projeta-se como memória objetivada: em textos, em fatos, em monumentos etc. O que está feito, não apenas o está; conservado para o futuro será evocado (MEDEIROS, 2015, p.72).

Ora, é notório que uma norma jurídica pelo seu caráter imperativo e coercitivo se impõe ao cumprimento pelos sujeitos sociais para manutenção do poder e de uma ordem vigente num dado espaço temporal (ainda que não seja consenso de todas as pessoas) e que tornando vigente a norma jurídica é absorvida pela memória coletiva, pelas gerações futuras.

Destarte, com o necessário cuidado para não fugir do recorte temático proposto neste trabalho, o objetivo consiste em afirmar ou negar a continuidade das regras do Direito Canônico a respeito do casamento e da família no regramento do direito secular. Como uma tentativa de dissecar os elementos que se afirmam ou se negam na pergunta-problema deste trabalho, passaremos a considerar os elementos do direito canônico em relação ao recorte temático, confrontando com as normas jurídicas seculares do ordenamento jurídico pátrio²⁹, dentre elas as **Ordenações Filipinas**³⁰, as **Constituições Primeiras do Arcebispado**³¹ e **Código Civil** de 1916 e de 2002.

²⁹ Para fim de análise comparada com o direito canônico será levado em consideração os enunciados das Constituições Primeiras do Arcebispado, bem como as Constituições Brasileiras e os Códigos Cíveis de 1916 e 2002.

³⁰ As Ordenações Filipinas é uma compilação jurídica fruto da reforma do Código Manuelino vigente em Portugal e em suas terras colonizadas vigente até 1867 quando revogado pelo Código Civil Português de 1867. Ressalta-se que no Brasil as Ordenações Filipinas vigeram por mais algumas décadas sendo revogada apenas em 1916.

³¹ As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia foram promulgadas em 1707 pelo Arcebispo da Bahia, Dom Sebastião Monteiro da Vide, sendo a mais importante legislação eclesiástica no período colonial responsável por manter as diretrizes preconizadas nos decretos do Concílio de Trento.

Para tanto, numa tentativa didática e fiel ao objetivo metodológico da tese, as subseções a seguir estão divididas em temas que regulam o casamento e a família, ao tempo em que, para cada assunto, buscar-se-á uma comparação entre as normas supracitadas. Acredita-se que o uso desta metodologia permitirá responder ao questionamento feito no início desta seção quanto à permanência/continuidade do direito canônico no direito secular.

4.3 Do matrimônio: entre o direito religioso e o secular

O vínculo matrimonial estabelecido entre um homem e uma mulher persiste na convivência humana como um modelo de convívio social que resiste às mais robustas mudanças de paradigmas, de valores morais e sociais ao longo da história. Neste sentido, a continuidade do casamento como prática costumeira protegida por normas morais, religiosas e jurídicas, permite reconhecer na instituição familiar a sua condição de tradição, e, neste diapasão, a sua relação com a memória. “A sociedade, inclusive quando evolui, volta ao passado: é um conjunto de memórias, tradições e idéias familiares que marcam os novos elementos que coloca em primeiro plano³²” (HALBWACHS, 1925, p. 220).

Outrossim, é possível compreender o matrimônio como

[...] uma tradição viva, como uma língua viva, é incessantemente atualizada e transformada: presença do passado, dizemos algumas vezes; não a lembrança de um vestígio esquecido, como a exumação de um achado arqueológico, mas antes, do passado tornado presente, do passado recomposto a partir do presente. (OST, 2005, p. 61).

Antes mesmo de desenvolver a escrita sugerida pelo título desta subseção, no que diz respeito à relação do direito religioso com o secular sobre o matrimônio, é necessário relacionar o tema com a questão memória, já que corresponde à área de conhecimento deste estudo. Por este motivo, considerando que nas seções anteriores, a memória foi tratada de forma mais incisiva, aqui, o que se busca é reforçar a ideia de que a continuidade do casamento, bem como da família como prática social costumeira está associada à tradição. De onde se considera que

³² “La sociedad, inclusive cuando evoluciona, vuelve al pasado: es nun conjunto de recuerdos, tradiciones e ideas familiares que em marca los nuevos elementos que coloca en primer plano” (HALBWACHS, 1925, p. 220).

Dois traços caracterizam a tradição: a continuidade e a conformidade: há, por um lado, reatamento com uma fonte dada de anterioridade; de outro, há alinhamento a um foco provido de autoridade. A tradição é uma anterioridade que cria autoridade; ela é um código de sentido e de valores transmitidos de geração a geração; ela constitui uma herança que define e mantém uma ordem. [...] O essencial na tradição é, pois, a autoridade reconhecida ao passado para reger, ainda hoje, as questões do presente. (OST, 2005, p. 62).

Observa-se que a intenção inicial do matrimônio esteve em instituir vínculos sociais entre grupos exógenos, bem como manter alianças entre grupos, fazendo perdurar as alianças políticas, bem como a manutenção socioeconômica de uma comunidade histórica. Intenta-se reforçar a desconstrução da imagem de que o casamento surgiu motivado pelo afeto entre os consortes, que, muitas vezes, eram prometidos ao matrimônio antes mesmo do nascimento, e, não raro, os nubentes desconheciam-se entre si, fato que só se dava no dia da celebração.

É relevante considerar que a instituição casamento e família são tratados com desvelo, num mesmo tempo histórico, pelas normas eclesiásticas e civilistas de forma a entender que Igreja e Estado “atuavam o trono e o altar com ações e motivações específicas, mas, apesar disso, colaboravam conformando um poder de presença eficaz, quase uno, dificultando o entendimento teórico da distinção entre os dois poderes (CASIMIRO & MEDEIROS, 2012, p. 12).

Considerando os devidos percursos temporais que o matrimônio sofre ao longo do tempo, importa para esta tese a existência do casamento e da família sob a proteção cristã, seguida da sua continuidade no direito secular. Para tanto, é importante considerar que, com o advento do cristianismo, “recuperou-se a compreensão do direito natural ao matrimônio de todas as pessoas” (MULLER, 2019, p. 179).

Como dito na citação supracitada, o cristianismo recuperou a compreensão do direito natural do matrimônio, propriedade esta que foi cunhada do direito canônico pelo direito romano sobre o atributo do direito ao matrimônio ser reconhecido como parte integrante do ser humano, um direito natural e fundamental pertencente aos cidadãos romanos, alcançando também o cristianismo, se estendendo aos escravos e estrangeiros, alargando assim seu espaço de controle social.

Trazendo à baila os enunciados normativos acerca do tema, considera-se que o Código de Direito Canônico e sua legislação complementar apresentam em seu prólogo a tradução da palavra latina *codex* para código em que houve um afastamento do sentido clássico usado pelos romanos. Isso porque o entendimento do termo *codex* como em Justiniano, por exemplo, era compreendido como coleção de textos legais, tendo conservado sua redação

original; ao passo que o sentido que se traz de código – ao menos no direito canônico – consiste numa obra unitária, uma só disposição legal com todos os capítulos e artigos referente à matéria.

Para tanto o referido Código está dividido em 5 (cinco) livros: normas gerais, das pessoas, das coisas, dos processos e dos delitos e das penas, sendo o Livro III, capítulo VII de destaque para esta tese. A seguir, cuidará de discorrer sobre as orientações normativas feitas pelo *Código Canônico* a respeito do casamento com sua estrutura normativa de direitos e deveres dos sujeitos envolvidos na relação matrimonial e familiar.

O **Código de Direito Canônico** reconheceu, no início do Título VII, que o enlace matrimonial entre batizados foi elevado à condição de sacramento devido à sua importância para a Igreja Católica, ressaltando que o termo matrimônio apresenta dois sentidos para esta lei quais sejam: o ato de casar-se, ou seja, a cerimônia em que os noivos afirmam a intenção de estarem juntos; e também o matrimônio representa o vínculo permanente do casal. O matrimônio, para a Igreja, então, tem como finalidade principal a procriação e educação da prole, além da ajuda mútua e a cura para a concupiscência das pessoas; para tanto, o casamento é visto como relação indissolúvel, tendo em vista a necessidade de se garantir tais finalidades agregadas ao casamento.

Para assentar a sacralidade do consórcio, a norma canônica trata o matrimônio como: um contrato sagrado e religioso que procede de um direito natural e divino, além de se tratar de um fundamento para a comunidade religiosa e um bem de extrema importância para o direito civil, devido às obrigações pessoais e patrimoniais advindas dessa relação, sendo reconhecida como um bem público. Com isso, é possível acreditar que essas condições foram determinantes para fortalecer a importância e a necessidade do casamento entre os batizados, considerando a convergência de valores espirituais, sociais e jurídicos de forma a afirmar aos indivíduos que o casamento estaria revestido de condições a favorecer conquistas materiais e espirituais dos consorciados.

Desta forma, nos enunciados 1012 e 1013 do **Código de Direito Canônico**, assuntos de onde se dá o início do tema, afirma-se que o matrimônio consiste num contrato entre um homem e uma mulher, onde um entrega ao outro, de forma perpétua e exclusiva, o direito sobre seus corpos, tendo como finalidades: a procriação e o controle dos desejos sexuais.

Considera-se o matrimônio como contrato por apresentar em si os elementos normativos essenciais ao mesmo, quais sejam: as pessoas que o realizam, consistindo em um homem e uma mulher; os corpos de ambos (contraentes) que se oferecem um ao outro se ocupando como o objeto jurídico, e a necessidade de ser um ato de consentimento das partes

envolvidas, não se tratando de um ato impositivo. Este último aspecto nos faz recordar das nuances já existentes acerca da voluntariedade ou imposição ao casamento, especialmente para a mulher, tendo em vista a existência do rapto como forma de se contrair um casamento.

Neste sentido, a voluntariedade é um requisito fundamental para o casamento, ou seja, do ato de querer, da vontade de ambas as partes para existência do matrimônio, o que não significa afirmar categoricamente que, de alguma forma, não tenha existido casamentos “forçados” naquele e neste tempo, mas o que se leva em consideração é o dever ser normativo em reconhecer o contrato do matrimônio como um ato de vontade dos sujeitos de direito envolvidos.

Ademais, são finalidades do casamento, aos olhos do direito canônico em primeira importância: a procriação e educação dos filhos que darão seguimento ao código genético elaborado, a partir da união entre aquele homem e aquela mulher. Todavia, é mais do que a perpetuação de um vínculo consanguíneo, é na continuidade desta família que se seguirá fazendo parte dos valores familiares as regras religiosas ensinadas e praticadas desde os primeiros anos de vida, que se passarão de geração em geração, como um dever de respeito à ancestralidade da família, o que de fato ocasionará na permanência, na continuidade dos valores cristãos nas células primeiras de uma sociedade³³.

A segunda importância tem o que se pode entender como a instituição do matrimônio em si mesmo tendo como validade a ajuda mútua entre os consortes e o domínio da concupiscência agregando-se, assim, um valor moral em que a sensualidade e os desejos sexuais (ou da carne) deveriam estar sob o controle religioso, a fim de se evitar o caos diante dos padrões sociais. Tudo isso traz como reflexão a necessidade de um discurso e uma prática de permanência do matrimônio ao longo do tempo como forma de solidificar estes preceitos. Razão pela qual a unidade e indissolubilidade do matrimônio ter se mantido ao longo do tempo.

Segue nos enunciados canônicos seguintes, 1014 e 1015, que a instituição matrimonial goza de favor de direito, ou seja, a celebração do ato através dos seus rituais (a serem apresentados no tópico seguinte), tem como função garantir a validade do contrato entre os consortes, devendo ser consumado através do coito carnal com vistas à procriação, robustecendo a finalidade precípua do casamento. Desta forma, diante da inexistência do ato que determina a consumação do casamento (o coito) entende-se que não caracterizará a

³³ Diga-se de passagem que talvez não seja por outro motivo o comportamento comum entre as famílias hodiernas de tomarem como que dever primeiro o de educar os filhos na religião adotado pelos chefes da família como forma de orientar as gerações seguintes. O que, também, permite recordar em relatos de pessoas mais velhas o desgosto que era ter um filho apartado da religião da família.

possibilidade de dissolução matrimonial, o que não era permitido àquele tempo, e sim o reconhecimento de um casamento inválido, e por este motivo inexistente, liberando os envolvidos para a consumação de um outro matrimônio.

Talvez esteja no enunciado canônico 1016 o cerne da importância do casamento como algo a ser permanentemente perpetuado na memória social, como um dever ser para as pessoas, pois a norma canônica supracitada afirma que o matrimônio dos cristãos é regido sob as perspectivas sagrada e humana tornando-se numa relação de convivência que extrapola o lapso temporal da vida dos cônjuges. Quando o enunciado canônico afirma que o casamento é regido também pelo direito divino, o torna em algo sagrado, de forma a se tornar num caminho dos cristãos obterem a graça da salvação eterna.

Por este motivo, e é possível perceber até hoje nos discursos de quem defende o casamento, especialmente o religioso, que o matrimônio não consiste apenas no enlace entre os consortes, mas, também, na certeza de que Deus (aqui se faz referência ao discurso religioso católico) deve integrar esta aliança, ou devendo ser, como afirma o texto bíblico, a terceira corda³⁴ que sustenta e mantém firme o casamento. Alicerçadas nessa configuração do casamento, é que algumas pessoas afirmam, ao receberem a notícia da dissolução do matrimônio de alguém próximo, que a causa pode ter sido a ausência de Deus e dos valores religiosos no seio daquela família.

É importante considerar, então, que este enunciado cria no imaginário das pessoas (dos cristãos, pelo menos) a importância do casamento, não só como uma forma de cumprir um padrão ou modelo ideal de ser na sociedade, mas, também, de fazer crer que assim agindo terá resguardado um lugar de alegria e tranquilidade *post mortem*. Ademais, isso não atinge apenas aqueles indivíduos que se casam, mas às gerações porvindouras criadas sob esse discurso que, mesmo não dando continuidade ao casamento, guardarão o sentimento e a opinião de que quem assim agiu esteve de acordo com o certo, o esperado.

Como bem afirma o enunciado canônico 1016, o matrimônio além do direito divino é regido pelo direito canônico e positivo, visto como normas criadas pela vontade humana de forma a reforçar a importância do casamento, do matrimônio, gerando uma série de direitos e deveres cristãos e jurídicos que deverão ser obedecidos para atingir uma finalidade na vida

34 É melhor ter companhia do que estar sozinho, porque maior é a recompensa do trabalho de duas pessoas. Se um cair, o amigo pode ajudá-lo a levantar-se. Mas pobre do homem que cai e não tem quem o ajude a levantar-se! E, se dois dormirem juntos, vão manter-se aquecidos. Como, porém, manter-se aquecido sozinho? Um homem sozinho pode ser vencido, mas dois conseguem defender-se. Um cordão de três dobras não se rompe com facilidade (ECLESIASTES, 4:9-12).

corpórea e espiritual. O matrimônio torna-se como modelo ou um padrão de conduta que deverá ser realizado entre aquelas pessoas que professam uma fé, de tal sorte que se torna relevante na sociedade. E, talvez, seja por esse motivo que o modelo do cidadão de bem esteja associado à pessoa casada, especialmente no âmbito jurídico e religioso.

Sem o intuito de ser repetitiva, mas, por acreditar que o exposto nesta subseção é significativo para o objetivo desta tese, reforça-se a importância do enunciado 1016 do **Código do Direito Canônico** por ele regularizar a competência divina em normatizar o casamento, de modo a compreender que nos fiéis isso exerce um poder persuasivo fundamental, possibilitando afirmar que, por esse motivo, exerce uma força de permanência na memória social.

O matrimônio, portanto, tem em seu existir a preocupação do Estado, em que pese, especialmente, as questões patrimoniais advindas deste contrato, como o uso do dote, a expansão patrimonial ao longo da convivência entre os consortes, a sucessão do patrimônio em caso de morte do marido; bem como a proteção da Igreja, especialmente para continuidade e permanência dos valores cristãos no seio da família que se prolongará no tempo através dos descendentes. Confirma-se o entrelaçamento Estado e Igreja ao se garantir, no enunciado seguinte, que mesmo em caso de promessa de matrimônio, ocupando o lugar das tratativas do casamento, só é possível reconhecer legalidade caso a promessa seja reduzida a termo com a aquiescência do pároco, como ser responsável para orientações acerca do casamento e seus impedimentos.

O que faz sentido ao entender o casamento como um sacramento representado pela união (voluntária) de um homem e uma mulher, estando impossibilitado de dissolução pelo querer de um consorte, por se tratar de algo muito maior, que é a vontade de Cristo em reconhecer essa união como um sacramento que configura a garantia à vida eterna. Percebe-se com isso, a forma como o casamento se consagra no comportamento dos sujeitos sociais, o ato de consorciar-se, ou seja, de oferecer seu corpo ao outro para dividir a convivência comum, guarda íntima relação com o caminho, ou a forma com que o indivíduo adquirirá a vida eterna, a paz espiritual.

A análise destes primeiros enunciados leva à percepção da forma com que o direito canônico consagra o casamento como ato que deverá ser respeitado não só pelos sujeitos diretamente envolvidos, ou seja, o casal, mas por todo o grupo social, o que torna possível considerar o valor moral e religioso atribuído a este contrato, vez que o afrontamento destes valores atribuídos ao casamento se torna em ato passível de repúdio, e mesmo de ser penalizado de forma moral, social e jurídica.

Talvez o exemplo do adultério seja o que melhor elucide este argumento, posto que, estando o casal em matrimônio, o vínculo afetivo-sexual com uma outra pessoa invade o enlace estabelecido não só entre o casal, como também com o próprio Cristo que sacramentou a união e, por este mesmo motivo, sofre o repúdio, por não respeitar os valores e bons costumes sociais levando, inclusive, a ser considerado crime na esfera do direito penal³⁵. Quando se afirma que a família é a célula-mãe da sociedade, faz-se entender que é o espaço de convivência de onde tudo passa a existir socialmente. Basta perceber que, de uma forma geral, o cidadão que trabalha e que convive com o outro tem um lugar de referência e que carrega em sua identidade o nome da família.

Neste sentido, de forma atenta, observa-se que não existiria lugar mais apropriado e, por que não dizer, lugar mais seguro para fazer perdurar uma identidade, um valor, um hábito, que será levado adiante no tempo e espaço através da continuidade da família, de forma que é possível acreditar numa intencionalidade da Igreja, ao tomar para si a responsabilidade com a formação e cuidado da família, alicerçando os princípios cristãos como expressão mais adequada da existência da célula primeira de uma sociedade.

A redação das **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia** no Livro Primeiro, Título LXII é uma transcrição do **Código Canônico** acerca da finalidade do matrimônio, que é a propagação humana ordenada para o culto, ou seja, a procriação também está associada ao aumento de fiéis, ao conseqüentemente crescimento e poder da Igreja e à lealdade entre os consortes. O que significa o cumprimento dos deveres cristãos e, por conseguinte, dos princípios religiosos e o remédio contra a concupiscência, elevando a conduta sexual à moralidade. A **Ordenação Filipina** não apresenta em seu texto qualquer enunciado específico a respeito do matrimônio, no que diz respeito aos seus princípios e valores, o que não permite com isso acreditar que o silêncio corresponde a uma falta de interesse em tratar do assunto, pois será mostrado, nas subseções seguintes, normas que tratam dos direitos e deveres advindos do casamento, especialmente aos assuntos patrimoniais.

De toda sorte, é interessante observar que ao tempo da vigência da Ordenação Filipina no Brasil, a Constituição de 1824³⁶ anuncia no artigo 5 (quinto) que o Império continuará professando a religião cristã católica, e isso significa saber que os valores e princípios

³⁵ Artigo 240 do Código Penal (revogado pela Lei 11.106/05) tinha como objeto jurídico da tutela penal a organização jurídica da família e do casamento, o que não significa dizer que com a revogação deste artigo passa-se a permitir o adultério. O que houve, na verdade, é que o direito penal deve ser visto como *ultima ratio*, e tendo o Direito outros ramos em que a família e o casamento são tutelados entendeu-se por bem a revogação do artigo 240 do CP.

³⁶ A Constituição de 1824 foi primeira constituição do Brasil outorgada pelo imperador D. Pedro I vigente até a Proclamação da República e que impôs o seu projeto político ao Estado conferindo poder ao Imperador através do Poder Moderador, o voto censitário e o catolicismo se consagrou como religião oficial do país.

atribuídos ao matrimônio são os mesmos percorridos a pouco, pois estão sustentados no Código de Direito Canônico.

Em outras palavras, permanece a mesma estrutura familiar das Ordenações Filipinas: o casamento (matrimônio religioso) é a base da família, fundamental, portanto, para a legalização das relações sexuais. Todo contato sexual envolvendo pessoa não casada é considerado pecado e, por conseguinte, todo filho nascido fora do casamento é considerado ilegítimo, podendo ser natural ou espúrio, a depender do contexto. (VIEIRA, 2018, p. 224).

É imperioso, com isso, considerar que as normas jurídicas e religiosas estão enredadas entre si, pois, se a força de poder que regula o Estado professa uma fé, obviamente que tendo a religião suas regras de conduta, estas irão influenciar ou mesmo regular os comportamentos dos indivíduos, que além de serem cidadãos são, também, em sua maioria, religiosos.

Além da vigência da *Ordenação Filipina* e da *Constituição* de 1824 sobre o casamento e a família, o Decreto de 3 de novembro de 1827 traz em seu texto que

Declara em effectiva observancia as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispo da Bahia sobre matrimonio. Dom Pedro, por Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos subditos, que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte: Havendo a Assembléa Geral Legislativa resolvido, artigo unico, que as disposições do Concilio Tridentino na sessão 24, capitulo 1º de Reformatione Matrimonii, e da Cosntituição do Arcebispo da Bahia, no livro 1º titulo 68 § 291, ficam em effecticva observancia em todos os Bispados, e freguezias do Imperio, porcedendo os Parochos respectivos a receber em face da Igreja os noivos, quando lh'o requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos um delles seu parochiano, e não havendo entre elles impedimentos depois de feitas as denunciações canonicas, sem para isso ser necessaria licença dos Bispos, ou de seus delegados praticando o Parocho as diligencias precisas recommendadas no § 269 e seguintes da mesma Constituição, o que fará gratuitamente: E tendo eu sancionado esta resolução. A Mesa da consciencia e Ordens o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 3 de Novembro de 1827, 6º da Independencia e do Imperio.

Dessa forma, o texto legislativo supracitado deixa muito claro que a competência para tratar dos assuntos referentes ao matrimônio pertencia à Igreja Católica, de sorte que é importante considerar que à época não havia motivo para questionar tal competência, tendo em vista que a sociedade brasileira deste período (pelo menos as pessoas elegíveis a se consorciarem) era católica, logo, o resultado do entrelaçamento do texto legislativo com as

normas do Direito Canônico e complementares servia como um reforço, uma forma de tornar mais efetivos os deveres advindos do matrimônio na terra e no céu.

A competência religiosa em reconhecer o matrimônio a partir das normas religiosas será questionada a partir do processo migratório ocorrido no Brasil, especialmente a partir de 1850, em razão da chegada dos protestantes ao país e que, com a acomodação no país, passaram a exigir o reconhecimento dos seus valores religiosos, especialmente nos assuntos que envolviam o matrimônio, tendo para tanto sancionado o Decreto 1.144³⁷ de 1861, o qual reconhece os efeitos jurídicos dos casamentos celebrados, com seus ritos e costumes, entre as pessoas que não professavam a religião católica, retirando – assim – a exclusividade da Igreja em torno dos assuntos sobre o matrimônio.

Referendando este posicionamento, o Decreto n. 181 de 1890 institui a formalização do matrimônio, bem como se vê, pela primeira vez, aproximação do matrimônio à unidade familiar, de forma a se perceber que a família aqui conhecida como legítima é o efeito esperado na realização do casamento. Ademais, a Constituição de 1891³⁸ trata do assunto sobre casamento, de forma a romper com a solenidade religiosa, afirmando que a República só reconhece o casamento civil e tornando-o gratuito.

O texto constitucional seguinte, ou seja, a Constituição de 1934, reconhece a família como resultado do casamento que é, assim como é para o direito canônico, indissolúvel e protegida pelo Estado, por entender que o bom cidadão, cumpridor dos seus direitos e deveres, assim o é como fruto da formação familiar, ao menos em tese ou, ao menos, no discurso. Apesar do enunciado normativo, em seu artigo 144, considerar o casamento como uma união indissolúvel, o parágrafo único do artigo prevê a possibilidade do desquite ou de anulação do consórcio de sorte que a indissolubilidade não é um requisito absoluto já que

³⁷ Art. 1º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na fôrma das Leis do Imperio serão extensivos: 1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião differente da do Estado celebrados fóra do Imperio segundo os ritos ou as Leis a que os contrahentes estejam sujeitos. 2º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião differente da do Estado celebrados no Imperio, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso. 3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião differente da do Estado, queda data da presente Lei em diante forem celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na fôrma que determinado fôr em Regulamento.

³⁸ Declaração de Direitos. Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

existe a possibilidade de rompimento, algo a ser elucidado na subseção que trata da dissolução matrimonial.

Em continuidade às Constituições brasileiras, é interessante se observar que na Carta Magna que segue a supracitada, ou seja, na Constituição de 1937, em seu artigo sobre a família não faz referência ao que a Constituição anterior fazia sobre a possibilidade do desquite, afirmando em seu enunciado normativo que a família que possui proteção ao Estado, especialmente as numerosas e em situação de vulnerabilidade social, é formada pelo casamento indissolúvel. Sendo apenas na Constituição Federal de 1988 que a indissolubilidade do casamento deixa de fazer parte do texto constitucional, acrescentando o reconhecimento da família monoparental, de sorte que por essa razão, compreende-se que a Carta Magna atual ocupa-se de proteger as relações familiares existentes, e não mais de estabelecer o modelo familiar ideal para a sociedade.

Todavia, a existência de textos legislativos reconhecendo o matrimônio para além das questões religiosas não significa que este rompimento se deu na sociedade como um todo, nem mesmo com a vigência da primeira Constituição Republicana, pois o corpo social não rompe com normas, preceitos sacralizados como aqueles referentes ao matrimônio, considerando, se assim, que a neutralidade do Estado não exige a neutralidade social.

Dessa forma, é permitido considerar este aspecto de permanência dos preceitos religiosos sobre o casamento e a família nas normas seculares sob a ótica da memória social que é permanente porque está na repetição de atos que se convertem em costumes que se fortalece como consenso social, e por este motivo não se altera do dia da noite, ou mesmo com a mudança abstrata de um comando normativo.

4.4 Das coisas que devem preceder a celebração do matrimônio: das tratativas à celebração

Dando continuidade à proposta desta seção, que consiste no entrecruzamento das normas do Direito Canônico com o Direito Secular a respeito do casamento e a família, esta subseção discorrerá sobre o instante que antecede o casamento, como as tratativas ou proclamas da celebração do casamento, tentando, ao final, identificá-lo na norma secular sobre este aspecto, onde permanecem elementos do direito canônico.

Para tanto, é importante reiterar que o casamento se constitui num sacramento para a Igreja Católica, da mesma forma como também, já ficou esclarecida neste trabalho a importância de um sacramento para a vida do católico, pois, não se trata apenas de

regramentos de conduta, e sim, de entender que a conduta é desejada para se obter a graça da salvação, que é para além do corpo. Consiste na certeza de que, na vida após a morte, o fiel terá acesso às benesses da felicidade eterna.

Portanto, das coisas que antecedem ao casamento, é essencial que os noivos católicos tenham cumprido os sacramentos anteriores, quais sejam: o batismo e a confirmação.

Ademais, os cânones que tratam deste tema são vistos do 1019 até ao 1034, discorrendo sobre as condutas que antecedem à celebração do casamento entre católicos, de forma que se atenta aos detalhes que podem, de alguma forma, causar empecilho à celebração, ou mesmo anulação do casamento. Neste sentido, o cânon 1019 exige para comprovação, de fato e de direito, de que os consortes não possuam nenhum empecilho que cause a invalidade ou a ilicitude do casamento, ao passo em que os enunciados seguintes conferem autoridade ao pároco para averiguar a veracidade das alegações apresentadas pelos consortes e interessados pela realização da união.

Para este assunto, há uma observação interessante a ser considerada no parágrafo segundo do cânone 1020 que consiste no dever atribuído ao pároco de interrogar os noivos, em separado, sobre a possibilidade de algum impedimento à realização do casamento. A conduta do pároco em averiguar em separado sobre a possibilidade de impedimento para realização do consórcio denota (ao menos em tese) uma forma de se evitar as uniões forçadas a um dos consortes, especialmente à mulher. A prática, porém, não significa dizer que os casamentos forçados inexistiam.

Contudo, embora não seja o objetivo deste trabalho, mas é indispensável considerar que a norma canônica, de algum modo, trazia em seu texto uma maneira de afastar esta possibilidade, pelo menos no discurso, de onde se poderá entender que, ainda que algo existisse, mas tendo o pároco questionado dos fiéis em apartado sobre essa possibilidade, havia uma garantia que atestava a anuência dos nubentes ao consórcio.

Desta forma, nota-se que as exigências feitas para a celebração do casamento com o cumprimento dos dogmas católicos, de forma a exigir dos futuros consortes uma conduta de acordo com a norma canônica, é uma forma eficaz de manter seja o indivíduo, seja o casal, atrelando-os aos dogmas cristãos, agindo com silenciosa imposição e uma forma a mais para continuidade dos valores cristãos no seio familiar, e, por conseguinte, na sociedade.

No decorrer da leitura do Código Canônico a respeito da celebração do casamento, a atenção se volta para o último Canon deste assunto (1034), pois resta claro o intento deste enunciado em mostrar que a celebração das núpcias, das formalidades e do casamento devem ser realizadas para uma finalidade maior: a formação de um nova célula ou unidade familiar.

Contudo, atentando-se aos comentários³⁹ feitos no próprio **Código Canônico** a respeito deste enunciado adverte-se que o intuito do casamento consiste, também, em fazer permanentes os valores, os princípios e as regras constituídas ao longo do tempo para este modelo familiar defendido pela norma canônica já comentada no início da seção desta tese.

O matrimônio é o sétimo sacramento instituído na Igreja para obtenção da graça pelos fiéis, e para este intento, é necessária a manutenção deste vínculo que não existe apenas entre os noivos, mas, alcança os membros das famílias envolvidas, neste caso as famílias do noivo e da noiva, detalhe importante na análise do Canôn 103: os comentários feitos no Código de Direito Canônico tratam da impossibilidade da celebração do casamento entre menores, caso não exista consenso e autorização dos pais dos nubentes. Talvez, até aqui o leitor desta tese refaça o questionamento: mas qual a importância deste enunciado, e mesmo, qual a sua relação com a finalidade do casamento?

O direito canônico afirma que a realização do casamento entre menores só é possível com o consenso e autorização dos pais, todavia, não é o fato de serem menores o que causa um impedimento para a celebração do matrimônio, não se trata de uma questão imaturidade biológica ou com base no despreparo emocional dos nubentes, mas, uma preocupação formal sobre o reconhecimento e autorização dos pais para formação de uma nova família.

Com isso, a justificativa do enunciado consiste em considerar que os filhos devem respeito e reverência aos pais, e, em caso de oposição (razoável) dos mesmos ao consórcio, a oposição deve ser acatada pelos filhos como manifestação da obediência aos pais; e é dessa obediência que se afirma tratar uma consequência para permanência dos valores na família, pois acatar a vontade dos pais para formação da família dos filhos é uma forma de controle e continuidade, uma garantia de que este novo vínculo familiar esteja em consonância com o já estabelecido para reproduzir as mesmas práticas, costumes e regras da família de origem dos noivos.

Assim, o casamento não é um vínculo apenas entre duas pessoas, neste caso entre os noivos, mas o casamento, que é o início da formação de uma nova família, é, também, o entrelaçamento entre grupos familiares. E estando estes grupos envoltos em valores comuns, mais forte e mais presente será a continuidade das práticas religiosas entre os membros das famílias.

³⁹ 1034. Los hijos, especialmente los menores, tienen obligación de pedir consejo a SUS padres antes de contraer matrimonio, pues así logo exige la piedad y la reverencia que por ley natural lesdeben. Si los padres se oponen razonablemente al casamiento com una persona determinada, deben los hijos prestar acatamiento a la voluntad de sus padres; pero ha de tenerse bien entedido que esa oposición há de ser razonable, consideradas todas las circunstancias del caso, es decir, atendiendo no solo al bien dos padres o de la familia, sino también, y sobre todo, al bien espiritual del hijo y as otras obligaciones que este puede haberse creado.

Corroborando o intuito em tornar o matrimônio religioso como modelo familiar de permanência na sociedade, a norma canônica instituiu a exigência de se tomar termo, pelo pároco, sobre ocorrência de algum fato que poderia ser causa de oposição ou ilicitude do casamento. Ademais, para garantia da ausência de impedimento, o pároco anunciava os proclamas do casamento por três domingos consecutivos, ou fixação dos proclamas em lugar público, às portas da igreja paroquial. Assim, para reconhecimento da validade do matrimônio era necessária a presença do pároco para sua celebração, com exceção em caso de perigo de morte dada a urgência do evento.

As **Constituições Primeiras do Arcebispado** devem ser interpretadas em conjunto com o **Código de Direito Canônico** para entendimento do fato da idade como uma exigência que antecede ao matrimônio. Para tanto, tem-se que a idade definida pelas **Constituições Primeiras do Arcebispado** para a promessa de casamento ocorreria quando os promitentes (homem ou mulher) atingissem os 7 (sete) anos de idade completos, e para a celebração do casamento o noivo (chamado de varão) ter completos 14 (catorze) anos de idade e a noiva ter atingido os 12 (doze) anos de vida.

Na norma secular, o **Código Civil** de 1916, posterior às **Ordenações Filipinas**, afirma nas disposições gerais que o casamento se trata de uma união em que a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges é a pedra fundamental do enlace entre os sujeitos, os quais manifestarão perante o juiz a intenção em constituir família. Ademais, a regra civil assegura o que já estava previsto na Constituição de 1891⁴⁰, que é a gratuidade da celebração do consórcio, e ainda equipara o casamento, quando celebrado na entidade religiosa, ao casamento civil, desde que registrado no registro próprio submetendo-se aos mesmos requisitos formais do civil.

Ao equiparar com as formalidades preliminares do **Código Civil** de 1916, há uma nítida diferença na elaboração do texto, pois, neste capítulo sobre as formalidades preliminares, o **Código Civil** revogado, se ocupa, apenas, em discorrer sobre as exigências para habilitação do casamento. Os artigos 1.517 aos 1.520 do Código Civil/02 cuidam da capacidade jurídica dos nubentes e, como isso, sabe-se que o casamento poderá ocorrer apenas a partir dos 16 (dezesesseis) anos de idade sendo necessária, neste caso, a autorização dos responsáveis até atingir a maioridade civil.

⁴⁰ Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

Orienta o vigente Código Civil que a habilitação para o casamento deverá ser firmado pelos nubentes (podendo ser por procuração) comprovando sua identidade, autorização em caso de dependência legal, declaração de duas testemunhas, as quais assumem a responsabilidade de informar casos de impedimento, e em casos de estado de viuvez documento que comprove o óbito do cônjuge anterior.

4.5 Dos impedimentos para celebração do matrimônio.

Seguindo a proposta do início desta seção em apresentar as disposições normativas que tratam do casamento e da família no direito canônico e secular, revelando ao final desta seção o que permanece do direito canônico no direito secular sobre o tema central da tese, segue, nesta subseção, circunstâncias que impedem de forma permanente ou temporária a realização do casamento. Desta forma, a celebração do casamento estará sujeita a situações de fato ou de direito que serão obstáculos para o consórcio, existindo seja no direito canônico, seja na norma jurídica. Ademais, os impedimentos são divididos em: obstáculos em que o casamento não será permitido com qualquer pessoa (impedimento absoluto), outros que impedem o consórcio entre determinadas pessoas (impedimento relativo), e àqueles que causam embaraço, mas não invalidam em caso de celebração (impedimentos impeditivos). Passa-se adiante a discorrer de forma comparativa os casos de impedimentos nas normas supracitadas.

4.5.1 Impedimentos em geral

Sendo o matrimônio um dos sacramentos a ser alcançado pelos fieis, com exceção para aqueles que optam pelo sacramento da ordem⁴¹ assumindo o dever de evangelizar a comunidade e, para tanto, assumindo o voto de castidade, é natural o intuito da Igreja em fortalecer a realização do casamento entre os fieis, fazendo permanecer os valores cristãos na posteridade familiar.

Contudo, o fato de o matrimônio ser um objetivo a ser alcançado pela Igreja, o próprio direito canônico dispunha de situações que impossibilitariam de forma permanente ou temporária a realização do consórcio. Desta forma, o casamento poderia ser celebrado para

⁴¹ O sacramento da Ordem consiste no ato de consagração do homem batizado que destina sua vida a viver a serviço da comunidade cristã, são: os bispos, presbíteros e diáconos. O sacramento da Ordem tem como função propagar os dogmas católicos para a comunidade como verdade a ser cumprida pelos fiéis em respeito a vontade de Deus.

qualquer casal que não tivesse nenhuma causa impeditiva para o intento. E quais seriam os obstáculos que comprometeriam o cumprimento do sacramento matrimonial? O Direito Canônico nos cânones 1035 ao 1080 dispõe sobre situações de fato ou de direito que causariam obstáculo para a celebração do casamento.

Aos obstáculos permanentes entende-se que o casamento não pode ser realizado, e caso ocorresse acarretaria sua nulidade atingindo a esfera de direitos e deveres entre os cônjuges; ao passo que outros obstáculos dispostos na norma canônica, após serem superados, não impediriam a realização do casamento entre os interessados, especialmente por assumirem a responsabilidade de cumprirem com os preceitos católicos.

Com isso o **Código Canônico** elenca os impedimentos ao casamento, sendo: a) impedimentos impeditivos, os quais contêm uma proibição grave para realização do casamento, mas se celebrado apesar do impedimento, não o tornará nulo; b) impedimentos dirimentes, os quais além de proibirem gravemente a realização do casamento, também impedem que o torne válido.

O enunciado 1042, talvez o mais importante desta subseção, considera que os impedimentos de grau inferior são aqueles que envolvem situações de consanguinidade em terceiro e segundo grau em linha colateral, bem como situações de parentesco espiritual ou ocorrência de adultério com promessa de casamento; outras situações que serão descritas nos subtópicos seguintes são tratados como impedimentos de grau superior, ensejando situação de impossibilidade absoluta ao casamento.

Ademais, os impedimentos canônicos são considerados públicos quando podem ser provados no foro externo, bem como a competência para declarar os casos de impedimentos, até mesmo outros obstáculos possíveis a realização do consórcio são exclusividade da autoridade suprema da Igreja.

4.5.2 Impedimentos Impedientes

É necessário considerar que estes impedimentos estão relacionados aos casamentos quando celebrados em desconhecimento com os dispositivos legais, e assinalados por pessoas que possuem interesse, de sorte que o mais importante a esta situação não é a possibilidade do casamento se tornar nulo ou anulável, mas ocupar-se das penalidades pecuniárias impostas aos transgressores.

Os enunciados canônicos do artigo 1058 até 1066 tratam dos obstáculos ao matrimônio dos fiéis frente às situações que colocam em risco a continuidade do culto no

ambiente familiar, que será constituído a partir da celebração, de maneira que a Igreja proíbe o casamento entre católicos e pessoas não católicas, ou seja, não se via com bons olhos que um católico se consorciasse com alguém que seguisse um outro credo e, mais especialmente, com ateus e/ou aqueles que propagassem doutrinas materialistas, ao que o Código de Direito Canônico justificava levando em consideração o risco que o católico teria com a convivência diária com conjuge de credo diferente, bem como a possibilidade em tornar difícil a educação/evangelização da prole.

Adverte ainda que, em caso de consórcio com um pecador que se nega ao sacramento da confissão, não estaria autorizado o pároco para a realização do enlace, salvo a existência de causa grave ou urgente em que caberia uma decisão aos superiores da Igreja.

Observa-se, então, que os impedimentos impeditivos estão associados à possibilidade do casamento dos fieis com pessoas não católicas (sejam àquelas que comungam uma outra fé ou ateus), de forma que essas relações deverão ser evitadas, mas, ocorrendo que o texto da lei canônica deixa claro a necessidade do cônjuge católico em dedicar maiores esforços para manutenção dos valores religiosos dentro do lar, e especialmente na educação do filhos. É possível concluir que a norma tem como preocupação manter a continuidade da propagação da fé no ambiente doméstico, e conseqüentemente, no social.

4.5.3 Impedimentos Dirimentes

Os impedimentos dirimentes previstos no Código Canônico são considerados como causas que invalidam o casamento ou a sua permanência. Dentre essas questões tem-se: a idade prevista para realização do casamento válido deveria ocorrer quando o homem (varão) tivesse atingido os 16 (dezesesseis) anos de idade e a mulher completasse 14 (catorze) anos.

Além de a idade ser considerada um motivo para invalidar o casamento, a impotência antecedente ou perpétua (seja do esposo ou da esposa) era para o Direito Canônico motivo determinante para encerrar o matrimônio, e o que a norma canônica entender por impotência consiste na incapacidade para o ato sexual de um dos cônjuges, por se tratar de um dos objetos previsto no contrato matrimonial. Todavia, o Código Canônico esclarece que a esterilidade, apesar de comprometer a finalidade procriadora do casamento, não causa impeditiva ao consórcio.

De forma, que a incapacidade em ter filhos poderia ser suprida com adoção, por exemplo; mas a incapacidade do ato sexual comprometeria o intuito de controlar os desejos

sexuais do parceiro, ocasionando, inclusive, a prática do adultério que era vista como infração gravíssima por comprometer o modelo de família defendido pela Igreja Católica.

Validando essa regra, o enunciado canônico 1069 considerava causa determinante para invalidar o enlace matrimonial a situação em que um dos cônjuges estivesse na condição de casado com outra pessoa, ainda que não tivesse ocorrido a consumação do primeiro casamento, de modo a asseverar que a única forma a ser permitida a realização do casamento seria a comprovação de que não restava dúvida sobre a dissolução ou nulidade do consórcio antecedente. Estas causas impeditivas do casamento tornando-o inválido fazem crer na construção e manutenção dos valores morais que envolvem a manutenção de um modelo familiar defendido pela Igreja Católica e permanecidos como ideal que deveria ser atingido.

Outras questões se enquadram como impedimento ao casamento tornando-o nulo, a saber: o indivíduo que recebe ordens sacras ou voto de castidade, ao tentar contrair núpcias, estaria infringindo normas referentes a outro sacramento, que é o sacramento da ordem poderia ser, por exemplo, a ordem que impõe ao fiel assumir diante da Igreja a responsabilidade de cuidar e evangelizar os católicos, o povo de Deus, e depende de votos perpétuos.

Numa terceira categoria dos impedimentos dirimentes do Código Canônico, tem-se a incompatibilidade do casamento com a linhagem genética, ou mesmo em caso de adoção, e, para isso, a Igreja dispunha que entre parentes da linha reta⁴² ou até o segundo grau da linha colateral⁴³ não se reconheceria como válida a união do casal, em decorrência do vínculo de parentesco, e neste mesmo sentido tornava-se nulo, e neste caso pela própria ilicitude dos atos quando se tratava de caso de rapto da mulher, ainda que a intenção do ato fosse para realização do consórcio⁴⁴, bem como situação de adultério realizado por um homem e uma mulher em que ambos fossem consorciados com outras pessoas, restando claro que a prática de ambos estaria a macular a existência do enlace com outras pessoas atingindo-os em sua moral e dignidade.

⁴² Parentesco em linha reta consiste na relação entre as pessoas que descendem umas das outras. A maneira de contagem dos graus na linha reta faz-se pelo número de gerações, pode ser descendente: filho, neto, bisneto, trineto, tetraneto; e ascendente: pai, avô, bisavô, trisavô, tetravô.

⁴³ Parentesco na linha colateral, transversal ou oblíqua é o que vincula pessoas que não descendem uma das outras, mas têm um tronco ancestral comum. A contagem de graus se faz pelo número de gerações, partindo de um dos parentes e subindo até alcançar o ascendente comum, descendo, em seguida, pela outra linha, até encontrar o outro parente considerado. Sendo: irmãos, tios, sobrinhos, tios-avós.

⁴⁴ Adverte a norma canônica 1074, §2 que cessando o rapto e estando a mulher em lugar seguro caso a mesma afirmasse o intento pelo consórcio com o raptor a causa impeditiva estaria cessada. Resta saber se dentro de uma estrutura patriarcal o estar segura e o intento pelo consórcio seria mesmo uma vontade íntima da mulher ou um desejo do pai (ou outro responsável) para manutenção da ordem e moral da família.

O Código Civil de 2002 reitera situações em que os nubentes não terão permissão jurídica para realização do consórcio e, por isso, não poderão casar as pessoas que guardam entre si determinados vínculos consanguíneos ou afins, dentre eles: ascendente com descendente, afins em linha reta, irmãos e colaterais até o terceiro grau, bem como pessoas casadas ou, ainda, viúvo (a) que deseja consorciar com condenado por homicídio (ou crime tentado) contra o consorte. Ressalta-se que em situações como essa, qualquer pessoa capaz poderá opor impedimento a celebração do casamento.

Doravante, em circunstâncias de causas suspensivas há de se entender que não se trata de uma proibição ao consórcio, mas da existência de situações que precisam ser solucionadas para posterior habilitação ao casamento, sendo: situações em que, em razão de um casamento precedente ainda não tenha ocorrido a partilha de bens; ou diante de casos de tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos que desejam se consorciar com o tutelado ou curatelado.

O texto jurídico em artigos posteriores que seja em situações de impedimento ou causas suspensivas à celebração do consórcio, devido à séria consequência de impedir o estabelecimento de uma família, deverão ser realizados mediante declaração escrita e comprovando o fato alegado ou, pelo menos, com indicação do lugar onde possam ser obtidas as provas. Nestes casos, é nítida a preocupação em proteger o patrimônio dos interessados de situações que envolvam pessoas próximas ou mesmo familiar. Ressalta-se que diferente dos casos de impedimentos, a suspensão poderá ser argüida por parentes em linha reta ou colateral de um dos nubentes (consanguíneos ou afins).

4.6 Do consentimento matrimonial

O ato de consentir incide sobre a permissão que é dada para a realização de alguma coisa e, neste caso, ao se tratar de consentimento matrimonial, para o Direito Canônico, entende-se como ato voluntário do casal que se aceita em direito perpétuo exclusivo sobre o corpo, sendo capaz de gerar descendentes que darão continuidade aos costumes da família.

Para tanto, o enunciado canônico 1082 assevera que a efetivação deste empreendimento torna necessário que os noivos tenham discernimento sobre o real objetivo do casamento, qual seja, o que está sustentado e justificado desde o início dos enunciados canônicos a respeito da finalidade do casamento em servir para ajuda mútua, de forma a controlar a concupiscência, bem como a continuidade da espécie por meio da procriação e educação e evangelização da prole.

De sorte que se torna inválido o consentimento matrimonial, caso ocorra situações em que exista erro sobre a pessoa, ou quando celebrado por violência ou medo grave ou, ainda, quando se contrai o casamento enganado por dolo, de forma que impossibilite a vida conjugal. Diante disso, é imperativa a presença simultânea dos contraentes, fazendo uso da manifestação da vontade expressa verbalmente ou por meio de signos correlatos, e em situações excepcionais na presença do procurador, que manifestará a vontade do noivo ausente.

4.7 Da forma de celebrar o matrimônio

O casamento, que é para o Direito Canônico um dos meios de atingir a graça da salvação do corpo e da alma, segue as formalidades de celebração como meio de garantir o reconhecimento do sacramento não apenas aos olhos dos pares, mas, especialmente, aos olhos da Igreja. Dessa forma, para a realização do ritual, o *Código Canônico* identifica àqueles que receberam da Igreja a autorização para, na condição de representante dela, a igreja, realizar a formalização do enlace entre os fiéis, e estes com a própria Igreja já que a família constituída a partir daí será uma extensão da casa religiosa.

Os enunciados canônicos entre 1094 até 1109 informam quais são os representantes da Igreja à realização da celebração do casamento, sendo: Pároco, Ordinário do lugar, sacerdote ou diácono delegado por um deles dentro do limite dos seus territórios de evangelização. Neste sentido, soma-se aos representantes da Igreja que validam a celebração, a necessidade da presença das testemunhas, de sorte que, em situações extremas, a exemplo de caso de morte de um dos nubentes e devido à urgência, não se pode contar com a presença do pároco ou ordinário do local, a celebração poderá ocorrer apenas na presença das testemunhas para, posteriormente, reduzir a termo no livro de registro do casamento a validade do ato.

Ocorrendo a celebração do casamento ou, ainda, o casamento tenha sido convalidado para o foro externo ou declarado nulo ou dissolvido, o pároco do lugar da celebração e da realização do batismo, precisava ter conhecimento para averbação no livro dos matrimônios e batismos, de maneira a restar claro o controle exercido pela Igreja no cotidiano dos fiéis.

Para a norma civilista atual, o casamento será celebrado no dia e lugar designado pela autoridade responsável pela celebração a qual poderá ocorrer na sede do cartório ou em edifício particular, ambos a portas abertas. Após a celebração do enlace, o registro deverá ser feito contendo as informações necessárias, a saber: nomes dos cônjuges, pais dos noivos, das

testemunhas, a data de publicação dos proclamas e celebração do casamento, bem como o regime de bens adotados pelos nubentes.

É interessante reconhecer que a lei prevê, em situações de risco de vida para um dos nubentes, e evidenciado o intento do consórcio, que a celebração poderá ocorrer até mesmo na ausência da autoridade competente, desde que em seguida as testemunhas ratifiquem o desejo dos consortes na realização do evento.

4.8 Dos efeitos do casamento

O primeiro efeito do casamento para a Igreja, é a concessão da graça destinada ao cumprimento dos sacramentos, tendo em vista que, neste caso, o consórcio será válido quando contraído entre os cônjuges de forma perpétua e exclusiva, os quais desde o momento da celebração adquirem os direitos e deveres da vida conjugal. Diante da realização do casamento, o casal assume a responsabilidade da formação de uma unidade familiar assumindo o dever pela manutenção física e emocional dos membros familiares, sendo o casal e a prole, bem como a promoção da educação moral e espiritual, neste caso, religiosa.

O **Código Canônico** reconhece, ainda, como sujeitos pertencentes à família, e, por isso, sujeito aos direitos e deveres familiares, além do casal, os filhos nascidos do matrimônio válido e putativo, conhecidos como: legítimos, e a paternidade dada como presumida em razão do casamento, com exceção das situações comprobatórias contrárias.

É importante ter em mente que a norma religiosa exerce uma influência na vida das pessoas de forma mais contundente do que uma norma secular, e esses reflexos podem ser vistos na memória social. Isso porque a relação do fiel com a Igreja extrapola os vínculos corpóreos, a relação com o tempo e o cumprimento da norma está associada à eternidade, ou seja, cumprir a norma religiosa (a exemplo, o Código Canônico) é partir de um valor interno ao indivíduo de que ele não está apenas no presente fazendo o que se espera de um fiel para ser aceito no grupo social.

É muito mais que isso, a eficácia do comando emitido pela norma consiste numa ideia de continuidade do indivíduo na vida futura, no tempo que não se conta pelo existir corpóreo.

[...] autoridade propriamente religiosa, as diferentes instâncias religiosas, indivíduos ou instituições, podem lançar mão do capital religioso na concorrência pelo monopólio da gestão dos bens de salvação e do exercício legítimo do poder religioso enquanto poder de modificar em bases duradouras as representações e as práticas dos leigos, inculcando-lhes um habitus religioso, princípio gerador de todos os pensamentos, percepções e

ações, segundo as normas de uma representação religiosa do mundo natural e sobrenatural. (BOURDIEU, 1998, p. 57).

É uma espécie de garantia que a pessoa sente ao cumprir o que determina a igreja de que o seu lugar (bom lugar) no mundo extracorpóreo será determinado pelo que fez quando vivo.

As respostas propostas pela Igreja sobre as dúvidas acerca do futuro após a morte orientando as possíveis causas e conseqüências das angústias humanas, que são sensações subjetivas, se tornam instrumento de coação utilizado pela Igreja por meio do direito canônico, com efeito normativo nas condutas dos fieis sob a justificativa de que a obediência à norma estabelecida e consagrada pela autoridade da igreja é, portanto, condição inequívoca para um pós morte de venturas.

O cumprimento ao longo do tempo da norma religiosa pelos fieis, neste caso sobre o casamento e a formação da família, torna o ato rotineiro nos grupos familiares, criando vínculos entre eles a partir do convívio das famílias nos encontros religiosos, e se estendendo as casas garantindo, assim, a manutenção da tradição do casamento religioso, e modelo familiar a ser atingido pelos fieis, e, assim se tornando memória.

Em pouco tempo, imaginamos que nada mudou porque reatamos o fio da continuidade. Esta ilusão, da qual logo nos livraremos, pelo menos terá permitido que passemos de uma etapa a outra, sem que em momento algum a memória coletiva tenha sentido qualquer interrupção. (HALBWACHS, 2006, p.104).

Sobre o recorte normativo desta tese, ou seja, as normas religiosas que tratam do casamento e da família, as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia responsáveis por ajustar o modelo de sociedade no Brasil, e demonstram a construção de uma sociedade envolta em valores religiosos dando continuidade dos preceitos canônicos a serem praticados para o bom convívio social.

Neste sentido, as **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia** asseveram à comunidade religiosa que o casamento é um vínculo estabelecido entre um homem e uma mulher com disposição de prover descendentes e, para além disso, o enlace matrimonial é um elo com o divino, o sagrado, denotando – assim – que quando se casa, se estabelece uma comunhão com o próprio Deus, e por este motivo é necessário a indissolubilidade do vínculo matrimonial porque inseparável é – para a Igreja - o vínculo do homem com Deus.

Quando se observa, na realidade prática, a vigência das normas religiosas, é primordial o entendimento de que as condutas humanas reguladas não atingem, tão somente, as relações de convivência social entre os fieis, definindo um padrão de comportamento, mas, o cumprimento da ordem religiosa, tendo em vista a relação com o espiritual, cria em torno desta sociedade uma convicção de estarem agindo de forma apropriada, correta, ideal, e em consonância não só com o modelo social desejado, mas – acima de tudo – preparando-se para obter a graça da vida eterna.

Apreciando a norma secular posterior às **Ordenações Filipinas**, o **Código Civil** de 1916, no título em que trata dos efeitos jurídicos do casamento, tem como escopo considerar o reconhecimento da família legítima constituída pelos pais e filhos advindos do casamento. Desta forma, elenca exercícios de direitos que devem ser buscados pelos cônjuges para manutenção da convivência, sendo: fidelidade recíproca, domicílio conjugal comum, assistência mútua e sustento e guarda dos filhos.

Este artigo⁴⁵ do **Código Civil** de 1916 serve como diretriz ao que a norma secular reconhece como bem jurídico de importância, neste título que é a família, e neste mesmo sentido, e talvez seja o preceito normativo que faz entender como a norma jurídica é fruto de um consenso social e histórico, os artigos subsequentes aventam sobre os direitos e deveres do marido, e, em seguida, os direitos e deveres da mulher.

A disposição em separado dos direitos e deveres dos cônjuges nos leva a considerar que existem direitos e deveres distintos para os sujeitos envolvidos no matrimônio, e que em muito faz considerar como fruto da relação assimétrica existente entre o esposo e a esposa.

O **Código Civil** de 1916 reconhece o marido como chefe e representante legal da sociedade conjugal e, por este motivo, responsável pela administração dos bens comuns, ou mesmo os particulares da esposa, em razão do regime matrimonial, bem como responsável por prover a manutenção dos membros da família e autorizar a mulher ao exercício da sua profissão.

Com relação à esposa, a norma civilista a reconhece como companheira e auxiliar nos encargos da família, não sendo permitida a realização de alguns trâmites jurídicos sem a autorização do esposo, a exemplo: aceitar ou repudiar herança, aceitar mandato, exercer a profissão. Restando claro que a norma civil de 1916 está em defesa da manutenção da ordem, e neste caso do modelo familiar patriarcal mantido pelas normas religiosas para manutenção da ordem social.

⁴⁵ Art. 231: São deveres de ambos os cônjuges: I. Fidelidade recíproca, II. Vida em comum, no domicílio conjugal; III. Mútua assistência, IV. Sustento, guarda e educação dos filhos.

A lei n. 6.121 de 1962 (**Estatuto da mulher casada**) é um marco significativo para a sociedade da época, e, porque não dizer, até mesmo para continuidade de valores normativos religiosos e seculares até então consagrados ao casamento e a família. O Estatuto da mulher casada atribui emancipação jurídica parcial à mulher, tornando-a colaboradora com a administração da família, além de prescindir da autorização do marido para tratar de assuntos patrimoniais.

Qual a relevância do **Estatuto da mulher casada** para as questões que envolvem a continuidade da norma religiosa na norma secular sobre casamento e família?

O **Estatuto da mulher casada** é um marco nas normas seculares sobre o casamento e a família, e merece algumas considerações, inclusive no que diz respeito à própria imagem do casamento e da família ao longo da história. Se uma das finalidades do casamento consistia em manter um modelo de direitos e deveres entre os cônjuges, restando claro, que se tratava de uma relação assimétrica de direitos e deveres, cabendo ao homem a chefia da família e o Estatuto da mulher casada normatiza outro lugar de direitos e deveres à esposa, neste caso, tornando a relação entre os cônjuges simétrica, é natural, então, que a dinâmica familiar, as relações internas de poder exijam uma nova acomodação dos sujeitos, e mesmo da entidade familiar na conjuntura social, em que a memória fará as devidas acomodações.

Em continuidade ao que trouxe o **Estatuto da mulher casada**, o **Código Civil** de 2002 admite a igualdade de direitos e deveres entre os conjugues, reconhecendo-os como mútuos responsáveis pelos encargos da família, sem diferenciação entre o marido e a mulher. Qual a importância desta mudança normativa? Aqui o direito civil altera a condição jurídica da mulher equiparando-a ao homem na sociedade familiar. O termo *pátrio poder* é substituído pelo poder familiar que pertence e deve ser exercido pelos cônjuges para garantir o bem estar da unidade familiar.

Neste sentido, é notório que o casamento e a formação da família são de extrema relevância não só para o direito religioso, tendo em vista seus princípios materiais e espirituais, mas, são importantes também para o direito secular visível em todas as normas de direito privado. Assim, na norma civil vigente tem-se que o casamento promove efeitos: de ordem social, por meio da constituição da família matrimonial; de ordem pessoal: visíveis na garantia de direitos e deveres próprios e recíprocos entre os cônjuges, bem como entre eles e os filhos; além do efeito patrimonial no que diz respeito aos direitos e obrigações em relação ao patrimônio adquirido na constância da convivência marital.

De forma que o **Código Civil** 2002 referenda o casamento como instituição relevante para a manutenção de um modelo social, que, mesmo não sendo mais o único modelo de

convivência, permanece como o modelo ideal a ser buscado pelos sujeitos sociais. Aqui cabe uma despreziosa observação de que, mesmo nas diversas relações afetivas atuais que buscam romper os padrões estabelecidos na memória coletiva sobre o casamento e a família, protegido pelo direito canônico, esses novos modelos tendem a repetir padrões convencionados pelo modelo religioso e continuados no direito secular, a exemplo: noivado, anel de compromisso, celebração do casamento, festividade, etc, o que permite uma reflexão sobre o vigor que tem a norma religiosa na memória coletiva sobre o casamento e a família.

E mesmo alguns grupos sociais rompendo com padrões antigos, acabam, talvez sem tomar ciência imediata, repetindo, ou melhor, dando-lhe continuidade, fazendo permanecer o valor religioso originário atribuído ao casamento e à família.

4.9 Do desquite e da separação dos cônjuges

A análise feita para esta subseção foi realizada levando em consideração o objetivo central do tema desta tese, já explicitado na introdução da pesquisa, acerca da continuidade da norma canônica sobre família e casamento no direito secular. Neste sentido, o questionamento inicial nesta subseção seria justamente considerar que a possibilidade da separação ou fim do enlace matrimonial e, conseqüentemente, o desfazimento do modelo religioso da família, seria um antagonismo ao que propunha as normas canônicas e subseqüentes, e por este motivo não seria possível esta previsão na norma canônica. E, talvez, a previsão jurídica da separação ou do divórcio seria justamente um instrumento normativo a apartar o direito secular do canônico ao longo do tempo.

Contudo, constatam-se no **Código Canônico**, nas **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia** e nas normas correlatas que antecederam os códigos seculares, situações possíveis para dissolução do matrimônio, da convivência marital e mesmo da ruptura do modelo familiar.

Apesar disso, é primordial saber que o **Código Canônico**, justamente no cânone inicial do Capítulo IX que trata da separação dos cônjuges, peremptoriamente afirma que o casamento consumado entre fiéis não pode ser destituído por nenhuma autoridade humana, restando a morte de um dos cônjuges, apenas, como condição para o fim do vínculo entre o casal. Sendo o casamento um sacramento para os fiéis, o rompimento deste é o mesmo que deixar de ter direito à graça alcançada pelos fiéis.

Cân. 1141 — O matrimônio rato e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa além da morte.

Este enunciado é muito significativo para relacionar o tema desta tese com a categoria memória, isso porque é importante observar que o direito (neste caso, direito canônico) também é tradição posto que se “constitui através das sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de maneira genealógica de argumentos e de razões autorizadas em um momento ou outro do passado” (OST, 2005, p. 61).

Dessa forma, quando o enunciado canônico supracitado afirma que o casamento (leia-se aqui católico, visto que se trata de uma norma religiosa) não poderá ser dissolvido entre os fiéis, cabendo só à morte por fim a esta relação, torna-se palpável, visível a força que esta regra exerce na vida dos fiéis, os quais casando e constituindo suas famílias, obviamente, farão permanecer o dever de garantir a eficácia da norma canônica, até mesmo como uma condição para que a sua e as gerações futuras deste alcancem a graça destinada àqueles que cumprem os sacramentos.

É salutar frisar que o direito não orienta apenas a sociedade no momento em que ele é vigente e não se ocupa apenas com o presente, mas tendo o direito a função de padronizar comportamento de uma sociedade é intencional que uma norma jurídica permaneça a ser cumprida na comunidade histórica a longo prazo, e, por este motivo, ela permanece, ela se faz viva e presente por meio da repetição dos comportamentos considerados certos por um grupo social, num determinado espaço e tempo.

Posto que,

[...] A tradição é uma anterioridade que cria autoridade, ela é um código de sentido e de valores transmitidos de geração a geração; ela constitui uma herança que define e mantém uma ordem, ela ordena, em todos os sentidos da palavra. O essencial na tradição é, pois, a autoridade reconhecida ao passado para reger, ainda hoje, as questões do presente. (OST, 2005, p. 62).

A indissolubilidade do casamento, portanto, é o comportamento a ser perseguido pela comunidade histórica, responsável pela manutenção do padrão, pela continuidade da tradição; e o direito canônico, neste caso, reveste de autoridade espiritual e humana tornando uma instituição permanente no tempo e na memória.

Pode-se aventurar em afirmar que, até mesmo nos cânones subsequentes do Capítulo IX, aqueles que dispõem sobre os casos em que é permitida a separação dos cônjuges, trazem em si uma forma de potencializar a importância do sacramento do casamento, pois as concessões para dissolução matrimonial são aquelas em que ou sendo os cônjuges fiéis não

foi dado como consumado, ou entre um católico com alguém não batizado, ou entre pessoas não batizadas tendo a autorização⁴⁶ para posterior consórcio com consorte batizado.

Por qual motivo, então, seria possível afirmar que os enunciados que tornam possível a separação entre os cônjuges fortalece a permanência da indissolubilidade do casamento? A justificativa para esta constatação reside no ato de interpretar, de forma sistemática, os cânones do Capítulo IX do Código Canônico, dispondo as situações em que é permitida a dissolução matrimonial, simultaneamente, autoriza segundas núpcias para aquele consorte, que é ou se torna fiel, com alguém já batizado, ou ao menos com alguém que não cause ofensa ao Criador, neste caso, ao Criador representado pela fé católica, o que, também, permite compreender que deverá ser com alguém que não impeça que o lar seja um espaço de continuidade dos valores cristãos que serão propagados pelo cônjuge fiel.

Com isso, no Capítulo IX do **Código Canônico** fica evidente que, para o reconhecimento e permanência do vínculo conjugal, a relação com a Igreja era mais significativa do que o próprio convívio e afeto entre o casal, servindo como mais uma confirmação da importância do casamento e da família como espaços sociais em que a fé religiosa poderá ser prolongada como tradição do grupo histórico.

Cân. 1143 — § 1. O matrimónio celebrado entre duas partes não baptizadas dissolve-se pelo privilégio paulino em favor da fé da parte que recebeu o baptismo, pelo mesmo facto de esta parte contrair novo matrimónio, contanto que a parte não baptizada se afaste

Cân. 1146 — A parte baptizada tem direito de contrair novo matrimónio com uma parte católica:

Neste mesmo sentido, e somando o **Código Canônico**, as **Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia** em seus enunciados, ao discorrer sobre a possibilidade do divórcio entre os esposos, reproduz o **Código Canônico** (e não poderia ser diferente) quanto à da indissolubilidade do casamento entre católicos, tendo em vista se tratar de uma comunhão não apenas entre o homem e a mulher, mas uma união com a própria Igreja. A indissolubilidade do casamento é uma garantia da continuidade da família que guarda em seu convívio cotidiano os preceitos de um modelo familiar a ser desejado e imitado pelos demais, e, conseqüentemente, uma manutenção dos membros da família com a Igreja. “A suma de todas as sumas e o princípio de todos os princípios é a família, célula máter da pátria, que precedeu

⁴⁶ Cân. 1146 — A parte baptizada tem direito de contrair novo matrimónio com uma parte católica: 1.º se a outra parte tiver respondido negativamente à interpelação, ou se esta tiver sido legitimamente omitida; 2.º se a parte não baptizada, interpelada ou não, perseverando primeiramente em pacífica coabitação sem ofensa do Criador, depois sem justa causa se tiver afastado, sem prejuízo do prescrito nos cân. 1144 e 1145.

o Estado e que constitui exatamente o alicerce ou as colunas do mesmo Estado” (CÂMARA, 1951, p.1).

Quando se observam as relações familiares sob essa perspectiva, torna-se imperativo ressaltar como o enlace matrimonial extrapola o vínculo entre o casal (neste caso, entre o homem e a mulher), que está para além do convívio promovido pelo afeto entre os pares. Para tanto, nota-se a unidade familiar, como uma microssociedade revestida de uma hierarquia que deveria, a todo custo, ser respeitada, com regras a serem cumpridas e princípios a serem alcançados ao longo da convivência, de maneira que se adquira, com a soma das unidades familiares, uma homogeneização social.

Assim, destaca-se que sendo o **Direito Canônico** e suas normas complementares a fonte de direitos e deveres que regem a família, é claro considerar que a indissolubilidade do casamento é para a Igreja uma forma de controle social para propagação e conservação, por meio da prática, dos valores sustentados como os pilares do Cristianismo.

Talvez, por este motivo, a defesa da indissolubilidade do casamento, e o reconhecimento do padrão familiar constituído pela união entre um homem e uma mulher e sua descendência, seja tão relevante as normas canônicas, pois, a concessão do rompimento do vínculo conjugal faz entender sobre entrelinhas que se rompe não apenas o vínculo entre o casal, e em alguns casos com a prole; mas a invalidação do casamento é dizer que aquele lugar em que a Igreja exerceria seu controle não existirá mais. Logo, com o divórcio rompe-se o exercício de evangelização e educação sobre os preceitos morais da Igreja, e isso é muito significativo.

Por esta razão, as **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia** confirmam o que diz o **Código Canônico** a respeito da indissolubilidade do casamento entre batizados, sendo que o casamento rato e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano, nem por outra causa, além da morte. Contudo, têm-se nos textos normativos supracitados as exceções à regra da indissolubilidade do casamento e, para tanto, nas **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**, no título LXXII – dos casos em que se pode dissolver o matrimônio quanto ao vínculo dispõe sobre as possibilidades do rompimento perpétuo do vínculo, sendo:

a) Caso o esposo ou esposa optasse pelo cumprimento do sacramento da ordem, vivendo para professar os ensinamentos religiosos, ao parceiro que não assumia o mesmo propósito era autorizado um novo casamento. Com isso, em um e no outro caso, a Igreja exerce controle sobre a vida dessas pessoas, seja pela ordem, seja pelo casamento. Caso o cônjuge que optou pela ordem não a professasse, deveria retornar à vivência do sacramento do

matrimônio. Em caso de os noivos terem 14 anos (o varão) e 12 anos (a esposa), e optando pela vida religiosa, era necessária a comprovação do exercício das atividades da Ordem para, de fato, consumir o fim do enlace conjugal.

b) Caso de adultério cometido por um dos cônjuges contra o outro, de sorte que o consorte vítima da conduta terá para si o direito ao rompimento de fato e de direito ao matrimônio, tendo em vista que o ofensor, ao cometer o adultério, estaria descumprindo com um dos objetivos do casamento, que era o controle da concupiscência, e, por este motivo, indigno deste sacramento. Todavia, no próprio enunciado que considera o adultério como causa determinante para o fim do enlace, têm-se situações em que, mesmo ocorrendo o ato do rompimento conjugal, este fato seria ignorado, face à preservação da família, e, para tanto, caso ocorresse o adultério por ambas as partes, ou caso a vítima perdoasse o ofensor, mesmo ocorrendo o ato vexatório ao valor moral atribuído a vida sexual dos fiéis, era concedido o perdão do ato, e continuidade do enlace matrimonial restando claro o poder de controle da Igreja para manutenção da família como forma de convívio a ser atingido por todos.

c) Caso de maus tratos graves, corroborando com risco à vida do casado e, mesmo, em situações de moléstia grave podendo, neste caso, ocorrer a separação por conta própria, recorrendo às autoridades religiosas nestes casos apenas quando não demonstrado o risco iminente, sendo, para tanto, necessária a presença do Vigário Geral para concessão do rompimento do convívio marital. Diante das situações apresentadas como causas possíveis de rompimento para o casamento que estão postas nas normas religiosas, seguramente era preocupação da Igreja para exercício do controle do matrimônio, seja no seu início seja no seu fim, pois, quando a Igreja determina as possíveis causas que autorizam a separação conjugal, ela está estabelecendo limites para tal intento, o que permite compreender que a separação só será permitida se enquadrar-se nas situações determinadas pela própria norma religiosa, ou seja, na ocorrência de situações não previstas, não caberia a autorização do rompimento do vínculo, logo, é uma forma de controlar a conduta humana. O rompimento não ocorre por uma mera insatisfação dos sujeitos envolvidos no matrimônio, e sim por um descumprimento das diretivas religiosas.

Além do mais, este controle ultrapassa o corpo físico dos fiéis, especialmente o feminino, e há de se refletir que, sendo a dissolução matrimonial algo indesejado, aquele que o realiza, ou seja, o casal que decide pelo fim do consórcio acaba por carregar o estigma do fracasso, do comportamento contrário aos valores do bem, do correto, e, assim, contrário a Deus.

E quanto à norma secular? Devendo o Estado garantir a proteção de direitos e deveres de uma sociedade, e sendo esta sociedade plural como o Brasil, guardaria a regra secular algum vínculo valorativo em sua norma que reportasse ao direito canônico acerca da dissolução matrimonial?

Diante de um recorte temporal das normas seculares que tratam do assunto desta tese, entende-se ser importante pontuar alguns marcos normativos relevantes para, em seguida, discorrer com mais afinco sobre os artigos de lei referentes ao tema. Sendo assim, tem-se que no Brasil, no período monárquico, o Decreto de 03.11.1827, que referendava ao Concílio de Trento e às Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, a competência para tratar dos assuntos pertinentes ao casamento, deixando claro que as uniões ou enlaces distantes da Igreja até poderiam existir, como de fato existiam⁴⁷.

No Brasil do século XIX, o casamento era boa opção para uma parcela ínfima da sociedade que procurava unir os interesses da elite branca. O alto custo das despesas matrimoniais era um dos fatores que levavam as camadas mais pobres da população a viver em regime de concubinato. (SOIHET, 2001, p. 368).

Contudo, não é esta a imagem que se traz à memória quando acionada sobre modelo familiar, já que, observando a família como espectador da sociedade, a lembrança construída no coletivo, é a imagem do casamento com as cerimônias, fazendo acreditar que o casamento era sempre religioso, bem como se estabeleceu valorizar o sentimento de estarem em erro, ou mesmo em pecado, aqueles que guardavam convivência de fato, sem ter recebido a autorização ou a benção da autoridade religiosa, representação materializada da vontade de Deus.

Em seqüência às adequações temporais das normas seculares, têm-se o Decreto n. 1.144 de 11 de setembro de 1861, que estabelecia a extensão dos efeitos civis dos casamentos não católicos.

Mais adiante, o Decreto 521, 26 de junho de 1890, elege o casamento civil em prevalência à cerimônia religiosa, bem como elenca situações possíveis em que se justificaria a separação de corpos, a exemplo: adultério, sevícia ou injúria, abandono do lar no período contínuo de 2 anos, ou em caso de vontade das partes. Ressalva necessária a ser feita sobre a

⁴⁷ No artigo: O instituto do matrimônio nas ordenações filipinas: os efeitos de sentido de casamento na legislação portuguesa aplicada no Brasil, Edvânia Gomes e Flávia David, publicado na Revista Eletrônica de Popularização Científica em Ciências da Linguagem, pela Universidade Federal de São Carlos, as autoras apresentam a existência de dois tipos de uniões resguardadas pela lei portuguesa: aqueles casados perante a autoridade da Igreja Católica e os que tinham “em pública voz e fama de marido e mulher” por tanto tempo que para o Direito presumia matrimônio. Esta segunda forma de convivência recairá no transcurso do tempo na união estável.

separação conjugal, em que rompia os direitos e deveres conjugais, mas não o vínculo matrimonial numa tentativa ainda de manter a ideia da indissolubilidade do casamento prescrita pela norma religiosa.

O que se tem após o Decreto 521 são os embates normativos como um cabo de guerra entre aqueles que defendiam a todo custo a manutenção da indissolubilidade do casamento presente nos textos Constitucionais de 1934 e 1937, por exemplo, e, do outro lado da corda, as discussões no Parlamento sobre o enquadramento do divórcio, e ainda emenda a expressão: vínculo indissolúvel nos textos constitucionais a fim de possibilitar o reconhecimento e legitimidade para o término do casamento.

Corroborando com os caminhos de uma descontinuidade do modelo religioso sobre o casamento, em especial a relação assimétrica entre o homem e a mulher no vínculo matrimonial, a Lei n. 6.121 de 1962, mais conhecida como Estatuto da Mulher Casada, é considerado como um marco da tentativa de romper com a hegemonia do poder masculino, passando a mulher à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal, dispensando, inclusive, a necessidade de autorização do marido para que a mulher trabalhasse fora do espaço doméstico, bem como o direito ao patrimônio adquirido do seu trabalho. O Estatuto não traz, em seu texto, dispositivo referente ao fim do matrimônio, contudo, há de considerar que a equiparação da mulher na relação conjugal deve ser vista como um equilíbrio normativo a ensejar os mesmos direitos e deveres entre os cônjuges, nutrindo os caminhos da dissolubilidade do casamento.

O divórcio se consagra no direito secular com a Emenda n. 9 de 1977, Lei 6.515/77, a qual garante a dissolução do casamento, após a comprovação da separação judicial superior a três anos. Referendado na lei 6.515/77

Art 24 - O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.

A Lei 6.515 sancionada na década de 70 é, sem sombra de dúvida, não só um marco legislativo para reconhecimento e garantia dos direitos daqueles indivíduos que optam pelo fim do convívio conjugal, como também para o tema central deste estudo, pois, dar legalidade ao fim do casamento é romper (ao menos no mundo normativo) com a sacralização do matrimônio prevista na norma religiosa e, assim, afirmar que, ao menos neste aspecto entre a norma canônica e a secular, há um rompimento sobre a indissolubilidade do casamento,

deprendendo nesta configuração que a função da memória, ao se fazer lembrada, promoverá o distanciamento entre elas.

A *Carta Constitucional* de 1988 dedica um novo olhar sobre o casamento e a família, reconhecendo o divórcio como garantia possível ao cidadão/ã. Entretanto, é a EC n. 66/ 2010, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil por meio do divórcio, sem nenhuma condição que antecedesse o rompimento matrimonial, a exemplo do requisito da comprovação da separação.

Dentre os enunciados normativos já citados, a tentativa agora será considerar os textos jurídicos seculares, reguladores da conduta social, em especial sobre o casamento e a família, tendo como ponto de partida o Código Canônico e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia. De antemão, na vigência das Ordenações Filipinas, o sentido de que a indissolubilidade do casamento era soberana, tendo como referência as normas canônicas, assim como as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia.

Observa-se, inclusive, que até na elaboração do projeto do Código Civil de 1916, são as normas jurídicas extravagantes, algumas já citadas nesta subseção sobre casamento, que apresentam os primeiros passos a tornar o que era indissolúvel, perene em dissolúvel e transitório no regramento jurídico brasileiro.

A revogação das **Ordenações Filipinas** e a vigência do **Código Civil** de 1916, reconhece à sociedade conjugal o direito de por termo a sua existência, ou seja, o vínculo entre os esposos pode-se dar por encerrada a necessidade do cumprimento e exigência de direitos e deveres entre os envolvidos: diante da morte de um dos cônjuges; em casos de nulidade ou anulação do consórcio (já mencionado neste capítulo); pela separação judicial ou divórcio. Importa considerar que o direito objetivo reconhece a finitude do casamento, caso seja esta a vontade das partes.

Ademais, a lei também permite a dissolução do convívio entre os esposos, levando em consideração situações que impossibilitem a convivência respeitosa e confiável, que é o que se espera de um matrimônio e construção de uma família. Como é o caso do adultério, tentativa de morte, injúria grave, conduta desonrosa que são situações justificadoras para o rompimento do enlace, tendo em vista a preocupação com a dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

Chegar a esta etapa do trabalho remete a pesquisadora aos primeiros parágrafos da introdução desta tese, especialmente quando equiparou seu trabalho, de forma lúdica, a um caça ao tesouro. A pergunta seria: no transcorrer da pesquisa, foi possível fazer com que a pesquisadora chegasse ao tesouro, ao objeto desejado? E, talvez, como resultado de um conto lúdico, o que se aguarda no momento final é uma resposta positiva, afirmativa. Sim! O objeto, o tesouro, foi alcançado pela autora. Afirma-se, com isso, que a sensação alcançada pela pesquisadora é sempre a mesma de qualquer pessoa que se dispõe a desbravar um desconhecido.

Para tanto, concluir um trabalho, uma ideia, uma dissertação, uma tese, enfim, qualquer trabalho de cunho científico, é necessário reportar-se às questões suscitadas, ainda no projeto de pesquisa como que alinhando a problematização feita para buscar uma solução, ou se assim não for possível, propor uma forma de parcialmente responder ao problema suscitado para elaboração de um trabalho científico.

Pois bem, seguindo nos próximos parágrafos da conclusão, a autora buscará fazer com que o leitor deste trabalho acompanhe a trajetória desenvolvida a partir do projeto de pesquisa com a construção da pergunta-problema, hipóteses e objetivos desejados na fase inicial do trabalho, percorrendo pelo referencial teórico escolhido para auxiliar nos estudos até chegar à fase final do trabalho apresentando uma resposta lógica e possível, como que atendendo aos rigores exigidos nos trabalhos acadêmicos.

Logo, reportando ao projeto de pesquisa que motivou este trabalho, tem-se como pergunta-problema o seguinte questionamento: Existe continuidade das normas canônicas nas normas seculares brasileiras acerca do casamento e família, ou seja, nos textos seculares, que ao menos teoricamente, se afastam dos dogmas religiosos, é possível observar enunciados normativos que determinam condutas sociais sob o respaldo da legalidade tendo como influência dogmas religiosos, neste caso, católicos?

O primeiro recorte teórico utilizado para direcionar a problematização ocorreu com as leituras feitas em torno dos textos que tratam da Memória por se tratar, obviamente, do eixo temático do programa de especialização da instituição, a qual está vinculado a pesquisadora juntamente com seu orientador. Para tanto a leitura de alguns autores, a exemplo: Agostinho, Bergson, Le Goff, Ricouer, Halbwachs e Nora foram obrigatórios para nortear a delimitação

do objeto de pesquisa. É relevante considerar nesta parte conclusiva do trabalho que a categoria Memória é por si mesma de alta complexidade e abrangência temática, de sorte que a autora desta tese reconhece que as leituras feitas sobre o assunto apenas a coloca no lugar de iniciante pesquisadora sobre o assunto.

Em razão da abrangência e enredamento desse assunto, optou-se pelo recorte mais específico da Memória Coletiva, tendo como referencial teórico principal Maurice Halbwachs, em seus trabalhos: *A Memória Coletiva e os Marcos Sociais da Memória*. Considerando que “nossas lembranças permanecem coletivas, e elas nos são lembradas pelos outros, mesmo que se trate de acontecimentos nos quais só nós estivemos envolvidos, e com objetos que só nós vimos. É porque, em realidade, nunca estamos sós. Não é necessário que outros homens estejam lá” (HALBWACHS, 2006, p. 24). Reiterando o pensamento do autor acerca da importância da memória coletiva até mesmo para reconhecimento da memória individual, averigua-se que para formação de uma memória da família “seja qual for a forma como você entra em uma família, por nascimento, casamento ou outro, você se torna parte de um grupo onde não são nossos sentimentos pessoais, mas sim regras e costumes que não dependem de nós e que existiam muito antes de nós” (HALBWACHS, 2004, p. 176).

Diante disso é possível atestar que, ainda que se acredite na possibilidade da existência da memória individual isolada e fechada, é notório que, para recordar o passado, ainda que seja evocação de suas próprias experiências, o indivíduo recorre a lembranças de outros, a experiências sociais vividas com a memória partilhada pelos pares, ou ainda rememorando vivências de outros que já não mais estão presentes, mas que existiram e assim perfaz o coletivo.

Foi, justamente, a memória coletiva o elemento integrador ao tema desta tese, pois a realização do casamento e formação da família é por si só uma construção coletiva, que forma grupos, comunidades e até mesmo nações. Assim a memória coletiva acerca da família e do casamento está presente nas leituras teóricas e mesmo em textos não acadêmicos (em poemas, contos, novelas), bem como está visível na realidade cotidiana.

É possível que esta tenha sido uma das consequências mais imediatas da pesquisadora ao se debruçar sobre o assunto, observar na realidade cotidiana as práticas, costumes e rituais dentro dos espaços domésticos, que mesmo sendo considerado como espaço particular, nada mais são do que um lugar de repetição de hábitos coletivos convencionados ao longo do tempo nos espaços domésticos a partir de uma memória social adquirida e repetida. Práticas essas, a exemplo: do compromisso do noivado, da escolha das formalidades do casamento, até mesmo cores das vestimentas no ritual do enlace, a festividade do casamento, os adereços

utilizados, como as alianças e a comida a ser servida após a confirmação do enlace, estendendo-se aos costumes sociais com a forma de convívio dos cônjuges no espaço doméstico, os encontros familiares nas festividades, e, até mesmo, a escolha do nome dos descendentes demonstrando que todo hábito familiar está carregado de uso e costumes que são coletivos.

Feita a primeira delimitação teórica para esta tese com a categoria Memória, e, mais especificamente, a Memória Coletiva, tornou possível a realização de uma segunda delimitação teórica para referendar a pergunta problema já apresentada nesta conclusão. Para tal, a pesquisadora fez uso das leituras normativas vigentes das normas religiosas, a exemplo do **Código Canônico** (1962), as **Constituições Primeiras do Arcebispado**, bem como as **Ordenações do Reino** entrecruzando com os **Códigos Civilistas** (de 1916 e 2002) utilizados no Brasil como composição normativa para regular/padronizar o rito do casamento e da família. E porque não afirmar que a Memória Coletiva é validada também pelos conjuntos normativos, sejam eles seculares ou religiosos, fazendo com que o grupo reproduza os comandos normativos ao longo do tempo humano e divino?

Atendendo às regras do trabalho científico, é necessário deixar claro o recorte espaço/temporal utilizado para esta pesquisa, tendo em vista o intuito a que se destina a escrita de um trabalho científico, qual seja em responder à pergunta problema proposta no início da pesquisa. Esta tese não seria diferente para comprovar a importância do recorte temporal e espacial num trabalho na área de Memória e História onde se sabe que a História é a ciência “dos homens, no tempo” (BLOCH, 2001, p. 55).

Assim, este trabalho foi desenvolvido sob a perspectiva do método histórico gerenciando as fontes bibliográficas, especialmente, os seguintes textos normativos: **Código Canônico** (1962), as **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia** e as normas seculares, sendo: **Ordenação Filipinas** (1603), **Código Civil** de 1916 e 2002. Ainda, vale ressaltar que a técnica do método histórico utilizada nesta pesquisa pautou-se em uma análise hermenêutica dos documentos supracitados fazendo uso da interpretação exegética na leitura dos enunciados normativos, bem como a interpretação histórica para averiguar a legitimidade e eficácia social das normas religiosas e seculares.

Dando seguimento ao que foi proposto para a conclusão desta tese, no que diz respeito à busca de responder a pergunta problema do projeto de pesquisa, a autora traçou como objetivos específicos no projeto de pesquisa que consistiu em estudar sobre os institutos da família e do casamento sob a perspectiva da memória coletiva, e alcançados com a escrita das seções terceira e quarta.

Nas seções supracitadas da tese foi possível estudar sobre a memória do casamento e da família especialmente a partir da perspectiva de Maurice Halbwachs acerca da Memória Coletiva, tendo cuidado em realizar um percurso histórico, desde a formação dos núcleos familiares, bem como a origem da família intimamente atrelada ao sagrado, ao divino (a exemplo do fogo cultuado nas casas) e sua manutenção na memória coletiva, seja como lembrança, seja como conduta repetida de geração em geração.

É necessário, ainda, considerar que estas seções se ocuparam também em analisar a permanência dos ritos e celebrações do casamento, bem como da continuidade da família reconhecidas e legitimadas no Código Canônico e nas regras civilistas, deixando claro o recorte feito sobre estes institutos, pois não se pode afirmar que tais instituições só existiram ou existem, apenas, sob a proteção da Igreja Católica ou do Direito Civil. Não! Entenda-se que, dessa maneira, se fortalece a necessidade em demonstrar a delimitação feita para este trabalho que foi estudar, especificamente, a continuidade das regras canônicas nas normas seculares brasileiras que tratam do casamento e da família.

Diante disso, enfatiza-se que nos períodos de vigência das normas já citadas, sejam as canônicas, sejam as seculares, não se pode garantir que todos os casamentos foram celebrados dessa forma, nem mesmo que todas as formas familiares tiveram as proteções jurídicas previstas no Código Civil. A exemplo da convivência de corpos entre as pessoas escravizadas e/ou alforriadas, bem como aqueles que não conseguiam arcar com as despesas financeiras para o reconhecimento sacro e secular do casamento, ou ainda nas questões de direitos e deveres da família, quando o descendente não tinha o devido reconhecimento jurídico do direito ao nome da família (ou nome do pai) por, apesar, de se tratar de uma relação biológica, não estava prevista na norma civil e, por este motivo, não tinha legitimidade para usufruir dos direitos e deveres. Com isso, a ressalva feita serve para advertir a existência das relações afetivas conhecidas como amasiado ou amigado, bem como a figura do(a) filho(a) bastardo(a) no contexto espaço/temporal do objeto dessa pesquisa, mas que, apesar de guardar relação com o tema família e casamento não se enquadra na delimitação da pesquisa.

Contemplando os objetivos específicos nas seções supracitadas, eis que a última seção da tese consistiu em consolidar o objetivo geral do projeto de pesquisa, evidente na construção da quinta seção, equivalem, justamente, na verificação dos enunciados normativos presentes no Código Civil de 1916 e 2002, averiguando se teriam alguma similaridade com o Código Canônico e as Ordenações Primeiras do Arcebispado em prescrever conduta, bem como gerar direitos e deveres para o casamento e na família. A análise feita no texto seguiu a ordem disposta das normas no Código Canônico acerca do casamento e família, dos

dispositivos que tratam das regras que antecedem a celebração do casamento até a possibilidade de dissolução do mesmo, comparando às regras seculares que tratam do mesmo assunto.

Chegando à fase derradeira do trabalho, torna-se necessário recapitular a pergunta problema geradora de todas as análises feitas até aqui apresentadas, perguntando-se novamente: Há permanência das normas canônicas no regramento jurídico secular brasileiro sobre o casamento e a família? Pode-se afirmar que existe entrecruzamento das normas religiosas e as normas civilistas sobre o casamento e a família no ordenamento jurídico pátrio?

Eventualmente, esse pode ser um dos momentos mais desejados por qualquer pesquisador, que desde o instante que se propõe a fazer um trabalho científico, passa a ter boa parte do seu tempo destinado a pensar, problematizar, avançar, recuar e escrever, e retornar às leituras para sentir-se seguro para este momento: responder à pergunta problema. Perante a importância deste instante da escrita, que foi sustentada pelo referencial teórico-metodológico já mencionado ao longo do texto, é que a autora desta tese pede licença para, nos parágrafos seguintes em que formalizará a resposta do trabalho, usar a primeira pessoa do tempo verbal, como estratégia para se fazer mais presente no trabalho.

Retornando a pergunta-problema da pesquisa: Há permanência das normas canônicas no regramento jurídico secular brasileiro sobre o casamento e a família? Pode-se afirmar que existe entrecruzamento entre as normas religiosas e as normas civilistas sobre o casamento e a família no ordenamento jurídico pátrio?

A resposta é Sim! Sim! Com isso, inicio este parágrafo dizendo, como pesquisadora, que o resultado atingido nesta tese afiança a hipótese do projeto de pesquisa que:

Sim! A hipótese basilar onde se sustentava o projeto de pesquisa considerava possível a influência das normas canônicas no direito secular, por saber que o próprio Estado Brasileiro já foi reconhecido institucionalmente como Estado Católico Apostólico Romano, visto na primeira Carta Magna, situação que corrobora para relação entre os regramentos religiosos e seculares.

Sim! O Código Civil de 1916, uma norma secular, que esteve no ordenamento jurídico brasileiro (com as devidas atualizações ao longo de sua vigência) até o ano de 2002 foi antecedido pela Ordenação Filipina (Código Filipino, de 1603, de Don Filipe I), a qual disciplinava desde os privilégios da Igreja até as questões civilistas, ficando clara a influência canônica no regramento jurídico.

Sim! As normas jurídicas de conduta, quando elaboradas, tendem a representar os interesses locais, os costumes ou a tradição de um grupo, que nem sempre representa a vontade do todo, mas quase sempre a vontade do grupo social dominante. Neste caso, o retrato histórico da formação do país permite afirmar que o grupo social dominante, e mesmo em maioria quantitativa, a época das elaborações normativas aqui estudadas, coaduna com os fiéis (ou simpatizantes) dos dogmas da Igreja Católica Apostólica Romana, e, portanto, soa como o mais lógico, o mais razoável para os fiéis esteja em cumprir normas seculares e religiosas que partilhem dos mesmos valores e princípios.

Sim, o Direito é Memória! Um comando normativo seja religioso ou secular é permanência. Quando o Código Canônico, as Ordenações Primeiras do Arcebispado da Bahia, o Código Civil de 1916 e 2002, bem como qualquer outro dispositivo normativo é apresentado a um grupo social (seja qual for), a intenção do comando normativo é que seja respeitado e cumprido pelos destinatários, tornando-a legítima e eficaz. Com isso, compreende-se que a intenção de uma norma está em uniformizar uma prática, um costume, um valor, fazendo perceber que a repetição do comando normativo é o ideal, o certo cabendo, inclusive, uma sanção punitiva em caso de descumprimento, e, volto a dizer, tanto a norma secular como a religiosa.

Sim, o cumprimento das normas seculares e canônicas está na Memória Coletiva. O corpo social reconhece nas práticas do casamento e na formação familiar consagrados pelo Código Canônico e nas leis civis brasileiras como a forma correta a ser cumprida pelas pessoas, não significando dizer que só há casamento e formação familiar a partir das normas supracitadas, mas que a memória coletiva consagra o casamento e a família a partir do que foi convencionalizado pela norma canônica e civilista.

Sob este aspecto, ousou fazer algumas considerações sobre o tempo histórico em que consigo, de forma palpável, observar a partir da minha existência social. O objeto central da minha pesquisa, que teve a família e o casamento como lugar social de análise, me permitiu, durante todo o tempo da pesquisa e escrita, refletir no dia a dia a forma como as pessoas se manifestam nas relações familiares e no casamento. Com o olhar mais atento para os detalhes, passei a enxergar os comandos do Código Canônico e civilista em cada prática que envolve o tema da minha pesquisa.

Por diversas vezes, entre uma leitura e outra do referencial teórico do meu objeto de pesquisa, ouvia alguém dizer o seguinte, seja numa conversa trivial ou num debate teórico ou político: “eu sou pela família tradicional brasileira”, “eu defendo a família”, “o fim da família tradicional está acabando com o Brasil. Todas as vezes que ouvia essa afirmativa, eu passava

a me questionar internamente: o que essa pessoa está querendo dizer? O que seria uma família tradicional brasileira? Qual modelo de família que estão defendendo?

As respostas a esses questionamentos quase sempre estão associadas à imagem (inclusive publicitária) de um homem e uma mulher acompanhados dos filhos, mas, ao mesmo tempo, tenho visto imagens que apresentam outras formas familiares (monoparental, homoafetiva, recomposta e o poliamor), cujos registros, quase sempre, estão associados a uma forma de subversão, uma maneira de confrontar um modelo ideal- e que padrão ideal seria este? A família composta por um homem e uma mulher e seus descendentes, justamente o modelo normativo apresentado no Código Canônico, nas Constituições Primeiras do Arcebispado.

As mesmas inquietações sobre a permanência das regras canônicas nas normas seculares sobre o casamento e a família me geraram ao observar o cumprimento dos rituais previstos pelos dogmas canônicos para celebração do casamento por modelos de relacionamentos afetivos que não se enquadrariam na família tradicional (a exemplo da união homoafetiva), e que se repetem para celebração do consórcio, bem como para formação familiar com a composição dos descendentes por meio da adoção, e mais recentemente, com o avanço da ciência reprodutiva com as gestações in vitro ou a barriga solidária.

No momento em que me vi observando ambas as situações, seja aquela que fortalece a necessidade de se manter em maioria o modelo familiar disposto no Código Canônico e de forma oposta relações que não se enquadram a ordem normativa fazendo uso dos rituais para celebração do casamento e reconhecimento da família me fez afirmar que a ordem normativa prevista na ordem religiosa ordenando o que é casamento e família que foi absorvido pela norma civilista (mesmo esta se adaptando as mudanças sócio-históricas) está presente e se reproduzindo na memória coletiva, seja nas lembranças familiares, seja no cotidiano em que diariamente se observa a celebração e festividade do casamento, bem como os padrões familiares.

Com isso, encerro esta tese asseverando que a norma canônica entrecruzou com o direito civil no regramento sobre família e casamento fazendo-se permanente nas práticas seculares e na memória coletiva.

REFERÊNCIAS:

- AGOSTINHO, Santo. **Confissões**: de magistro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ALMEIDA, Fernando H. Mendes. **Ordenações Filipinas**: Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei Filipi, o Primeiro. São Paulo: Saraiva, 1957.
- ARISTÓTELES. **Del sentido y lo sensible / De la memória y el recuerdo**. Trad. Francisco de Samaranch. 1962. Disponível em <http://recursosbiblio.url.edu.gt/publicjlg/Libros_y_mas/2015/10/lib/del_sentido.pdf>. Acessado em 03 jan. 2019.
- ARNOLD, Thurman W. **Sociologia del derecho**. Caracas: Aubert, 1971.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BERGSON, H. **Matéria e memória**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BEVILÁQUIA, Clóvis. **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1959.
- BEVILÁQUIA, Clóvis. **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- BOSON, Gerson de Brito Melo. Direito e Sociedade. **Revista Faculdade de Direito**, 2014. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/533> Acessado em 03 jan. 2019.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. **Hermenêutica Plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CASIMIRO, Ana Palmira B. S; MEDEIROS, Ruy Hemann de Araújo. O altar, o trono e o ensino. CASIMIRO, Ana Palmira B.S; AGUIAR, Itamar Pereira (Org.). **Educação e Religião**. Campinas: Alínea, 2012.
- CÓDIGO DE DERECHO CANONICO**. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa, Editorial Catolica, 1962.
- COULANGES, Fustel. **A cidade antiga** – estudos sobre o culto, o Direito e as instituições da Grécia e de Roma. Blumenau: Rideel, 2001.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1984.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Anísio Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896.

HALBWACHS, Maurice. **Los marcos sociales de la memória**. Caracas: Universidade Central de Venezuela, 2004.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Centauro, 2006.

IHERING, RUDOLF VON. **A luta pelo direito**. São Paulo: Rideel, 2005.

HOORNAERT, Eduardo. **História da Igreja no Brasil**. São Paulo: Paulinas, 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Campinas: Unicamp, 2012.

MACFARLANE, Alan. **História do casamento e do amor: Inglaterra 1300 – 1840**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

AKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDEIROS, Ruy Hermann Araújo. **Memória compartilhada e história: entre alienação e ideologia**. Vitória da Conquista, UESB, 2015.

MÜLLER, Ivo. **Direito Canônico: O povo de Deus e a vivência dos sacramentos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

NORBERTO, Bobbio. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1997

NORRA, Pieere. Tradução Yara Aun Khoury. Entre memória e história: a problemática dos lugares. **História e Cultura**, 1993.

OST, François. **O tempo do Direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PRADO Jr., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. São Paulo: Freitas Bastos S.A, 1956.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de Família**. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. Em busca de uma outra história: imaginando o imaginário. In: **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 5, n. 29, 1995.

PIMENTEL, Helen Ulhoa. O casamento no Brasil colonial: um ensaio historiográfico. **Em tempos de histórias**. Programa de Pós-Graduação em História. PPG – His/UNB, n. 9, Brasília, 2005.

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBAS, Conselheiro Joaquim. **Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas: EdUnicamp, 2010.

SAMARA, Eni de Mesquita. Estratégias Matrimoniais do Brasil do século XIX. **Revista Brasileira de História**. Volume: 8, n. 15 São Paulo: FFCHL - USP, 1988.

SILVA, Edvania Gomes da; Vieira, Flávia David. O instituto do matrimônio nas Ordenações Filipinas: os efeitos de sentido de casamento na legislação portuguesa aplicada no Brasil. Vol. 23. **Revista Linguagem** – Edição 23, 2015. Disponível em: <https://www.linguagem.ufscar.br/index.php/linguagem/article/view/60> Acessado em 03 jan. 2019.

SOIHET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE, Mary Del (Org). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia/ feitas e ordenadas pelo ilustríssimo e reverendíssimo D. Sebastião Monteiro da Vide**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2007.

YATES, Frances Amelia. **A arte da memória**. Campinas: EdUNICAMP, 2007.