

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO - NOTURNO

Fernando Coelho

Título:

A (im)permanência histórica do instituto dos impedimentos matrimoniais no direito brasileiro

Florianópolis

2022

Fernando Coelho

Título:

A (im)permanência histórica do instituto dos impedimentos matrimoniais no direito brasileiro

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito
do Centro de Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Diego Nunes

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Coelho, Fernando

A (im)permanência histórica do instituto dos impedimentos matrimoniais no direito brasileiro / Fernando Coelho; orientador, Prof. Dr. Diego Nunes, 2022.

93 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -

Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito de Família. 3. Impedimentos matrimoniais. 4. História do Direito. I. Nunes, Diego. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Fernando Coelho

Título:

A (im)permanência histórica do instituto dos impedimentos matrimoniais no direito brasileiro

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis (*on-line*), 11 de abril de 2022.

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cadematori, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Diego Nunes, Dr.
Orientador(a)
UFSC

Profa. Renata Raupp Gomes, Dra.
Avaliadora
UFSC

Prof. Brenno Birckholz da Silva, Dr.
Avaliador
PPGD/UFSC

Prof. Márlcio Aguiar, Dr.
Avaliador
UFPR

Dilectissimae ac reverendissimae matri.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à UFSC, que me ofereceu uma formação de alta qualidade, e aos seus colaboradores, professores/as, TAEs e terceirizados/as.

Agradeço à família, em especial à minha mãe, a formação do caráter.

Agradeço aos amigos todo o apoio, particularmente ao Gustavo, Leo, Thaís e Fábio.

Agradeço aos colegas de curso o companheirismo, sobretudo ao João Eduardo, Evandro, Livia e Taynara.

Agradeço ao prof. Diego Nunes, exemplo e inspiração desde a primeira fase, todas as lições ao longo do curso e a erudita e sensível orientação.

Agradeço aos membros da banca a generosidade ao dedicarem o seu tempo na apreciação de tão singelo trabalho.

RESUMO

O objetivo deste Trabalho de Conclusão de curso é traçar a história dos impedimentos matrimoniais brasileiros desde as suas origens no direito romano vulgar aplicado na península ibérica. Neste percurso histórico, são consideradas as principais fontes de direito vigentes no território do reino de Portugal, anterior e posteriormente à sua formação, até a introdução do direito português em solo brasileiro, onde vigeu, pelo menos no que diz respeito ao direito civil, até a promulgação do Código Civil de 1916. A pesquisa abrange igualmente a legislação nacional, e seu recorte chega à atualidade do Código Civil de 2002. Utilizando-se das fontes primárias de direito em suas línguas originais, a metodologia utilizada é fundada na hermenêutica, observando-se que a interpretação histórica se dá dentro da história e coloca problemas que devem ser superados desfazendo-se as distâncias fundamentais que nos separam do contexto dos textos analisados valendo-nos das persistências institucionais e linguísticas que atravessam as épocas históricas que se sucedem no tempo. Em conclusão, observa-se que a história dos impedimentos matrimoniais no direito brasileiro é feita mais de permanências do que de impermanências, com proibições herdadas sobretudo do direito romano.

Palavras-chave: Impedimentos matrimoniais. Direito de Família. História do Direito.

ABSTRACT

The objective of this monography is to trace the history of Brazilian impediments to marriage since their origins in vulgar Roman law applied in the Iberian Peninsula. In this historical course, the main sources of law in force in the territory of the kingdom of Portugal, before and after its formation, are considered, until the introduction of Portuguese law on Brazilian soil, where it was observed, at least with regard to civil law, until the promulgation of the Civil Code of 1916. The research also covers national legislation reaching the present day of the Civil Code of 2002. Using the primary sources of law in their original languages, the methodology used is founded on hermeneutics, aware that the historical interpretation takes place within history and poses problems that must be overcome by undoing the fundamental distances that separates us from the context of the texts analyzed, using the institutional and linguistic persistence that cross the following historical times. In conclusion, it is observed that the history of the impediments to marriage in Brazilian law is made more of permanence than impermanence, with prohibitions inherited mainly from Roman law.

Keywords: Impediments to marriage. Family Law. History of law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Divisão das províncias da Hispânia	21
---	----

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Comparação dos impedimentos matrimoniais nas fontes pesquisadas	80
--	----

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	O DIREITO ROMANO NA PENÍNSULA IBÉRICA E DAÍ AO BRASIL ..	19
2.1	A OCUPAÇÃO DA PENÍNSULA IBÉRICA PELOS ROMANOS E A SUA ROMANIZAÇÃO JURÍDICA.....	20
2.1.1	A conquista da península ibérica pelos romanos.....	20
2.1.2	A divisão provincial da península ibérica sob os romanos	21
2.1.3	O direito romano na península ibérica durante a Antiguidade	22
2.2	A CHEGADA DOS GERMANOS E O FIM DO IMPÉRIO ROMANO DO OCIDENTE	25
2.3	O DOMÍNIO MUÇULMANO NA PENÍNSULA IBÉRICA	27
2.4	O DIREITO ROMANO NO NASCENTE REINO DE PORTUGAL APÓS RECONQUISTA DO SEU TERRITÓRIO AOS MUÇULMANOS	27
2.4.1	O direito do nascente reino de Portugal	28
2.4.2	O renascimento do direito romano na Europa e o nascimento do <i>ius commune</i>	30
2.4.3	A introdução do direito justinianeu em Portugal	33
2.4.4	As Ordenações do reino de Portugal.....	34
2.5	O PERÍODO DO DIREITO NATURAL E DO RACIONALISMO EM PORTUGAL.....	36
2.5.1	A Lei da Boa Razão	37
2.6	O DIREITO PORTUGUÊS, HERDEIRO DO DIREITO ROMANO, NO BRASIL	38
2.6.1	O movimento das codificações.....	39
2.6.2	Os Códigos Civis brasileiros	40
2.6.3	A permanência do direito herdado de Portugal no direito civil brasileiro	41

3	OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS DO DIREITO ROMANO ÀS	
	ORDENAÇÕES FILIPINAS.....	43
3.1	OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS NAS FONTES DO DIREITO ROMANO 44	
3.1.1	Os impedimentos matrimoniais nas <i>Institutas</i> de Gaio	45
3.1.2	Os impedimentos matrimoniais nas <i>Sentenças</i> de Paulo	48
3.1.3	Os impedimentos matrimoniais no Código de Teodósio.....	52
3.2	OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS NO DIREITO VISIGODO.....	55
3.2.1	Os impedimentos matrimoniais do Código Visigótico	55
3.3	OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS DURANTE A VIGÊNCIA DAS ORDENAÇÕES PORTUGUESAS.....	60
3.3.1	Os impedimentos matrimoniais do direito canônico observados no Brasil....	61
3.3.2	Os impedimentos matrimoniais no Brasil Império	64
4	OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS APÓS A PROCLAMAÇÃO DA	
	REPÚBLICA.....	65
4.1.1	O Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, a instituição do casamento civil no Brasil e seus impedimentos	66
4.2	O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O DIREITO DE FAMÍLIA.....	70
4.2.1	Os impedimentos matrimoniais no Código Civil de 1916.....	71
4.2.2	Legislação superveniente ao Código Civil de 1916 que afetou os impedimentos matrimoniais	73
4.3	O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	75
4.3.1	Os impedimentos matrimoniais no Código Civil de 2002.....	76
4.3.2	A (im)permanência de impedimentos matrimoniais da tradição no direito civil brasileiro nacional	79
5	CONCLUSÃO.....	87
	REFERÊNCIAS.....	90

1 INTRODUÇÃO

Tema deste Trabalho de Conclusão de Curso é o instituto dos impedimentos matrimoniais do direito civil brasileiro entre permanências e impermanências, desde as suas origens no direito romano vulgar utilizado na península ibérica até o presente.

A hipótese deste estudo é que o instituto dos impedimentos para o matrimônio do direito brasileiro contemporâneo tem origem, em sua maior parte, no direito romano, sem descartar a possibilidade de ter recebido outras contribuições, provindas eventualmente do direito visigodo desenvolvido na península ibérica após o desmantelamento do Império Romano do Ocidente e do direito canônico.

Assim, para que se verifique a hipótese avançada, este trabalho terá como objetivo geral traçar a história do instituto dos impedimentos matrimoniais da tradição à qual se filia o direito brasileiro desde as suas origens romanas até o presente, sendo os objetivos específicos os seguintes:

- i) Realizar um histórico do direito português, desde suas origens no direito romano vulgar utilizado na península ibérica, passando pelo desenvolvimento do direito visigodo, até a sua introdução no Brasil;
- ii) Localizar as fontes de impedimentos matrimoniais que foram vigentes no território de Portugal, mesmo antes da sua formação como país, e no Brasil até o presente;
- iii) Traduzir para o português e interpretar as normas que determinam impedimentos matrimoniais encontradas nas fontes em língua estrangeira, quando for o caso;¹
- iv) Analisar e sintetizar os impedimentos matrimoniais nas fontes históricas e atuais, buscando verificar o que se preserva e se rejeita da tradição jurídica da qual o Brasil é tributário e identificar as eventuais inovações nacionais.

O instituto dos impedimentos matrimoniais do direito brasileiro está atualmente estabelecido no artigo 1.521 do Código Civil, como segue:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

¹ Todas as traduções de fontes citadas em língua estrangeira são realizadas pelo autor deste TCC.

- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

A comparação deste artigo com o art. 1602 do Código Civil português, com os artigos 46 e 47 do Código Civil espanhol, os artigos 147, 161, 162, 163 e 366 do Código Civil francês e o art. 87 do Código Civil italiano faz supor a existência de uma base normativa única para os cinco diplomas civis em questão.

Os países europeus em cotejamento integraram cronologicamente a República e o Império romanos (até a sua desintegração em 476 d.C.), e são herdeiros não somente da língua latina, conservada nas formas historicamente evoluídas do latim em que consistem hoje o português, espanhol, francês e italiano como grandes línguas nacionais (e numa infinidade de dialetos e variedades linguísticas neolatinas), mas também do direito romano, altamente enraizado nas práticas jurídicas de todo o território europeu que é ocupado hodiernamente pelos países das penínsulas ibérica e italiana e do hexágono francês.

Este dado de fato pode explicar a origem comum do instituto contemporâneo dos impedimentos matrimoniais nestes países, e igualmente no Brasil, também herdeiro, em razão da sua colonização pelos portugueses, do direito romano.

De acordo com Massimo Meccarelli (2015), há um grande potencial de diálogo entre a historiografia da América Latina e a europeia, observando-se o compartilhamento de temáticas, categorias interpretativas e linguagens, apesar das grandes diferenças que existem entre o direito europeu e os direitos da América Latina. Por essa razão, é necessário que se proceda a uma precisa definição e contextualização do objeto de pesquisa. Para este autor, o tema da codificação do direito na América Latina está entre aqueles que podem alargar os horizontes da pesquisa em historiografia do direito.

Assim, a pesquisa aqui desenvolvida se coloca como um esforço historiográfico que estreita os vínculos históricos entre a Europa e a América Latina, favorecendo resgates conceituais úteis, os quais se inscrevem no necessário progresso dos conhecimentos.

Para Pietro Costa (2010), o jurista não pode ignorar a dimensão temporal do direito, tendo a hermenêutica histórica uma função de relevo na sua formação, a qual produz uma tensão entre o passado e o presente que constitui um obstáculo epistemológico para a historiografia do direito, já que rupturas com momentos anteriores são por vezes impostas e necessárias. Compreender o presente significa, portanto, conectá-lo com fases anteriores do processo. Isto, porém, não retira a autonomia, a consistência e a alteridade do passado em relação ao presente.

De acordo com Paolo Grossi (2005), verifica-se uma mudança recente no direito graças à consciência coletiva dos juristas, que tem resultado na recuperação crescente da riqueza e da complexidade do universo jurídico, tendo a história do direito um papel indispensável na formação da consciência crítica do operador do direito positivo, o que faz retornar a dialética entre validade e efetividade, isto é, entre o velho direito comum e a apropriação social de uma regra. Isto permite que o direito seja tratado de forma crítica, em especial o legislador e seus produtos (o caráter razoável da lei, o abuso do legislador etc.).

O autor florentino afirma que a história do direito assim concebida não deve consistir apenas em um trabalho de erudição sob a forma da exegese normativa. A história do direito deve, ao contrário, oferecer ao presente momentos dialéticos que permitam a relativização e o enriquecimento da vida jurídica, permitindo a abertura e a disponibilidade para experiências alheias, oportunizando reflexões, integrações e modificações. Isto deriva da consciência de que o presente não é senão um fragmento, incompleto, razão pela qual o historiador atua na construção do futuro, pelo confronto e a comparação com outras paisagens.

Assim, o direito pertence a uma dimensão de civilização, que significa história e contexto, e o texto a ser interpretado não é senão a representação de uma realidade de fundo que revela um ou muitos aspectos da civilização a que pertence. Trata-se de uma tarefa interpretativa e compreensiva que permite superar simplificações persuasivas, recuperando-se assim a complexidade do direito ao imobilismo burguês que tende a isolar e paralisar o fragmento. Esta abordagem permite superar a percepção de que os valores jurídicos atuais são os únicos ou os melhores, já que a proposta que consiste no confronto e no escrutínio das heranças históricas permite soluções diversas. Aqui o historiador do direito é chamado a contribuir, pois a ele repugnam isolamentos e compartimentações, já que é consciente de que as dimensões da experiência jurídica são múltiplas e diversas.

Retornando a Pietro Costa (2010), o conhecimento histórico só é possível se depurado de ambições totalizantes e certezas factuais ou experimentais, pois a realidade do passado não se identifica, pura e simplesmente aos testemunhos que chegam ao historiador, que

se vale de operações hermenêuticas que o colocam em um dilema aporético: compreender o passado movendo-se a partir do presente que pesa, o que faz que a interpretação se dê como reuso e reescrita.

Segundo este autor, é preciso precaver-se da limitação do ponto de vista do presente, que pode resultar em uma reconstrução parcial e hipotética do passado. Além disso, as fontes devem ser vistas como rastros do passado, não se confundindo com a realidade pretérita. Nada obstante, a historiografia deve ser conduzida pelas provas, e é este procedimento que lhe confere o seu caráter heurístico, diferenciando-a de uma narrativa caracterizada pela ficcionalidade. O presente é para todo historiador o seu ponto de partida, mas não é a imediata condição de sentido do reconhecimento do passado. O que o presente fornece são as categorias linguístico-conceituais que servem para interpretar os textos do passado, no sentido do horizonte hermenêutico de Gadamer.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso seguirá essas diretrizes metodológicas, buscando traçar uma história dos impedimentos matrimoniais da tradição à qual o direito brasileiro pertence. Para tanto, o primeiro capítulo será dedicado à exposição do contexto no qual se desenvolve o instituto sob exame, desde a romanização da península ibérica até a formação do reino de Portugal, e daí ao Brasil em sua história jurídica, colonial e independente, até o presente. O objetivo deste capítulo é recuperar a complexidade dos fatores que permitiram a permanência de um direito ao longo do tempo e do espaço.

O segundo capítulo se dedicará a localizar, nas fontes jurídicas disponíveis dessa longa tradição jurídica, a matéria sobre os impedimentos matrimoniais, sem distinguir os impedimentos propriamente ditos das causas suspensivas e da incapacidade para o matrimônio, conforme a classificação doutrinária moderna. As fontes pesquisadas nesse capítulo vão desde o direito romano até o direito português vigente no Brasil pré-republicano, e são as seguintes: as *Institutas* de Gaio, as *Sentenças* de Paulo, o Código de Teodósio, o Código Visigótico, as Ordenações do reino de Portugal, leis extravagantes e a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, além do direito canônico.

O terceiro capítulo tratará dos impedimentos matrimoniais nos diplomas posteriores à Proclamação da República, incluindo o Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, entre outras leis supervenientes ao Código Bevilacqua.

2 O DIREITO ROMANO NA PENÍNSULA IBÉRICA E DAÍ AO BRASIL

O direito romano, como está a indicar a expressão, é o direito da comunidade política baseada na cidade latina de Roma.² Esta cidade, fundada, segundo a tradição mítica e historiográfica romana, em 753 a.C., teve Rômulo como primeiro rei, transformando-se em república em 509 a.C. e em império em 24 a.C. Com o desenvolvimento da cidade, a expansão territorial e o aumento populacional, as relações humanas se complexificaram, demandando soluções que regulassem a vida em sociedade dentro da *urbs* e nos seus territórios. A praticidade que caracterizou o povo romano talvez seja a razão do desenvolvimento jurídico de alcances extraordinários na Antiguidade, já que o direito regula a ação dos homens e mulheres, em contraste com os gregos, povo de tendência mais especulativa, o que fez que o seu “direito privado atingisse um nível muito elevado e que exerceu uma influência duradoura sobre o direito da Europa medieval e moderna.” (Gilissen, 2011, p. 80)

Roma, inicialmente uma pequena comunidade de pastores, torna-se um vasto império e *caput mundi*. No seu longo processo de expansão territorial, a cidade eterna se estende primeiramente por toda a península itálica, mas ocupa também, muito cedo, territórios no continente europeu, asiático e africano, notadamente a península ibérica ao fim da segunda guerra púnica e a Grécia em 146 a.C.

Onde se estabelecia, Roma levava os seus costumes, entre os quais o seu direito, que praticava, conquanto respeitasse as práticas jurídicas dos povos autóctones. Contudo, a crescente colonização do Império por cidadãos romanos (e a posterior concessão da cidadania romana aos nativos), agora mais amplo, incluindo as Gálias, a Britânia, o norte da África e regiões mais orientais, fazia que o direito romano tivesse aplicação igualmente mais ampla e diversificada. Isto se observa na península ibérica, onde, na ocidental praia lusitana, se formou o reino de Portugal, que, herdeiro do direito romano, o trouxe, desenvolvido e modificado por importantes influências posteriores, à Terra da Vera Cruz, que, transformada no país Brasil, o preserva em certa medida. (Tomás y Valiente, 2008, p. 83)

² Esta definição refere-se à experiência genuína do direito de uma comunidade humana determinada no espaço e no tempo, o que pode ser considerado a primeira vida do direito romano. Como se verá, o direito romano terá uma segunda vida na formação do *ius commune* europeu após a redescoberta do *Corps Iuris Civilis* na passagem do século XI para o XII no norte da Itália. O direito romano conhece ainda uma terceira vida na Alemanha moderna, do quê, porém, não há espaço para tratar neste breve trabalho.

2.1 A OCUPAÇÃO DA PENÍNSULA IBÉRICA PELOS ROMANOS E A SUA ROMANIZAÇÃO JURÍDICA

Embora o reino de Portugal seja reconhecido oficialmente como unidade política independente apenas em 05 de outubro de 1143 pelo Tratado de Zamora, assinado por D. Afonso Henriques e seu primo Afonso VII de Leão, o que pode ser considerado o evento histórico que marca a independência de Portugal em relação ao reino de Leão (Leite da Costa, 2019, p. 27), a sua história social e política remonta a período anterior à ocupação romana da península ibérica, na qual se encontravam diversas populações, entre as quais são de notar os celtas, os gregos, os fenícios e os cartagineses, estes últimos possuindo um poderio militar que pôde ameaçar a República Romana, em plena expansão já no século IV a.C.

De fato, na segunda guerra púnica, após a vitória na batalha de Zama, travada em 19 de outubro de 202 a.C. entre os romanos liderados por Cipião e os cartagineses chefiados por Aníbal, estes perdem o relativo controle sobre a península ibérica, o que permitiu que Roma iniciasse um longo processo de colonização de todo o território pertencente à Espanha e Portugal atuais.

2.1.1 A conquista da península ibérica pelos romanos

Após suplantando o poderio militar cartaginês, em 197 a.C., Roma divide a península inicialmente ocupada (ao sul somente) em duas províncias, a *Hispania citerior*, com capital em *Tarraco* (atual Tarragona), e a *Hispania ulterior*, cuja capital era *Corduba* (atual Córdoba). Ao estender a sua ocupação pelo interior, Roma se depara com a resistência dos celtiberos, com os quais guerreia entre 181 e 179 a.C., ano em que Roma se sagra vencedora e estabiliza o seu domínio até o extremo norte da península.

Em 154 a.C. ocorre, não sem conflitos, a ocupação da Lusitânia, território que compreende grande parte do Portugal atual. Após o massacre dos lusitanos realizado pelo governador da *Hispania ulterior*, Sérvio Sulpício Galba, recrudescer a oposição contra os invasores romanos, liderada por Viriato, que resiste até o seu assassinato, por três de seus soldados, em 139 a.C., quando a paz é selada na região. Contudo, em 72 a.C. os lusitanos se rebelam mais uma vez, agora sob a liderança do romano Sertório, que terá o mesmo destino do primeiro herói luso.

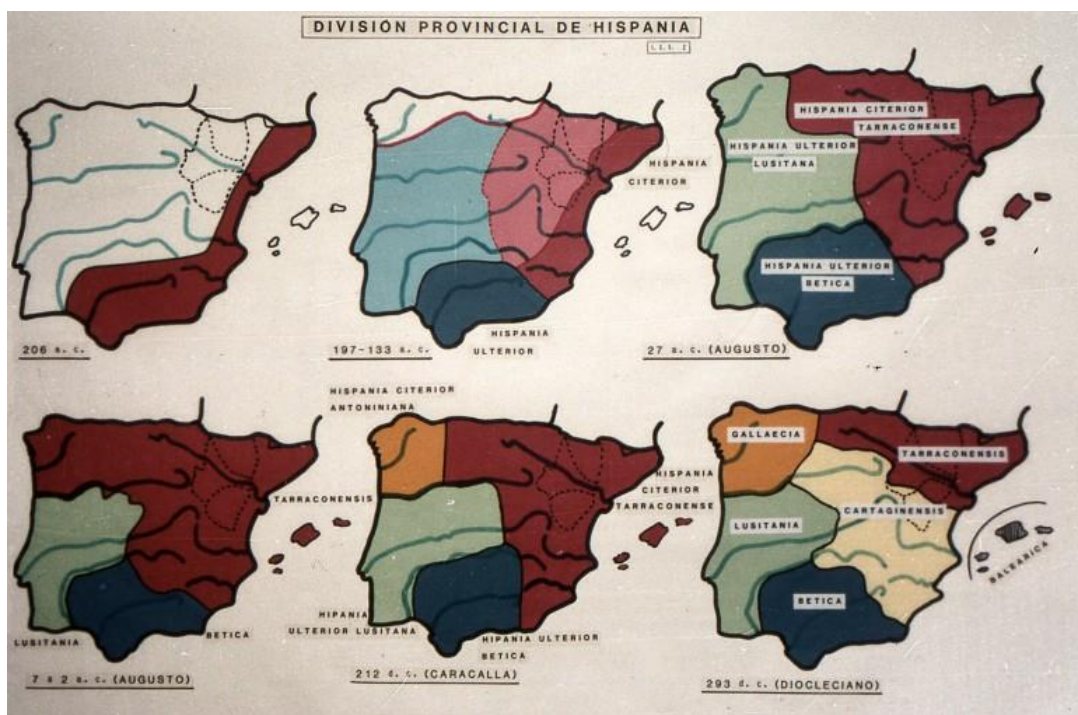
Entre os anos 142 e 133 a.C. verificam-se as campanhas contra a Numância, situada entre os rios Ebro e Douro, contra os galaicos, na região da atual Galícia, ao norte de Portugal, e contra os vascões, que ocupavam o território da atual Navarra. “No entanto, a pacificação da península não foi imediata, e só em 44 a.C. se estabeleceu verdadeiramente a paz em toda a região.” (Leite da Costa, 2019, p. 15)

2.1.2 A divisão provincial da península ibérica sob os romanos

A divisão inicial da península ibérica parcialmente ocupada pelos romanos em *Hispania citerior* e *Hispania ulterior* foi superada por uma organização mais complexa do território, à medida que novas conquistas se consolidavam.

A divisão mais complexa foi atingida sob o imperador Diocleciano (r. 284-305), e assim se conservou até a desintegração do Império Romano do Ocidente, ocorrida em 476 d.C., e consistia nas seguintes províncias: *Tarraconsensis*, *Cartaginensis*, *Baetica*, *Lusitania* e *Gallaecia*. A Figura 1 abaixo mostra a evolução da divisão administrativa da Hispânia romana desde os fins da segunda guerra púnica até a divisão operada por Diocleciano, que permanecerá até as invasões bárbaras:

1. Figura 1 – Divisão das províncias da Hispânia.



Fonte: <https://www.romaimperial.com/imperio-romano-en-espana/>

De acordo com Antonio Guarino (1990, p. 237 e ss.), na organização administrativa do território romano não itálico, a província correspondia originalmente à área de competência exclusiva de um magistrado portador do *imperium*, isto é, com poderes administrativos, jurisdicionais e militares. Posteriormente o termo passou a indicar também o povo que estava sob o *imperium* de um cônsul, podendo ser substituído por um pretor ou um pró-magistrado.

De modo geral, as províncias romanas tiveram origem em conquistas militares, que resultavam na capitulação (*deditio*) das comunidades conquistadas, as quais eram colocadas sob o domínio normativo transitório romano e se estabeleciam como províncias mediante a promulgação de uma *lex data provinciae*.

As províncias da península ibérica foram reunidas, sob Diocleciano, em uma diocese (*Diocesis Hispaniarum*), à qual se subordinava à Prefeitura Pretoriana da Gália, mas mantiveram seus respectivos governadores (cônsules ou presidentes, conforme o caso).

Quanto às populações dessas províncias,

eram mantidas no estado de *peregrini dediticii*, sujeitas ao *imperium* do governador, e os seus territórios considerados *ager publicus*, ou eram arrendados aos *publicani* mediante o pagamento de um percentual em produtos (*vectigal*), ou eram dados a colônias de cidadãos romanos, também mediante o pagamento de um *vectigal* (*ager privatus vectigalisque*), ou eram deixados aos antigos proprietários, mas sob condição do pagamento de um *vectigal*. (Guarino, 1990, p. 238).

Segundo Tomás y Valiente, o regime administrativo da península ibérica evoluiu no sentido de dar entrada cada vez mais ao direito de Roma, com a ampliação de colônias e municípios, por exemplo, as quais se regiam pelo direito romano, de tal modo que no século I a.C. se constatava uma unificação do sistema administrativo hispânico, tendo-se obliterado diferenciações anteriores, o que se permite falar em um direito romano utilizado na península ibérica romana (Tomás y Valiente, 2008, p. 85).

2.1.3 O direito romano na península ibérica durante a Antiguidade

Na condição de *peregrini dediticii*, - já que são habitantes de cidades que resistiram aos romanos, - os nativos da península ibérica não tinham nenhum atributo próprio do *ius*

civitatis, isto é, da plena cidadania romana, embora pudessem possuir o *ius commercii* (Cretella Júnior, 1987, p. 104).

Rafael Gibert se refere a um sistema de cidadania variável, com a formação de colônias de cidadãos latinos e com leis provinciais que estabeleciam condições diversas para cidades de acordo com o comportamento dos seus habitantes nas recentes guerras lusitana e celtibérica. Além disso, hispânicos que se notabilizavam podiam adquirir a cidadania romana por graça imperial. Posteriormente, em 73 ou 74 d.C., o imperador Vespasiano elevou a condição dos hispanos *deditícios*, que adquiriram o *status* de latinos, isto é, na prática deixavam de ser considerados estrangeiros (*peregrini*). Como consequência, as cidades foram convertidas em municípios, com leis semelhantes às de Roma, incluindo “magistrados, cúria ou senado municipal e comícios populares, finanças e cultos públicos; polícia urbana e concessão de terras; e patronato protetor da cidade [...]” (Gibert, 1975, p. 14).

Note-se que era costume dos romanos tolerar o direito das regiões conquistadas, aplicando-o aos autóctones e reservando para si o direito romano. Diversamente do direito contemporâneo, em que vige de modo geral o princípio da territorialidade, os romanos observavam o princípio da personalidade jurídica, aplicando-se o direito romano aos cidadãos romanos e latinos e permitindo que os indígenas se regulassem pelos seus próprios direitos, sob autoridade dos magistrados romanos. Contudo, discute-se se já após o século V se aplicaria o princípio da territorialidade na península ibérica, impondo-se as mesmas regras jurídicas aos visigodos e aos hispanos. (Gilissen, 2011, p. 17)

Posteriormente, com o Édito de Caracala (*Constitutio Antoniniana de Civitate*) de 212 d.C., estendeu-se a cidadania romana aos peregrinos que viviam em território romano, com exceção dos *deditícios*. Este édito tem consequências importantes na romanização da Hispânia, sobretudo no que diz respeito ao direito que aí é aplicado. Segundo Fernandes e Rego,

Em virtude dessa concessão a qualidade de cidadão romano, até aí reservada apenas a poucos, passou a ser reconhecida a todos. Ora como os cidadãos romanos tinham o exclusivo de certos direitos e da aplicação das leis romanas, esta providência produziu o efeito de *generalizar a aplicação do direito romano* a todo o Império e *igualar os direitos* de todos os habitantes livres.

[...]

Depois de Caracala todo o território do império adquire o mesmo carácter de solo romano e todos os habitantes livres e *não deditícios* ficam cidadãos romanos. (Fernandes; Rego, 1941, p. 47) (Grifo original.)

Ainda segundo Gibert (1976), epígrafes e inscrições comemorativas permitem observar uma prática jurídica conforme o que ficou conhecido como direito romano vulgar, no qual se aplicava uma *cognitio extraordinaria* informada por obras resumidas, como as *Institutas* de Gaio e as *Sentenças* de Paulo. Isto quer dizer que não se aplicava o direito romano clássico conhecido pelas obras literárias redigidas em Roma entre 130 a.C. e 230 d.C. Os referidos vestígios históricos permitem observar ainda elementos do direito de família, sucessão e contratos, os quais se caracterizavam, também em contraste com o direito romano clássico, por um menor formalismo, pela confusão de figuras da jurisprudência antiga e por um pragmatismo crescente.

Nada obstante, o direito emanado do Império se fez presente na península ibérica, já que a centralização da normatização tendia a substituir a jurisprudência aplicada de forma generalizada. A Hispânia foi assim destinatária de constituições imperiais, inclusive com influência do cristianismo. É de notar que em 439 foi promulgado o Código de Teodósio, que passou a vigorar no ocidente no ano seguinte, sob Valentiniano III, tendo exercido uma influência profunda e duradoura no decorrer da Alta Idade Média, e mesmo após o ano 1000 (Schioppa, 2014, p. 18).

Em relação a Portugal, particularmente, Hespanha sintetiza em três pontos a presença do direito romano em sua história:

O direito romano vigente na Península Ibérica, a partir do início da romanização (218 a.C.) era:

- a) Para os cidadãos romanos, estabelecidos nas cidades romanas (*colonias*, municípios), o *ius civile*. Após o edito de Caracala (212 d.C.), que outorgou a cidadania a todos os habitantes do Império, o *ius civile* passou a ter uma vigência tendencialmente generalizada. O direito civil era adaptado às características da vida provincial pela atividade do magistrado encarregado de administrar a justiça (governador, *praeses provinciae*), dando origem a um direito provincial com bastantes especificidades. Por outro lado, era menos técnico, socorrendo-se de formas simplificadas (direito romano vulgar, *Vulgarrecht*).
- b) Para os não-cidadãos (a maioria), os seus direitos, quase sempre costumeiros, pois apenas os tartesos (na costa SE da Península) parecem ter tido leis escritas. Estes direitos eram reconhecidos pelos romanos, nos termos de declarações unilaterais ou dos tratados de paz estabelecidos com as comunidades indígenas.
- c) Para as relações entre romanos e não romanos, o *ius gentium*, que os romanos reconheciam como um direito comum a todas as nações (*gentes*). (Hespanha, 2012, p. 137)

Com o fim do Império Romano do Ocidente, no contexto das invasões bárbaras, que resultaram na formação dos reinos germânicos, o quadro institucional haveria de mudar, mas o direito romano vulgar praticado no território não desapareceria, tendo sido conservado pelos dominados, como se verá a seguir.

2.2 A CHEGADA DOS GERMANOS E O FIM DO IMPÉRIO ROMANO DO OCIDENTE

Vários séculos de ocupação romana na península ibérica permitiram que o direito romano, ainda que na sua forma vulgar (cf. Tomás y Valiente, 2008, p. 94-95), se fizesse presente em toda a região, de tal forma que a queda do Império Romano do Ocidente, ocorrida em 476 d.C., não pôde ter a consequência de suprimi-lo da vida dos hispânicos.

Com efeito, no longo processo de decadência do Império Romano, ondas migratórias de populações germânicas incursionaram em seu território. A península ibérica, após um curto período de permanência dos vândalos, que se deslocaram para o norte da África, recebeu contingentes visigodos, inicialmente sob o comando de Ataulfo, na província Tarraconense.

Com o tratado de Vália (415-418), os visigodos, aliados dos romanos, se estabeleceram em Tolosa (atual Toulouse). Contudo, quando Eurico (466-484) se tornou líder dos visigodos, desrespeitando o pacto firmado com o Império, reivindicou a posse da Hispânia e das Gálias. A ele se atribui a promulgação do Código de Eurico, uma coletânea de cerca de 365 leis de direito penal e civil. Coube ao seu filho, Alarico II, que sucedeu Eurico em 485, promulgar uma compilação de direito romano, que ficou conhecida como Breviário de Alarico. Este código se destinava a romanos e visigodos e continha resumidamente a totalidade do direito do Império Romano, reproduzindo, notadamente, as *Institutas* de Gaio e as *Sentenças* de Paulo (Fuero Juzgo, 2002, p. vii-ix).

Com a derrota de Alarico II na batalha de Vouillé em 507 d.C. e a tomada de Tolosa por Clóvis I, rei dos francos, com o auxílio dos burgúndios, os visigodos se deslocaram para a península ibérica, onde estabeleceram o seu reino com capital em Toletum (atual Toledo).

Observe-se que os visigodos eram cristãos, adeptos da heresia ariana, e portanto se contrapunham aos romanos que professavam a fé católica e se subordinavam à autoridade imperial, que porém perdia força. O direito romano continuava a ser aplicado aos cidadãos romanos, enquanto o direito germânico, consuetudinário e ágrafo a princípio, destinava-se à comunidade germânica.

Esta não era a única resistência que os visigodos encontraram na península ibérica. Anteriormente ao seu estabelecimento na região, outra estirpe germânica, além da vândala, se arregimentara no noroeste, os suevos, que mantinham um reino independente na Galícia. Além disso, durante os embates entre visigodos e francos, Bizâncio teve sucesso em recuperar a porção sul da península, ocupando-a, porém, não por muito tempo. Por fim, os vascões, que já ocupavam regiões ao norte, não deixaram de oferecer resistência.

Contudo, cerca de meio século após o estabelecimento dos visigodos na península, o rei Leovigildo (568-586) unificou-a sob o seu comando e transformou o seu reino em província visigoda. Consolidou-se assim o reino visigodo na península ibérica, apesar do seu fracasso em unificar a religião em torno do arianismo, e a despeito da presença dos bizantinos ao sul.

Demonstrando continuidade entre Tolosa e Toletum, este monarca revisou o Código de Eurico, com uma mudança digna de nota e à qual se voltará mais à frente: permitiu o casamento entre romanos e germanos (godos), e entre arianos e católicos. Seu filho e sucessor, Recaredo (586-601), percebendo que a grande maioria do povo professava a fé católica, converteu-se ao catolicismo, no que foi seguido pelos seus próceres, e aqui inicia a relação entre o direito visigodo com o direito canônico. Por fim, o rei Suintila (621-631) expulsou os bizantinos, completando a conquista da península.

Os reis seguintes continuaram a promulgar leis esparsas, incluindo Recesvinto (649-672), que, porém, realizou uma compilação das leis precedentes e das suas próprias, que ficou conhecida como *Liber Iudicium* ou *Liber Iudiciorum*, que derogava as leis anteriores. O livro III desta compilação traz tudo o que é relativo ao matrimônio. Estão presentes, por exemplo, o regime econômico e as núpcias ilícitas, de especial interesse para o presente estudo, além de delitos relacionados à família, como o adultério, o incesto e a sodomia (Gibert, 1975, p. 32).

O *Liber Iudicium* foi acrescido de novas leis por Vamba (672-680), e uma ampla revisão foi realizada por Ervígio (680-687) e promulgada em 654, sendo esta a data da sua última versão oficial conhecida, embora existam exemplares posteriores com a inclusão de novas 14 leis.

Com o código *As Sete Partidas*, redigido em Castela durante o reinado de Afonso X (1252-1284) e baseado na sua maior parte no direito romano, também Leão e Castela preservam o direito romano, que posteriormente estenderão à toda a Espanha na continuação do processo de reconquista da península ibérica aos mouros e de sua unificação sob os dois reinos. Além desses reinos, é de notar que o direito romano é mantido em Valência com o código *Costum* e na Catalunha com o código *Tortosa*. Em conclusão, pode-se dizer que o direito romano

permanece em toda a península ibérica durante o domínio germânico (ROBLEDA, 1979, p. 15).

2.3 O DOMÍNIO MUÇULMANO NA PENÍNSULA IBÉRICA

No início do século VIII, a península ibérica é conquistada em sua quase totalidade pelos muçulmanos (entre 711 e 718), pondo-se fim ao reino visigodo. O *Liber Iudicium* é, assim, o último testemunho do quadro normativo vigente na Hispânia antes da dominação árabe, mas permanecerá regulando a vida das comunidades cristãs, apesar das modificações que pôde ter sofrido:

Para nosotros es de grande importancia señalar ya, junto a esta relación de factores de continuidad, la conservación de la vigencia del *Liber Iudiciorum* Después del 711, si bien es cierto que la pervivencia del *Liber* experimento inevitables y profundas transformaciones derivadas de la pérdida de la unidad política del reino visigodo. (Tomás y Valiente, 2008, p. 114)

De acordo com Fernandes e Rego (1941), o direito muçulmano é um direito religioso, e por se produzir pela interpretação da Revelação e sua aplicação a casos concretos, é também um direito predominantemente casuístico. Assim, a administração da justiça tinha um caráter sacerdotal, sendo o califa o supremo juiz, já que se pretendia sucessor de Maomé.

Nada obstante, embora não seja possível averiguar a continuidade da estrutura municipal das cidades da península ibérica, mantida pelos visigodos, as comunidades cristãs conservaram as suas instituições tradicionais, aplicando o Código Visigótico.

Observa-se, portanto, a continuidade da substância do direito romano codificado pelos visigodos, modificado pela influência dos costumes germânicos, ainda sob o domínio muçulmano, o qual será a base do direito medieval português após a Reconquista.

2.4 O DIREITO ROMANO NO NASCENTE REINO DE PORTUGAL APÓS RECONQUISTA DO SEU TERRITÓRIO AOS MUÇULMANOS

No longo processo de retomada do domínio da península ibérica pelos cristãos, que ficou conhecido como Reconquista e se realizou em várias etapas desde a batalha de Covadonga em 722 e a conquista de Granada em 1492, último bastião muçulmano na Espanha, foi criado

o condado Portucalense em 868 por Vímara Peres, chefe militar da Galícia, após a presúria do burgo de Portucale, atual cidade do Porto.

De acordo com António Leite da Costa (2019), após vencer em São Mamede os partidários de sua mãe, D. Teresa, e do conde galego Fernão Peres de Trava, D. Afonso Henriques tomou providências para garantir a segurança de Coimbra, e lançou-se mais ao sul em território muçulmano, vencendo a batalha de Ourique em 1139 e adquirindo autoridade de rei, que foi reconhecida por Afonso VII de Leão, seu primo, mediante o mencionado tratado de Zamora em 5 de outubro de 1143, na presença do legado do Papa Inocêncio II, o que transformou o condado de Portugal em reino. Contudo, apenas em 1179, com a bula *Manifestis Probatum*, D. Afonso Henriques será reconhecido pela Santa Sé como rei de Portugal.

A Reconquista estava longe de se completar, com muitas e importantes cidades hispânicas ainda sob o domínio muçulmano. D. Afonso se voltou para o sul, conquistando Santarém e Lisboa em 1147 e estendendo o domínio português até o Alentejo. Finalmente, com a inclusão em 1249 do Algarve no reino de Portugal, concluíam-se o processo de formação do território português (Leite da Costa, 2019, pp. 26-30).

De acordo com Fernandes e Rego (1941), os reis de Leão, na continuidade histórica do reino das Astúrias, que resistiu à dominação muçulmana e iniciou o processo de Reconquista, se pretendiam como continuadores da linhagem dos visigodos, julgando-se, portanto, seus sucessores, o que lhes daria legitimidade para se sobreporem politicamente aos demais soberanos hispânicos e, em espacial, para constituírem-se como suprema jurisdição. Assim, o direito leonês é observado na região que posteriormente se tornaria o reino de Portugal.

2.4.1 O direito do nascente reino de Portugal

Segundo Fernandes e Rego (1941), não havia distinção em Portugal, antes do século XIX, entre as atribuições administrativas e judiciárias, isto é, aquele que estava investido de autoridade desempenhava tanto o papel de administrador quanto de juiz. No início da monarquia portuguesa, estava muito presente uma instituição de origem germânica, a assembleia judicial, também conhecida como *concilium*, que “era a assembleia dos homens livres dum distrito mais ou menos extenso, um julgado, por exemplo, a qual se reunia com frequência para diversos fins de interesse comum, em especial e sobretudo para proceder a

juízes” (Fernandes e Rego, 1941, p. 192). De modo geral, o presidente do *concilium* designava alguns de seus membros para auxiliá-lo no exame dos fatos e no julgamento do caso. Além disso, o rei era o supremo magistrado, a quem se recorria tanto em primeira quanto em última instância.

No que diz respeito às fontes do nascente reino de Portugal, tem-se em primeiro lugar o Código Visigótico, o qual ainda estava em vigor em Leão e Castela. Segundo os já citados autores, encontram-se em documentos dos séculos XI e XII inúmeras citações ao *Liber Iudicium*, *lex gothorum*, *lex gothica*, *liber godorum*, *liber judicialis*. Assim, durante o reinado dos quatro primeiros reis portugueses (de D. Afonso Henriques a D. Sancho II), há quase nenhuma produção legislativa própria no reino de Portugal, limitando-se eles a fazer cumprir o corpo legislativo herdado. Nesse sentido, segundo Clavero,

A própria legislação se entende como uma forma de *iurisdictio*, de declaração, e não de criação do direito: não se concebe como uma atividade distinta da judicial. Essa jurisdição representa o nível superior entre as múltiplas iurisdictiones que se reconhecem conforme os *iura*, isto é, conforme a alguns direitos subjetivos que são poderes sociais e que também supõem possibilidade de disposição do ordenamento dentro de seu respectivo âmbito. A figura do rei nunca monopoliza a jurisdição; isso nem se pensa. (Clavero, 2018, p. 41)

Ao lado do direito visigótico e das leis emanadas pela autoridade real, havia o direito canônico, que o reino de Portugal respeitava, conforme prometera D. Afonso Henriques na carta *Claves Regni* que enviou ao Papa Inocêncio II em 1143. Desse modo, a Igreja aplicava ao clero e aos fiéis as suas leis e a sua administração dentro dos domínios portugueses, coisa que o Estado não somente respeitava, mas ordenava que se cumprisse. Contudo, o direito canônico se aplicava sobretudo à esfera espiritual, como a determinação da penitência, por exemplo, não se imiscuindo muito no direito secular, apesar da influência da religião na vida pública portuguesa. Segundo Hespanha,

Em todo o caso, a sua influência foi determinante em alguns pontos, que nem sempre se relacionavam com a religião ou com a fé. Na verdade, o direito canônico representava não apenas o direito da Igreja e das coisas sagradas, mas ainda um direito mais recente do que o direito romano, uma espécie de direito romano reelaborado e adaptado às condições da sociedade alto-medieval. (Hespanha, 2012, p. 142-143)

Nada obstante, o costume ainda era fonte importante do direito no período inicial do reino de Portugal, e consistia em normas, sobretudo de origem romana e germânica, mas não

somente, transmitidas oralmente de geração para geração, as quais tinham uma abrangência o mais das vezes local. Entre elas, podem-se citar usos e hábitos muito antigos que remontavam ao período pré-romano, costumes adquiridos durante a dominação romana, costumes germânicos introduzidos pelos ocupantes visigodos e suevos, costumes introduzidos pela influência da Igreja, práticas dos moçárabes e costumes importados da França. A esse respeito, segundo Schioppa,

O processo de formação dos costumes locais, dotados, como dissemos, de valor territorial e não mais pessoal, fez-se acompanhar de uma subterrânea, mas nem por isso menos relevante, reafirmação de regras e de institutos próprios da tradição romana [Calasso, 1954]. Foi justamente observado que, nesses séculos, o próprio direito romano se conservou junto às populações latinas, mais pela via consuetudinária do que por meio da lei escrita [Pitzorno, 1934]. (Schioppa, 2014, p. 49)

Vemos assim que o direito romano tendeu a persistir na formação do direito do reino de Portugal, tendo-se preservado não somente nas compilações romanas e bárbaras, mas também por meio do costume. E é o renascimento do direito romano na Europa que estará na base de um novo fenômeno jurídico, o *ius commune*, que será estudado abaixo.

2.4.2 O renascimento do direito romano na Europa e o nascimento do *ius commune*

Com a decadência do Império Romano do Ocidente e as invasões bárbaras, que tiveram como consequência o enfraquecimento das instituições romanas, o direito romano perdeu força de aplicação. De fato, o direito dos germanos, notadamente o da estirpe visigoda na península ibérica, passou a vigor ao lado do direito romano, que fora mantido, pelo menos inicialmente, para os cidadãos hispano-romanos, mas que permaneceu nos códigos germânicos, como o Código Visigótico na península ibérica sendo aplicado a toda a população hispânica.

Um renascimento do direito romano, porém, estava por verificar-se não somente nos territórios do extinto Império, mas ainda além. Com efeito, após a redescoberta do *Corpus Iuris Civilis*, entre os séculos XI e XII em Bolonha (Itália), e o surgimento de escolas voltadas à sua interpretação e ensino, o direito romano conhece uma nova vida. Este processo histórico é descrito por Norberto Bobbio do seguinte modo:

O direito romano se eclipsou na Europa Ocidental durante a alta Idade Média, substituído pelos costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas (ou bárbaras). Mas depois do obumbramento ocorrido em tal período

– obumbramento comum, de resto, àquele de toda a cultura, ressurgiu no primeiro milênio com o aparecimento da Escola Jurídica de Bolonha e difundiu-se não apenas nos territórios sobre os quais já se havia estendido o Império Romano, mas também sobre outros territórios jamais dominados por este: sobretudo na Alemanha, onde ocorreu no início da Idade Moderna o fenômeno da “recepção”, graças ao qual o direito romano penetrou profundamente na sociedade alemã (basta pensar que ainda no fim do século XIX) antes das grandes codificações ocorridas no início do século XX – aplicava-se nos tribunais germânicos o direito do *Corpus Iuris* – naturalmente modernizado e adaptado às diferentes exigências sociais – sob o nome de *usus modernus Pandectarum*; o direito romano difundiu-se, por outro lado, também nos Países Baixos, nos escandinavos e, ainda que em medida mais limitada, na própria Inglaterra. (BOBBIO, 1995, p. 30)

Coube à Escola de Bolonha desempenhar um protagonismo no processo de revitalização do direito romano, e coube a Irnério (1055-1130) o papel de pioneiro nos estudos e no ensino do direito romano do *Corpus*, dando início à escola dos glosadores. Um segundo nome de relevo é Francisco Acúrsio (1182-1260), que compilou as glosas existentes na Magna Glosa ou Glosa Ordinária. Acúrsio era de família florentina, tendo sido o mais famoso glosador (GIBERT, 1975, pp. 73 e 84).

Entre os séculos XII e XIV, observa-se um renascimento urbano e mercantil na Europa, o que traz como consequência a valorização de direitos locais, já que a autoridade real ainda não se esforçara por impor-se a todo o reino de forma concentrada. O desenvolvimento social levou à necessidade da aplicação de figuras jurídicas outras, não previstas no velho direito tradicional consuetudinário e comunal. Assim, o direito canônico e o direito justinianeu constituíram uma fonte abundante de soluções às quais se podia recorrer sempre que fosse necessário. Nasce nesse contexto o *ius commune*. Segundo Martins,

Os séculos da recepção do direito romano (XII-XIII) são também os do desenvolvimento da burguesia europeia. O capitalismo mercantil exigia uma nova estrutura jurídica, mais adequada às novas relações econômicas emergentes. Em primeiro lugar, havia a necessidade de um direito estável que garantisse uma efetiva segurança institucional e jurídica às operações comerciais. Em segundo lugar, um direito universalmente válido que unificasse os diversos sistemas europeus de forma a garantir um mercado internacional das limitações comunitaristas ou de ordem moral que lhes impunham os ordenamentos feudais e

eclesiásticos. O direito romano-justiniano atendia a todas essas exigências (MARTINS, 2001, p. 200-201)

Esta nova necessidade jurídica promoveu o surgimento de uma nova geração de juristas, posterior à dos glosadores, e por isso os seus representantes foram chamados de pós-glosadores, mas também de conciliadores e comentadores (escola dos comentadores). Seu fundador é Cino de Pistoia (1270-1336) e seu discípulo mais conhecido, Bártolo de Sassoferrato (1314-1357). Não se pode olvidar tampouco o comentador Baldo de Ubaldis (1324-1400), que, segundo Paolo Grossi, foi reconhecido como o maior filósofo entre os juristas (GROSSI, 2010, p. 33).

Segundo Paolo Grossi, o *ius commune* não deve ser considerado como um direito romano atualizado, nem tampouco como um direito romano medieval, apesar da importância do direito romano como fonte, já que forneceu ao *ius commune* o modelo linguístico técnico e conceitual para o desenvolvimento do direito escolástico. O fato de este direito se estender sobre as fronteiras territoriais e políticas da Europa medieval lhe valeu a designação de *comum*, passando a fazer parte do mosaico jurídico das comunidades que o adotavam, e o adotavam em razão do seu caráter universal, que se fundava na racionalidade da qual deram mostras os catedráticos e no latim, que se sobrepunha aos infinitos vulgares encontráveis na época. Com efeito, esta unidade linguística que o latim representou teve na redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* mais uma razão para se afirmar como língua franca, em um panorama linguístico plural (GROSSI, 2010, p. 30).

O *ius commune* é, assim, o que se pode chamar de segunda vida do direito romano. Segundo Madden,

Após a época de Justiniano, e pelo estabelecimento da importante universidade de Bolonha e a renovada formação de glosadores e pesquisadores para estudar e disseminar o direito romano, pesquisadores e estudantes retornavam para o seu país de origem para ensinar o direito romano. Contudo, a influência legal e política do direito romano nunca se assemelharia ao que poderia ter sido caso a sua preservação e disseminação não tivesse sido tão hibridizada pelo contato e adaptação com o direito consuetudinário dos Estados que o receberam. (MADDEN, 2006, p. 370-371)

Segundo Cavanna, o *ius commune*, que havia sido preparado no século XII, se consolida e assume um aspecto prático e doutrinal nos dois séculos seguintes, para apresentar-

se totalmente desenvolvido nas suas implicações positivas durante o século XV (Cavanna, 1982, p. 54).

Veremos abaixo, em linhas gerais, o como se deu a introdução do direito justinianeu no contexto da formação do *ius commune* em Portugal.

2.4.3 A introdução do direito justinianeu em Portugal

Segundo Fátima Regina Fernandes (2004), é consenso entre os historiadores do direito que é durante o reinado de Afonso III (1248-1279) que tem início o período de recepção do direito comum e, portanto, do direito romano justinianeu em Portugal. Esta recepção do direito do *Corpus Iuris Civilis* é utilizada como estratégia de afirmação e centralização monárquica. Assim,

O reino português, ao abrir suas portas à recepção e aplicação do Direito Comum, busca organizar-se internamente, mas Afonso III e seus sucessores saberão conduzir essa organização no sentido da afirmação da sua autoridade. O rei, como fonte da Lei e da Justiça, amparado por um quadro legislativo e jurídico bem organizado, é o ideal buscado pelo monarca, e o Direito Romano é, sem dúvida, o instrumento mais adequado à concretização deste ideal. (Fernandes, 2004, p. 82)

Nesse mesmo sentido, segundo Fernandes e Rego (1941), a influência do direito justinianeu em Portugal, patente desde Afonso III, é visível no direito público a partir do século XIII: o processo civil passa a ser regulado à maneira romana e começam a ser aplicados princípios organizacionais de uma monarquia centralista e absoluta nos moldes do Império Romano. Esta influência cresce até o século XV:

No reinado de D. João I chega a considerar-se legislação do reino certos textos de direito romano: conhece-se a carta régia de 18 de Abril de 1426 pela qual o rei envia à Câmara de Lisboa um exemplar do Código Justiniano com a glosa de Acúrsio e o comentário de Bártolo, tudo esclarecido e interpretado em linguagem portuguesa para facilitar aos juízes a sua aplicação. (Fernandes; Rego, 1941, p. 228)

Com a introdução do direito romano em Portugal no contexto da centralização do poder real, o rei se sagra como legislador e fonte de justiça (*principis legibus solutus est. quod principi placuit legis habet vigorem*. Ulpiano, Digesto 1.3.31; 1.4.1). É neste período histórico

que se pode localizar o início do absolutismo português, que se estenderá até o século XIX, e ao qual pôs fim a Revolução liberal do Porto, instaurando em Portugal uma monarquia constitucional.

Assim, para Douverny e Steinwascher Neto,

Já as primeiras leis promulgadas pelos reis de Portugal parecem basear-se, desde o início do século XIII, na compilação justinianeia. Mas a partir de D. Afonso III (1210-2179), a recepção do direito romano na legislação se dá com cada vez mais força e de forma quase ininterrupta, juntamente com o próprio incremento das chamadas leis gerais, muitas das quais são verdadeira tradução ou manifestam nítida influência do direito justinianeu, sobretudo em matéria de processo civil. (Douverny; Steinwascher Neto, 2014, p. 27-28)

Porém, a importância da recepção do *ius commune* na centralização do poder monárquico em Portugal tem sido matizada recentemente, por duas razões. Em primeiro lugar, porque a referida recepção não teria sido tão geral ou eficaz como se tem pensado. Em segundo, porque a ordem jurídica letrada não teria tido tanta influência como se levou a acreditar na concentração de poderes nas mãos do rei (cf. Hespanha, 2006).

2.4.4 As Ordenações do reino de Portugal

De acordo com Costa *et alii* (2011), no período histórico no qual se inserem as Ordenações do reino de Portugal, firmou-se o entendimento, a partir do direito justinianeu, de que cabia ao rei ordenar as relações pessoais, individuais e coletivas, inclusive nas colônias, e em tal processo teve papel importante D. João II (1481-1495). Segundo os autores,

Os códigos legislativos portugueses mais abrangentes eram denominados Ordenações do Reino, que eram regulamentos que levavam o nome dos reis que as faziam elaborar ou compilar e que pretendiam dar conta de todos os aspectos legais da vida dos súditos. Trata-se das Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas, promulgadas no ano de 1595 e editadas em 1603, período de domínio espanhol do império luso. (Costa *et alii*, 2011, p. 2193)

As Ordenações Afonsinas são a mais importante fonte do direito português do seu período. Segundo o seu prólogo, teve início no reinado de D. João I, tendo sido concluída no reinado de D. Afonso V, em 1446. Segundo Fernandes e Rego (1941), trata-se de uma

compilação de leis gerais, capítulos das cortes, concórdias, antigos costumes e jurisprudência da Corte. Emendas e aditamentos foram feitos com inspiração especialmente no *Corpus Iuris Civilis* e nos glosadores, no direito canônico e no Código das *Sete Partidas*.

As Ordenações Afonsinas se dividem em 5 livros, do seguinte modo:

O 1º livro contém os regimentos dos cargos públicos e da guerra.

O 2º livro trata dos direitos da Igreja, dos direitos reais, da jurisdição dos donatários, das prerrogativas dos nobres, e da situação dos judeus e mouros.

O 3º livro regula o processo civil.

O 4º livro ocupa-se do direito civil.

O 5º livro compreende o direito penal e respectivo processo. (Fernandes e Rego, 1941, p. 268)

As Ordenações Manuelinas consistem na reunião das Ordenações Afonsinas e das leis extravagantes promulgadas durante a sua vigência. Foram publicadas primeiramente em 1514, tendo uma versão definitiva em 1521. Segundo Costa *et alii*, a invenção da imprensa e a necessidade de correção e atualização das normas contidas nas Ordenações Afonsinas foram justificativas para a elaboração das novas leis. A estrutura de cinco livros foi mantida, algumas leis foram suprimidas e/ou modificadas e um estilo mais conciso foi adotado (2011, p. 2194). Em 1569 as Ordenações Manuelinas foram acrescidas de uma coleção de leis extravagantes, realizada por Duarte Nunes do Leão.

As Ordenações Filipinas são o resultado de uma reforma das Ordenações Manuelinas, ordenada por Filipe I. Foram promulgadas durante o reinado de Felipe II da Espanha, em 1603, durante o período da União Ibérica. Com a restauração, D. João IV manteve em vigor as leis dos reis espanhóis. O sistema era o mesmo das ordenações anteriores. As Ordenações Filipinas vigoraram, no Brasil, por mais de 300 anos (Ferreira, 2008, p 56), podendo-se, porém, dizer que ainda estão vigentes em eventual matéria que não tenha sido disciplinada por lei posterior (cf. o art. 1.807 do Código Civil de 1916).

Contudo, em nenhuma das três ordenações portuguesas há o disciplinamento dos impedimentos matrimoniais, e somente as Ordenações Filipinas fazem referência à observância, na matéria, ao que determina o Concílio de Trento (1545-1563), o que, no Brasil, como se verá, é confirmado pela Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas. No dizer de Ferreira,

Na seqüência, regulando efetivamente a celebração do matrimônio, a Consolidação, em seu papel de classificação das leis civis até então, determina, em seu artigo 95, a

expressa observância do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, relativamente à constituição do matrimônio, em todos os Bispados e Freguesias do Império, não podendo ser celebrado contra as Leis do Império (artigo 97), sob pena de punição ao Eclesiástico que assim proceder, bem como aqueles que contraírem matrimônio clandestino¹³², necessitando, neste caso, declaração do respectivo Juízo Eclesiástico (artigo 98). Observa-se, neste sentido, as mesmas normas existentes no período colonial, já que se tratava de uma consolidação das normas já existentes. (Ferreira, 2008, p. 68).

Além disso, as Ordenações Filipinas, no seu Livro III, Título LXIV, remetem o julgamento de matéria que traga pecado aos sagrados cânones: “E quando o caso, de que se trata não fôr determinado por Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado sendo materia, que traga peccado, per os sagrados Canones.”

A observância do direito canônico no que diz respeito aos impedimentos matrimoniais permaneceu até a publicação do Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, que trouxe um rol próprio de impedimentos matrimoniais. Este fato se reforça com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que, no § 7º do seu art. 72, estabeleceu que “Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.” (Brasil, 1891)

Por isso, é de conjecturar que no Brasil vigoram os impedimentos matrimoniais do direito canônico até aproximadamente a Proclamação da República.

2.5 O PERÍODO DO DIREITO NATURAL E DO RACIONALISMO EM PORTUGAL

Com a ascensão ao trono português de D. José I em 1750, iniciou-se um período de monarquia pessoal e absoluta com a identificação entre Estado e rei, semelhante ao que já se verificava na França de Luís XIV, mas com a diferença que o poder era exercido pelos ministros régios, e o mais representativo do período é o Marquês de Pombal, ministro de D. Maria I (1777-1810).

Este ministro esclarecido lutou contra os privilégios existentes no reino, buscando nivelar os súditos. Assim, ele trabalhou para diminuir o poder do clero e da nobreza, em prol dos secretários de Estado e em detrimento dos Conselhos da Coroa. É de notar a abolição da jurisdição dos donatários, operada em 1790, que acabou com os restos senhoriais em Portugal.

Por fim, trata-se de um período de transição entre o romanismo e o canonismo e o sistema individualista e liberal do século XIX (Fernandes; Rego, 1941).

2.5.1 A Lei da Boa Razão

No contexto das reformas de caráter iluminista empreendidas em Portugal no século XVIII promulgou-se a Lei da Boa Razão, em 18 de agosto de 1769. Esta lei, que objetivava regular a interpretação das demais leis e o suprimento das suas lacunas, estabeleceu um sistema de direito subsidiário que substituiu o que dispunham as Ordenações. Segundo Hespanha,

Mantém-se a autoridade subsidiária do direito romano, mas apenas quando este fosse conforme à Boa Razão, ou seja – como se esclarecerá depois nos Estatutos da Universidade – aos princípios jurídico-políticos recebidos nas nações “polidas e civilizadas”. Em contrapartida, restringe-se a faculdade de fixar a jurisprudência aos assentos da Casa da Suplicação, ao mesmo tempo que se nega força vinculativa aos “estilos de julgar” dos tribunais e se estabelecem condições muito rigorosas de validade para os costumes. Numa palavra, institui-se o monopólio da edição do direito a favor da lei do soberano, monopólio apenas temperado pela possibilidade de invocação dos princípios de direito natural, nomeadamente daqueles que tinham sido incorporados na legislação dos novos Estados iluministas. (Hespanha, 2012, p. 350)

Em resumo, o novo sistema determinou que as questões deviam ser julgadas segundo as leis pátrias, e na ausência delas devia-se observar os estilos da Corte e o costume do reino, desde que não fossem contrário à lei escrita, que fossem conforme à boa razão e que não tivessem mais de cem anos de existência. Devia-se recorrer, ainda, em última instância, às leis imperiais, desde que fundadas na *boa razão* (princípios que contêm verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, estabelecidos pela ética dos romanos e formalizados pelo direito divino e natural). Quando a questão se referisse a matéria política, econômica, mercantil ou marítima, devia-se recorrer ao direito das nações civilizadas da Europa (§ 9º). Além disso, determinava que se deixasse de aplicar o direito canônico nos tribunais civis (§ 12), e ficavam proibidas a alegação e a aplicação das glosas de Acúrsio e Bártolo e seus discípulos (§ 13) (Fernandes; Rego, 1941, pp. 300-301).

2.6 O DIREITO PORTUGUÊS, HERDEIRO DO DIREITO ROMANO, NO BRASIL

De acordo com António dos Santos Justo, desde a chegada da armada comandada por Pedro Álvares Cabral à Terra da Vera Cruz em 22 de abril de 1500, o direito português é estendido a este novo território, direito este consistente à época nas Ordenações Afonsinas e em leis extravagantes. Tinha início assim a história jurídica luso-brasileira (Santos Justo, 2002, p. 131).

Não muito mais tarde, como vimos, D. Manuel I promulgou a versão definitiva das Ordenações Manuelinas, que, portanto, passou a vigorar também no Brasil. Durante a vigência destas Ordenações, é de destacar a coleção de leis extravagantes de Duarte Nunes do Leão (1569), que lhes foram acrescentadas. Em seguida, em 1603, passava a vigorar a terceira, última e mais longa compilação, as Ordenações Filipinas. Como vimos, sua vigência alcançou 250 anos, a despeito do período de reformas iniciado no reinado de D. José I (1750), marcado notadamente pela publicação da Lei da Boa Razão em 1769.

Esta legislação privada portuguesa era a vigente no Brasil, e continuou a sê-lo mesmo após a Independência do Brasil de Portugal (1822), porquanto a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou a continuação da vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, que deixou de vigorar apenas com a entrada em vigor do Código Civil brasileiro em 1º de janeiro de 1917. Veja-se o dispositivo da referida lei:

Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas. (BRASIL, 1823)

Com a codificação do direito privado brasileiro, vira-se uma importante página da história do direito no Brasil, pois o direito civil passaria a ser, (quase) todo, promulgado por representantes democráticos e republicanos nacionais, apesar de uma visível tendência a preservar práticas jurídicas herdadas do velho mundo.

2.6.1 O movimento das codificações

Segundo Giordano Bruno Soares Roberto, o movimento que teria como resultado a redação de códigos legislativos teve seus inícios no fim do século XVIII, no contexto do Iluminismo, que produziu novos conteúdos jurídicos. A codificação se diferencia da mera consolidação de leis (como, por exemplo, as Ordenações portuguesas) por planificar a sociedade globalmente por meio de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica (Soares Roberto, 2020).

Considera-se como primeiro código moderno o Código Civil da Prússia (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), promulgado em 1794. Este código nasceu da necessidade de colocar fim à multiplicidade de direitos vigentes nos territórios governados por Frederico Guilherme II, racionalizando-se o direito público e privado, e foi substituído em 1900 pelo Código Civil do Império Germânico (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Embora não seja o primeiro, mas de considerável importância para a codificação do direito civil português e brasileiro, para os quais serviu de modelo, é o Código Civil francês. Com efeito, o direito privado francês pré-revolucionário era um conjunto heteróclito baseado sobretudo no norte do país, no costume, o qual consistia nos usos que adquiriram vigor em determinado grupo sociopolítico e em um local circunscrito. Sua característica na Idade Média é a sua variedade: cada comunidade de habitantes, cada principado dispõe de seu próprio costume, que escapa ao poder real. A partir do século XII, porém, iniciou-se um processo de redação privada dos costumes em coletâneas, chamadas na França de *coutumiers* ou *coutumes*. Contudo, em 1454 o rei Carlos VII edita a *Ordonnance des Montils-les-Tours*, cujo artigo 125 determina que todos os costumes locais do reino sejam fixados por escrito. Assim, oficiais são nomeados para redigir um projeto de costume com o auxílio de juristas locais, o qual será enviado ao rei para que seja validado. Este processo de redação do direito consuetudinário torna ainda mais complexo o direito francês. Acerca dos costumes, Voltaire escreveu nas *Questions sur l'Encyclopédie*, em 1772, em pleno Antigo Regime, que “Il y a cent quarante-quatre coutumes en France qui ont force de loi ; ces lois sont presque toutes différentes. Un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste.”³

³ Tradução do autor: “Há cento e quarenta e quatro costumes na França que têm força de lei; essas leis são quase todas diferentes. Um homem que viaja neste país troca de lei quase tantas vezes quanto troca de cavalos de correio.” Disponível em: <https://artflsrv03.uchicago.edu/philologic4/toutvoltaire/navigate/939/1/45/>. Acesso em 04/03/2022.

O testemunho de Voltaire dá conta da complexidade do direito francês antigo (pré-revolucionário, isto é, até 1789). Este quadro começa a mudar a partir da Revolução Francesa, quando grande parte do direito antigo foi revogada. A necessidade de um código chegou a fazer que a Constituição francesa de 1791 previsse a redação de um código civil que fosse comum em todo o país. Somente com Napoleão Bonaparte, porém, a tarefa de codificar o direito civil francês foi bem-sucedida. Formada uma comissão em 1800, presidida por Tronchet, o projeto foi concluído em apenas quatro meses, e após passar por um processo de aprovação por etapas, uma lei de 30 de ventoso do ano XII (21 de março de 1804) promulgou o *Code civil*, revogando expressamente todo o direito anterior (Soares Roberto, 2011, p. 60): “Art. 7. - À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code.”⁴

A revogação de todo o direito anterior, contudo, não quer dizer que as suas soluções históricas tenham sido ostracizadas. Muito do direito privado pré-revolucionário permaneceu, embora sistematizado de forma pretensamente racional e universalizado ao lado das inovações do período revolucionário. Assim, apesar do seu modernismo, os códigos civis, entre os quais se contam o francês e o brasileiro, também são tributários da tradição jurídica, de base romano-germânica.

2.6.2 Os Códigos Civis brasileiros

Como já anteriormente afirmado, o direito emanado por Portugal e vigente no Brasil anteriormente à sua independência continuou em vigor. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, em seu art. XVIII, determinou, contudo, que se organizasse “quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.” (BRASIL, 1824)

Segundo Soares Roberto, a vigência provisória da legislação portuguesa no Brasil estendeu-se por muito tempo, inclusive mais no Brasil do que em Portugal, que promulgou seu primeiro código civil em 1867. Isto não significa que esforços não tenham sido envidados para a emancipação jurídica do Brasil. Em 1827 foram criadas as duas primeiras escolas de direito

⁴ Tradução do autor: “A contar do dia em que essas leis entrarem em vigor, as leis romanas, as ordenanças, os costumes gerais ou locais, os estatutos, os regimentos, deixam de ter força de lei geral ou particular nas matérias que são objeto das mencionadas leis que compõem o presente código.” Disponível em: <https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/code-civil/documents-annexes/loi-du-30-ventose-xii/>. Acesso em 04/03/2021.

nacionais (em Pernambuco e São Paulo), e observou-se uma produção legislativa pátria que cada vez mais substituiu a legislação portuguesa. Contudo, arremata o referido autor:

Uma parte do direito brasileiro ainda estava vinculada à legislação portuguesa, justamente aquela que mais se aproxima do cidadão, que participa dos momentos mais significativos da sua existência, que regula os seus interesses desde antes do nascimento até depois da morte: o direito civil (Soares Roberto, 2020, p. 74).

Observe-se que em 1857 fora publicada uma *Consolidação das Leis Civis*, elaborada por Augusto Teixeira de Freitas, dando mostras da importância do direito luso no Brasil trinta e cinco anos após a sua independência. Nada obstante, no ano seguinte D. Pedro II ordenou a confecção de um código civil para o império, de cuja tarefa foi incumbido o mesmo Teixeira de Freitas, que, porém, não concluiu o projeto. O projeto, porém, que foi bem-sucedido foi elaborado por Clovis Bevilacqua, que, apesar de certa resistência que sofreu, concluiu a tarefa em sete meses, remetendo-o a juristas em outubro de 1899. O projeto foi apresentado ao Congresso Nacional, e, após longa discussão e intensos debates, foi aprovado pela Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916, tornando-se o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, e vigendo até 11 de janeiro de 2003, quando passou a vigorar o Código Civil de 2002.

Durante o tempo da sua vigência, o Código Civil de 1916 foi objeto de tentativas de reforma, a primeira datando de 1940, mas que não tiveram sucesso.

Um novo projeto de código civil, porém, foi comissionado em 1969, sob a presidência de Miguel Reale. O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados apenas em 1984, e aguardou até 2001 para que fosse aprovado no Senado e novamente na Câmara dos Deputados, tendo sido sancionado em 2002 pela Lei nº 10.406/2002.

2.6.3 A permanência do direito herdado de Portugal no direito civil brasileiro

Os Códigos Civis brasileiros, assim como o *Code civil* francês, que serviu de inspiração ao Código pátrio de 1916, não constituem criações *ab nihilo*. Ora, o direito civil, isto é, o direito do cidadão (*civilis < civis, -is = cidadão*), está intrinsecamente ligado à vida das pessoas, e portanto não pode ser totalmente abolido sem uma revolução total da ordem jurídica privada, o que resultaria em caos social.

Isto não quer dizer, porém, que as codificações civis se tenham reduzido à tarefa de compilar o direito produzido anteriormente, pois esta opinião representaria um grande equívoco

interpretativo. Ao *sistematizar racionalmente o direito introduzindo inovações*, as codificações têm, de fato, uma vocação de instaurar um novo direito. Contudo, o novo nem sempre é necessário. Nesse sentido, muitas das soluções jurídicas elaboradas pelos romanos, germânicos, muçulmanos e brasileiros anteriormente à promulgação dos códigos foram preservadas, pois a sua utilidade e equidade recebeu a aprovação do tempo.

Nesse sentido, de acordo com Cardoso *et alii*, “Os monumentos legislativos e doutrinários que chegaram até os tempos atuais permitem um seguimento das variações do Direito Romano, de suas origens até a época moderna, e raramente, tais variações deixam de afetar o direito que é aplicado hoje.” (2014, p. 37) Além disso, o direito romano se reveste de grande importância na construção do pensamento dos juristas brasileiros. Como exemplos de tais influências, os referidos autores mencionam os conceitos de pessoa, domicílio, bens e obrigações.

De importância para a presente pesquisa, porém, é a influência do direito romano sobre o instituto dos impedimentos matrimoniais do direito pátrio, que permite afirmar, sem exagero, que os nossos impedimentos matrimoniais têm origem histórica no direito romano. Nas próximas seções será realizado um estudo deste instituto nas fontes romanas e posteriores até a sua introdução e permanência.

3 OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS DO DIREITO ROMANO ÀS ORDENAÇÕES FILIPINAS

Vimos na Seção 2 que o direito romano, levado à península ibérica no contexto das guerras púnicas e da ocupação daquele território por soldados e colonos romanos a partir do fim do século III a.C., tornou-se predominante, notadamente após o ato normativo que concedeu cidadania romana a todos os seus habitantes, o já referido Édito de Caracala de 212 d.C. (Gilissen, 2011, p. 84).

Porém, o direito romano praticado nas províncias hispânicas, incluída a Lusitânia, cujo território abrangia a extensão territorial do futuro Portugal, não era o mesmo direito observado na capital da República e, posteriormente, do Império. Como vimos, aí foi aplicado o direito romano vulgar, isto é, um direito menos sofisticado que o direito romano clássico e caracterizado por ter uma preocupação mais pragmática, que se utilizava de textos mais acessíveis, como as *Institutas* de Gaio e as *Sentenças* de Paulo e, posteriormente, o Código de Teodósio de 439 d.C. (Gibert, 1975). Portanto, no que diz respeito ao direito romano na península ibérica, investigaremos os impedimentos matrimoniais nessas fontes.

Também tivemos a oportunidade de observar que, com o desmantelamento do Império Romano do Ocidente, a península ibérica foi dominada como unidade territorial e política, inicialmente, pelos visigodos, que promulgaram importantes legislações, entre as quais e talvez a mais importante se conta o Código Visigótico, publicado em 681 d.C. por Ervígio. (Tomás y Valiente, 2008, p. 105) Portanto, na sequência do estudo dos impedimentos matrimoniais no direito romano vulgar observado na península, buscar-se-á neste código visigodo esta matéria, tratada neste diploma não somente no capítulo dedicado às núpcias ilícitas, mas também em outras seções que determinem qualquer proibição matrimonial.

Após a reconquista dos territórios lusitanos que estavam sob domínio árabe e com a formação do reino de Portugal, permaneceu vigente o Código Visigótico, ao qual se juntaram os Decretos e o Foro de Leão, promulgados por Afonso V em 1017, os quais consistem em um conjunto de leis territoriais do reino asturo-leonês (González, 2018, p. 35), mas que, contudo, não trazem disposição sobre impedimentos matrimoniais.

Desse modo, até a promulgação do primeiro corpo de leis português, as Ordenações Afonsinas, em 1446, utilizava-se no território lusitano e no reino de Portugal o Código Visigótico, além do *Fuero real* e das *Sete Partidas* (Hespanha, 2012, p. 271-272). Seguem-se outras duas ordenações, as Ordenações Manuelinas, cuja versão definitiva foi publicada em

1521, e as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603. Estas três ordenações vigoraram também no Brasil desde o início da colonização portuguesa, e no que diz respeito ao direito privado, permaneceram vigentes, não sem exceções, as Ordenações Filipinas até a entrada em vigor do primeiro Código Civil brasileiro, de 1916.

Como nenhuma das três ordenações portuguesas traz disposições sobre os impedimentos matrimoniais, devemos recorrer ao direito canônico, sobretudo o emanado no Concílio de Trento, já que as Ordenações Filipinas e a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas de 1857 fazem referência expressa à sua aplicação. Segundo Ribas Filho, cabe ao magistrado aplicar o direito canônico “quando incidentalmente tem de conhecer de alguma causa matrimonial.” (Ribas Filho, 2003, p. 188)

O primeiro ato normativo nacional que estabelece os impedimentos matrimoniais é o Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, e daí em diante, sobretudo com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que procedeu à separação do Estado e da Igreja com a decretação do fim do padroado, a matéria sobre direito matrimonial passa a ser de exclusiva competência do direito civil, e será sistematizada nos Códigos Civis de 1916 e 2002.

O estudo desta Seção pretende, portanto, traçar a história das proibições matrimoniais nos corpos normativos que tiveram vigência na península ibérica até a formação do reino de Portugal; neste país enquanto foi fonte do direito brasileiro; e no Brasil no período que antecede a publicação do referido Decreto nº 181.

3.1 OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS NAS FONTES DO DIREITO ROMANO

Embora as fontes do direito romano sejam muito numerosas e complexas, considerando-se o arco histórico milenar que vai da promulgação da Lei das XII Tábuas na primeira metade do século VI a.C. até a compilação comissionada por Justiniano I em torno de 530 d.C., aqui serão consideradas os seguintes documentos, em razão da sua atestada aplicação na península ibérica:

1. *Institutas* de Gaio;
2. *Sentenças* de Paulo;
3. Código de Teodósio.

Nessas fontes, será feita uma busca de todos os dispositivos que impeçam o matrimônio, não se fazendo distinção entre impedimentos propriamente ditos (que atingem somente determinadas pessoas em circunstâncias específicas), causas de suspensão ou incapacidade para o casamento, este último sendo o dispositivo que impede que alguém se case com qualquer pessoa. (Tartuce, 2017, p. 44)

3.1.1 Os impedimentos matrimoniais nas *Institutas de Gaio*

As *Institutas* de Gaio consistem em um manual de direito romano que traz as lições do jurista Gaio (aproximadamente 120-180 d.C.). Dividido em quatro livros (daí seu nome latino: *Gai Institutionum Commentarii Quattuor*), seu conteúdo corresponde a um ano de formação do jurista romano da época. Nele, além das fontes do direito, Gaio desenvolve a sua teorização do *ius*, dividida em três partes: dos bens; das pessoas; e das ações. (Gaio, 2004)

A matéria sobre os matrimônios está no Livro I, entre os parágrafos 56 e 64, e os impedimentos matrimoniais se acham nos parágrafos 58 a 64. Vejamos cada um deles.^{5 6}

§ 58. *Non tamen omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundam nuptiis abstinere debemus;*

[Tradução: Contudo, não nos é permitido casar com todas as mulheres, porquanto devemos nos abster de alguns matrimônios.]

§ 59. *inter eas enim personas quae parentum liberorumue locum inter se optinent nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, ueluti inter patrem et filiam, uel inter matrem et filium, uel inter auum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. et haec adeo ita sunt, ut quamuis per adoptionem parentum liberorumue loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam quae mihi per adoptionem filiae aut neptis loco esse coeperit non potero uxorem ducere, quamuis eam emancipauerim.*

⁵ Para todas as fontes em língua estrangeira deste estudo, apresentaremos a versão original e ofereceremos tradução própria.

⁶ Fonte: <http://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>. Acesso em 06/03/2022.

[Tradução: Entre as pessoas que mantêm entre si relação de pais e filhos, não podem contrair núpcias, nem entre elas há conúbio, como entre pai e filha, ou entre mãe e filho, ou entre avô e neta; e se tais pessoas se unirem em matrimônio, diz-se que terão contraído núpcias nefastas e incestuosas. E isso de tal modo que ainda que a relação entre pais e filhos seja de adoção, não podem unir-se em matrimônio, e permanece o mesmo direito ainda que dissolvida a adoção; assim, aquela que por adoção é filha ou neta minha, não a posso esposar, mesmo que eu a emancipe.]

§ 60. *Inter eas quoque personas quae ex transuerso gradu cognatione iunguntur est quaedam similis obseruatio, sed non tanta.*

[Tradução: Entre as pessoas que se ligam por grau de cognação transversa, há uma proibição semelhante, mas não tão extensa.]

§ 61. *Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, siue eodem patre eademque matre nati fuerint, siue alterutro eorum: sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum uero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil inpedimento erit nuptiis.*

[Certamente, entre irmão e irmã as núpcias são proibidas, seja nascidos do mesmo pai e da mesma mãe, seja apenas de um deles: mas se uma mulher se tornar minha irmã por adoção, pelo tempo que durar a adoção, de certo entre mim e ela não pode haver núpcias; contudo, se a adoção se dissolver por emancipação, poderei esposá-la; mas se eu for emancipado, nenhum impedimento haverá para as núpcias.

§ 62. *Fratris filiam uxorem ducere licet. idque primum in usum uenit, cum diuus Claudius Agrippinam fratris sui filiam uxorem duxisset; sororis uero filiam uxorem ducere non licet. et haec ita principalibus constitutionibus significantur. Item amitam et materteram uxorem ducere non licet.*

[Tradução: Do irmão é permitido esposar a filha. Isto entrou em uso pela primeira vez quando o divino Cláudio esposou Agripina, filha do seu irmão; mas a filha da irmã não é permitido esposar. E isto também foi estatuído por constituições imperiais. Do mesmo modo, não é permitido esposar a tia materna nem a paterna.]

§ 63. *Item eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut priuigna aut nouerca fuit. ideo autem diximus 'quondam,' quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere.*

[Tradução: Do mesmo modo, não é permitido esposar aquela que alguma vez foi sogra ou nora, ou enteada ou madrasta. E dizemos “alguma vez”, porque se ainda permanecessem as núpcias, pelas quais existiria aquela afinidade, por outra razão não seriam permitidas as núpcias, já que uma mesma mulher não pode ser casada duas vezes, nem o mesmo homem pode ter duas mulheres.]

§ 64. *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere uidentur neque liberos; itaque hi qui ex eo coitu nascuntur matrem quidem habere uidentur, patrem uero non utique: nec ob id in potestate eius 〈sunt, sed tales〉 sunt quales sunt hi quos mater uulgo concepit; nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit; unde solent spurii filii appellari, uel a Graeca uoce quasi σποράδην concepti, uel quasi sine patre filii.*

[Tradução: Logo, se alguém contrair núpcias nefastas e incestuosas, é como se não tivesse mulher nem filhos; assim, aqueles que nascem deste matrimônio, é como se tivessem mãe mas não tivessem pai: e por isso no poder deles não estão, mas são como aqueles que a mãe concebe do povo; pois considera-se que não têm pai, quando este é incerto para os filhos; daí costuma-se chamá-los espúrios, ou com a palavra grega σποράδην, ou filhos sem pai.]

Feita a apresentação do texto original e oferecida uma tradução nossa, apresentamos um resumo das proibições matrimoniais nas *Institutas* de Gaio:

1. Proíbe o matrimônio em linha reta entre ascendente e descendente até o segundo grau, ainda que por adoção;
2. Proíbe o matrimônio em linha colateral, embora menos extensamente que em linha reta;⁷

⁷ “No direito antigo, o matrimônio também é proibido entre parentes em linha colateral até o sexto grau. No Império essa proibição se atenua, pois é permitido o casamento entre primos-irmãos (quarto grau), com dispensa imperial; esse casamento foi mais tarde vedado, para ser enfim permitido, sob Justiniano, mesmo sem dispensa.” (Chamoun, 1968, p. 159-160)

3. Proíbe o matrimônio entre irmãos, germanos ou não, inclusive por adoção, enquanto esta durar;
4. Proíbe a poligamia;
5. Proíbe o matrimônio entre sobrinho e tia materna ou paterna, embora seja permitido ao tio esposar a sobrinha.

Por pertencer ao direito vulgar praticado na península ibérica ao tempo em que a romanização já estava desenvolvida, é de conjecturar que estes impedimentos estivessem vigentes e fossem observados pelos hispânicos, pelo menos nos centros urbanos e pelas camadas populacionais privilegiadas.

Sabemos, por outro lado, que os romanos permitiam que as populações autóctones se regulassem pelo seu próprio direito, de modo que as regras que regiam a celebração dos matrimônios entre essas populações não deviam corresponder às regras do direito romano sobre a matéria, aplicado aos seus cidadãos pelo princípio da personalidade jurídica. Contudo, uma base normativa comum tanto aos romanos quanto à maioria dos povos pré-romanos que habitavam a península ibérica deve ter produzido normas similares, já que, como se sabe, a maior parte da Europa, incluindo-se aqui as penínsulas itálica e ibérica, receberam ondas migratórias de povos indo-europeus, já tendo a ciência linguística histórica demonstrado que as línguas celta e latina derivam de um mesmo ramo indo-europeu, o chamado ítalo-celta (Melo, 1981, p. 51), o que faz supor que as práticas culturais desses povos fossem aparentadas, incluindo-se às concernentes aos matrimônios.

3.1.2 Os impedimentos matrimoniais nas *Sentenças de Paulo*

As *Sentenças de Paulo*, cujo título em latim é *Sententiae Receptae (ad filium)* ou *Pauli Sententiae*, constituem uma coletânea de jurisprudência romana, redigida entre os séculos III e IV d.C., possivelmente por um jurisconsulto de nome Júlio Paulo. A sua autoridade e importância são atestadas pelas constituições imperiais de Constantino de 237 e de Valentiniano III, cerca de um século depois, as quais determinam que as *Sentenças de Paulo* devem ser aplicadas nos procedimentos judiciais futuros: “Pauli quoque sententias semper valere praecipimus etc.” (Código Teodosiano, 1.4.3).

Encontra-se matéria sobre os matrimônios no Livro II das *Sentenças* de Paulo, entre os itens 2.19.1 e 2.19.14, tratando em sua maior parte dos impedimentos matrimoniais. Analisemos o texto:⁸

2.19.2 Eorum qui in potestate patris sunt sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur: contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur.

[Tradução: Aqueles que estão sob o poder do pai sem a vontade dele não contraem matrimônio de direito, mas se contraído, não deve ser dissolvido: pois se prefere o respeito da utilidade pública à comodidade dos privados.]

2.19.3 Inter parentes et liberos iure civili matrimonia contrahi non possunt: nec filiam sororis aut neptem uxorem ducere possumus: proneptem aetatis ratio prohibet.

[Tradução: Entre pais e filhos pelo direito civil os matrimônios não podem ser contraídos: não podemos esposar nem a filha de nossa irmã nem a neta: esposar a bisneta a razão da idade o proíbe.]

2.19.4 Adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes ac liberos omnimodo, inter fratres eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit.

[Tradução: A cognação adotiva impede as núpcias entre pais e filhos de modo geral, e entre irmãos tanto quanto não intervenha a diminuição de condição.]

2.19.5 Nec socrum nec nurum nec privignam nec novercam aliquando citra poenam incesti uxorem ducere licet, sicut nec amitam aut materteram. Sed qui vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri iuris errore ipse poenam adulterii lege Iulia patitur, non etiam ducta.

[Tradução: Nem a sogra nem a nora, nem a enteada nem a madrasta é permitido desposar sob pena de incesto, assim como nem a tia paterna, nem a materna. Mas quem desposar a cognata contra a proibição, tendo desistido da mulher por erro de direito, este sofre a pena da Lei Júlia, se ainda não desposou.]

⁸ Fonte: <http://www.ancientrome.ru/ius/library/paul/paul2.htm#19>. Acesso em 08/03/2022.

2.19.6 Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.

[Tradução: Entre escravos e livres não se pode contrair matrimônio, mas pode haver coabitação.]

2.19.7 Neque furiosus neque furiosa matrimonium contrahere possunt: sed contractum matrimonium furore non tollitur.

[Tradução: Nem o louco nem a louca podem contrair matrimônio: mas contraído o matrimônio, a loucura não o remove.]

2.19.8 Vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest.

[Tradução: O homem ausente pode desposar a mulher: a mulher ausente não pode casar-se.]

2.19.9 Libertum, qui ad nuptias patronae vel uxoris filiaeque patroni adfectaverit, pro dignitate personae metalli poena vel operis publici coerceri placuit.

[Tradução: O liberto, que desejar as núpcias da senhora ou da mulher e da filha do senhor, pela dignidade da pessoa, decretou-se a pena das minas ou a coerção aos trabalhos públicos.]

2.19.10 Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur: ita scilicet, ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arris tantummodo redditus quas acceperat.

[Tradução: Se alguém administra um cargo em alguma província, de onde seja oriunda ou onde tenha domicílio, não pode casar-se, embora possa noivar: desse modo, por exemplo, se depois de entregar o cargo a mulher não quiser contrair núpcias, é permitido a ele fazer que devolva a garantia que recebera.]

2.19.11 Veterem sponsam in provincia, qua quis administrat, uxorem ducere potest, et dos data non fit caduca.

[Tradução: A antiga noiva na província que administra pode desposar, e o dote dado não se torna inválido.]

2.19.12 *Qui in provincia aliquid administrat, in ea provincia filias suas in matrimonium collocare et dotem constituere non prohibetur.*

[Tradução: Aquele que administra algo em uma província, não se lhe proíbe dar as suas filhas em matrimônio e constituir o dote.]

2.19.13 *Non est matrimonium, si tutor vel curatur pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre nec testamento destinatam ducat uxorem vel eam filio suo iungat: quo facto uterque infamatur et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur: nec interest, filius sui iuris an in patris potestate sit.*

[Tradução: Não há matrimônio se o tutor ou o curador se casar com a sua pupila ou a unir ao seu filho antes do vigésimo sexto ano, se não tiver sido dada em casamento pelo pai nem destinada por testamento: por este fato qualquer um deles se torna infame e pela dignidade da pupila será coagido extra ordem: e não importa se o filho é de próprio direito ou esteja sob o seu poder.

2.19.14 *Curatoris libertum eam pupillam, cuius patronus res administrat, uxorem ducere satis incivile est.*

[Tradução: É bastante contrário ao direito que o liberto do curador se case com a pupila cujo senhor administra os bens.]

Sintetizando os impedimentos matrimoniais contidos nas *Sentenças* de Paulo, temos o que segue:

1. Proíbe o matrimônio daqueles que estão sob poder do pai de família sem a sua autorização;
2. Proíbe o matrimônio em linha reta até o segundo grau, mas indica que a razão o proíbe no terceiro grau;
3. Proíbe o matrimônio entre pais e filhos por adoção, e entre irmãos por adoção enquanto estiverem sob o mesmo poder;
4. Proíbe o matrimônio com a sogra, a nora, a enteada e a madrasta;
5. Proíbe o matrimônio com a tia paterna ou materna;
6. Proíbe o matrimônio entre escravos e livres;
7. Proíbe o matrimônio com pessoas privadas de razão;
8. Proíbe o matrimônio com mulher ausente;

9. Proíbe o matrimônio entre o liberto e a senhora, a mulher ou filha do senhor;
10. Proíbe o matrimônio, mas não o noivado, de um homem a serviço em uma província com mulher dela oriunda;
11. Proíbe o matrimônio entre o tutor ou o curador e a pupila, ou dela com o filho daqueles, menor de 26 anos, se não tiver sido consentido pelo pai ou destinada por testamento;
12. Proíbe o casamento do liberto com a pupila do seu senhor.

Não constante das *Sentenças* de Paulo, mas deste jurisconsulto, é o fragmento do Digesto (23.2.14.4), que equipara os noivos aos cônjuges, de modo que a mãe da noiva é considerada como sogra e o pai do noivo como sogro. Por essa razão, desde Augusto, surge o impedimento de que alguém se case com a mãe ou o pai da noiva ou noivo. Esta opinião é corroborada por Ulpiano (D. 23.2.12.3). (Fayer, 2005, p. 149) É interessante observar, como se verá adiante, que este impedimento é mantido no Código Visigótico e observado no direito canônico.

Observamos que o rol dos impedimentos matrimoniais das *Sentenças* de Paulo se amplia, incluindo interdições relativas à condição social (escravos, livres, libertos e sujeitos ao poder do pai de família) e à condição de provincial. Esta última categoria é de interesse particular em nosso estudo, uma vez que a Hispânia romana era composta de província com inúmeros oficiais romanos, que estavam sujeitos ao direito romano, do qual fazem parte as *Sentenças* de Paulo.

3.1.3 Os impedimentos matrimoniais no Código de Teodósio

O Código de Teodósio, em latim *Codex Theodosianus*, é uma coletânea de atos normativos, sobretudo de constituições imperiais que recobrem o período de Constantino (r. 306-337) a Teodósio II (r. 408-450) e Valentiniano III (r. 423-455). A comissão para a realização do trabalho foi feita por Teodósio II em 429 e foi concluído em 438. (Gilissen, 2011, p. 91)

A matéria que dispõe sobre os matrimônios se encontra no Livro III, entre os itens 3.7 e 3.14, dos quais se extraem as proibições abaixo. Observar-se-á que o tema é aqui tratado de modo diverso, uma vez que, diferentemente das *Institutas* de Gaio e das *Sentenças* de Paulo,

estamos diante de uma coleção de constituições imperiais⁹, emanadas segundo a necessidade, e como os impedimentos matrimoniais já eram matéria razoavelmente assente, a relativa ausência de constituições imperiais sobre o tema talvez se explique por essa razão. Vejamos o que se pode encontrar sobre impedimentos matrimoniais no Código de Teodósio:¹⁰

3.7.2 *Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius aaa. Cynegio pf. p.*

Ne quis christianam mulierem in matrimonium iudaeus accipiat, neque iudaeae christianus coniugium sortiatur. Nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit, libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata.

[Tradução: Que um judeu não receba uma mulher cristã em matrimônio, nem escolha um cristão casar-se com uma judia. Pois se alguém algo disso admitir, cometerá assim crime equiparável ao de adultério, sendo dada a liberdade de acusar publicamente.]

3.12.1 *Impp. Constantius et Constans aa. ad provinciales Foenices.*

Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem aut in eius amplexum non ut patruus aut avunculus convolaverit, capitalis sententiae poena teneatur.

[Tradução: A se acreditar que alguém fez mulher abominavelmente a filha do irmão ou da irmã, ou a abraçou não como tio ou avô, receba a sentença da pena de morte.]

3.12.2 *Impp. Constantinus et Constans aa. et Iulianus Caesar ad Volusianum vicarium Urbis.*

Etsi licitum veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis ducere fratris uxorem, licitum etiam, post mortem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium, abstineant huiusmodi nuptiis universi, nec aestiment, posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari: nam spurios esse convenit, qui nascentur.

[Tradução: Embora os antigos julgassem que, após a dissolução do matrimônio do irmão, era possível se casar com a mulher, ou que era possível após a morte da mulher

⁹ “As constituições imperiais eram decisões dos imperadores às quais se atribuía força de lei. Havia quatro espécies delas: os éditos, os mandatos, os decretos e os rescritos.” (Chamoun, 1968, p. 36) Além das constituições imperiais, as fontes do direito romano contavam com o costume, as leis, os plebiscitos, os senatusconsultos, os éditos dos magistrados e as respostas dos juriconsultos (rescritos).

¹⁰ Fonte: <http://ancientrome.ru/ius/library/codex/theod/liber03.htm>. Acesso em 08/03/2022.

ou o divórcio contrair matrimônio com a irmã dela, abstenham-se desse tipo de matrimônio, e não julguem poder ter filhos legítimos procriados nesse consórcio, pois os que dele nascem são espúrios.]

3.14.1 Impp. Valentinianus et Valens aa. ad Theodosium magistrum equitum.

Nulli provincialium, cuiuscumque ordinis aut loci fuerit, cum barbara sit uxore coniugium, nec ulli gentilium provincialis femina copuletur. Quod si quae inter provinciales atque gentiles affinitates ex huiusmodi nuptiis extiterint, quod in iis suspectum vel noxium detegitur, capitaliter expietur.

[Tradução: Nenhum provincial, de qualquer ordem ou local que seja, contraia matrimônio com uma bárbara, e que nenhuma mulher provincial tenha relações com os gentios. Pois se tais matrimônios ocorrerem entre provinciais e gentios, que se nisso algo de suspeito ou nocivo se descobrir, sofra a pena capital.]

Em síntese, temos os seguintes impedimentos matrimoniais no Código de Teodósio:

1. Proíbe o casamento entre judeus e cristãos;
2. Proíbe o casamento entre tio e sobrinha;
3. Proíbe o casamento com ex-mulher do irmão;
4. Proíbe o casamento com a cunhada após a morte da mulher ou o divórcio;
5. Proíbe o casamento de provinciais com bárbaros.

Vemos no Código de Teodósio inovações em relação ao que estabelecem as *Institutas* de Gaio e as *Sentenças* de Paulo. Surge, pela primeira vez no direito romano vulgar observado na península ibérica, a proibição de matrimônios entre judeus e cristãos e entre provinciais e bárbaros. Além disso, ocorre uma mudança em relação a uma permissão matrimonial encontrada nas *Institutas* de Gaio, segundo a qual era lícito que o tio esposasse a sobrinha, já que, aqui, esta conjunção passa a ser proibida (3.12.1).

Além da proibição do casamento entre judeus e cristãos, outros dispositivos do Código Teodosiano têm, seguramente, influência do cristianismo (tolerado no Império Romano a partir do Édito de Milão de 313, e tornado religião oficial com o Édito de Tessalônica de 380), como o que proíbe o casamento com ex-mulher do irmão ou com a cunhada após a morte da mulher ou o divórcio.

3.2 OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS NO DIREITO VISIGODO

Como vimos, após o desmantelamento do Império Romano do Ocidente, contingentes germânicos se estabeleceram em diversas regiões do território imperial, e aí formaram seus reinos. Os visigodos estanciam primeiramente em Tolosa (atual Toulouse), passando daí a Toletum (Toledo) após serem rechaçados pelos francos e burgúndios. Seu principal diploma legal é o Código Visigótico, publicado em 654 (Tomás y Valiente, 2008, p. 105).

Dois outros códigos foram publicados anteriormente: o Código de Eurico e o Breviário de Alarico. Estes códigos não serão objeto de análise neste estudo pelas seguintes razões. Do Código de Eurico não temos senão fragmentos, e a sua vigência foi curta. Já o Breviário de Alarico reproduz o direito romano vulgar observado na península, que já foi objeto de nossa atenção quando da análise das *Institutas* de Gaio, as *Sentenças* de Paulo e o Código de Teodósio.

O Código Visigótico, portanto, é a compilação de leis mais importante do medievo ibérico, já que foi observado nas comunidades cristãs mesmo durante a dominação muçulmana, e, no caso de Portugal, foi utilizado até meados do século XV, às vésperas da Idade Moderna.

3.2.1 Os impedimentos matrimoniais do Código Visigótico

O Código Visigótico, também conhecido como *Liber Iudicium*, *Liber Iudiciorum* e *Lex Visigothorum*, é uma compilação de leis do período do domínio visigodo na península ibérica, tendo sido promulgado pelo rei Recesvinto em 654, e “reúne tanto os antigos costumes germânicos, quanto as disposições oriundas do Direito Romano e Canônico. Destes, normas insertas na Lex Romana Visigothorum e no que trazia de romano o Codex Euriciano; além disto, os cânones dos concílios e os ensinamentos de Isidoro de Sevilha.” (Azevedo, 2001, p. 7)

A matéria relativa aos impedimentos matrimoniais se encontra sobretudo no seu Livro III, intitulado *De Ordine Coniugali*. Abaixo apresentamos todas as disposições encontradas neste livro que estabelecem, direta ou indiretamente, impedimentos para o matrimônio.¹¹

III, 1, 1. *Ut tam Goto Romana, quam Romano Gotam matrimonio liceat sociari.*

¹¹ Fonte: *Liber Iudiciorum*. Boletín Oficial del Estado. Leyes Históricas de España. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2018-61. Acesso em 10/03/2022.

[...] *Ut tam Gotus Romanam, quam etiam Gotam Romanus si coiugem habere voluerit, premissa petitione dignissima, facultas eis nubendi subiaceat, liberumque sit libero liberam, quam voluerit, honesta coniunctione, consultum perquirindo, prosapie sollemnier consensu comite, percipere coiugem.*

[Tradução: Que seja lícito que um godo se una em matrimônio com uma romana, e que uma romana se una em matrimônio com um romano.

[...] Que tanto se um godo quiser unir-se em matrimônio com uma romana, assim como se uma romana quiser unir-se em matrimônio com um godo, desde que seja previamente feita petição idônea, subsiste para eles a faculdade de casarem-se, e que um homem livre possa receber como cônjuge uma mulher livre que queira, pedindo conselho e consentimento solene dos pais.]

III.1.2. *Si puella contra voluntatem patris alio nubat, cum sit alteri disponsata.*

Si quis puellam cum voluntate patris aut alioroum propinquorum parentum, quibus ex lege huiusmodi potestas tribuitur, sponsatam habuerit, et ipsa puella, contemnens voluntatem parentum, ad alium tendens, parentibus contradicat, ut illi non detur, cui a parentibus fuerit pacta, hoc ita eam nullo modo facere permittimus.

[Tradução: Se uma moça se casar contra a vontade do pai, estando noiva de outro.

Se alguém com a vontade do pai ou outro parente próximo, aos quais por lei é concedido este poder, tiver noivado com uma moça, e a mesma moça, desprezando a vontade dos pais, e inclinando-se por outro, contradisser os pais, para que não seja dada àquele a quem foi pactuada pelos pais, isto não permitimos que seja feito de modo nenhum.]

III.1.4. *Ne viris minoris etatis maiores femine disponentur*

[...] *Ut ergo male ordinata propagatio generis in ordine a transductionibus reducatur inlicitis, huius sanctione decernitur legis, ut femine minoris semper etate viris maioribus in matrimonium disponentur. [...]*

[Tradução: Que mulheres mais velhas não se casem com homens mais novos.

[...] Portanto, para que a propagação mal ordenada da espécie seja reconduzida à ordem e se afaste das ligações ilícitas, pela sanção desta lei decreta-se que as mulheres mais novas sempre contraíam matrimônio com homens mais velhos. (...)]

III.2.3 Si mulier ingenua servo alieno, seu ingenuus ancille aliene sesse coniungat.

Si mulier ingenua servo alieno, sive regis, se matrimonio sociaverit sive etiam per adulterium iungere presumpserit, statim, ubi primum hoc iudex agnoverit, eos ad separandum festinare non diferat, ut penam, quam merentur, hoc est singuli eorum centena flagela suscipiant. [...] Ipsam autem legem precipimus custodiri et de viris ingenuis, qui regias ancillas vel etiam cuiuscumque habuerint copulatas, ut conditionis haec forma servetur.

[Tradução: Se uma mulher livre se casar com um escravo alheio, ou se um homem livre se casar com uma escrava alheia.

Se uma mulher livre se associar em matrimônio a um escravo alheio, ou do rei, ou pretenda unir-se a ela em adultério, prontamente o juiz, assim que tiver conhecimento disso, dar-se-á pressa em separá-los, para que recebam a pena que merecem, isto é, cada um deles receba cem chicotadas. (...) E a mesma lei prescrevemos que seja observada também em relação aos homens livres que se tiverem juntado às escravas do rei ou de qualquer outro, para que esta norma seja cumprida.]

III.2.7 Si mulier absente viro alium sibi maritum adsumat.

Nulla mulier viro suo absente alteri viro se presumat coniungere, usque dum de viro suo certis agnoscat indiciis, si vere mortuus fuerit.

[Tradução: Se uma mulher, ausente o seu marido, tomar um outro por marido.

Nenhuma mulher, estando o seu marido ausente, pretenda casar-se com outro homem, enquanto não tiver indícios certos de que o seu marido de fato esteja morto.]

III.3.1. Si ingenuus ingenuam rapiat mulierem, licet illa virginitatem perdat, iste tamen illi coniungi non valeat.

Si quis ingenuus rapuerit virginem vel viduam, si, antequam integritatem virginitatis aut castitatis amittat, puella vel vidua poterit a raptu revocari, medietatem rerum suarum ille, qui rapuit, perdat, ei, quam rapuerat, consignandam. Si vero ad inmunditiam, quam voluerit, raptor potuerit parvenire, in coniugio puellae vel viduae mulieris, quam rapuerat, per nullam compositionem iungatur; sed cum omnibus rebus suis tradatur ei, cui violentus fuit, [...]

[Tradução: Se um homem livre raptar uma mulher livre, mesmo que ela perca a virgindade, este contudo não pode casar-se com ela.]

Se um homem livre raptar uma virgem ou viúva, se estas puderam ser resgatadas do rapto antes que perdessem a virgindade ou a castidade, aquele que raptou perca a metade dos seus bens, e à raptada deve ser entregue. Se, porém, o raptor conseguiu chegar à imundície que desejou, não poderá, mediante nenhuma composição, casar-se com a garota ou viúva; mas com todos os seus bens será entregue à pessoa violada (...).]

III.5.1 *De coniugiis et adulteriis incestivis*

Nullus presumat de genere patris vel matris, avi quoque vel avie seu parentum uxoris, patris etiam disponsatam aut viduam vel propinquorum suorum relictam sibi in matrimonio copulare vel adulterio polluere; ita ut usque ad sextum generis gradum nulli liceat sanguinis propinquitatem libidinose fedare vel coniugio adpetere, excepto illas personas, quas per ordinationem adque consensum principum ante hanc legem constitit adeptos fuisse coniugium, qui nequaquam per legis huius edictum teneri poterunt ad reatum . Similis et de mulieribus ordo servandus est.

[Tradução: Dos matrimônios e adultérios incestuosos.

Ninguém pretenda unir-se em matrimônio ou cometer adultério com alguém que pertença ao gênero do pai ou da mãe, do avô ou da avó, ou dos pais da mulher, nem com a noiva ou a viúva do seu pai, nem com alguém que tenha sido mulher de parente próximo; de modo que até o sexto grau do gênero não é lícito a ninguém entregar-se libidinosamente ou pedir em matrimônio um consanguíneo próximo, exceto aquelas pessoas que obtiverem a união por ordem ou consentimento do rei antes dessa lei. Semelhante disposição também deve ser observada pelas mulheres. (...)]

III.5.2 *Item de coniugiis et adulteriis incestivis, seu virginibus sacris ac viduis et penitentibus laicali veste vel coitu sordidatis*

Zelamus enim pro veritatem zelo Dei adque ecclesiam sanctam catholicam his fidei nostre commonemus decretis, ut deinceps, sicut et canones ecclesiastici proibent, nullus Deo devotam virginem, nullus. sub religionis abitum consistentem sive viduitatis continentiam profitentem seu agentem penitentiam vel sui proximam generis aut eam, de cuius admixtione incestive notam possit subire infamie, non licito conubio aut vim aut consensu accipiat coniugem.

[Tradução: Igualmente acerca dos matrimônios e adultérios incestuosos, ou com virgens sagradas e viúvas penitentes que se macularam com a veste laica ou o coito. Zelamos, assim, pela verdade com o zelo de Deus, e pela santa Igreja Católica com esses decretos de nossa fé admoestamos que doravante, e tal como os cânones eclesiásticos proíbem, ninguém receba uma virgem consagrada a Deus, nem à força nem com o seu consentimento, nem tampouco mulher que tenha tomado as vestes religiosas, nem ainda a que professa a continência da viuvez, nem a que está em penitência, nem a que seja de família próxima, nem qualquer pessoa com cujo enlace resultaria infâmia por incesto.]

Os impedimentos constantes dos excertos transcritos e traduzidos acima podem ser sintetizados do seguinte modo:

1. Proíbe o matrimônio contra a vontade dos pais ou de quem tenha esta autoridade;
2. Proíbe o matrimônio de homens mais novos com mulheres mais velhas;
3. Proíbe o matrimônio entre uma mulher livre e um escravo alheio ou do rei;
4. Proíbe o matrimônio entre um homem livre e uma escrava alheia ou do rei;
5. Proíbe o matrimônio de uma mulher cujo marido está ausente até que haja indícios certos de que está morto;¹²
6. Proíbe o matrimônio entre um homem e uma mulher (virgem ou viúva) que ele tiver raptado e violado;
7. Proíbe o matrimônio com parentes do pai ou da mãe, do avô ou da avó;
8. Proíbe o matrimônio de um homem com a noiva ou viúva de seu pai ou com alguém que tenha sido mulher de parente próximo;
9. Proíbe o matrimônio até o sexto grau, salvo se houver consentimento do rei prévio à promulgação do Código;
10. Proíbe o matrimônio com uma virgem consagrada a Deus ou com mulher que tenha tomados as vestes religiosas;
11. Proíbe o matrimônio com uma mulher que professe a continência da viuvez;

¹² Contudo, “a captura na guerra dissolvia definitivamente o casamento; o *ius postliminii* não o renovava por ser ele um estado de fato. Justiniano proibiu as novas núpcias enquanto fosse certa a vida do cônjuge e, se incerta, permitiu-as apenas depois de cinco anos; o cônjuge infrator sofria sanções do divórcio sem justa causa.” (Chamoun, 1968, p. 162)

12. Proíbe o matrimônio com uma mulher que seja de família próxima ou com cujo enlace resultaria infâmia por incesto.

A análise dos impedimentos matrimoniais do Código Visigótico mostra que há proibições semelhantes às encontradas no direito romano vulgar e outras que constituem inovação. É interessante notar, inicialmente, a institucionalização do casamento entre godos e romanos (III.1.1), que provavelmente legalizou uma prática já disseminada à época da promulgação do *Liber Iudicium*.

Constituem novidade os seguintes impedimentos: de homens mais novos com mulheres mais velhas; de uma mulher cujo marido está ausente sem indícios de que esteja morto; entre um homem e uma mulher (virgem ou viúva) que ele tiver raptado e violado; até o sexto grau, salvo se houver consentimento do rei prévio à promulgação do Código; com uma virgem consagrada a Deus ou com mulher que tenha tomado as vestes religiosas; e com uma mulher que professe a continência da viuvez.

3.3 OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS DURANTE A VIGÊNCIA DAS ORDENAÇÕES PORTUGUESAS

Apesar do domínio muçulmano na península ibérica a partir do início do século VIII, o Código Visigótico não deixou de ser observado entre as comunidades cristãs, tendo sido utilizado até a publicação das Ordenações Afonsinas de 1446 (Tomás y Valiente, 2008, p. 109). Como vimos, contudo, nem estas, nem as Ordenações Manuelinas dispõem sobre impedimentos matrimoniais. Apenas as Ordenações Filipinas determinam a observância do direito canônico sobre o tema, seguindo nisso as Leis de 12 de setembro de 1564 e de 08 de abril de 1569, que recepcionam o Concílio Tridentino (Teixeira de Freitas, 2003, p. 103).

No Brasil, vigeram as três Ordenações portuguesas. Contudo, de acordo com Ferreira (2008), nada obstante essa legislação, observou-se a influência das leis canônicas, sobretudo do Concílio de Trento, embora, inicialmente, não fosse obrigatório que os matrimônios se realizassem de acordo com as suas prescrições. Somente com o Decreto de 3 de novembro de 1827 surgiu a obrigatoriedade de que os matrimônios fossem realizados observando-se o direito canônico. Segundo Vieira e Silva,

Verificou-se, portanto, que o decreto de 3 de Novembro de 1827, ao determinar a efetiva observância das disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre Matrimônio, vinculou a regulamentação do casamento

ao âmbito religioso, sem nenhuma normatização quanto a possibilidade de casamento civil, o qual, como dito, sequer existia. (Vieira; Silva, 2015, p. 24)

Também segundo Ferreira, no Brasil, até 1827, “as Ordenações aceitavam tanto os casamentos realizados de acordo com o Concílio de Trento, como aqueles realizados apenas com o consentimento dos nubentes na presença de testemunhas, ainda que não houvesse intervenção alguma da autoridade eclesiástica.” (Ferreira, 2008, p. 61)

A observância das regras contidas no Concílio de Trento, mas não somente, uma vez que a matéria que disciplina o matrimônio e seus impedimentos já fora tratada em concílios anteriores, se deve ao fato de que a religião oficial no Brasil, até a Proclamação da República, era a católica, tendo havido a separação definitiva entre Estado e Igreja apenas com a primeira Constituição republicana de 1891. Isto explica o fato de que o registro civil no Brasil era incumbência das paróquias, sendo de responsabilidade eclesiástica, em toda a história do Brasil pré-republicano (Novais, 2001, p. 339).

Assim, muitas regras do direito canônico ingressaram no Direito de Família brasileiro, e continuaram prevalecendo mesmo após a promulgação do Código Civil de 1916, e isto vale particularmente para os impedimentos matrimoniais, em relação aos quais a codificação de direito privado se pautou pelo direito canônico. Nada obstante, as transformações históricas, sociais e culturais, e a secularização dos costumes fizeram que o Direito de Família brasileiro seguisse o seu próprio caminho (Rizzardo, 2019, p. 50-51).

3.3.1 Os impedimentos matrimoniais do direito canônico observados no Brasil

O Concílio de Trento foi o décimo nono concílio ecumênico da Igreja Católica, tendo ocorrido entre 13 de dezembro de 1545 e 4 de dezembro de 1563, no contexto do advento do protestantismo e do movimento da contrarreforma. Foi o mais longo concílio da história da Igreja, e revestiu-se de grande importância não somente pelo grande número de decretos que emitiu, mas também pela participação de importantes representantes dos reinos europeus, notadamente de Portugal. Além disso, “não houve quaisquer outros concílios até ao século XIX: Vaticano I (1869-1870) decretando nomeadamente o dogma da infalibilidade do Papa, e recentemente Vaticano II (1962-1965). (Gilissen, 2011, p. 143)

Sua importância como fonte de direito em Portugal é atestada pela referência feita pelas Ordenações Filipinas às determinações do Concílio de Trento, que deviam ser observadas,

em se tratando de matrimônio (Ferreira, 2008, p. 56). Portanto, uma vez que nenhuma das três Ordenações do reino de Portugal disciplina os impedimentos matrimoniais, recorrendo para esse tema ao direito canônico, o que foi observado também no Brasil, vejamos não somente como o Concílio de Trento tratou a matéria, mas também as demais disposições do direito canônico sobre o tema.

É a partir da segunda metade do século XII que a Igreja passou a dar mais atenção às normas eclesiásticas que regulam os matrimônios, visando à unidade do mundo cristão, o que levou ao estabelecimento de um conjunto de regras que estipulavam com quem se podia casar e as condições para um matrimônio válido. Entre essas regras havia os impedimentos matrimoniais, que não permitiam que um homem e uma mulher se casassem legalmente, embora alguns desses impedimentos pudessem ser dispensados pelo Papa.

Embora este estudo não pretenda adentrar o direito canônico, apresentam-se em linhas gerais os impedimentos constantes dos decretos do Concílio de Trento, que são os seguintes:¹³

1. Proíbe o matrimônio entre pessoas que tenham uma relação espiritual instaurada pelo batismo (*Caput II*);
2. Proíbe o matrimônio entre duas pessoas se uma delas tiver tido uma relação de parentesco muito próxima com o noivo ou noiva do futuro esposo ou esposa (*Caput III*);
3. Proíbe o matrimônio entre afins até o segundo grau (*Caput IV*);
4. Proíbe o matrimônio entre raptor e raptada enquanto estiver em posse dele, mas o permite após o rapto se ela der consentimento (*Caput VI*).

Porém, não eram somente esses os impedimentos matrimoniais aplicados no Brasil. Lafayette Rodrigues Pereira, no seu livro *Direitos de Família* (2004), editado em 1869, afirma que é o direito canônico que regula as condições de idoneidade dos contraentes católicos, as solenidades do ato e as suas questões de nulidade. Segundo ele, a falta do preenchimento das condições para o casamento estabelecidas pelo direito canônico recebe o nome de impedimento. São os seguintes os impedimentos listados pelo autor:

1. Incapacidade de casar (impúberes, impotentes, castrados, casados, clérigos de ordenas sacras maiores, os ligados à religião por voto de castidade, loucos);
2. Sem o consentimento dos nubentes;

¹³ Fonte: http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1545-1563-,_Concilium_Tridentinum,_Canones_et_Decreta,_LT.pdf. Acesso em 10/03/2022.

3. Na linha reta, entre ascendentes e descendentes consanguíneos *ad infinitum*;¹⁴
4. Entre afins no primeiro grau;
5. Entre adotante e adotada;
6. Na linha colateral, entre os consanguíneos ou afins até o quarto grau; até o segundo se a afinidade provém de cópula ilícita;
7. Entre os que estão ligados por parentesco espiritual;
8. Entre o cônjuge que mata o outro cônjuge e o cúmplice com quem concertara o crime para o fim de se casarem;
9. Entre o cônjuge adúltero e o seu cúmplice, tendo havido promessa, ainda em vida do cônjuge inocente, de se casarem;
10. Entre o cônjuge adúltero e o cúmplice do adultério, tendo sido a morte do cônjuge inocente causada por um ou por ambos eles, para o fim de se casarem;
11. Entre o raptor e a raptada, salvo se a raptada, posta em liberdade, consente;
12. Entre católicos e pessoas que não são batizadas. (Pereira, 2004, p. 35 e ss.)

Interessante observar que parte desses impedimentos tem origem no direito romano, embora não os encontremos nas fontes do direito vulgar aplicado na península ibérica. Por exemplo, vimos que a consanguinidade já era uma causa de impedimento matrimonial, embora a contagem dos graus fosse diferente entre o direito romano e o direito canônico, e a determinação da sua quantidade tenha variado nas duas tradições. Um outro exemplo é o consentimento dos noivos, que, apesar de não estar presente nas fontes consultadas de direito romano, é necessário para o casamento, exigindo-se também o consentimento do *pater familias* quando fosse o caso (Ulpiano, Digesto, 23.1.11-13).

O Concílio de Trento também determinou que fossem feitos registros de batismo, casamento e óbito de todos os fiéis, além de reafirmar o sacramento do matrimônio e a sua indissolubilidade perante Deus. “Tal condição deveria ser assegurada pela forma de sua celebração, que incluía: limite de idade para homem e mulher, estabelecia diversos

¹⁴ Tanto no *ius civile* quanto no direito canônico, contam-se os graus em linha reta do mesmo modo, isto é, há tantos graus de parentesco quantas são as gerações: entre pai e filho há um grau; entre avô e neto há dois graus etc. Quanto aos graus de parentesco colateral, porém, há divergência na contagem entre o *ius civile* e o direito canônico. Naquele, devem ser contadas todas as gerações a partir de determinada pessoa até a raiz do tronco comum e em seguida todas as gerações até o parente. Por exemplo, entre primos, contam-se até a raiz comum, o avô, duas gerações, e do avô ao primo mais duas, resultando no quarto grau. Já o direito canônico faz o cômputo de outra maneira: somente são contadas as gerações que medeiam de um dos parentes até o tronco comum. Segundo este método, os irmãos estão no primeiro grau de parentesco colateral, e primos se acham no segundo grau. (Nogueira; Carles, 1846, p. 60-63) (Ribas, 1880, p. 64)

impedimentos, tornava obrigatórios os anúncios anteriores ao casamento dos nomes dos contraentes em suas paróquias, e exigia a presença do pároco e de duas testemunhas para considerar o casamento como válido. (Lodoño, 1994, p. 102) (Bevilaqua, 1976, p. 55)

3.3.2 Os impedimentos matrimoniais no Brasil Império

A Independência do Brasil, ocorrida em 7 de setembro de 1822, não produziu um rompimento com a ordem jurídica trazida pelos portugueses. Como vimos, a legislação portuguesa, em especial as Ordenações Filipinas, permaneceu vigente por determinação da Lei de 20 de outubro de 1823 (Azevedo, 2002, p. 122).

Ao manter o catolicismo como religião oficial do Império, a Constituição do Império do Brasil não altera o quadro normativo sobre o casamento. Como vimos, a aplicação do direito canônico no que diz respeito aos matrimônios foi mantida, conforme atesta a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas de 1857 (Ribas Filho, 2003, p. 188). Segundo pereira,

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. Todavia, a recente lei acerca do casamento entre os membros das seitas dissidentes (lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861) consagrou uma inovação que cumpre assinalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade desta forma de casamento. (Pereira, 1956, p. 38)

Contudo, a inovação referida por Pereira não altera a substância dos impedimentos matrimoniais, pois também para pessoas que professam religião diferente da do Estado devem ser observadas as regras católicas, naquilo que lhes possa ser aplicável (art. 4º)¹⁵. Assim, até a edição do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, já no período republicano, vigoram no império as normas canônicas para a celebração dos casamentos, notadamente os seus impedimentos.

¹⁵ Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>. Acesso em 14/03/2022.

4 OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS APÓS A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA

Com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, intensifica-se o processo de modernização nacional e de independência jurídica do Brasil em relação a Portugal (Schwarcz; Starling, 2015, p. 318). Verifica-se

uma crescente produção legislativa regulando as mais diversas relações privadas em nosso país, como, por exemplo, a “Lei de Terras” de 1850, a reforma hipotecária de 1864, o decreto 1144 de 1860 (que instituiu o casamento acatólico), e o decreto 181 de 1890, grande marco para o direito de família no século XIX. Assim, diante de tanta profusão legislativa, observa-se a formação de contornos próprios à nossa cultura jurídica, distanciando-se cada vez mais da antiga metrópole. (Ferreira, 2008, p. 52-53)

Com efeito, apesar do 7 de setembro de 1822, a reger o Brasil não estava somente a velha dinastia bragantina, mas também o não revogado complexo de normas portuguesas, não obstante a legiferação nacional e a outorga de uma primeira Constituição brasileira em 1824. Como vimos, as Ordenações Filipinas continuaram vigentes, assim como a observância do Concílio de Trento e de outras normas do direito canônico para a constituição dos matrimônios.

Neste particular, uma grande mudança ocorreria alguns meses após o nascimento da República, mais precisamente no dia 24 de janeiro de 1890, com o Decreto nº 181, do qual foi autor Rui Barbosa e que determinava que apenas os casamentos celebrados de acordo com as disposições do decreto seriam válidos, afastando qualquer outra norma sobre a matéria, civil ou religiosa (art. 108). Desse modo, abolia-se como oficial o casamento religioso e instituía-se o casamento civil no Brasil, quase cem anos depois da instituição do registro civil na França revolucionária (Decreto de 20 de setembro de 1792).

A institucionalização do casamento civil não era medida isolada. Alguns dias antes, no mesmo mês de janeiro de 1890, o Marechal Deodoro da Fonseca baixara o Decreto nº 119-A, que, entre outras providências, extinguiu o padroado no Brasil, “com todas as suas instituições, recursos e prerrogativas”,¹⁶ o que significou, na prática, o primeiro ato de separação do Estado e da Igreja, corroborado um ano mais tarde na primeira Constituição republicana.

¹⁶ Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-119-a-7-janeiro-1890-497484-norma-pe.html>. Acesso em 14/03/2022.

É de conjecturar, porém, que o Decreto nº 181 não teve a adesão esperada, a julgar pela publicação do Decreto nº 521, de 26 de junho do mesmo ano, que “Prohibe cerimoniaes religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sancção penal, processo e julgamento applicaveis aos infractores.”¹⁷

A nova disciplina sobre o casamento, além de secularizá-lo e dar-lhe nova forma, modificou a matéria dos impedimentos matrimoniais. Vejamos a seguir este decreto com mais detalhes no que diz respeito aos impedimentos matrimoniais.

4.1.1 O Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, a instituição do casamento civil no Brasil e seus impedimentos

A institucionalização do casamento civil começou a ser discutida no Brasil em meados do século XIX. Segundo Grinberg (2001), o primeiro projeto de lei sobre o tema foi do ministro Joaquim Nabuco, submetido ao Conselho de Estado em 1855, o qual propunha que o casamento civil só deveria ser realizado entre católicos e não-católicos. Segundo a autora, a questão principal do debate que se seguiu era de cunho filosófico, e se colocava nos seguintes termos: *o casamento é um ato religioso ou deve ser considerado um contrato entre as partes?*

Como quer que seja, a regulamentação do casamento de pessoas que não professavam a religião oficial do Estado ocorreu em 1863, após a publicação do Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, reconhecendo a importância do aspecto religioso, já que tais casamentos mistos deveriam ser processados de acordo com o rito de religiões toleradas pelo Império (Grinberg, 2001, p. 40-41). Interessante lembrar que esta lei determinava, no parágrafo 4º do art. 1º, que não teriam efeitos civis os casamentos entre pessoas que não professassem a religião católica 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.”¹⁸

Não seria, portanto, sem polêmica que o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, iria instituir o casamento civil no Brasil. De acordo com Santos, na opinião de alguns senadores, a obrigatoriedade do rito civil, sem a opção do casamento religioso, era contraditória com a proposta de liberdade que inspirou o nascimento da República, já que a população ainda se inclinava pelo casamento religioso. Além disso, a Igreja não deixou de oferecer resistência à

¹⁷ Decreto nº 521, de 26 junho de 1890. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/388058/publicacao/15636457>. Acesso em 14/03/2022.

¹⁸ Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>. Acesso em 14/03/2022.

nova norma, conduzindo uma campanha que condenava o casamento civil com o argumento de que este não era a vontade de Deus, uma vez que o casamento é um sacramento, chegando mesmo a incentivar a desobediência civil. (Santos, 2018, p. 18)

Ao instituir o casamento civil, o Decreto nº 181 trouxe um rol próprio de impedimentos matrimoniais pela primeira vez no Brasil, já não fazendo qualquer referência a leis civis anteriores ou canônicas. Vejamos o texto do diploma:

DOS IMPEDIMENTOS DO CASAMENTO

Art. 7º São prohibidos de casar-se:

§ 1º Os ascendentes com os descendentes, por parentesco legitimo, civil ou natural ou por afinidade, e os parentes collateraes, paternos ou maternos, dentro do segundo gráo civil.

A afinidade illicita só se póde provar por confissão espontanea nos termos do artigo seguinte, e a filiação natural paterna tambem póde provar-se ou por confissão espontanea, ou pelo reconhecimento do filho, feito em escriptura de notas, ou no acto do nascimento, ou em outro documento authenticico, offerecido pelo pae.

§ 2º As pessoas que estiverem ligadas por outro casamento, ainda não dissolvido.

§ 3º O conjuge adultero com o seu co-réo condemnado como tal.

§ 4º O conjuge condemnado como autor, ou cumplice de homicidio, ou tentativa de homicidio contra o seu consorte, com a pessoa, que tenha perpetrado o crime ou directamente concorrido para elle.

§ 5º As pessoas que, por qualquer motivo, se acharem coactas, ou não forem capazes de dar o seu consentimento, ou não puderem manifestal-o por palavras, ou por escripto de modo inequivoco.

§ 6º O raptor com a raptada, emquanto esta não estiver em logar seguro e fóra do poder d'elle.

§ 7º As pessoas que estiverem sob o poder, ou sob a administração de outrem, emquanto não obtiverem o consentimento, ou o supprimento do consentimento daquellas, sob cujo poder ou administração estiverem.

§ 8º As mulheres menores de 14 annos e os homens menores de 16.

§ 9º O viuvo ou a viuva, que tem filho do conjuge fallecido, emquanto não fizer inventario dos bens do casal.

§ 10. A mulher viuva, ou separada do marido por nullidade ou annullação do casamento, até 10 mezes depois da viuvez ou separação judicial dos corpos, salvo si depois desta, ou daquella, e antes do referido prazo, tiver algum filho.

§ 11. O tutor ou o curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados, ou sobrinhos com a pessoa tutelada, ou curatelada, emquanto não cessar a tutela, ou curadoria, e não estiverem soldadas as respectivas contas, salvo permissão deixada

em testamento, ou outro instrumento publico, pelo fallecido pae ou mãe do menor tutelado, ou curatelado.

§ 12. O juiz, ou o escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados, ou sobrinhos, com orphão ou viuva da circumscripção territorial, onde um ou outro tiver exercicio, salvo licença especial do presidente da Relação do respectivo districto.

Art. 8º A confissão, de que trata o § 1º do artigo antecedente, só poderá ser feita por algum ascendente da pessoa impedida e, quando elle não quizer dar-lhe outro effeito, poderá fazel-o em segredo de justiça, por termo lavrado pelo official do registro perante duas testemunhas e em presença do juiz, que no caso de recurso procederá de accordo com o § 5º da lei de 6 de outubro de 1784, na parte que lhe for applicavel.

Paragrapho unico. O parentesco civil prova-se pela carta de adopção, e o legitimo, quando não for notorio ou confessado, pelo acto do nascimento dos contrahentes, ou pelo do casamento dos seus ascendentes.¹⁹

Ao analisarmos os impedimentos matrimoniais constantes do Decreto nº 181, percebemos, à primeira vista, uma continuidade substancial dos impedimentos da tradição romano-germânica e canônica. De fato, os seguintes impedimentos já eram vigentes no Brasil antes do Decreto nº 181:

1. Proíbe o matrimônio entre ascendentes ou descendentes por parentesco natural ou civil;
2. Proíbe o matrimônio com parentes colaterais até o segundo grau;
3. Proíbe o matrimônio com pessoa casada;
4. Proíbe o matrimônio sem o consentimento dos nubentes, ou que não possam manifestar a vontade de modo inequívoco;
5. Proíbe o matrimônio entre o raptor e a raptada enquanto esta não estiver em lugar seguro e fora do seu poder;
6. Proíbe o matrimônio com mulheres menores de 14 anos e com homens menores de 16 anos;
7. Proíbe o matrimônio entre o tutor ou curador e seus ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com a pessoa tutelada ou curatelada enquanto não cessar a tutela ou curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão deixada em testamento ou outro instrumento público pelos pais;
8. Proíbe o matrimônio com o cônjuge condenado como autor ou cúmplice de homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte ou com o executor ou ajudante do crime.

¹⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm. Acesso em 14/03/2022.

As inovações quanto aos impedimentos matrimoniais no novo diploma são as seguintes:

1. Proíbe o matrimônio com cônjuge adúltero com o seu corréu condenado como tal;
2. Proíbe o matrimônio com viúvo ou viúva que tenham filho do cônjuge falecido enquanto não se fizer o inventário dos bens do casal;
3. Proíbe o matrimônio com mulher separada do marido por nulidade ou anulação do casamento nos primeiros 10 meses de separação, salvo se depois da separação tiver algum filho;
4. Proíbe o matrimônio entre o juiz, o escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com o órfão ou viúva da circunscrição territorial onde tiverem exercício, salvo licença especial do presidente da Relação do respectivo distrito;
5. Proíbe o matrimônio com mulher viúva nos primeiros 10 meses de viuvez, salvo se depois da viuvez tiver algum filho.

Vemos que o Decreto nº 181 manteve a maior parte dos impedimentos anteriores, com exceção daqueles que se explicavam por questões religiosas ou se referiam a instituições que deixaram de existir, como o que proibia o casamento entre pessoas que tinham relação espiritual entre padrinho e afilhado (batismo) e o que impedia o matrimônio entre escravos e livres.

Nota-se ainda que há inovações, e a sua maior parte parece dever-se à concepção contratualista do matrimônio, buscando-se resguardar direitos patrimoniais, como a proibição de casar enquanto não se fizer o inventário do casamento anterior, na existência de filho do casal.

Uma inovação, porém, que não se explica por razões patrimoniais, mas morais, é a que proíbe o casamento entre o cônjuge adúltero e o seu corréu condenado como tal. Como veremos, o adultério era criminalizado nas Ordenações Filipinas, e viria a ser tipificado no art. 279 do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, isto é, no mesmo ano da edição do Decreto nº 181.

Como vemos, as inovações são poucas, ao passo que a permanência de dispositivos herdados da tradição romano-germânica e católica é patente. Isto mostra como o processo de emancipação jurídica do Brasil, pelo menos no que diz respeito a este aspecto do Direito de

Família, foi lento, pois se não houve qualquer mudança após a Independência do Brasil, com a República as mudanças promovidas foram poucas.

4.2 O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O DIREITO DE FAMÍLIA

O primeiro Código Civil brasileiro foi promulgado em 1916, vigorando a partir de 1º de janeiro de 1917, e se insere, ainda que tardiamente, no movimento de codificação iniciado na Europa na passagem do século XVIII para o XIX. Segundo Grinberg (2001), em 1823 já se fizera menção à necessidade da elaboração de um código civil no Brasil, e a Constituição do Império de 1824 previa que se organizasse o quanto antes um código civil e um criminal, sendo que somente este foi prontamente elaborado, tendo sido promulgado em 1831. Até a entrada em vigor do nosso primeiro Código Civil em 1917, como vimos, permaneceram vigentes as Ordenações Filipinas, além de normas extravagantes portuguesas e brasileiras. (Grinberg, 2001, p. 12)

Segundo Gomes (2006), a legislação civil pátria permanecia, em pleno século XX, condensada nas Ordenações Filipinas, que apresentavam o estilo bizantino das Novelas dos imperadores orientais, e que eram precedidas e seguidas de leis extravagantes em todos os sentidos. O autor observa que as Ordenações Filipinas foram mais longevas e decisivas no Brasil do que em Portugal, onde se promulgou um Código Civil em 1867, o qual, inclusive, foi menos fiel à tradição portuguesa que o Código Civil brasileiro de 1916, justamente em razão da maior duração no Brasil da legislação civil portuguesa e da maior proximidade que Portugal tinha com o movimento de renovação legislativa do século XIX. O Brasil teria, assim, permanecido fiel à tradição portuguesa enquanto Portugal se rendia às ideias francesas. No Brasil, lembre-se, a estrutura social era a de uma sociedade colonial baseada no trabalho escravo. (Gomes, 2006, p. 10-11)

De acordo com Leal e Borges, com o novo contexto político instaurado pela Proclamação da República e sob a influência das ideias liberais, um novo impulso foi dado ao projeto de codificação do direito civil brasileiro, tendo sido escolhido o jurista Antonio Coelho Rodrigues para levar a cabo a tarefa, mas o projeto não avançou na Câmara dos Deputados. Posteriormente, em 1898, Epitácio Pessoa, que era ministro da Justiça do presidente Campos Salles, escolheu Clóvis Bevilacqua para redigir um novo projeto de código civil, o que deu origem a uma polêmica com Rui Barbosa, cujo nome havia sido aventado para o trabalho. Aos

olhos do presidente Campos Salles, o código civil aproximaria o Brasil do capitalismo preconizado pelos liberais. (Leal; Borges, 2017, p. 4-5)

No que diz respeito ao Direito de Família, e particularmente às propriedades que advinham do casamento, as Ordenações Filipinas determinavam que transações importantes de bens somente podiam ser feitas com o consentimento da mulher, e do mesmo modo a mulher não podia alienar uma quantidade significativa dos bens sem a participação do marido. Essas regras foram mantidas no Código Civil de 1916, e, segundo Grinberg (2001), se comparadas às regras do direito anglo-saxão, eram mais igualitárias. Contudo, não se pode concluir que havia plena igualdade entre marido e mulher. Não obstante, o projeto de Bevilacqua trazia algumas inovações avançadas para a época, pois propunha o princípio jurídico da igualdade entre homens e mulheres, com diferenças somente nos papéis que desempenhavam. Esta proposta igualitária foi rejeitada pela comissão de avaliação, vencendo a tese de que ao marido incumbia ser o cabeça do casal, com poder de decisão amplo sobre a família e podendo representar a todos, de modo que as mulheres casadas eram consideradas como incapazes. (Grinberg, 2001, p. 45-46)

4.2.1 Os impedimentos matrimoniais no Código Civil de 1916

A matéria relativa aos impedimentos matrimoniais no Código Civil de 1916 está disposta no seu art. 183. Vejamos:²⁰

DOS IMPEDIMENTOS

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

- I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil.
- II. Os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo.
- III. O adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante ([art. 376](#)).
- IV. Os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive.
- V. O adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva ([art. 376](#)).

²⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 15/03/2022.

VI. As pessoas casadas ([art. 203](#)).

VII. O cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.

VIII. O cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte.

IX. As pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir.

X. O raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder em lugar seguro.

XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador ([art. 212](#)).

XII. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.

XIII. O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros e der partilha aos herdeiros. ([art. 225](#)).

XIV. A viuva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nullo ou ter sido annullado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo dê á luz algum filho.

XV. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento.

XVI. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

A análise dos impedimentos matrimoniais do Código Civil de 1916 mostra que quase nenhuma mudança houve em relação ao Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, o que permite afirmar que o substancial da tradição pré-republicana, no que diz respeito aos impedimentos matrimoniais, se preservou. Com efeito, as únicas diferenças com relação aos impedimentos constantes do Decreto nº 181 se referem ao instituto da adoção, que, embora tenha sido introduzido no Brasil pelas Ordenações Filipinas e tenha sido tratado na Lei de 22 de setembro de 1828 e no Decreto nº 181, foi normatizado de forma sistematizada pela primeira vez no Código Civil de 1916. As inovações são as seguintes:

1. Proíbe o matrimônio entre o adotante e o cônjuge do adotado e entre o adotado com o cônjuge do adotante;
2. Proíbe o matrimônio entre o adotado e o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva.

E duas alterações são introduzidas. A primeira delas aumenta de um grau o impedimento para o casamento entre parentes colaterais, legítimos e ilegítimos. No Decreto nº 181, o impedimento estendia-se apenas até o segundo grau, já no Código Civil de 1916 a interdição é até o terceiro grau inclusive. Isto quer dizer que o Decreto nº 181 impedia o casamento entre irmãos, enquanto o Código Bevilacqua o proibia entre tios e sobrinhos, permitindo-o entre primos. Veremos adiante que este impedimento será relativizado pelo Decreto-Lei nº 3.200 de 19 de abril de 1941.

A segunda alteração diz respeito à idade núbil mínima, que foi aumentada de dois anos para ambos os nubentes: doravante, não podiam casar as mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.

É interessante notar que a primeira legislação efetivamente nacional sobre o tema, quase 400 anos após o início da ocupação do território brasileiro pelos portugueses, se manteve quase inteiramente fiel à tradição jurídica, pelo menos formal, que fora para cá transplantada do velho mundo. É curioso constatar também que os costumes dos diferentes povos que contribuíram para a formação do povo e da cultura brasileira pouco ou nada puderam influir no aspecto do Direito de Família em estudo neste trabalho, não tendo sido capazes de incorporar no ordenamento jurídico a permissão de práticas matrimoniais diversas da europeia. Isto mostra o poder que tem o direito de remodelar práticas sociais ao marginalizar aquelas que não se coadunam com a tradição e sensibilidade da classe dominante. E é isto mesmo que deve ter-se verificado na península ibérica ao longo da dominação romana, tendo levado à difundida opinião de que o direito romano civilizou a Europa. Contudo, este papel civilizador do direito tem sido questionado na pós-modernidade (cf. Elias, 1990).

4.2.2 Legislação superveniente ao Código Civil de 1916 que afetou os impedimentos matrimoniais

Em 1941 foi editado o Decreto-Lei nº 3.200 - cuja recepção pelo Código Civil de 2002 é discutida (cf. Farias; Rosenvald, 2018) -, que passou a permitir o casamento entre os colaterais de terceiro grau, matrimônio este proibido pelo Código Bevilacqua. Contudo, para que possa ser celebrado, é preciso requerer do juiz competente para a habilitação a nomeação de dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspensão, para examinar os nubentes e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização

do matrimônio.²¹ Em outras palavras, já não estão impedidos de casar tios e sobrinhos, pelo menos até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a se considerar não recepcionado o Decreto-Lei nº 3.200.²²

Além disso, durante longo tempo de vigência do Código Civil de 1916, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a sociedade brasileira passou por profundas transformações, notadamente com a industrialização do país e a concentração da população em áreas urbanas (Fausto, 2019). Mudanças que exigiram revisões periódicas do direito civil, e que tiveram seu ápice, pode-se dizer, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e como processo de constitucionalização do direito civil, no qual

Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. (Tepedino, 2006, p. 07)

Com o advento da Constituição Cidadã, portanto, o direito civil passa a ser lido com uma nova chave de leitura, a saber, o princípio da dignidade humana, o que terá importantes repercussões no Direito de Família.

Cerca de dez anos antes da promulgação da atual Carta Constitucional, porém, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a dissolução do casamento, que viria a ser regulamentada pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro do mesmo ano (a chamada Lei do Divórcio), na forma de separação judicial e divórcio.

Diversamente do sistema anterior, vigente no Código Civil de 1916, que permitia apenas o desquite amigável ou judicial e mantinha o vínculo conjugal, autorizando apenas a separação dos cônjuges e o término do regime de bens, o divórcio inovava ao extinguir os vínculos do casamento, equiparando os cônjuges às pessoas não casadas, fazendo que não incidisse o impedimento matrimonial do inciso VI do art. 183 do Código Bevilaqua. Contudo, o divórcio podia ser formulado apenas uma vez (art. 38).

²¹ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3200.htm. Acesso em 25/03/2022.

²² “O Enunciado n. 98 do CJP/STJ, consubstanciando o entendimento doutrinário da maioria, aponta que não houve revogação dessa lei específica (norma especial anterior). Em síntese, o referido decreto-lei afasta o impedimento moral no caso de casamento entre colaterais de terceiro grau, devendo a junta médica esclarecer quanto ao impedimento científico.” (Tartuce, 2017, p. 48)

Com a Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio (art. 226, § 6º), e a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, revogou o art. 38 do Código Civil, tornando indefinida a quantidade de divórcios que uma pessoa poderia obter durante a sua vida.

Trata-se, sem dúvida, de um avanço, ainda que tardio, já que o divórcio era permitido no direito romano clássico, definindo-se como a dissolução voluntária do matrimônio, que podia ser de iniciativa de um dos cônjuges ou de comum acordo. No Código Visigótico, o divórcio entre cônjuges é proibido (*Ne inter coniuges divortium fiat*) (*Liber Iudicium*, III.6.2), o que, do nosso ponto de vista, representa um retrocesso, que só foi superado no Brasil ao fim da década de 1970. O divórcio foi permitido mesmo sob os imperadores cristãos, que, porém, impuseram condições para a sua realização, como ser o marido homicida, adúltero ou ladrão, e ser a mulher frequentadora de circos, arenas e teatros contra a proibição do marido (Corrêa, 1982, p. 32). Este é um dos fatos que podem dar razão àqueles que veem nos romanos um povo civilizador.

4.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil pátrio em vigor na atualidade foi promulgado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, prevendo uma *vacatio legis* de um ano. De acordo com Roberto Soares (2020), o projeto que deu origem ao novo diploma foi liderado pelo jurista Miguel Reale, tendo os trabalhos iniciado em 1969 e terminado em 1972. O projeto recebeu inúmeras críticas, o que lhe rendeu duas outras versões, uma em 1973 e a definitiva em 1975, quando é então enviado ao Congresso Nacional.

O projeto foi aprovado com muitas alterações em 1984 e enviado ao Senado, mas a tramitação não avançou, em razão do processo de redemocratização do país, tendo sido aprovado no Senado e novamente na Câmara dos Deputados em 2001, para ser sancionado e promulgado no ano seguinte.

O Código Bevilacqua vigorou em quase toda a extensão do breve século XX, no qual se verificou uma notável evolução das relações sociais, das artes, técnicas e ciências, evolução esta que colocou constantes desafios ao ordenamento jurídico e seus operadores, que respondeu com a edição de uma grande quantidade de normas.

O novo Código Civil não foi capaz de contribuir para o enfrentamento do desafio que representava a evolução ocorrida durante o século XX, pois os seus elaboradores não

compreendiam adequadamente as consequências da mudança do papel atribuído às codificações, embora soubessem que já não havia espaço para um sistema global de direito privado, estando conscientes de que os seus objetivos deveriam ser mais humildes. Assim, o Código do século XXI deveria ser mais principiológico do que regulamentar, isto é, deveria trazer princípios que pudessem reger os novos casos que a evolução das relações sociais ensinasse. Além disso, a promulgação de um novo código de direito privado se justificaria pela necessidade da renovação do ordenamento civil brasileiro, renovação que, contudo, não se realizou, pois o novo diploma foi elaborado na passagem da década de 1960 para 1970, tendo sido apenas adequado ao regime constitucional de 1988. (Roberto Soares, 2020, p. 126 e 139)

4.3.1 Os impedimentos matrimoniais no Código Civil de 2002

No atual Código Civil, o direito de família não inicia a sua Parte Especial, o qual passou a se localizar após o direito das coisas, a partir do art. 1.511. Além disso, o novo diploma separou os impedimentos propriamente ditos, estabelecidos no art. 1.521, das causas suspensivas, que são definidas como situações de menor gravidade, que visam a impedir a confusão patrimonial. (Tartuce, 2017, p. 50)

Os impedimentos no Código Civil de 2002 são os seguintes:

Dos Impedimentos

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

Observe-se que os impedimentos matrimoniais são estendidos à união estável, por disposição do art. 1.723, § 1º, excepcionando-se, porém, a proibição que recai sobre pessoas casadas, desde que estejam separadas, ao menos de fato.

Além de distinguir impedimentos de causas suspensivas, o Código de 2002 suprimiu algumas proibições constantes do código anterior, a saber:

1. O cônjuge adúltero com o seu corrêu, por tal condenado (art. 183, inciso VII);
2. As pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir (art. 183, inciso IX);
3. O raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder em lugar seguro (art. 183, inciso X);
4. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 183, inciso XI);
5. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior (XVI).

A extinção desses impedimentos tem diferentes motivos. O primeiro impedimento excluído se fundava na condenação do nubente por crime de adultério. Este crime, cuja prática por parte da mulher já permitiu ao marido matá-la e ao amante²³, foi descriminalizado no Brasil apenas em 2005 pela Lei nº 11.106. Contudo, as mudanças sociais, sobretudo posteriores à década de 1960, fizeram que o dispositivo penal perdesse validade, sendo muito raramente aplicado, muito antes que fosse extirpado do Código Penal (Icizuka; Abdallah, 2007, p. 225), de modo que já não havia lugar para tal impedimento.

O segundo dispositivo impedia o casamento de pessoas coagidas ou incapazes de consentir. Esta proibição tornou-se inócua pela inserção do art. Art. 1.514 no Código Civil de 2002, que determina que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher

²³ Ordenações Filipinas, Livro 5, Título XXXVIII. “Achando o homem casado sua mulher em adulterio, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Dezebargador, ou pessoa de maior qualidade.” Fonte: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/15p1188.htm>. Acesso em 21/03/2022. No direito romano, o homem podia repudiar a mulher adúltera e promover a sua condenação criminal.

manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Quanto ao terceiro impedimento, que proibia o casamento entre raptor e raptada enquanto esta não se achasse fora do poder do raptor e em lugar seguro, a própria formalidade da celebração do casamento impossibilita, por si só, que um tal matrimônio ocorra estando uma mulher em poder de um raptor e em lugar inseguro.

O quarto impedimento condicionava o casamento ao consentimento do pai, tutor ou curador, quando o nubente estivesse sujeito ao pátrio poder, tutela ou curatela, respectivamente. Com a substituição do pátrio poder pelo poder familiar (art. 1.638 do Código Civil, art. 227 da Constituição Federal e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente), a autorização para o casamento do nubente com idade inferior a 16 anos compete a ambos os pais ou seus representantes (art. 1.517).²⁴

No Decreto nº 181 e no Código Bevilacqua, as causas suspensivas se confundiam, no mesmo artigo, com os impedimentos matrimoniais, não havendo distinção. No Código atual, estão separadas no artigo 1.523:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

De acordo com o parágrafo único do art. 1.523, os nubentes podem solicitar ao juiz que não sejam aplicadas as causas suspensivas dos incisos I, III e IV se provarem a inexistência de prejuízo para o herdeiro, ex-cônjuge e pessoa tutelada ou curatelada. Já quanto ao inciso II, levanta-se a suspensão se na fluência do prazo se provar nascimento de filho ou a inexistência de gravidez.

Segundo Tartuce,

²⁴ Contudo, a Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, alterou a redação do art. 1.520 do Código Civil, impedindo o casamento, em qualquer caso, de quem não atingiu a idade núbil.

as hipóteses antes tratadas como sendo de impedimentos absolutos, agora são os únicos casos de impedimentos admitidos (art. 1.521 do CC/2002), e que continuam a gerar a nulidade absoluta do casamento (art. 1.548 do CC/2002). Os impedimentos que antes eram tidos como relativos, atualmente são tratados como causas de anulabilidade (art. 1.550 do CC/2002). Por fim, os antigos impedimentos impedientes são causas suspensivas pelo atual Código Privado (art. 1.523), apenas trazendo sanções aos cônjuges, não gerando a nulidade absoluta ou relativa do matrimônio celebrado. (Tartuce, 2017, p. 47)

Segundo Maria Berenice Dias, o art. 1.521 traz uma incapacidade absoluta para o casamento, que é das pessoas casadas, sendo os restantes dispositivos impedimentos propriamente ditos. Assim,

As demais causas são verdadeiramente impedimentos, referentes ao **parentesco** (I a V) ou por fundamento de puro **conteúdo moral** (VII). A vedação de casamento entre **pais e filhos** (ascendentes e descendentes), **sogros, genros ou noras** (parentes afins em linha reta) e entre **irmãos** (filhos de pais comuns ou não) justifica-se pela interdição do **incesto**. Estendido o vínculo de parentesco também à **união estável** (CC 1.595), aumentou o rol dos impedimentos. (Dias, 2005, p. 157) (Grifo do original.)

Por fim, é interessante notar, ainda com Maria Berenice Dias (2005), que, não havendo referência ao sexo dos nubentes na Constituição ou na lei, quando tratam do casamento, deve-se concluir que não há qualquer impedimento para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Esta constatação pode ser estendida a todas as fontes de direito aqui analisadas, pois não foram encontrados dispositivos que proibem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Maria Berenice Dias conclui que, no caso do Brasil, “o que obstaculizava a realização do casamento [homoafetivo] era somente o preconceito.” (Dias, 2005, p. 153)

4.3.2 A (im)permanência de impedimentos matrimoniais da tradição no direito civil brasileiro nacional

Apresenta-se, no Quadro 1 abaixo, uma comparação dos impedimentos matrimoniais e causas suspensivas nas fontes de direito herdadas (tradição romano-germânica e canônica) e nas fontes nacionais, buscando-se ter uma visão de conjunto da (im)permanência deste instituto no direito brasileiro:

Quadro 1 – Comparação dos impedimentos matrimoniais nas fontes pesquisadas

Direito romano vulgar	Direito visigodo	Direito canônico	Decreto nº 181 (Código Civil de 1916)	Código Civil de 2002
Proíbe o matrimônio:	Proíbe o matrimônio:	Proíbe o matrimônio:	Proíbe o matrimônio:	Proíbe o matrimônio:
Em linha reta entre ascendentes e descendentes naturais	Até o sexto grau sem autorização do rei	Até o quarto grau de consanguinidade	Entre ascendentes ou descendentes por parentesco natural ou civil	Entre os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil
Em linha reta entre ascendentes e descendentes por adoção		Se há parentesco por adoção em linha reta ou colateral	Entre o adotante e o cônjuge do adotado e entre o adotado com o cônjuge do adotante (CC 1916)	O adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante
Em linha colateral / Entre irmãos naturais		Em linha colateral, até o segundo grau	Com parentes colaterais até o segundo grau	Entre irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive
Entre irmãos por adoção		Se há parentesco por adoção em linha reta ou colateral		O adotado com o filho do adotante

Proíbe a bigamia e a poligamia		A existência de vínculo conjugal precedente	Com pessoa casada	Com pessoas casadas
Entre sobrinho e tia paterna (<i>Institutas</i>)		<i>Consta.</i>	Entre colaterais até o terceiro grau (excepcionado pelo DL n° 3.200/1941)	Entre colaterais até o terceiro grau (excepcionado pelo DL n° 3.200/1941)
Dos que estão sob o poder do pai sem a sua autorização	Contra a vontade dos pais ou de quem tem a autoridade			
Com a sogra, nora, enteada ou madrasta		Entre afins até o segundo grau	Entre afins em linha reta	Entre afins em linha reta
Com a tia paterna ou materna (<i>Sentenças</i>)			Entre colaterais até o terceiro grau (excepcionado pelo DL n° 3.200/1941)	Entre colaterais até o terceiro grau (excepcionado pelo DL n° 3.200/1941)
Entre escravos e livres	Entre livres e escravos alheios ou do rei			
Com pessoas privadas de razão				
Com mulher ausente				

Entre liberto e senhora, e mulher ou filha do senhor				
Entre oficial e nativa de província				
Entre o tutor ou curador e pupila			Entre o tutor ou curador e seus ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com a pessoa tutelada ou curatelada enquanto não cessar a tutela ou curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas	Entre o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas
Entre o filho ou liberto do tutor ou curador e a pupila				
Entre judeus e cristãos (Teodósio)				

Com ex-mulher do irmão				
Entre provinciais e bárbaros				
Sem o consentimento dos noivos ou do <i>pater famílias</i> ou <i>praetor</i> (Lex Iulia) (<i>Nuptias non concubitus, sed consensus facit</i>) (<i> affectio maritalis</i>)		Na falta de consentimento de um dos nubentes	Sem o consentimento dos nubentes, ou que não possam manifestar a vontade de modo inequívoco	O casamento se realiza no momento em que os noivos manifestam a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal
	De homens mais novos com mulheres mais velhas			
	De mulher estando o marido ausente, se não houver indícios de que esteja morto			
	Entre o raptor e violador e	Entre raptor e raptada enquanto estiver em posse dele, mas o	Entre o raptor e a raptada enquanto esta não estiver em	

	raptada e violada	permite após o rapto se ela der consentimento	lugar seguro e fora do poder dele	
	De um homem com a noiva ou viúva de seu pai ou com alguém que tenha sido mulher de parente próximo			
	Com virgem consagrada ou com religiosa	Com mulher que fez voto de castidade		
	Com mulher que professe a continência da viuvez			
			Com viúva nos primeiros 10 meses de viuvez, salvo se depois da viuvez tiver algum filho	A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da

				sociedade conjugal
		Entre padrinho/madrinha e afilhado(a) de batismo		
		Com noivo ou noiva de parente próximo		
<i>Impuberes</i>		Se há impotência antecedente e permanente		
Homens <i>puberes</i> e mulheres <i>viripotentes</i> . Idade variável. (Proculianos/ Justiniano: 14 e 12 anos respectivamente)		Com idade inferior a 16 anos para os homens e 14 anos para as mulheres	Com mulheres menores de 14 anos e homens, de 16 anos	Homens e mulheres abaixo de 16 anos (com autorização dos pais até os 18 anos)
		Se há diferença de culto		
	Entre o cônjuge que mata o outro cônjuge e o cúmplice com quem concertara o crime para o	Com quem matou o cônjuge da noiva ou o seu próprio	Com o condenado como autor ou cúmplice de homicídio ou tentativa contra o seu consorte ou com o executor ou ajudante do crime	Com cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte

	fim de se casarem			
			Com o viúvo ou a viúva que tem filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal	Com o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros (aplica-se ao divorciado)

Pode-se dizer, a partir do quadro acima, que a maior parte dos impedimentos e causas suspensivas do matrimônio do direito nacional (inclusive atual) constitui uma herança do direito romano, tendo ingressado no direito brasileiro por meio do direito visigodo e canônico. De fato, apenas as seguintes causas suspensivas constituem uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro:

Não devem casar:

1. O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros (aplica-se ao divorciado) (art. 1.523, inciso I);
2. A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal (art. 1.523, inciso II).

Todos os demais impedimentos já estavam previstos no direito romano ou canônico, o que permite concluir que, neste aspecto do Direito de Família pátrio, o Brasil é herdeiro do direito romano, verificando-se uma continuidade histórica que atravessou as épocas e os domínios geopolíticos.

5 CONCLUSÃO

Este Trabalho de Conclusão de Curso teve como hipótese inicial que os impedimentos matrimoniais do direito brasileiro contemporâneo teriam origem, em sua maior parte, no direito romano. Buscando confirmá-la (ou eventualmente infirmá-la), realizamos um histórico dos impedimentos matrimoniais em toda a tradição jurídica à qual o Brasil se filia. Como esta tradição tem início no direito romano, o qual fora levado à península ibérica no período da sua romanização no contexto das guerras púnicas, julgou-se importante iniciar a pesquisa das fontes na ibéria romana e no direito romano aí aplicado. Tratou-se, assim, da conquista da península pelos romanos, de sua colonização, da divisão administrativa do território e das principais fontes escritas de direito que nos chegaram.

O domínio romano na península, porém, encontrou seu fim com o desmantelamento do Império Romano do Ocidente e a formação do reino visigodo, em cujas fontes de direito pesquisamos os impedimentos matrimoniais. O direito visigodo permaneceu sendo utilizado na península ibérica nas comunidades cristãs mesmo após a sua quase total conquista pelos árabes, tendo sido a base do direito do recém-formado reino de Portugal em 1143 durante o processo de Reconquista. As leis germânicas, portanto, tiveram uma longa duração e uma grande importância na formação do direito português, a par do direito romano, e portanto essas duas fontes de direito são muito relevantes para esse trabalho. Isto, porém, sem menosprezar a influência que o direito muçulmano deve ter exercido nos territórios sob domínio árabe (contudo, não há indícios de que tenha havido qualquer influência do direito muçulmano no instituto dos impedimentos matrimoniais portugueses).

Posteriormente, no contexto de concentração e afirmação do poder real em Portugal, é publicada a primeira compilação de leis em 1446, denominada de Ordenações Afonsinas. Verificou-se, porém, que esta compilação e a seguinte, as Ordenações Manuelinas (1512), não dispõem sobre impedimentos matrimoniais, diferentemente da terceira e última compilação, as Ordenações Filipinas (1603), que, contudo, determina a observância das regras do Concílio Tridentino. Conquanto não fosse objeto deste estudo o direito canônico, a previsão da sua utilização no diploma português tornou necessária uma pesquisa sobre os impedimentos matrimoniais da tradição eclesiástica, o que não estava entre os objetivos específicos deste trabalho.

Toda esta contextualização foi importante para que se pudesse localizar com a maior precisão possível o surgimento e o desaparecimento dos impedimentos matrimoniais na tradição jurídica da qual faz parte o direito brasileiro.

Quando os portugueses iniciaram a colonização do Brasil, estenderam para aí a vigência das suas leis, com destaque para as Ordenações Filipinas, que vigoraram, no que diz respeito ao direito privado, até a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916, podendo-se dizer que ainda vigoram no que não foi revogado²⁵. Desse modo, observamos que os impedimentos matrimoniais observados Brasil até a edição do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890 provinham do direito canônico, inclusive para os professantes de outras religiões toleradas pelo Estado (Decreto nº 1.144 de 11 de setembro de 1961).

Assim, a partir da Proclamação da República, com o fim do padroado e o referido Decreto nº 181, o Brasil passou a legislar sobre o assunto. Foi analisado, portanto, o conteúdo normativo deste decreto e dos dois subsequentes Códigos Civis (1916 e 2002), o que permite concluir que, de todos os impedimentos e causas suspensivas para o matrimônio do direito produzido no Brasil, apenas duas disposições constituem inovação, sendo os demais, em sua maioria, herdados do direito romano, tendo permanecido no direito português (e brasileiro) por meio do direito visigodo ou canônico.

Concluído o estudo, pode-se dizer que os objetivos gerais e específicos enunciados na Introdução do presente trabalho foram atingidos, e que, após a realização da presente pesquisa, a hipótese inicialmente avançada, isto é, que os impedimentos matrimoniais (e as causas suspensivas para o matrimônio) do direito brasileiro contemporâneo têm origem, em sua maior parte, no direito romano.

Ainda, constatou-se que muitos impedimentos do direito romano e do direito visigodo, e alguns do direito canônico, deixaram de existir no direito brasileiro. A sua impermanência se deve, no caso das duas primeiras tradições, às mudanças sociais verificadas ao longo dos milênios. Por exemplo, os impedimentos que proibiam o casamento entre livres e escravos, entre cristãos e judeus, entre cidadãos e bárbaros já não têm lugar nas sociedades ocidentais contemporâneas.

Porém, pesquisas futuras podem ser realizadas para verificar a efetiva observância dos dispositivos estudados durante a sua vigência formal nos respectivos territórios ao longo de sua história na península ibérica (em especial em Portugal) e no Brasil, nos sucessivos regimes políticos e respectivas legislações até o presente. Além disso, merece um estudo aprofundado a

²⁵ Código Civil de 1916, art. 1.807.

origem dos impedimentos matrimoniais no direito canônico, já que parte deles parece provir do direito romano.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 07/03/2022.
- CARDOSO, Regis de Andrade; MACHI, Andreza Cristina; SILVA, Danilo Ferraz Nunes da. *A Herança do direito romano no direito brasileiro*. Revista Científic@. n.1, v.2. 2014.
- CORRÊA, A. A. de C. (1982). O divórcio em Roma na Antiguidade. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 77, 31-37.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Forense, 1968.
- CLAVERO, Bartolomé. *Instituição Histórica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- COSTA, Pietro. *Pra que serve a história do direito? Um humilde elogio da inutilidade*. In: Id., *Soberania, representação, democracia*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- DOUVERNY, Felipe Epprecht; Steinwascer Neto, Helmut. *A recepção do direito romano em Portugal nos primórdios da Monarquia*. Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo. n. 20, 2014.
- ELIAS, Norbert. *O Processo civilizador*. São Paulo: Zahar, 1990.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, v. 06: Famílias*. 10ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2018.
- FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2019.
- FAYER, Carla. *La Familia Romana: Aspetti Giuridici ed Antiquari. Parte seconda Sponsalia. matrimonio. Dote*. Roma: L'Erma di Bretschneider, 2005.
- FERNANDES, Fátima Regina. *A recepção do direito romano no ocidente europeu medieval: Portugal, um caso de afirmação régia*. Revista História: Questões & Debates, Curitiba, n. 41, p. 73-83, 2004.
- FERNANDES, Ernesto; REGO, Aníbal. *História do Direito Português*. Lisboa, 1941.

- FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. *O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. 2008. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/16081>. Acesso em 11/03/2022.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- FUERO JUZGO en latín y castellano / cotejado con los más antiguos y preciosos códigos por la Real Academia Española. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcrf5r6>. Acesso em 22/02/2022.
- FURFARO, Federica. *The Connections between German Pandectist School and Italian Legal Culture at the End of XIX Century*. 2012. Disponível em: <https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/8191/1/furfaro.pdf> Acesso em 25/03/2022.
- GAIO. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GIBERT, Rafael. *Elementos formativos del derecho en Europa*. Granada: Imprenta de Francisco Roman, 1975.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. Rio de Janeiro. Zahar Editora, 2001.
- GROSSI, Paolo. *O ponto e a linha. História do Direito e Direito Positivo na formação jurista do nosso tempo*. In: Sequência. UFSC, Florianópolis/SC, v. 26 n. 51 (2005).
- GROSSI, Paolo. *A History of European Law*. Chichester. John Wiley & Sons Ltd: 2010. Tradução de Laurence Hooper.
- GUARINO, Antonio. *Storia del Diritto Romano*. 8ª ed. Nápoles: Editore Jovene, 1990.
- HESPANHA, António Manuel. *O Direito dos Letrados no Império Português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia*. Coimbra: Edições Almedina, 2012.
- ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações

- sociais e da política jurídica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.
- LEAL, Adisson; BORGES, João. O Código Civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. *Revista Brasileira de História do Direito*, vol. 3, no. 1, Jan.-June 2017.
- LEITE DA COSTA, António. *História de Portugal*. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2019.
- LONDOÑO, Fernando Torres. *Igreja e família no Brasil colonial*. *Revista de Cultura Teológica*, n. 9, p. 101-119, 1994.
- MADDEN, M. Stuart. *Paths of Western Law after Justinian*. Pace Law Faculty Publications. Paper 130. *London Law Review*. Vol 1: 369. 2013.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média*. In WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2001, 2ª ed.
- MECCARELLI, Massimo. *A História do Direito na América Latina e o ponto de vista europeu: perspectivas metodológicas de um diálogo historiográfico*. *Revista da Faculdade de Direito - UFU, Uberlândia*, v. 43, n. 2, jun./dez., 2015.
- MELO, Gladstone Chaves de. *Iniciação à Filologia e à Linguística Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora ao Livro Técnico, 1981.
- NOGUERA, Mariano; Carles, Francisco. *Tratado del Contrato del Matrimonio*. Barcelona: Imprenta y Litografía de J. Roger, 1846.
- NOVAIS, Fernando (dir.). *História da vida privada no Brasil. Império: a corte e a modernidade nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Ed. fac-similar. Brasília. Conselho Editorial do Senado Federal, 2004.
- RIBAS FILHO, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.
- ROBLEDA, S. J. O. *Introduzione allo studio del diritto privato romano*. Università Gregoriana Editrice. Seconde edizione. 1979.
- SANDRI, Silvia Taisa Rodrigues. *Constituição e dissolução da sociedade conjugal no direito canônico: concílio de Trento e as primeiras constituições do arcebispo da Bahia*. *Revista Jurídica Cesumar* – v.3, n. 1 – 2003.

- SANTOS, Ana Gabriela da Silva. *O casamento na implantação do Registro Civil brasileiro (1874 - 1916)*. Projeto de Pesquisa “Os debates em torno do registro civil brasileiro, entre Estado e Igreja (1864-1916)”. Orientação de Profa. Dra. Andréa Slemian. 2018.
- SANTOS JUSTO, António dos. *O Direito Brasileiro: raízes históricas*. Revista Brasileira de Direito comparado. v.20. 2002.
- SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: Uma biografia*. São Paulo, Companhia das Letras, 2015.
- SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*. 4ª ed. Belo Horizonte: Lafayette, 2020.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Cíveis. Vol. 1*. Brasília. Senado Federal. Conselho Editorial, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.
- VIEIRA, Flávia David; SILVA, Edvânia Gomes da. *O instituto do matrimônio e os efeitos de sentido de “casamento” no Decreto de 3 de novembro de 1827 e no decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890*. In REDISCO. Vitória da Conquista, v. 8, n. 2, p. 22-30, 2015.