

IUSTAE NUPTIAE E O DIREITO CIVIL BRASILEIRO ATUAL: DEFINIÇÕES, CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS E EXTINÇÃO.

Severino Augusto dos Santos

Mestre e doutorando, em Ius Romanum pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra., Portugal, e professor da disciplina nas Faculdades de Direito da UFPB e UNIPÊ, João Pessoa.

I. O CASAMENTO ROMANO (*Iustae Nuptiae*)

I.1 -INTRÓITO

Segundo Fustel de Coulanges “a primeira instituição estabelecida pela religião doméstica foi o casamento”¹, que encontrava fundamento na necessidade da continuidade da família, na manutenção do fogo sagrado, porquanto a interrupção da estirpe constituía uma desgraça, desaparecia a religião, extinguiu-se o lar, os antepassados caíam no esquecimento e a sagrada flama do altar doméstico não brilhava mais. Por isso o celibato entre os antigos romanos era considerado uma impiedade, uma maldição, colocava em jogo o *solatium mortis* dos ancestrais.

Contudo, no passar inexorável do tempo, Roma deixara de ser a pequena vila entre as colinas. Transformara-se num Estado poderoso, conquistador de outros povos, deles recebendo, num processo de aculturação, muitas influências que suscitaram a universalidade da cultura e, também, o esquecimento das antigas crenças.²

Para Biondi,³ o instituto do matrimônio, no mundo pagão, tinha uma relevante função social, porquanto, além de disciplinar o instinto sexual, visava perpetuar a sociedade.⁴ Todavia, no pensamento do mesmo autor, não obstante tamanha importância, bem como, interesse público, a princípio os cidadãos romanos eram livres para contrair matrimônio e de acordo com os costumes o celibato era uma raridade. A partir do final da República, com a decadência dos *mores*, verificou-se uma preocupante diminuição da natalidade. Esta situação levou Augusto, no início do império, por motivos políticos e morais, a aprovar as duas famosas leis demográficas: *Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 a.C) e a *Papia Poppaea* (09 d.C), que reunidas conjuntamente constituíram um só texto, conhecido pelos romanos como *lex Iulia et Papia Poppaea*. Estas leis, em vigor em toda época clássica, visavam incentivar o matrimônio e a procriação, concedendo privilégios aos cônjuges com filhos e desvantagens ao homem que dos 25 aos 60 anos, e à mulher dos 20 aos 50 anos, não fossem casados ou não tivessem filhos. Esta disposição se aplicava, também, às viúvas e divorciados, a quem era concedido somente um breve período de tempo para se adaptarem à nova legislação.⁵

Sob a influência cristã, o *ius liberorum* foi abolido por Honório e Teodósio, em 410, e, posteriormente, toda a legislação demográfica foi derogada por

1 COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. 4a. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1937, 35; Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano. v. I. Diritto di famiglia*. Roma: Attilio Sampaolesi Editore, 1925. p. 187. “*Base della società domestica è il matrimonio*”.

2 Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil: ius romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 174.

3 BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1956, p. 561.

4 Cf. Cic. *De Officiis*, I, 17, 54 (apud BIONDI, Biondo. *Istituzioni*. Cit. (nota 4 supra), p. 561: “*Principium urbis et quasi seminarium reipublicae*”.

5 Para mitigar o rigor da lei foi concedido o *ius liberorum*, pelo senado, e depois pelo imperador, a determinadas pessoas que não se encontrassem nas condições estabelecidas pela lei.

Justiniano.⁶

No pensamento de Bonfante, o matrimônio romano é uma relação social assumida e reconhecida pelo direito, estabelecida pela vontade e propósito de serem marido e mulher, pela consistência e pela continuidade da vida em comum. Nesta visão, o autor assim define o matrimônio romano: “*la convivenza dell'uomo e della donna sotto l'autorità del marito con intenzione effettiva, continua di essere marito e moglie*”⁷. Desta forma, mais que um ato ou negócio, o matrimônio romano é uma situação jurídica permanente, um *status*, que resulta da convivência de duas pessoas de sexo diverso com a vontade de serem marido e mulher, de constituírem a sociedade doméstica.⁸

Há de se destacar, no entanto, que as fontes romanas, nas palavras de Santos Justo,⁹

Apresentam-nos dois tipos de matrimônio que diferem não só na concepção moral, religiosa e social, mas também na sua estrutura jurídica: um é o matrimônio da época pagã; o outro, o novo matrimônio cristão que, tendo-se afirmado nos séculos IV e V, foi reconhecido gradualmente pela legislação imperial.

1.2 DEFINIÇÕES.

As justas núpcias aconteciam de acordo com o *ius civile*. Foram assim definidas por Ulpiano: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens*”;¹⁰ e por Modestino: “*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”.¹¹

⁶ Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Cit. (nota 4 supra), p. 562.

⁷ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (nota 2 supra), p. 187. Para o autor isto constitui uma antítese do matrimônio hodierno, que estabelece uma relação artificial, um vínculo estabelecido pelo consenso, materializado numa forma solene, celebrado entre o homem e a mulher. Uma vez concretizado gera consequências jurídicas independentemente da vontade das partes, do afeto e da subsistência da vida comum.

⁸ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Cit. (nota 4 supra), p. 558; Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 281, não existe no direito romano disciplina orgânica do casamento. Segundo o mesmo autor, duas obras, versando sobre o tema chegaram aos nossos dias: *De nuptiis* (Cf. Aulo Gélíio, *Noctes Atticae*, IV,4,4), de Nerácio Prisco e o *Liber singularis de ritu nuptiarum* (D.23,2,42; D.50,17,197).

⁹ SANTOS JUSTO, A. *Direito privado romano, IV. Direito de Família*. Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 58.

¹⁰ I. 1,9,1: Núpcias ou matrimônio é a união do homem e da mulher, com indivisível comunhão de vida”; Cf. TABOSA, Agerson. *Direito romano*. 3ª. ed. Fortaleza: FAZ, 2007, p. 178: “Justas núpcias (*justae nuptiae*) é uma das expressões técnicas para se dizer casamento legal. Justas vem de jus e significa de acordo com o direito, legítimo, legal. E núpcias se origina do verbo nubere, cuja tradução é casar”.

¹¹ D.23,2,1: “Núpcias são a conjunção do homem e da mulher, consórcio para toda a vida, comunicação do direito divino e humano”. A definição é, provavelmente, de Ulpiano. Vide MOREIRA ALVES, José Carlos. Cit. (nota 9 supra), p. 282; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (nota 2 supra), p. 193.

No entendimento de Fuenteseca,¹² a definição de Modestino ressalta claramente a comunidade de vida caracterizada pelo matrimônio e que supõe, concomitantemente, uma interdependência tanto do direito divino como humano. E acrescenta o mesmo autor : “*se trata de una comunidad de vida religiosa y civil en cuanto el matrimonio afecta a la esfera del ius pontificium. los ritos matrimoniales (nuptiae) son ceremonias religiosas en las que participan los sacerdotes*”.¹³

Esta visão é acolhida pela Igreja, em razão do divórcio, somente admitido em casos excepcionais, porque o casamento cristão é indissolúvel e monógamo.

Segundo Biondi,¹⁴ estes enunciados colocam em prevalência a base real do matrimônio: a união de pessoas de sexo diferente. Não qualquer união sexual mas aquela que pressupõe a mais perfeita e plena comunhão de vida. Comunhão sob o aspecto total, uma *communicatio divini et humani iuris*, ou seja, na dimensão humana e divina. Na expressão “*consortium omnis vitae*”, Modestino se reporta à ideia de uma comunhão integral de vida e de bens, que reflete, sobretudo, o ideal do paganismo,¹⁵

Contudo, para a grande parte dos romanistas, no matrimônio romano, diferentemente do hodierno, não existia uma forma. Nesta visão, Schulz afirma:¹⁶

En el derecho clásico, el matrimonio se concluye mediante acuerdo no formal. No se exige por la ley, formula o acto simbólico alguno, ni colaboración de un sacerdote o magistrato, ni siquiera la inscripción en un registro oficial, (...) es solamente la libre voluntad del hombre y de la mujer lo que constituye el elemento esencial del matrimonio.

1.3 CARACTERÍSTICAS

O casamento romano tinha duas características importantes, a monogamia e o patriarcalismo.

A monogamia, uma exceção entre os povos da antiguidade, consistia na proibição de o homem ou a mulher estarem casados, simultaneamente, com outra pessoa.

O patriarcalismo se fundamentava na *auctoritas* do *paterfamilias* exercida sobre todos os *filiifamilias*, mesmo se estes já estivessem casados.

1.4 REQUISITOS PARA A VALIDADE DO CASAMENTO.

12 FUENTESECA, Pablo. *Derecho privado romano*. Madri, 1978, p. 363.

13 *Idem, ibidem*.

14 BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Cit. (nota 4 supra), p. 560.

15 Vide NOGUEIRA, Adalácio Coelho. *Introdução ao direito romano*. Rio/São Paulo: Forense, 1971, p. 09.

16 SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1960, p. 106, Apud SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 63.

Os requisitos para a validade do casamento romano se originam, *ab initio*, dos *mores maiorum* e da própria natureza da relação. Posteriormente a legislação intervém, num tempo tardio, sob a influência cristã.

De forma geral o casamento romano para ser *matrimonium iustum* e, portanto, produzir efeitos jurídicos, deveria preencher certas condições, como acentua Ulpiano: “*ustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*”.¹⁷

1.4.1 CONUBIUM.

O requisito mais antigo. Era a capacidade reconhecida pelo direito para se contrair justas núpcias¹⁸. Ou, na expressão de Carla Fayer¹⁹, “*conubium può essere definito come la capacità di formare con una data persona di sesso diverso un’unione coniugale avente valore giuridico*”.

Durante muito tempo foi pertinente tão somente aos *cives romani*.²⁰ Os estrangeiros não podiam contrair *iustae nuptiae*, porque não possuíam o *ius connubii*. Casavam de acordo com o *ius Gentium*, ou amparados no direito nacional da nação a que pertenciam.²¹

Os escravos não podiam contrair casamento justo. A união entre escravos, ou entre escravos e pessoas livres, chamava-se *contubernium*.

1.4.2 IDADE.

14 anos para o homem e 12 anos para a mulher, era a idade núbia, quando se entendia que a esse tempo, homem e mulher eram capazes de procriar.²² Era

17 Ulpiano. *Liber singularis regularum*: O casamento é legítimo se entre os que o contraem existe conúbio. E se o homem é púbere e a mulher é núbil, se se um e outro, se são *sui iuris* consentem, ou, se são *alieni iuris*, também seus pais.. Vide MOREIRA ALVES, José Carlos. Cit. (nota 9 supra), p. 293; nas Instituições de GAIO (I, 56-80) encontram-se as condições ou pressupostos para a realização do casamento romano, no que se refere ao *conubium*, impedimentos relativos a parentesco e afinidade, casamento com estrangeiro.

18 FUENTESECA, Pablo. Cit. (nota 13 supra), p. 368, afirma que *conubium* era a capacidade especificamente reconhecida pelo direito para o casamento ou licitude do matrimônio entre um homem e uma mulher da mesma estirpe.

19 FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte esconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote. Roma: L’Erma Brotschneider, 2005, p. 390.

20 A lei das XII Tábuas (449/450 a.C.) proibia o casamento entre patrícios e plebeus, restrição que foi extinta pela lei Canuléia (445 a.C.), Vide SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p.67

21 A incapacidade dos peregrinos desapareceu com o edito de Caracala ou Constituição Antoniniana, 212, que estendeu a cidadania a todos os homens livres do império, excetuando os peregrinos dedetícios. Vide SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 68; SANTOS, Severino Augusto dos. Cit. (nota 3 supra), p. 146.

22 Vide D’ORS, Alvaro. *Derecho privado romano*. Navarra: Euns, 1997, p. 49 ; MOREIRA ALVES, José Carlos. Cit. (nota 9 supra), p.299 ; Aos 14 anos, no direito antigo, perante o direito público o cidadão era considerado de maioridade, (embora contiuasse *alieni iuris* perante o direito privado, enquanto o *paterfamilias* estivesse vivo); Cf. SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 66: “A determinação da puberdade foi objecto de discussão entre sabinianos e proculeianos. Os primeiros exigiam exame físico (*inspectio corporis*); os segundos, cuja opinião terá prevalecido na época clássica, e foi acolhida no direito

a idade da puberdade, a idade viril, quando o homem vestia a toga viril, podia contrair núpcias, ingressar no exército e votar nas assembléias populares.²³

1.4.3 CONSENTIMENTO.

No pensamento de Santos Justo,²⁴ “é a vontade recíproca de os esposos se unirem e manterem unidos como marido e mulher, que se denomina *affectio maritalis* ou *mens coeunctum*”.²⁵ “Quando essa vontade deixasse de existir, na colocação de Vieira Cura,²⁶ pelo menos por parte de um deles, o vínculo matrimonial considerava-se dissolvido *ipso facto*, sem necessidade de qualquer declaração nesse sentido”.

O consentimento era imprescindível para a realização das núpcias. Nos primevos, se os nubentes fossem *alieni iuris*, o consentimento era dos *patresfamilias*, em razão da *patria potestas*,²⁷ tanto que se o filho fosse emancipado não havia necessidade desse consentimento.²⁸ A partir do principado, o consentimento é também dos nubentes, conforme se deflui da sentença de Paulo: “*Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt quorumque in potestate sunt*”;²⁹ se fossem *sui iuris*, consentimento deles próprios, não obstante, quanto à mulher, a exigência da *auctoritas tutoris*.³⁰ Havia casos, porém, que o *pater* negava o consentimento, por motivos injustificados. Cabia aos noivos recorrer ao magistrado para suprir esse consentir, nos termos da *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 a.C.).³¹

justinianeu por motivo de decoro (C.5,60,3), fixaram-na aos doze anos. Cf. GAIO I,196: “*Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. Sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant qui XIV annos explevit*”. (E Sabino e Cássio, assim como nossos outros metes, consideram púberes quem manifesta a puberdade pela compleição do corpo, isto é, quem pode gerar; mas relativamente aos que se não podem desenvolver, como os eunucos, deve-se levar em conta a idade em que os outros se tornam púberes; mas os autores da outra escola entendem deva a puberdade ser estimada pela idade, isto é, consideram púbere quem completou catorze anos); *simili modo*, I 1,22.

23 Vide D'ORS, Alvaro. Cit. (nota 23 supra), p. 49.

24 SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 65.

25 Vide VOLTERRA, Edoardo. *Matrimonio*. In ED XXV (1975), 245-270, apud SANTOS JUSTO. Cit. (nota 10 supra), p. 65; Sobre *affectio maritalis*, como imprescindível ao matrimônio, vide VOLTERRA, Edoardo. *Concubinatus (diritto romano)*, In NNDI III (1959), p. 1052; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano Cristiano*. Vol. III La famiglia. Milano: DOTT. A. Giuffrè Editore, 1954, p. 127; FAYER, Carla. *La familia romana*. Parte tersa. *Concubinatus, divorzio, adultério*. ROMA: L'Erma Bretschneider, 1994, p. 11.

26 VIEIRA CURA. Antônio A. *A união de fato (Concubinatus) no direito romano. Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianéia*. Universidade do Porto, Juris et de Jure. Porto, 1998, p. 1307.

27 D.23,2,2.

28 D. 23,2,25: “*Filius emancipatus etiam sine consensus patris uxorem ducere potest, et susceptus filius ei heres erit*”. (O filho emancipado pode esposar a mulher sem o consentimento do seu pater, e terá por herdeiro o filho que houver tido).

29 D. 23,2,25: “*Filius emancipatus etiam sine consensus patris uxorem ducere potest, et susceptus filius ei heres erit*”. (O filho emancipado pode esposar a mulher sem o consentimento do seu pater, e terá por herdeiro o filho que houver tido).

30 Não existe ponto pacífico entre os romanistas sobre a necessidade, no direito clássico, da *auctoritas tutoris* para a pupila convolar núpcias.

31 D. 23,2,19; Vide SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 69; BIONDI, Biondo. *Istituzioni*. Cit. (nota 4 supra), p. 564; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil: lus romanum*. Cit.

1.4.4 AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS.

A intervenção da legislação se fez presente quando estabeleceu determinados impedimentos de ordem ética, social e, também, religiosa, quais sejam:.

A) MONOGAMIA.

Não podiam convolar novas núpcias as pessoas casadas, considerando-se que o matrimônio romano era monógamo.³² Este era o principal impedimento.

Era necessário, portanto, o divórcio do primeiro casamento, se tivesse existido. Esta nuance se acentuou, nomeadamente, nos períodos clássico e pós-clássico,³³ tomando ou alcançando realce absoluto sob a ótica cristã, projetando-se pelo espaço e tempo infinitos e sem fronteiras.³⁴

A bigamia era considerada uma infâmia.³⁵

B) PARENTESCO

Aplicava-se o princípio da exogamia, ou seja que os cônjuges não fossem da mesma família;³⁶ Por isto, na linha reta o casamento era proibido entre ascendentes e descendentes *ad infinitum*³⁷, inclusive quanto aos adotados³⁸. Na linha colateral, no direito antigo existia impedimento até o sexto grau. Porém, a partir do final da República, os primos podiam casar. A união entre parentes em grau proibitivo de parentesco era considerada incestuosa e quem contraísse núpcias nessa condição não se considerava como tendo mulher nem filhos, segundo a expressão de Gaio: "ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere

(nota 3 supra), p. 176.

32 GAIO I,63, in fine: "(...) *alia ratione mihi nupta esse non potest quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere*" (... por outra razão não poderá casar-se comigo, a saber por não poder ela ser casada com dois, nem o mesmo ter duas mulheres).

33 Segundo VOLTERRA, Edoardo. *Matrimonio*. In ED XXV, 1975, p. 157. Este impedimento é válido somente para o direito pós-clássico. Dado o novo conceito de matrimônio, fundamentado no consentimento inicial, seria impossível constituir segundas núpcias sem haver previamente dissolvido a primeira união. No direito clássico, alega o autor, quando o matrimônio dependia da persistência da vontade efetiva dos cônjuges, tal situação não pode, de fato, verificar-se, teria que significar, necessariamente, a extinção da *affectio* da primeira união conjugal e por consequência a sua dissolução.

34 O princípio da monogamia sempre prevaleceu, não obstante as tentativas de Júlio César e Valentiniano I (séculos depois), de estabelecerem a poligamia, que não tiveram efeito algum. Vide Volterra, Edoardo. *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I*, p. 139, in Studi Arangio Ruiz, III.

35 A bigamia, considerada infâmia, era por lei sujeita a pena de estupro ou adultério. Vide D.3,2,1; C. 5,5,2; Vide Biondi, Biondo. *Istituzioni*. Cit. (nota 4 supra), p.581.

36 Vide FUENTESECA, Pablo. Cit. (nota 13 supra), p. 369.

37 I. 1,10,1 : « (...) *inter eas enim peronas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam vel avum et neptem vel matrem et filium, vel aviam et nepotem et usque ad infinitum* ». (... assim, as pessoas que estão na relação de ascendentes e descendentes não podem contrair núpcias; como, entre pai e filha, ou avô e neta, ou mãe e filho, ou avó e neto, até o infinito); *simili modo*, GAIO I,59.

38 Vide D. 28,2,54.

videtur, neque líberos".³⁹

O parentesco ou relação de consanguinidade, durante todo o Direito Romano, foi sempre motivo de invalidade do casamento. Certamente, isto não se deve às leis (*ius scriptum*), mas aos *mores maiorum*.

C) AFINIDADE.

Não era impedimento até a República. A partir do Império, era proibido o casamento entre afins na linha reta;⁴⁰ na época cristã essa proibição se estendeu à linha colateral.⁴¹

D) CONDIÇÃO SOCIAL.

No princípio era proibido o casamento entre patrícios e plebeus, conforme estabelecia a Lei Decenviral.⁴² Entretanto, a Lei Canuléia (445 a.C.), acabou com esse impedimento.

E) CAPACIDADE MENTAL.

Os *furiosi*, os loucos, não podiam contrair matrimônio. Contudo se a loucura fosse superveniente às núpcias o casamento não seria desfeito.

F) OUTROS MOTIVOS.

De acordo com uma disposição da *Lex Iulia de Adulteriis*, confirmada pela *Lex Iulia et Papia*, a mulher condenada por adultério, por motivos éticos, não podia contrair matrimônio. Segundo Ollis Robleda, essa lei “*teria convertió el adulterio de la uxor en crimen, o delito lesivo del bien público, condenable por tanto, con juicio público, y a penas del mismo carácter*”.⁴³ práticos e políticos, sob pena de infâmia, o casamento do tutor, seus descendentes ou ascendentes, com a pupila, antes da prestação de contas, e dela atingir 25 anos.⁴⁴ No direito pós-clássico essa regra aplicou-se ao curador.

De acordo com uma constituição de Constantino, não podia casar o raptor com a raptada, mesmo que ela tivesse consentido no rapto; o governador ou magistrado de uma província, com mulher do mesmo lugar, enquanto durar sua função.⁴⁵

39 GAIO I,64: “Logo, quem contrair núpcias nefárias e incestuosas, não se considera como tendo mulher, nem filhos”.

40 GAIO I,63 (vide nota 33 supra);

41 C. 5,5,5; Vide FUENTESECA, Pablo. Cit. (nota 13 supra), p. 373.

42 Vide nota 21 supra.

43 OLLIS ROBLEDA, s. j. *El matrimonio em derecho romano*. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970. P. 198.

44 D,23,2,59-60.

45 C. Theod. 24,11; C.5,4,6; D.23,2,23; D. 23,2,42,1;.

A viúva, antes dos dez meses seguintes à dissolução do casamento pela morte do marido.⁴⁶ Proibição que Justiniano dilatou para 12 meses e estendeu ao divórcio, mas que não se fundamentava no sentimento, mas para evitar dúvidas quanto à paternidade (*turbatio sanguinis*).⁴⁷

Na legislação cristã era vetado o casamento entre hebreus e cristãos, entre padrinho e afilhada.⁴⁸

A *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, trazia no seu bojo, também, várias proibições: o casamento entre senadores e os descendentes de senadores com libertos.⁴⁹ Proibição que foi atenuada por Justiniano, ao estabelecer que não se rompesse o matrimônio já constituído. Mas no direito das Novelas foi abolido;⁵⁰ entre senadores e atrizes teatrais; entre ingênuo e mulher de vida fácil (meretrizes, mulheres condenadas em julgamentos públicos, condenadas ou surpreendidas em adultério) Todas essas proibições foram atenuadas por Justiniano.⁵¹

Assim, constata-se que, na sua trajetória multissecular, o casamento sofreu mutações de vários matizes, desde a concepção primeva de sujeição da mulher à família (*conventio in manum*) até o surgimento de um sentimento verdadeiro e profundo que se inspira na *affectio maritalis* e na *honor matrimonii*, que tomaram expressão e significado com o cristianismo.⁵²

A realização do casamento sem o preenchimento de um dos requisitos necessários à sua validade, ensejava a sua nulidade, que podia ser invocada ou intentada em qualquer momento pela parte interessada. Quando assim ocorria, além do casamento ser nulo, o impedimento acarretava pena aos nubentes.

1.5 EXTINÇÃO DAS IUSTAE NUPTIAE

O casamento romano se extinguia por várias causas: divórcio, a morte de um dos cônjuges; a perda de *ius connubii*, determinada pela *capitis deminutio* referente a *libertas* ou a *civitas*, conforme se deflui da sentença de Paulo: “*Dirimitur matrimonium, divortio, morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*”.⁵³

46 D. 3,2,11,1.

47 Vide Lei das XII Tábuas IV, III; C.5,9,2; C.5,9,5; C.5,17,9; SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 77.

48 C.5,4,26,2.

49 D.23,2,23: “*Lege papia cavetur, omnibus ingenuis praeter Senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere*”. (Dispõe-se na *lex papia*, que a todos os ingênuos, exceto os senadores e seus filhos, lhes é lícito tomar por mulher uma liberta). Vide C. 5,27,1; D. 23,2,16.

50 Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (nota 2 supra), p. 204.

51 *Idem, ibidem*. p. 205.

52 Vide CORREIA, Alexandre; GAETANO, Sciascia. *Manual de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 124; VIEIRA CURA, Antônio A. Cit. (nota 27 supra), p. 1307.

53 D.24,2,1: “*Dissolve-se o matrimônio pelo divórcio, pela morte, pelo cativo ou por outra servidão que sobrevenha a qualquer dos cônjuges*”; Cf. BIONDI, Biondo, *Istituzioni*, cit. (nota 4 supra), p.569. O matrimônio se dissolve se um dos cônjuges torna-se escravo. O caso mais importante era aprisionamento de guerra. Não era possível a reintegração pelo *ius postliminium*. No direito justiniano,

1.5.1 O DIVÓRCIO.

O divórcio é o desaparecimento da *affectio maritalis* em um dos cônjuges ou em ambos. Se o consenso é essencial ao casamento, quando este sentimento desaparece, a vida em comum não pode subsistir. Para a sua ocorrência fazia-se necessária a existência do casamento justo. Segundo alguns autores, não existia uma forma para o divórcio,⁵⁴ não obstante, no tempo antigo, a exigência de uma cerimônia contrária, o *discensus* ou *difarreatio*, quando os esposos compareciam perante o altar de Júpiter, com as fisionomias carregadas de amargura e ódio, agora sem cortejo, sem pagens, sem cânticos, sem partilha do *panis farreus*, lançando impropérios e maldições um contra o outro.⁵⁵ A mulher renunciava aos deuses e antepassados do marido, cessando a comunhão de culto e tudo por extensão, porquanto, a união sagrada, o *consorcium omnis vitae* deixara de existir.⁵⁶

Nos tempos primitivos o divórcio era uma raridade, em razão da severidade dos costumes que o reprovava. O marido não repudiava a mulher, salvo nos poucos casos admitidos pelos *mores maiorum*, como a esterilidade feminina, porque não tendo filho não possibilitava a continuidade da família, a perpetuidade do culto do fogo sagrado.

A degradação dos costumes fez desaparecer as antigas crenças e os antigos valores. Assim, no final da República, com os costumes já estavam corrompidos, o divórcio se tornou uma constante, tomando forma abusiva, nomeadamente entre pessoas de classe social elevada.⁵⁷

No Império, Augusto, na tentativa de coibir os abusos e diminuir o número de divórcios, editou a *Lex Iulia de Adulteriis* (18 a.C), impondo uma forma precisa: o repúdio (oral ou redigido por escrito), feito na presença de sete testemunhas, cidadãos romanos púberes. Se o repúdio não fosse comunicado, o divórcio não contudo, o cônjuge livre não podia contrair outro matrimônio enquanto perdurasse o cativo do outro, senão após transcorridos cinco anos e fosse incerta a sobrevivência do cônjuge. Se um dos dois perde a cidadania, como no caso da condenação pela interdição do fogo e da água, substituída pela deportação, o matrimônio é dissolvido no direito clássico, mas perdura com Justiniano; Vide SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 85; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (2 supra), p. 240; FUENTESECA, Pablo. Cit. (nota 13 supra), p. 382

54 Segundo BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (nota 2 supra), p. 245. “*Si disputa circa le forme del divorzio. A rigore l'essenza del matrimonio non comporta formalità nell'atto di scioglimento: tener presente questo punto giova ala soluzione di vari problemi*”. Cf. o mesmo autor, em *Stituzioni di diritto romano*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 570, O divórcio, como o casamento, não estão sujeitos a nenhuma forma, bastante um simples aviso verbal ou escrito (*libelus repudii*) ou por meio de representante (*nuntius*). Contudo, a vontade deve ser séria e definitiva.

55 Cf. BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. Cit. (nota 57 supra), p. 570, a *difarreatio* significa a separação da família do marido ou a remancipação, mercê da qual a mulher é restituída à sua família de origem.

56 Cf. DION. DE HALICARNASSO, II,25 (apud COULANGES, cit. (nota 01 supra), p.39; Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 59.

57 O divórcio era praticado tanto pelo homem quanto pela mulher. Segundo SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra) “Desde a época de Cícero, a mulher usou e abusou da prática do divórcio, mesmo *sine causa* (Cf. Cicero, Top. 4; *Ad fam* 8,5; 8,7; *Ad Att.* 11,23; *pro CL.* 5), a ponto de Sêneca falar de mulheres que contam os anos não pelos cônsules, mas pelos maridos, divorciando-se para casar e casando para se divorciar”.

seria válido e os cônjuges legalmente continuavam marido e mulher.⁵⁸

Existe, contudo uma controvérsia, levantada por Bonfante, segundo o qual a *lex Iulia* introduziu esta forma exclusivamente para o repúdio *in strictu sensu*, ou seja o divórcio voluntário de uma das partes. No caso do divórcio por mútuo consentimento ou *bona gratia*, esta forma não se fazia necessária.⁵⁹

Os imperadores cristãos, sob a influência da Igreja, que pregava a indissolubilidade do matrimônio, começaram a combater o divórcio, contudo, sem proibi-lo. Constantino, admitiu que o marido ou a mulher pudessem repudiar um ao outro, quando tivessem um motivo extremamente grave, por exemplo: a mulher fosse declarada culpada por adultério ou por envenenamento; o marido se réu de homicídio, envenenamento ou violação de sepulcro.⁶⁰

1.5.2 O DIVÓRCIO NO DIREITO JUSTINIANEU

Justiniano, através da Novela 117, do ano de 542, tomou uma posição mais severa quanto ao repúdio unilateral, ao estabelecer as causas que podiam motivá-lo:

A) *DIVORTIUM EX-IUSTA CAUSA*:

Era movido pela vontade unilateral de um dos cônjuges em razão da culpabilidade do outro. Promovido pelo marido nos casos de a mulher houvesse maquinado contra a vida do imperador; se a mulher fosse demandado por adultério e condenada; tivesse praticado aborto voluntário; se ela houvesse ameaçado a vida do marido ou não houvesse revelado a ameaça de outrem; se contra a vontade do marido fosse à banquete ou banhos públicos com outro homem; ou frequentasse casa de outros que não fossem seus genitores; se ela frequentasse espetáculos públicos.

Causas que justificavam o repúdio por parte da mulher: se o marido conspirasse contra o imperador; se o marido houvesse ameaçado a vida da mulher ou não revelasse ameaça que tivera notícia; se houvesse tentado desonrá-la, abandonando-a a outro; se o marido, na própria casa ou na mesma cidade,

58 Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (nota 2 supra), p. 246. Segundo o autor, esta forma estava contida na *lex Iulia*, conforme Ulpiano (D.38,1) e é, também, assegurada por Suetônio quando relata que Augusto “*divortiis modum imposuit*”(SUET, Aug. 34); Cf. SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 89. “A romanística discute se originariamente os vocábulos *repudium* e *divortium* teriam significados diferentes: *repudium* poderá ter sido o ato pelo qual se manifestava a vontade de dissolver o matrimônio; e *divortium* o efeito, ou seja, a dissolução.

59 *Idem*, *ibidem*.p. 247; Cf. SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil. Ius Romanum*. Cit. (nota 3 supra), p. 184. Até a época dos imperadores cristãos, *divortium* indicava a ruptura pela vontade bilateral dos cônjuges ou pela vontade de um deles. A partir desse tempo, contudo, *divortium* passou a expressar o rompimento do matrimônio pela vontade de ambos os cônjuges, e *repudium*, a ruptura unilateral das justas núpcias.

60 Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (nota 2 supra), p. 257; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil*. Cit. (nota 3 supra), p. 184.

convivesse com outra mulher.⁶¹

B) *DIVORTIUM BONA GRATIA*:

Quando do entendimento dos cônjuges, ou apenas um, justificado por causa legítima, da qual nenhum era culpado, como, esterilidade, impotência ou voto de castidade, ou ainda, ausência, sem notícias, do marido por mais de cinco anos.⁶²

C) *DIVORTIUM SINE IUSTA CAUSA*:

Era o *repudium*. Significava o ato pelo qual se manifestava a vontade de dissolver a sociedade conjugal, que somente tornou-se possível à mulher com o casamento *sine manu*. É a separação pela vontade unilateral de uma das partes, geralmente o homem. Mas a mulher estava, de certa forma, protegida, como estabelece a Lei Decenviral: “o homem que repudiar sua mulher deverá apresentar as causas do seu repúdio”.⁶³ Mas estamos a tratar de um direito de mais de treze séculos.

D) *DIVÓRCIO EX COMMUNI CONSENSUS*.

Fundamentado na vontade das partes. Justiniano proibiu o divórcio pelo mútuo consenso, estabelecendo que o mesmo não era lícito senão em razão do voto de castidade feito por um dos cônjuges.⁶⁴ Contudo, o mesmo foi restabelecido por Justino.⁶⁵

O cristianismo influenciou a legislação. À luz da nova doutrina, o divórcio é negado, apesar de permitido na lei mosaica. Jesus Cristo justificava essa permissividade ao alegar que assim se procedia em razão da dureza dos corações humanos. Mas consagrava a divindade e indissolubilidade do vínculo matrimonial e repugnava o divórcio ao sentenciar: “Não separe o homem o que Deus uniu”.⁶⁶

I.5.3 A MORTE DE UM DOS CÔNJUGES DISSOLVE O CASAMENTO.⁶⁷

“*Mors omnia solvit*”, celebra o ditame no tempo eternizado. Juridicamente, no entanto, a sentença é uma falácia, porquanto, somente se extinguem as obrigações personalíssimas, como ocorre no casamento. As demais passam aos herdeiros, que sucedem nas relações jurídicas o lugar do defunto.⁶⁸

I.5.4 PERDA DO *IUS CONUBIUM*.

61 Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (nota 04 supra), p. 260.

62 *Idem, ibidem*, p.266; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civi. Ius romanum*. Cit. (nota 02 supra), p. 184s.

63 Lei das XII Tábuas, VI, 9.

64 Nov. 117,10.

65 Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Cit. (nota 4 supra), p. 572.

66 Mc. 19,9.

67 D. 24,2,1; Vide FUENTESECA, Pablo. Cit. (nota 13 supra), p. 382; SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 85.

68 D.8,4,13: *Heres succedit in ius in locum defuncti*.

Ocorria em razão de uma incapacidade superveniente, referente ao *status civitatis* ou *libertatis*, ocorrendo uma *capitis deminutio máxima* ou *media*; e também por algum impedimento especial.⁶⁹

No que concerne a *capitis deminutio máxima*, pela perda do *status libertatis*, no direito antigo a prisão por guerra com a redução à escravidão extinguiu o casamento, porquanto deixavam de existir as condições imanentes à sua existência, segundo o direito do *postliminium*. Contudo, se o prisioneiro alcançasse a liberdade e retornasse à pátria podia começar um novo vínculo conjugal com a antiga mulher. No direito justinianeu, ao contrário, estabeleceu-se que o matrimônio não se dissolve pela captura de um dos cônjuges, senão depois de decorrido cinco anos, quando a sobrevivência do cativo é incerta. *In casu*, o cônjuge sobrevivente pode se considerar liberado do vínculo conjugal. Trata-se do *divortium bona gratia factum*. Todavia, se o cônjuge livre, apesar da proibição, convolasse novas núpcias antes do passar dos cinco anos, estava sujeito a uma pena em razão do divórcio ilícito, realizado sem justa causa.⁷⁰

A perda da cidadania, até a época clássica significava a extinção do *ius connubii* e por consequência, o casamento deixava de existir porque era uma instituição pertinente tão somente aos *cives romani*. No direito de Justiniano esta regra deixa de vigorar.⁷¹

69 Eram casos de impedimento especial, por exemplo, o incesto, o matrimônio de um senador com mulher que praticasse artes lúdicas. Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (nota 2 supra), p. 240.

70 Vide BONFANTE, Pietro. *Corso de diritto romano*. Cit. (nota 2 supra), p.241s; Cf. SANTOS JUSTO, A. Cit. (nota 10 supra), p. 87. A pena se referia a perda da doação antenupcial (mulher) e do dote (homem),.

71 Em BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. (nota 2 supra), p. 243, se encontra o exemplo da deportação, pela qual, nos tempos históricos, se perdia a cidadania, como se perdia pela *aqua et igni interdictio*. No direito imperial, a deportação não extingue o casamento já celebrado. Contudo, mesmo na época de Justiniano, o casamento não subsiste senão entre os *cives romani*. O deportado, tendo perdido a cidadania, o matrimônio não produz todos os efeitos jurídicos à luz do *ius civile*, mas constitui o que se denomina *matrimonium ius gentium*.

2. O CASAMENTO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

2.1 DEFINIÇÕES

Segundo Maria Helena Diniz,⁷² “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.” A autora reforça essas ideias com a clássica definição de Clóvis Beviláqua:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.⁷³

Para Roberto Lisboa, “casamento é a união solene entre sujeitos de sexos diversos entre si, para constituição de uma família e a satisfação de seus interesses personalíssimos, bem como de sua eventual prole.”⁷⁴

Por sua parte, Silvio Venosa,⁷⁵ faz referências às definições de “*nuptiae*” encontradas no *Ius Romanum*⁷⁶. Além de transcrever Guillermo Borda:⁷⁷ “a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”; e os conceitos de Washington de Barros Monteiro:⁷⁸ “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”; e de Sílvio Rodrigues:⁷⁹ “O casamento é o contrato do direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Todas as definições, de todas as épocas, consagram o casamento como a união permanente de pessoas de sexos diferentes, que se confundem numa só, sob os eflúvios da *affectio maritalis* e da *honor matrimonii*, tendo por fim a

72 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º volume: direito de família*. 22. ed. rev. e atual, de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35. A autora ressalta as definições de Modestino (D.23,2,1) e a de Justiniano (I.1,9,1), como as mais célebres dentre todas as definições. E *simili modo* a tantos civilistas pátrios, corrobora a doutrina romanista, ao afirmar que: “o fundamento básico do casamento, da vida conjugal (...) é a afeição entre os cônjuges (...) e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida”, sendo a ruptura dessa união (...), como o divórcio, “uma decorrência da extinção da *affectio* uma vez que a comunhão espiritual e material de vida entre marido e mulher (...) não pode ser mantida ou reconstruída”.

73 Idem, *ibidem*. p. 36.

74 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, v.5: direito de família sucessões*. 5º ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43.

75 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. (Coleção direito civil, v. 6), 3ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

76 D. 23,2,1; I. 1,9,1.

77 BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: família*. Vol. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 45.

78 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

79 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Direito de família*. 27ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

procriação, a ajuda mútua e a educação da prole⁸⁰. Contudo, diferentemente da doutrina romanista, que considerava o casamento como um estado civil das pessoas, realizado sob a inspiração da religião, mas sem forma legal prevista,⁸¹ no direito civil atual está incorporado na teoria dos contratos, com a exigência da solenidade de sua celebração e efeitos jurídicos decorrentes.

2.2 CARACTERÍSTICAS

Dentre as características do casamento hodierno, destacam-se: a liberdade de escolha do nubente, que tem como pressuposto, a diversidade de sexos e a solenidade da celebração que, segundo Maria Helena Diniz,⁸² “garante a manifestação do consentimento dos nubentes, sua publicidade e validade”; indissolubilidade da união; a plena e exclusiva comunhão de vida, fundamentada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. e, por fim, ou por início, a monogamia.⁸³

2.3 REQUISITOS

2.3.1 IDADE.

É a capacidade física determinada pela *mater natura* para a concretização do casamento. A lei exige a idade da puberdade, materializada aos 16 anos, mediante a autorização dos pais ou de seus representantes legais.⁸⁴ É a presunção legal que nesta idade, tanto o homem quanto a mulher tem a capacidade para a procriação. Torna-se possível, no entanto, o casamento dos menores de 16 anos, nos termos do art. 1.520 do Código Civil, *in verbis*: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (...) para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”.

2.3.2 CONSENTIMENTO.

80 Segundo MONTEIRO, Washington de Barroa. Cit. (nota 79 supra), p. 41. Na concepção supraindividualista da doutrina primitiva, calcada em Santo Agostinho, os objetivos do casamento eram *proles, fides, sacramentum*. Procriação, o objetivo principal do casamento. A fé, a fidelidade entre os cônjuges. Sacramento, “o instrumento da graça, fazendo da união conjugal um veículo para a santificação”. Em nossos dias, contudo, ainda segundo o autor, a procriação, embora possa ser o objetivo para muitos, não alcança todos os casais. E ressalta a impossibilidade desse fim no casamento *in extremis vitae momentis* e no de pessoas em idade avançada, quando a capacidade *generandis* não acontece mais. A mútua assistência, então, prevista no art. 231, III, do Código de 1916 e art. 1.566, III, do Código vigente, é o principal instrumento para que os cônjuges alcancem o bem comum”.

81 Vide nota 8 e 9 supra.

82 DINIZ, Maria Helena. Cit. (nota 73 supra), p. 42; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27 e 81; Cf. este autor, p. 81, “O casamento é cercado de um verdadeiro ritual, com significativa incidência de normas de ordem pública. Constitui negócio jurídico solene. As formalidades atribuem seriedade e certeza ao ato, garantem e facilitam sua prova e resguardam o interesse de terceiros no tocante à publicidade da sociedade conjugal”; Vide MONTEIRO, Washington de Barros. Cit. (nota 79 supra), p. 39 e 141..

83 A monogamia é princípio prevalente no *Ius Romanum* e também no direito pátrio, no Art. 1521, VI: “Não podem casar as pessoas casadas”. Vide LISBOA, Roberto Senise. Cit. (nota 75 supra), p. 47s.

84 Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil

O consentimento dos nubentes é considerado o elemento principal do casamento.⁸⁵ Anuência de ambos os cônjuges se tiverem atingido a maioridade, do qual, por força da lei, resultam os efeitos do matrimônio.⁸⁶ Também dos pais ou representantes legais se aqueles tiverem menos de 18 anos.⁸⁷ No caso de denegação do consentimento pelos pais ou representantes legais, se não estiver fundamentado numa causa justa, poderá ser suprimido pelo juiz.⁸⁸

2.3.3 AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS.

Impedimento é todo fato jurídico que possa obstacular a validade, a eficácia ou a regularidade do casamento,⁸⁹ não se confundindo com os pressupostos. A pessoa impedida de casar, segundo Silvio Venosa,⁹⁰ “não está incapacitada de fazê-lo, como regra geral; não pode apenas contrair casamento com certas pessoas”.

De acordo com a doutrina civilista não podem casar:⁹¹

Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil.⁹² Trata-se de impedimento relativo à consanguinidade e à adoção, ou seja, parentesco *aut natura aut iure*, na linha reta, impeditivos da celebração do casamento, *ad infinitum*. As núpcias celebradas por pessoas nessa situação são consideradas incestuosas.

A afinidade na linha reta, ou seja, entre sogra e nora, sogra e genro, padastro e enteada, madrasta e enteado, também constitui impedimento matrimonial.⁹³

A adoção, ao estabelecer o parentesco civil, também constitui impedimento.⁹⁴ É a aplicação do vetusto princípio: “*adoptio enim naturam imitatur*, encontrado nas Instituições de Justiniano.⁹⁵ Por consequência, não podem convolar núpcias o adotante com quem foi cônjuge do adotado; tampouco o adotado com o filho do adotante, por serem irmãos.⁹⁶

No que pertine ao parentesco na linha colateral, não podem casar “os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive”.⁹⁷ É a *cura legis*, para evitar problemas de natureza eugênica.

85 Vide MONTEIRO, Washington de Barros. Cit. (nota 79 supra), p.39.

86 *Idem, ibidem*.

87 Vide nota 85 supra.

88 Art. 1.519 do Código Civil

89 Vide LISBOA, Roberto Senise. Cit. (nota 75 supra), p. 66.

90 VENOSA, Silvio de Salvo. Cit. (nota 76 supra), p. 78.

91 Art. 1521, I – VII. Nos incisos I, II, III, IV e V estão previstos os impedimentos referentes ao parentesco, à afinidade e à adoção, respectivamente.

92 Art. 1.521, I.

93 Art. 1.521, II.

94 Art. 1.521, III.

95 I. I, II, 4.

96 Art. 1521, III e V.

97 Art. 1521, IV.

Impedidas, também, estão as pessoas casadas.⁹⁸ É o princípio da monogamia, que somente desaparece com a dissolução do matrimônio pela morte ou pelo divórcio. A bigamia é crime estatuída no Art. 235 do Código Penal: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento. Pena: reclusão de 2 a 6 anos”.

O art. 1.521, VII, trás no seu bojo o *impedimentum criminis*. Não pode casar “o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”. Segundo Roberto Gonçalves,⁹⁹ o dispositivo embora não tenha feito nenhuma distinção, abrange somente o homicídio doloso. No crime culposo não existe o *animus*, a intenção determinada para a prática da ilicitude.

2.3.4 CAUSAS SUSPENSIVAS.

Além dos impedimentos, a lei apresenta causas suspensiva, ou seja, circunstâncias capazes de evitar a realização do casamento, se arguidas tempestivamente por pessoas legitimadas a fazê-lo.¹⁰⁰ Assim, nos termos do art. 1.523, I, II, III e IV não devem casar:

“O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros”(I). Contudo se infringidas não provocam nulidade ou anulabilidade do casamento. Mas será necessária a celebração compulsória de novas núpcias, sob o regime de separação de bens. Se comprovadamente não houve prejuízo de terceiro, a causa poderá se suspensa pelo magistrado.¹⁰¹ os contraentes poderão requer Na visão de Gonçalves,¹⁰² essas causas têm por finalidade preservar interesses de terceiros, “em geral da prole (herdeiros) do leito anterior (evitando a confusão de patrimônio e de sangue)”, também do ex-cônjuge, do tutelado ou curatelado.

A fim de evitar dúvidas sobre a paternidade (*turbatio sanguinis*, dos romanos) que presumidamente poderá ocorrer com o nascimento de um filho até dez meses do falecimento do marido, a “viúva ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado (II), não deve casar.

O divorciado não pode casar, enquanto não for homologada ou decidida a partilha dos bens do casal. (III).

Por fim, objetivando a proteção do patrimônio do tutelado ou curatelado, não podem casar, “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” (IV).

98 Art. 1.521, VI.

99 GONÇALVES, Carlos Roberto. Cit. (nota 83 supra), p. 63.

100 *Idem, ibidem.* p. 67.

101 Art. 1.523 do Código Civil.

102 GONÇALVES, Carlos Roberto. Cit. (nota 83 supra), p. 67.

2. 4 EXTINÇÃO OU DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.

No art. 1571, *caput*, o legislador faz referência à extinção da sociedade conjugal. Contudo, acrescenta no § 1º, que o casamento válido somente se dissolve com a morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se quanto ao ausente o princípio da morte presumida.

3. COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO ROMANO E O DIREITO CIVIL BRASILEIRO.

DIREITO ROMANO

3.1. DEFINIÇÃO:

De acordo com as Institutas de Justiniano, "*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitae consuetudinem continens.* (I.1,9,1)

Para Modestino, "*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divinae et humani iuris communicatio* (D.23,2,1).

O casamento romano era um consórcio para toda a vida, comunicação do direito divino e humano. A igualdade de direitos não existia. A mulher estava submetida à *manus do marido* (quando ele fosse *sui iuris*) ou do *paterfamilias* deste (quando *alieni iuris*).

3.2 CARACTERÍSTICAS:

- Monógamo
- Patrircal

3.3. REQUISITOS:

-O homem com 14 e a mulher com 12 anos (idade nupcial, quando atingiam a puberdade) podiam casar, com o consentimento dos respectivos *patres*.

Se o *paterfamilias* tivesse morrido ou se os filhos fossem emancipados, tornavam-se *sui iuris* e o consentimento era dos próprios nubentes.

Se o *pater* negasse o consentimento por motivos injustificados, cabia aos noivos recorrerem ao magistrado que poderia suprir esse consentir (*Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*. 18 a.C.).

3. 4 IMPEDIMENTOS

Não podiam casar:

-Os parentes na linha reta, inclusive quanto aos dotados; -Os afins na linha reta (a partir do final da República);

-Os colaterais, no direito antigo, até o 6º grau; no final da República, os parentes na linha colateral em 4º grau. -As pessoas casadas. Era o princípio da

monogamia (D.3,2,1), único entre os povos da antiguidade;

-A mulher condenada por adultério (*lex Iulia de Adulteris*, 18 a.C.); no direito justinianeu podia casar-se, exceto com seu cúmplice;

-Ao tempo de Justiniano, o raptor com a raptada, mesmo que ela tivesse consentido no rapto;

-O homem e a mulher *alieni iuris*, sem autorização dos respectivos *patres*.

A viúva, antes dos dez meses seguintes à dissolução do casamento pela morte do marido, proibição que Justiniano estendeu ao divórcio;

-Ao tempo de Marco Aurélio, o tutor, seus descendentes ou ascendentes com a pupila, antes da prestação de contas e ela atingir 25 anos. O direito pós clássico essa regra aplicou-se ao curador.

-O governador ou magistrado de uma província com mulher do mesmo lugar, enquanto durar sua função;

3.5 NULIDADES:

Era nulo o casamento realizado pelo *furiosus*. E sem o preenchimento de um dos requisitos necessários.

3.6 EXTINÇÃO DAS *IUSTAE NUPTIAE*:

As Justas Nupcias terminavam:

-Com a morte de um dos cônjuges; perda do *ius connubii*; quando um dos cônjuges sofresse uma *capitis deminutio* referente ao *status libertatis* ou *civitatis*; pelo divórcio ou repúdio.

DIREITO CIVIL BRASILEIRO LEI N.º 10.406, DE 10 / 01 / 2002

3.1. DEFINIÇÃO:

Para a doutrina civilista, o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.¹⁰³

Casamento é “A união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”¹⁰⁴

¹⁰³ Vide DINIZ, Maria Helena. Cit. (nota 73 supra), p.39.

¹⁰⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Cit. (nota 79 supra), p. 12.

Art. 1511 – O casamento estabelece comunhão de vida, com base na igualdade de direito e deveres dos cônjuges

3.2 CARACTERÍSTICAS

-Monogamia Art. 1521 C.C: Não podem casar: VI
– As pessoas casadas.

3.3 REQUISITOS:

Art. 1.517 – O homem e a mulher com 16 anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, ou de seus representantes legais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1631.

Art. 1.519 – A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

3.4 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.

X – sem dispositivo correspondente¹⁰⁵

XI – sem dispositivo correspondente¹⁰⁶

XII – (Art. 1.517, caput) – O homem e a mulher com 16 anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Art. 1.523 II: – A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

IV – O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos,

¹⁰⁵ O Código de 1916, inspirado no Direito Romano, estabelecia no seu Art. 183,VII, que não podia casar o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.

¹⁰⁶ O código de 1916, no seu art. 183, X, estabelecia que não podia casar o raptor com a raptada, enquanto esta não se achasse fora do seu poder e em lugar seguro.

cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

XVI – sem dispositivo correspondente¹⁰⁷

3.5 NULIDADES:

Art. 1.548 – É nulo o casamento contraído: I-pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – por infringência de impedimento.

3.6 EXTINÇÃO DO CASAMENTO

Art. 1.571 – A sociedade conjugal termina:

I – Pela morte de um dos cônjuges;

II – Pela nulidade ou anulação do casamento;

III – Pela separação judicial;

IV – Pelo divórcio;

§ 1.º -O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente

¹⁰⁷ O Código de 1916, no seu art. 183, XVI, preceituava: o juiz ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tivesse exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho visou estabelecer a relação do Direito Romano com o Direito Civil Brasileiro atual no universo do direito de família, particularmente as *iustae nuptiae* ou matrimônio.

A exiguidade imperiosa do espaço e a pressa do tempo impediram uma análise abrangente do assunto, limitado às definições, características, requisitos e extinção do casamento no mundo romano, dispersas no nosso ordenamento jurídico civil.

As definições se identificam na essência da *affectio maritalis* e da *honor matrimonii*. A monogamia constitui uma das características. A idade, consentimento e ausência de impedimentos (relativos a parentesco, afinidade, adoção, capacidade mental, tutela e viuvez da mulher) falam dos requisitos. O divórcio e a morte materializam a extinção.

Num rápido vislumbre comparativo pode-se constatar a grandiosa influência do *ius romanum* sobre o nosso direito civil. Influência proclamada e resgatada por romanistas de todas as épocas, dentre eles o Eminentíssimo Professor Sílvio Augusto de Bastos Meira, em cuja homenagem se realiza este congresso. Influência tão comprovada em pesquisa realizada por Abelardo Lobo ao referir-se ao Código Civil de 1916

Mas, que é a lei nacional, que é a lição dos nossos mestres, senão um conjunto de regras jurídicas formuladas sob a influência do Direito Romano e com utilíssimos subsídios por ele fornecidos? Se passarmos em revista os 1.807 artigos do nosso Código Civil, verificaremos que mais de quatro quintos deles, ou sejam 1.445, são produtos da cultura romana, ou diretamente apreendidas nas fontes da organização justinianéia, ou indiretamente das legislações que aí foram nutrir-se largamente.¹⁰⁸

Nesta percepção o passado se faz presente, como se verdadeiramente não existisse “nada de novo debaixo do sol”,¹⁰⁹ impondo a necessidade do ensino do Direito Romano em nossas escolas jurídicas, porque é imprescindível, em razão de ser uma disciplina formativa, que propicia um embasamento valioso para a aprendizagem do Direito Civil.

Nas Faculdades de Direito de João Pessoa, PB, onde lecionamos e aprendemos Direito Romano há quase três décadas (CCJ/UFPB e Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ), temos cerca de mil alunos, por semestre, matriculados na disciplina, que é obrigatória na grade curricular. O método empregado é o ensino histórico-comparativo. Assim, após cada instituto do

¹⁰⁸ LOBO, Abelardo. Curso de direito civil. v. III. Rio de Janeiro: Álvaro Pinto, 1931. P.13.

¹⁰⁹ Ecl. 1,9: *O que foi é o que será. E o que se fez é o que haverá de se fazer. Nada há de novo debaixo do sol*”.

Direito Romano, vamos identificar onde o mesmo se reflete ou se faz presente no Código Civil Brasileiro (pessoas, coisas, obrigações e sucessões).¹¹⁰ Destarte, apresentamos a matéria não somente como um direito histórico, mas como um direito que permanece atual, que o homem coevo ainda não conseguiu suprimir, suplantar ou reinventar.

Na justificativa deste *modus procedendi* é sempre de bom conselho relembrar as palavras de Lacerda de Almeida,¹¹¹ um dos maiores civilistas que o Brasil conheceu, ao comentar a reforma Francisco Campos, na década de 1930, que retirou o Direito Romano do bacharelado para o doutorado:

Não terminarei este já longo prefácio sem levantar um protesto (inútil já se vê) que repercutirá forte, creio bem, entre os amantes dos estudos sérios e não de baboseiras, contra a supressão do direito romano do curso de bacharelado. Suprimir direito romano? Dito isto em roda de entendidos ninguém o acreditaria. Como será possível explicar com clareza e esperança de resultado, institutos de direito civil sem ir procurar-lhes a origem no direito romano, donde derivam quase todos? Lamento que tamanha falta, verdadeiro crime de lesa-ciência tenha sido perpetrado em nome dos que propalam que vêm renovar e restaurar os cursos jurídicos entre nós.

E assim vamos e vamos, trôpego caminheiro e aprendiz de professor, “ (...) espalhando por toda parte, se a tanto nos ajudar o engenho e a arte”,¹¹² a grandeza, o significado e a importância do maior monumento jurídico que o mundo conheceu e cantou: o Direito Romano.

Infelizmente muitos “entendidos” de hoje desconhecem essa história. E, gravame maior, alguns ainda carregam no peito a petulância de se considerarem juristas, mestres e doutores em direito que, como norma, nasceu num tempo que se não tem memória; mas como ciência teve seu berço na Roma dos Césares.

110 Nesta direção, temos um livro texto organizado: SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius Romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

111 LACERDA DE ALMEIDA, em prefácio ao *Curso de direito romano*, de Abelardo Lobo. In MOREIRA ALVES, José Carlos; *O direito romano na formação dos civilistas brasileiros até o advento do Código Civil*. Iudex XIV, 1986, p. 245

112 LUIZ DE CAMÕES. *Os lusíadas*. Canto primeiro, 2. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda.p.13

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. São Paulo: Red Livraria Editora e Distribuidora, 2001. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano Cristiano*. v. III. La famiglia. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1954.

_____. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1956. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. V. I. Diritto di famiglia. Roma: Attilio Sampaolesi Editore, 1925. _____. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1987.

BORDA, Guillermo. *Tratado de derecho civil*. v. I. Familia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

CORREIA, Alexandre; GAETANO, Sciascia. *Manual de direito romano*. v. I-II. São Paulo: Saraiva, 1953 COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. 4ª. Ed. Lisboa: livraria clássica, 1937. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 5º. Vol. Direito de família. 22ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Navarra: EUNSA, 1997. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte esconda. Sponsalia. Matrimonio, Dote. Roma: L'Erma Brotschneider, 2005.

_____. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte terza. Concubinato. Divorzio. Adulterio. Roma: L'Erma Brotschneider, 1994.

FUENTESECA, Pablo. *Derecho privado romano*. Madrid, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*.v. VI. Direito de família. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. v. 5. Direito de família. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2005. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito de família. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Dirieito romano*. v. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. NOGUEIRA, Adalício Coelho. *Introdução ao direito romano*. Rio/São Paulo: Forense, 1971. ROBLEDA, Ollis S. J. *El matrimonio em derecho romano*. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970.

PEREIRA, Lafayete Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Anfrade e Silva. 5ª. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A. 1956. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito de família*. v. VI. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. SANTOS JUSTO, A. *Direito privado romano*. v. IV. Direito de família. Coimbra: Coimbra editora, 2008. SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*. Rio de

Janeiro: Forense, 2005. _____. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*. Belo horizonte: Del Rey, 2009.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Trad. Espanhola de José de Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1960. TABOSA, Agerson. *Direito romano*. Fortaleza: FAZ, 2007.

VENOSA, Silvio de Savo. *Direito civil. Direito de família* (Coleção direito civil, v. 6) 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. VIEIRA CURA, Antônio A. A “*união de fato*” (*concubinatus*) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianéia). In *Juris et de Jure*. Universidade do Porto, 1998.

VOLTERRA, Edoardo. *Matrimonio*. In ED XXV, 1975.

