



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIO HENRIQUE HOLANDA GODOY

UNIÕES ENDOGÂMICAS:
Incestualidade e direito de família

Recife
2022

MARIO HENRIQUE HOLANDA GODOY

UNIÕES ENDOGÂMICAS:

Incestualidade e direito de família

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior

Recife

2022

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

G588u Godoy, Mario Henrique Holanda.
Unões Endogâmicas: Incestualidade e Direito de Família / Mario Henrique
Holanda Godoy. -- Recife, 2022.
188 f.

Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco,
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,
2021.

Inclui referências.

1. Direito de Família – Brasil. 2. Incesto. 3. Matrimônio. 4. Parentesco.
5. Nulidade. 6. Concubinato. I. Castro Júnior, Torquato da Silva (Orientador).
II. Título.

346.81015 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2022-29)

MARIO HENRIQUE HOLANDA GODOY

UNIÕES ENDOGÂMICAS: Incestualidade e Direito de Família

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. **Área de concentração:** Transformações do Direito Privado.

Aprovada em: 27/09/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Venceslau Tavares Costa Filho (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof^a. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Marcos Bernardes de Mello (Examinador Externo)
Universidade Federal de Alagoas - UFAL

Foi o caso que Iemanjá teve de Aganju, deus da terra firme, um filho, Orungã, que foi feito deus dos ares, de tudo que fica entre a terra e o céu. Orungã rodou por estas terras, viveu por esses ares, mas o seu pensamento não saía da imagem da mãe, aquela bela rainha das águas. Ela era mais bonita que todas e os desejos dele eram todos para ela. E, um dia, não resistiu e a violentou. Iemanjá fugiu e na fuga seus seios se romperam, e assim, surgiram as águas, e também essa Bahia de Todos os Santos. E do seu ventre, fecundado pelo filho, nasceram os orixás mais temidos, aqueles que mandam nos raios, nas tempestades e trovões. Assim Iemanjá é mãe e esposa. Ela ama os homens do mar como mãe enquanto eles vivem e sofrem. Mas no dia em que morrem é como se eles fossem seu filho Orungã, cheio de desejos, querendo seu corpo (AMADO, 2008, p. 83).

E assim está agora a terra nestes termos, que se contarem todas as casas desta terra todas acharão cheias de pecados mortais, cheias de adultérios, fornicções, incestos e abominações, em tanto que me deito a cuidar se tem Cristo algum limpo nesta terra, e escassamente se oferece um ou dois que guardem bem seu estado, ao menos sem pecado público (NÓBREGA, 2017, p. 276).

RESUMO

O presente trabalho se destina a analisar como se deram o processo de juridicização do tabu do incesto e o conseqüente enquadramento das relações interparentais na categoria dos impedimentos relativos ao matrimônio. Para tanto, foram empreendidos estudos no campo da antropologia e da psicologia social objetivando explicar como teriam surgido as prevenções incestuosas, e de que modo elas futuramente vieram a impactar no direito de família. Dentre as civilizações da Antiguidade que deixaram registros de um aparato normativo tratando das proibições matrimoniais fundadas no parentesco, focalizaram-se, particularmente, a judaico-cristã e a romana, haja vista a influência de ambas na formação do direito de família do mundo ocidental. Também se procurou investigar a gênese da categoria dos impedimentos matrimoniais no direito canônico da Idade Média. A pesquisa converge para a análise dos impedimentos de parentesco na evolução do direito brasileiro, até chegar ao atual estado da arte da matéria. Partindo da teoria do fato jurídico, examinou-se o ingresso das uniões impedidas (nulas) no plano eficaz, para enfim apurar-se a possibilidade de sua qualificação no conceito legal de concubinato.

Palavras-chave: Incesto; Relações de parentesco; Impedimentos matrimoniais; Nulidade do negócio jurídico; Concubinato.

ZUSAMMENFASSUNG

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, zu analysieren, wie es zur Verrechtlichung des Inzesttabus und der damit verbundenen Einordnung von Inzuchtbeziehungen in die Kategorie der Ehehindernisse kam. Zu diesem Zweck wurden Studien auf dem Gebiet der Anthropologie und der Sozialpsychologie durchgeführt, um zu erklären, wie die Vermeidung von Inzest entstanden ist und wie sie das Familienrecht in Zukunft beeinflussen wird. Unter den antiken Zivilisationen, die Rechtsgrundlagen für verwandtschaftliche Eheverbote hinterlassen haben, wurden die jüdisch-christliche und die römische Zivilisation wegen ihres Einflusses auf die Entstehung des Familienrechts in der westlichen Welt besonders berücksichtigt. Es wurde auch versucht, die Entstehung der Kategorie der Ehehindernisse im kanonischen Recht des Mittelalters zu untersuchen. Die Forschung nähert sich der Analyse der Hindernisse der Verwandtschaft in der Entwicklung des brasilianischen Rechts, bis hin zum aktuellen Stand der Technik in dieser Angelegenheit. Ausgehend von der Theorie der Rechtstatsache wurde der Übergang der (nichtigen) verbotenen Beziehungen in den Wirksamkeitsbereich untersucht, um schließlich die Möglichkeit seiner Einbettung in den Rechtsbegriff des Konkubinats zu ermitteln.

Stichwörter: Inzest; Verwandtschaftsverhältnisse; Ehehindernisse; Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts; Konkubinat.

SUMÁRIO

| | | |
|-----|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | O TABU DO INCESTO | 13 |
| 2.1 | A retração do incesto na visão de Engels | 13 |
| 2.2 | Complexo de Édipo e o mito da refeição totêmica: o incesto sob a perspectiva da psicanálise freudiana | 15 |
| 2.3 | Refutações à tese de Freud | 23 |
| 2.4 | Exogamia e aliança: a proibição do incesto no pensamento de Lévi-Strauss | 25 |
| 2.5 | Refutações à tese de Lévi-Strauss | 34 |
| 2.6 | Fator genético e incesto: o problema da transmissão de taras hereditárias à descendência | 39 |
| 3 | O PROCESSO DE JURIDICIZAÇÃO DO TABU: IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS | 48 |
| 3.1 | Restrições a casamentos interparentais no direito judaico-cristão | 48 |
| 3.2 | Proibições matrimoniais fundadas no parentesco e sua evolução no direito romano | 55 |
| 3.3 | A categoria dos impedimentos matrimoniais e sua gênese no direito canônico | 60 |
| 3.4 | <i>Excursus</i>: a pecaminização do incesto na visão de Tomás de Aquino | 67 |
| 4 | OS IMPEDIMENTOS DE PARENTESCO NA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO | 69 |
| 4.1 | O sistema de casamento indígena e a ação da Igreja nos primeiros séculos da colonização | 69 |
| 4.2 | As Ordenações Filipinas e o <i>crimen incestus</i> | 75 |
| 4.3 | As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia e a política de concessão de dispensas nos sécs. XVIII e XIX | 77 |
| 4.4 | Consolidação e Esboço: o legado de Teixeira de Freitas | 84 |
| 4.5 | Projeto Nabuco de Araújo: o ocaso do estadista do Império | 88 |
| 4.6 | O Projeto Felício dos Santos e a retração do rol dos impedimentos de parentesco | 89 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| 4.7 | A primeira investida da República: o Projeto Coelho Rodrigues | 91 |
| 4.8 | O Código Civil de 1916 e a consagração do Projeto Bevilacqua | 94 |
| 4.9 | As críticas ao Código Civil de 1916 e o Anteprojeto Orlando Gomes | 98 |
| 4.10 | O Código Civil de 2002 e a questão dos impedimentos de parentesco: o estado da arte da matéria | 100 |
| 5 | DA NULIDADE DA UNIÃO IMPEDIDA AO CONCUBINATO ENDOGÂMICO | 115 |
| 5.1 | Regime das nulidades no direito matrimonial e convivencial | 115 |
| 5.2 | Eficácia mínima e eficácia excepcional da união impedida | 131 |
| 5.3 | Casamento putativo: análise em torno de sua nulidade, eficácia e ineficacização | 133 |
| 5.4 | O problema do enquadramento legal da união impedida como relação concubinária | 147 |
| 6 | CONCLUSÕES | 165 |
| | REFERÊNCIAS | 173 |

1 INTRODUÇÃO

Um dos tabus mais remotos a se firmar na vida social tem a ver com as prevenções de ordem incestuosa. Ao que tudo indica, o repúdio social ao incesto foi incorporado por praticamente todas as civilizações. Nessa trilha, Hans Kelsen, na segunda edição de sua *Reine Rechtslehre* (“Teoria pura do direito”), sugere que as primeiras normas da humanidade foram as que buscaram conter os impulsos sexuais e agressivos, para em seguida concluir: “Incesto e assassinato são certamente os delitos mais antigos, e desterro (isto é, exclusão do grupo) e vingança de sangue, as mais antigas sanções socialmente organizadas” (trad. nossa)¹.

Sob a óptica do direito de família, o interdito ao incesto assume a forma de *impedimentos matrimoniais*, e sua repressão legal costuma se dar através da sanção de *invalidade*.

Desde logo, é preciso esclarecer que a palavra “incesto” (que, etimologicamente, significa “corrupção da castidade”)² denota tanto o relacionamento sexual entre parentes consanguíneos, como aquele que porventura venha a se estabelecer entre adotivos e afins, podendo, inclusive, estender-se ao parentesco resultante de filiação socioafetiva. Seja qual for o caso, se duas pessoas aparentadas vierem a se unir em vínculo matrimonial, ou resultante de união estável, ou concubinato, ter-se-á uma união incestuosa – ou, para se utilizar do jargão dos antropólogos, uma *união endogâmica*.

O *objetivo* desta pesquisa consiste, basicamente, em verificar como se deu o salto antropológico que resultou na juridicização do tabu do incesto, e quais as forças históricas responsáveis pelo enquadramento das uniões endogâmicas na categoria dos impedimentos matrimoniais. Partindo de tal premissa, será possível promover uma análise crítica da disciplina jurídica dos impedimentos de parentesco no curso da evolução do direito privado nacional, desde suas origens canônicas até o atual estado da arte da matéria³.

¹ No original: “Inzest und Mord sind wohl die ältesten Verbrechen und Friedloslegung (das ist Ausschluß aus der Gruppe) und Blutrache die ältesten gesellschaftlich organisierten Sanktionen”. In: KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992. p. 86.

² De acordo com Tomás de Aquino, em seu *Tratado sobre a temperança*, questão 154: “O abuso das pessoas chegadas pelo parentesco seria em sumo grau causa da corrupção da castidade, quer pela oportunidade, quer também pelos ardores do amor, como dissemos. Por isso é que o abuso de tais pessoas se chama antonomasticamente incesto”. In: AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 3. p. 868.

³ Saliente-se, por oportuno, não constituírem objeto de pesquisa os casos de violência sexual cometidos no ambiente intrafamiliar.

Como *problema* de pesquisa, ter-se-á a investigação dos fundamentos jurídicos capazes de outorgar eficácia às uniões interparentais, ao invés de, pura e simplesmente, decretar-se a nulidade/ineficácia da união mantida pelo casal. A problemática ganha relevo, sobretudo quando dois parentes em grau proibido resolvem assumir um relacionamento afetivo, passando ambos a conviverem *more uxorio*, como se casados fossem. Diante da hipótese, será promovida uma incursão no campo da teoria do fato jurídico, tomando-se por marco teórico as obras de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, a fim de que se possa apurar a possibilidade de ingresso das uniões impedidas (nulas) no plano eficaz.

Por outro lado, considerando-se a tese prevalecente sobre a matéria, que busca associar o tabu incestuoso ora a fatores de ordem eugênica (relativos à transmissão de taras hereditárias à prole), ora a influências de natureza religiosa (relacionadas à pecaminização do incesto), irá suscitar-se uma antítese com base na teoria das alianças interfamiliares, sob o marco teórico das pesquisas empreendidas por Lévi-Strauss.

Diante de tais razões, justifica-se a adoção, neste trabalho, do *método* lógico-dialético⁴, em que as objeções contrapostas serão testadas à luz de uma pesquisa exploratória de abordagem qualitativa, com ênfase na revisão bibliográfica, documentos legais e decisões jurisprudenciais, tudo dentro de uma análise crítica e reflexiva, que não se limitará à mera descrição dos textos confrontados. Ultimado esse processo, haverá como se chegar a uma síntese reveladora da conclusão da pesquisa e de sua aplicabilidade ao universo das relações jurídico-familiares, ensejando-se à comunidade científica a possibilidade de se formularem novas refutações aos resultados nela apresentados.

Para elaborar este trabalho, procurou-se recorrer quase sempre às fontes primárias, consultando-se, na maior parte dos casos, obras e documentos em seu texto original ou vertidos para línguas diversas, à exceção daqueles redigidos em latim, que não obtiveram tradução para idiomas acessíveis ao autor.

De fora parte este Capítulo introdutório, a presente dissertação divide-se em cinco outros Capítulos.

⁴ Segundo Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi, o método lógico-dialético se desenvolve a partir de uma proposição positiva (tese) e de sua posterior refutação (antítese), a qual, ao ser também confrontada, dá margem ao surgimento de uma proposição-síntese, ou seja, da negação da negação, sem necessariamente volver à simples reafirmação da tese originária. A respeito, *cf.* LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 102.

O Capítulo 2 cuida das origens sociais das prevenções incestuosas, e vem alicerçado em uma tríplice perspectiva: a tese de Engels sustentando o progressivo retraimento das uniões dentro do círculo familiar, o enfoque psicoantropológico de Freud a respeito da correlação entre totem e tabu e, sobretudo, a teoria da aliança desenvolvida a partir da antropologia estruturalista de Lévi-Strauss. O objetivo geral é demonstrar o que teria impulsionado a humanidade a repelir a constituição de laços familiares endógamos, levando-a inconscientemente a optar – não sem exceções – pelo modelo preferencial da exogamia.

O Capítulo 3 se ocupa em investigar as primeiras normas jurídicas fixadas pelos povos antigos vetando as uniões interparentais, com especial ênfase para a civilização judaico-cristã e a romana, valendo recordar a influência exercida por ambas na estruturação do direito de família do mundo ocidental. Também constitui objeto de pesquisa a gênese da categoria dos impedimentos matrimoniais surgida em torno da experiência jurídica da Igreja no curso do período medievo.

O Capítulo 4 põe em evidência o percurso traçado pelo direito positivo brasileiro, para no decorrer de sua evolução apurar as principais transformações por que passou a disciplina jurídica dos impedimentos de parentesco na história de nosso País. A abordagem compreende a interferência dos jesuítas no sistema de casamento indígena durante os primeiros tempos da colonização, passando pela política da concessão de dispensas à época das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, até chegar às propostas encampadas pelos projetos de codificação do séc. XIX. A análise prossegue com o tratamento atribuído à matéria pelo Código Civil de 1916, pelo Anteprojeto Orlando Gomes e, finalmente, pelo Código Civil ora em vigor.

O Capítulo 5 insere-se no contexto metodológico da teoria do fato jurídico, e tem por objetivo geral averiguar se uniões de parentes em grau proibido contariam com aptidão de irradiar eficácia jurídica. Daí a necessidade de se perquirir acerca da eficácia mínima e da eficácia excepcional do casamento nulo, bem como de se examinar a atribuição de efeitos jurídicos ao casamento putativo. O desfecho se dá com a análise do enquadramento das uniões impedidas no conceito legal de concubinato.

O Capítulo 6 apresenta uma síntese das principais conclusões extraídas dos Capítulos anteriores.

Feito esse ligeiro apanhado, resta uma advertência final. Em nenhum momento, foi da intenção do autor fazer apologia ao incesto, ou defender a união incestuosa como espécie de relação jurídica de direito de família. O que, na verdade, se pretende é dar uma

pequena contribuição para o debate relativo aos impedimentos matrimoniais à luz do sistema jurídico brasileiro. Para tanto, recorreu-se à principiologia, institutos e conceitos próprios do direito civil, consolidados por um estatuto epistemológico lentamente desenvolvido através de uma produção científica milenar.

2 O TABU DO INCESTO

2.1 A retração do incesto na visão de Engels

O debate sobre o surgimento das prevenções incestuosas cedo despertou a atenção dos pensadores ligados à ala marxista. Um dos primeiros a se posicionar sobre o assunto foi Friedrich Engels, em sua obra *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* (“A origem da família, da propriedade privada e do Estado”), de 1884.

Na concepção de Engels, a forma mais primitiva de família teria sido o *casamento grupal* (*Gruppenehe*). Nesse tipo de consórcio, homens e mulheres entregavam-se reciprocamente uns aos outros, sem observarem qualquer restrição de consanguinidade. Assim, irmãos e irmãs, pais e filhos, além dos outros parentes, poderiam manter relações sexuais indiscriminadas, cruzando-se entre si e com os demais membros do grupo⁵. Esse desregramento prevaleceu até surgir a invenção do incesto.

Note-se que, para Engels, o casamento grupal despontou após o homem já ter superado o estágio de animalidade, situando-se na fase correspondente ao *estado selvagem* (*Wildheit*)⁶. Engels ressalta que a vida no estado selvagem conhecia, sob certa medida, algum avanço cultural: nele, o homem teria desenvolvido a linguagem articulada, o uso do fogo e as ferramentas de pedra polida, vivendo em aldeias e alimentando-se da caça e da pesca⁷.

Num período posterior, o casamento grupal veio a ceder espaço para a *família consanguínea* (*Blutverwandtschaftsfamilie*). Sua principal característica era que os parentes da mesma geração seriam considerados irmãos, e poderiam casar-se entre si. Assim, se do casamento entre duas pessoas resultassem filhos, esses filhos (irmãos) poderiam se casar uns com os outros. Na geração seguinte, os filhos desses filhos (também tidos como irmãos) estariam autorizados a se casar reciprocamente, e assim por diante⁸. Em linhas gerais, é como se a estrutura da família fosse dividida em planos

⁵ ENGELS, Friedrich. *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 41-3. A tese é refutada por Lacan. Confira-se: “A promiscuidade presumida não pode ser afirmada em parte alguma, nem mesmo nos casos ditos de casamento grupal: desde a origem existem interdições e leis”. In: LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 10.

⁶ ENGELS, Friedrich. *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 76.

⁷ ENGELS, Friedrich. *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 30-2.

⁸ ENGELS, Friedrich. *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 43-4.

horizontais sobrepostos, cada plano representando uma geração de irmãos, e o casamento só fosse possível entre irmãos de geração idêntica. *A contrario sensu*, familiares de gerações diferentes (pais e filhos, tios e sobrinhos, etc.) estariam proibidos de se casar⁹. Aparecem, aí, as primeiras prevenções de ordem incestuosa.

O próximo ciclo evolutivo, de acordo com Engels, viria a ser dominado pela *família punaluana* (*Punaluafamilie*). A expressão aparece na obra de Lewis H. Morgan, sendo derivada de *pūnalūa* (que, no dialeto havaiano, quer dizer, “amigo querido“, “companheiro íntimo”)¹⁰. A família punaluana se caracterizaria, basicamente, por estender as proibições incestuosas aos casamentos entre irmãos¹¹. Num primeiro momento, apenas os irmãos de primeira geração (ou seja, irmãos, na acepção comum) estariam sujeitos ao interdito. Mais tarde, ele foi se estendendo às gerações subsequentes, até, finalmente, serem vedados os casamentos entre quaisquer familiares da mesma geração¹². Irmãos e irmãs dividiram-se, então, em dois grupos distintos, sendo que cada integrante desses grupos deveria buscar seu companheiro (*pūnalūa*) fora do grupo oposto¹³.

Decerto influenciado pelas ideias de Darwin, Engels conclui que a retração progressiva das uniões incestuosas (casamento grupal → família consanguínea → família punaluana) contribuiu para formar uma raça mais robusta, abrindo as portas para que pudesse agir o mecanismo da seleção natural¹⁴. Para Engels, com o aparecimento das famílias punaluanas, as tribos se misturaram, os crânios se dilataram e novas aptidões passaram a ser desenvolvidas¹⁵.

A principal referência de Engels foi a obra do antropólogo americano Lewis H. Morgan, em especial, o livro *Ancient society*, por ele publicado em 1877¹⁶. É com certo diletantismo que Engels se apropria das informações colhidas em Morgan para montar toda uma narrativa objetivando demonstrar como se teria dado a evolução dos tipos

⁹ ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 43.

¹⁰ MORGAN, Lewis H. **Ancient society**. New York: Henry Holt and Company, 1877. p. 427.

¹¹ ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 44.

¹² ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 44-5.

¹³ ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 45-6.

¹⁴ ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 52.

¹⁵ ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 52.

¹⁶ MORGAN, Lewis H. **Ancient society**. New York: Henry Holt and Company, 1877.

familiares. A sequência, inclusive, não para na família punaluana: ela prossegue com a *família de par* (*Paarungsfamilie*, caracterizada pela frouxidão dos laços conjugais e pelo direito à infidelidade por parte do marido)¹⁷, até chegar à *família monogâmica* (*monogame Familie*) dos dias atuais¹⁸.

Algumas falhas metodológicas podem ser apontadas nessa tese. Uma delas, por exemplo, foi querer atribuir caráter universal à existência da família punaluana com base no sistema de casamentos de nativos do Havaí (em que filhos de irmãos também são considerados irmãos, e salvo exceções, não podem se casar entre si). A formulação, atualmente, encontra-se em descrédito¹⁹. O próprio Engels, de forma singela, reconhece que o sistema havaiano remete a uma estrutura mais antiga, cuja existência não conta com provas concretas, mas que, em seu entender, supostamente teria existido²⁰. Hoje se sabe que qualquer tentativa uniformizadora de ciclos na história da família em todos os quadrantes da terra leva a conclusões insustentáveis.

2.2 Complexo de Édipo e o mito da refeição totêmica: o incesto sob a perspectiva da psicanálise freudiana

Um dos trabalhos seminais da produção de Sigmund Freud foi *Totem und tabu*, publicado no ano de 1913. Nele, o autor investiga o sistema social totêmico à época vivenciado por certas tribos africanas e australianas, ao mesmo tempo em que desvenda a correlação existente entre totemismo e exogamia. Em seguida, busca explicar o tabu do incesto a partir da vinculação da sociedade clânica ao totem, para, finalmente, concluir o seu estudo com a formulação do complexo de Édipo, por ele esboçado em obras anteriores. Apesar das refutações recebidas por seus pares (*cf. infra*, n. 2.3), o fato é que, com *Totem e tabu*, Freud inaugura as bases de um novo conhecimento científico que viria a florescer no séc. XX: a *psicoantropologia*.

Freud inicia sua abordagem pelo conceito de *totem*, que, via de regra, corresponde ao animal (ou, em casos mais raros, ao vegetal, ou ao fenômeno natural) representativo

¹⁷ ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 51-2.

¹⁸ ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 64-5.

¹⁹ Cf. CANEVACCI, Massimo. Introdução. In: CANEVACCI, Massimo. **Dialética da família**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 18.

²⁰ ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884. p. 46.

do clã, capaz de despertar em seus integrantes um sentimento paradoxal de reverência e temor²¹. O totem seria, por assim dizer, uma espécie de espírito guardião do clã, o seu ancestral comum, a entidade encarregada da proteção dos seus membros, auxiliando-os em sua faina diária, servindo-lhes de oráculo e inspirando pavor aos seus inimigos. A ligação do clã ao totem chegava ao ponto de se proibir o consumo da carne do animal sagrado, ou mesmo que se viesse a matá-lo²².

Uma característica marcante apontada por Freud, relacionada aos grupos sociais totêmicos, seria exatamente o *horror ao incesto* (*Inzestscheu*)²³. Haveria, no caso, uma espécie de parentesco extensível a todos aqueles que pertencessem ao mesmo totem, o que viria a impedi-los de manterem relações sexuais entre si. Quem violasse a proibição incorreria em penas severas: entre os *ta-ta-this* de Nova Gales do Sul, por exemplo, o homem seria punido com a morte, e a mulher, com espancamento e perfurações pelo corpo²⁴.

Nesse tipo de sociedade, o parentesco totêmico não se relaciona, necessariamente, a laços consanguíneos. Freud exemplifica: admitindo-se que a filiação seja matrilinear (em que a descendência se relaciona à pessoa da mãe), caso um homem vinculado ao totem *canguru* viesse a se casar com uma mulher do totem *emu*, todos os filhos dessa relação seriam *emus*, tendo em vista a descendência ser fixada pela linha materna. Portanto, a filha *emu* estaria livre para se envolver sexualmente com o pai *canguru*²⁵. De

²¹ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 3.

²² FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 3.

²³ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 7. Note-se que a expressão “horror ao incesto” não foi cunhada por Freud. Ela já havia aparecido n’*O espírito das leis*, de Montesquieu. Confira-se: “Por que os pais privam, com tanto cuidado, aqueles que devem desposar suas filhas de sua companhia e de sua familiaridade? O horror pelo incesto do irmão com a irmã deve ter partido da mesma fonte. Basta que os pais e as mães tivessem querido conservar puros os costumes de seus filhos e de suas casas, para terem inspirado em seus filhos horror por tudo o que poderia levá-los à união dos dois sexos”. In: MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 514.

²⁴ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 6.

²⁵ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 7. No mesmo sentido, expõe Clovis Bevilacqua: “Naturalmente, onde preponderava o parentesco maternal, o pai era quase um estranho, e, pois, não é de pasmar sua conjugação matrimonial com as filhas”. In: BEVILAQUA, Clovis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 62.

modo diverso, não poderia o filho *emu* manter intercuro sexual com sua mãe ou irmãs, pois elas também seriam *emus*, como ele²⁶.

Percebe-se, com isso, que o parentesco ligado ao totem estaria sobreposto às relações de consanguinidade. A própria concepção de incesto viria pautada muito mais por considerações de ordem social, do que por argumentos de fundo biológico.

Continuando seu raciocínio, Freud pontua que, nas sociedades totêmicas, as prevenções incestuosas conduzem naturalmente à *exogamia*, de modo a impedir o surgimento de relações endogâmicas dentro do clã²⁷. Aqui não se leva em conta o grau de consanguinidade dos envolvidos: se eles pertencerem ao mesmo clã, simplesmente, não poderão violar a proibição do incesto. Aliás, o interdito incidiria, mesmo que entre o casal inexistisse qualquer parentesco biológico²⁸.

É a partir do totem que, segundo Freud, nasce o *tabu*, um dos tabus mais influentes da humanidade, aquele cuja infração é capaz de provocar repulsa mesmo nos espíritos mais transigentes: o *tabu do incesto*. Totem e tabu, tabu e totem, dois institutos interligados pelo pensamento freudiano, cuja relação, na verdade, é uma tentativa de explicar o fenômeno das prevenções incestuosas.

O termo *tabu* é de origem polinésia, cujo significado oscila entre “sagrado” ou “consagrado”, e “misterioso”, “lúgubre” ou “proibido” (o oposto de *noa*, que quer dizer, “comum” ou “acessível”)²⁹. Seu conceito expressa a ideia daquilo que não se pode falar, manifestando-se em proibições e restrições impostas ao senso comum. Freud sugere que o tabu seria o código de leis não escritas mais antigo já existente, anterior mesmo ao

²⁶ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 7.

²⁷ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 10. Pontes de Miranda esclarece: “O clan é totêmico e, pois, exogamo, desde que a exogamia evita o contato com a mulher do mesmo totem e permite as relações sexuais com a fêmea não ilícita, isto é, a mulher cujo sangue não é o do totem do clan a que pertence o homem, mas o de outro círculo social, cujo totem *não é sagrado* para ele”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Introdução à política científica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 35-6.

²⁸ “Então, pois, esses selvagens nos demonstram um elevado grau de horror ao incesto, ou de sensibilidade ao incesto, fora do comum, ligado à particularidade, não tão bem compreensível por nós, de que eles substituem o verdadeiro parentesco consanguíneo pelo parentesco totêmico” (trad. nossa). No original: “So zeigen uns denn diese Wilden einen ungewohnt hohen Grad von Inzestscheu oder Inzestempfindlichkeit, verbunden mit der von uns nicht gut verstandenen Eigentümlichkeit, daß sie die reale Blutsverwandtschaft durch die Totemverwandtschaft ersetzen”. In: FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 7-8.

²⁹ Cf. CÂMARA CASCUDO, Luís da. **Dicionário do folclore brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Global, 2000. p. 655-6.

surgimento dos deuses e religiões³⁰. Nesse sentido, o tabu seria mais antigo que o costume.

A princípio, acreditava-se que o tabu violado se vingaria por si só. Assim, aquele que comesse a carne do animal sagrado cairia em profunda depressão, passaria a desejar a morte e, de fato, morreria. Num estágio posterior, os deuses e espíritos teriam passado a se encarregar da punição, até que, finalmente, a própria sociedade veio a assumir o encargo de punir os transgressores. Para Freud, as primeiras leis penais remontam ao tabu³¹.

A violação do tabu faria com que o infrator também viesse a se tornar um tabu, ou seja, ele passaria a ser evitado no convívio com os demais³². Essa ideia de *evitação* (*Vermeidung*) assume especial importância na obra de Freud. Com relação, em particular, ao tabu do incesto, a evitação não pressupõe que o tabu tenha sido necessariamente infringido. A mera possibilidade de que a infração possa ocorrer já faz com que o contato com certas pessoas deva ser evitado. Alguns exemplos são apontados por Freud: entre os nativos da Península Gazelle (Papua Nova Guiné), não se permite que uma mulher casada converse com seu irmão, ela não pode sequer pronunciar o nome dele; entre os *wakambas* (África Oriental), a mulher não pode ter contato com o pai no período entre a puberdade e o casamento, e se porventura ocorrer um encontro casual entre ambos, ela deve fugir e se esconder; entre os *barongos* de Delagoa Bay (África do Sul), o homem não pode comer no mesmo prato que a cunhada³³.

Todas essas evitâncias, segundo Freud, seriam justificadas ante o *caráter ambivalente* do tabu: as proibições e restrições que dele decorrem, na verdade, relacionam-se a condutas para as quais a humanidade possui grande propensão. Se a proibição existe, é porque há um desejo subjacente. O tabu seria, por assim dizer, uma espécie de barreira para inibir que ele se consume. De todo modo, o desejo de praticar o ato proibido permaneceria lá, oculto no inconsciente de cada um³⁴. O incesto, antes de

³⁰ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 26.

³¹ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 27-8.

³² “Quem tiver transgredido um tabu tornou-se, com isso, ele próprio um tabu” (trad. nossa). No original: “Wer ein Tabu übertreten hat, der ist dadurch selbst Tabu geworden”. In: FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 28.

³³ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 14-6.

³⁴ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 42-3. A respeito, Rodrigo da

ser evitado, é inconscientemente querido. O medo, porém, sobrepuja o desejo, e com isso afasta sua consumação.

É nesse ponto que Freud faz uma ponderação que talvez interesse ao jurista mais atento: ao violar o tabu, sem sofrer qualquer tipo de evitação, o transgressor termina por incitar os demais a fazerem o mesmo, já que, inconscientemente, todos desejam fazê-lo. O risco de imitação fragilizaria, desse modo, a tessitura social, colocando em risco a própria existência da sociedade³⁵.

Um dos casos mais curiosos de evitação descritos em *Totem e tabu* ocorre no relacionamento entre genro e sogra. Entre os bantos (África oriental), por exemplo, proíbe-se que um homem possa entrar na mesma cabana em que está a sogra, e caso venham ambos a se encontrar casualmente em uma trilha, deverão voltar-se para lados opostos³⁶. Fazendo um comparativo com a civilização europeia e americana de sua época, Freud relembra que, também entre os homens civilizados, sogras são constantemente objeto de anedotas e chistes, sugerindo haver algo na relação que, de modo geral, dificultaria a convivência do genro com a sogra³⁷.

Na visão de Freud, essas evitações representariam, na verdade, impulsos psicológicos para encobrirem desejos incestuosos inconscientes. Do lado da sogra, existe a identificação simpática com a pessoa da filha, o que faria com que, em alguns casos, ela assumisse suas experiências emocionais e terminasse se apaixonando pelo homem que a filha ama. A fim de coibir esse desejo, ela dirigiria um impulso contraposto ao genro, com componentes muitas vezes dotados de crueldade e sadismo. Do lado do genro, o fato de ter escolhido, primeiramente, a própria mãe como objeto de amor faria com que, após o casamento, ele acabasse por desviar esse desejo para a mãe de sua mulher. A barreira do

Cunha Pereira faz uma interessante ponderação: “Os dez mandamentos da lei de Deus são interditos proibitórios viabilizadores de uma civilização. ‘Não cobiçar a mulher do próximo’, por exemplo, só foi necessário estar ali porque certamente, desde o início, já se cobiçava a mulher alheia”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

³⁵ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 45.

³⁶ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 17.

³⁷ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 20. Alguns curiosos epigramas satirizando a figura da sogra foram registrados pelo folclorista Mário Souto Maior: “Sogra, milho e feijão, só debaixo do chão”; “Bígamo é o pecador que paga seus pecados porque tem duas sogras”; “Casei-me com a cunhada para economizar sogra”. In: MAIOR, Mário Souto. **Sogras**: prós & contras e outras conversas. Recife: Massangana, 1992. p. 35-6.

incesto é que faria com que, no caso, surgissem resquícios de irritabilidade e malevolência na sua relação com a sogra³⁸.

Após demonstrar a associação existente entre violação do tabu e evitação social, Freud faz um levantamento das relações de poder do homem primitivo, para revelar a existência de uma classe privilegiada, que estaria livre para fazer exatamente aquilo que o tabu proíbe: os *chefes e sacerdotes*³⁹. Esse privilégio seria, no entanto, compensado por inúmeras restrições não aplicáveis aos demais membros do grupo (entre os *kukulus* da Baixa Guiné, por exemplo, o rei-sacerdote teria de viver isolado em uma floresta)⁴⁰. Haveria, por outro lado, certas ocasiões festivas, em que mesmo às pessoas comuns seria dado violar o tabu, podendo, então, liberar seus instintos mais temíveis. Seria o caso dos nativos das Ilhas Fiji, que, de tempos em tempos, promoviam orgias sagradas, nas quais parentes em grau proibido poderiam copular entre si⁴¹.

Não se pode, contudo, invocar essas poucas exceções para atribuir à moral sexual do totemismo um grau de promiscuidade que não condiz com o verdadeiro sentimento de repulsa que esses povos têm com relação ao incesto. Freud inclusive sugere que essa repulsa parece ser mais forte entre os selvagens, do que no mundo civilizado⁴².

É com base em tais reflexões que Freud chega ao ponto crucial do seu trabalho: a formulação do *complexo de Édipo* (*Ödipuscomplex*). Agora é possível compreender de que modo essa estranha vinculação entre totem e tabu poderia ser aproveitada pela psicanálise, mesmo nos dias atuais.

Tudo começou com exames clínicos promovidos por Freud em crianças com fobia a animais. Um dos seus pacientes, o pequeno Hans, com cinco anos de idade, tinha fobia a cavalos (hipofobia). Seu grande receio era de que um cavalo entrasse em seu quarto e viesse a atacá-lo. Quando indagado sobre as razões desse temor, deu a entender que seria uma espécie de castigo por desejar a morte do animal. Ao mesmo tempo, o pequeno Hans se identificava com o equino. Certa feita, pinoteou como se fosse um deles, e mordeu o

³⁸ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 20-2.

³⁹ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 65.

⁴⁰ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 61.

⁴¹ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 14-5.

⁴² FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 167.

pai. Freud enxergou nessa ambivalência de sentimentos uma espécie de transmigração da figura paterna para o animal. No inconsciente de Hans, o cavalo era como se fosse o pai⁴³.

Para Freud, o sentimento de hostilidade contra o pai não seria gratuito: em um certo estágio da infância, o menino enxerga o pai como rival nos favores sexuais da mãe e, por essa razão, passa a desejar que ele morra⁴⁴. De forma paradoxal, ele também admira o pai, identifica-se com ele, sobretudo por possuir um pênis maior que o seu. Seu grande medo é que o pai venha a castrá-lo, e desse modo, assuma exclusividade no relacionamento com a mãe⁴⁵. Todo esse turbilhão de conflitos que surge na mente do menino, a partir de sua relação com os pais, foi denominado por Freud de *complexo de Édipo* (relembrando o personagem da mitologia grega que, após cometer parricídio, veio a desposar a mãe). Em muitos casos, a solução para superá-lo seria deslocar os sentimentos contraditórios para um objeto capaz de servir de substituto do pai – no caso do pequeno Hans, o cavalo⁴⁶. Só que, com o tempo, o conflito volta a se reproduzir no objeto para o qual se deslocou, que se torna, assim, alvo de hostilidade, admiração e medo⁴⁷.

Nesse tipo de fobia infantil, Freud detecta uma reaparição de características típicas do totemismo: à semelhança do animal totêmico, o animal temido pela criança é por ela admirado. A criança se identifica com ele, e numa atitude ambivalente, deseja a sua morte. Também os primitivos enxergam no totem o seu ancestral comum. Os principais tabus do totemismo consistem em não matar o animal totêmico, e não cometer incesto com as mulheres do clã. Esses dois tabus, como foi dito, encobrem o desejo inconsciente de violá-

⁴³ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 172-4.

⁴⁴ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 173.

⁴⁵ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 174-5. Sobre o temor da castração, escreve Héctor Vázquez: “La amenaza de castración, más simbólica que real, ayuda ambiguamente a desligar la libido de la madre y a desplazarla hacia un objeto erótico de su mismo sexo”. In: VÁZQUEZ, Héctor. **Del incesto en psicoanálisis y en antropología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 19.

⁴⁶ Nas palavras de Sonia Thorstensen: “Temos aí o impulso incestual primitivo próprio do ser humano, no encontro dos obstáculos que o modelarão enquanto humano. Os primeiros desses obstáculos serão tanto o impedimento à culminação dos anseios em relação à mãe que a presença do pai representa e o decorrente desejo de se livrar dele como o conflito com o amor que também sente por ele. Em Hans, a solução de compromisso para esse conflito passa pela formação de uma fobia a cavalos, o que evidencia a intensidade do *páthos* que aí se desenrola”. In: THORSTENSEN, Sonia. **Incestualidade**: um páthos familiar. São Paulo: Casapsi, 2012. p. 38.

⁴⁷ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 174.

los. No seu íntimo, o homem primitivo deseja matar o pai, ele também quer se relacionar com a mãe – os dois crimes atribuídos a Édipo⁴⁸.

E o que teria levado a mentalidade primitiva a despertar, ainda que de forma inconsciente, desejos tão sombrios? Longe de oferecer uma resposta segura, Freud sugere haver uma espécie de memória inconsciente que teria se transmitido entre as gerações e chegado até nós. Essa memória, ele associa ao mito da *refeição totêmica* (*Totemmahlzeit*)⁴⁹. Advirta-se, desde logo, que o próprio Freud reconhece que o mito em questão não se refere a um acontecimento histórico específico. Nas suas palavras (trad. nossa): “Seria, desse modo, sem sentido pretender exatidão nessa matéria, como não seria razoável exigir certeza”⁵⁰.

O mito pode ser resumido da seguinte maneira: nos primórdios, a horda era chefiada por um pai agressivo e ciumento, que detinha controle sobre as mulheres do grupo e que, para manter seu privilégio, expulsava os filhos à medida em que estes atingiam uma certa idade. Um dia, os filhos expulsos decidiram retornar à horda e, revoltados, mataram o pai. Para adquirir seus poderes, eles em seguida devoraram a vítima e, assim, passaram a ter domínio sobre as mulheres que lhe pertenciam. O problema é que esses filhos também amavam e admiravam o pai. Após um primeiro momento de euforia, todo amor e admiração que nutriam pelo pai vieram a se converter em remorso. O sentimento de culpa tornou-se maior que o poder recém-conquistado. Os filhos, então, promoveram simbolicamente a substituição da figura paterna pelo totem. E de modo a expiar sua culpa, acordaram entre si não matar o animal totêmico (representativo do pai), nem se envolver com as mulheres do grupo. Nasce aí os dois primeiros tabus do totemismo, o parricídio e o incesto⁵¹.

⁴⁸ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 176-7.

⁴⁹ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 188.

⁵⁰ No original: “Es wäre ebenso unsinnig, in dieser Materie Exaktheit anzustreben, wie es unbillig wäre, Sicherheiten zu fordern”. In: FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 191.

⁵¹ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 189-92. Acrescenta Isabela Farah Valadares: “Frise-se que foi a partir do surgimento do sentimento de culpa dos filhos que o sistema totêmico e as demais religiões subsequentes se desenvolveram, em busca de tentar tranquilizar o pai ofendido e o próprio sentimento de culpa dos filhos, seguindo o que a psicanálise reconhece como obediência *a posteriori*”. In: VALADARES, Isabela Farah. Uma releitura do incesto diante de um novo contexto sociofamiliar. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; POLI, Luciana Costa (coord.). **Direito de família e sucessões**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 505.

Com sutíliza de raciocínio, Freud entrevê a correspondência que esses tabus guardam com os dois desejos edipianos (matar o pai e possuir a mãe). E, de quebra, termina por conceber uma tese original sobre a questão de como se teria firmado, na humanidade, o tabu do incesto.

2.3 Refutações à tese de Freud

Talvez devido ao seu caráter inovador e visionário, ou mesmo diante da firmeza do raciocínio exposto, o fato é que cedo a teoria de Freud encontrou ressonância na comunidade científica europeia. Algumas importantes objeções foram levantadas, colocando em xeque ora as barreiras psíquicas que, segundo Freud, conduziriam à repressão dos desejos incestuosos, ora a própria existência desses desejos no inconsciente infantil.

Havelock Ellis, por exemplo, apesar de admitir a existência de atração sexual em relação às pessoas com as quais se mantém contato íntimo na infância, sugere tratar-se de uma atração fugaz e passageira, facilmente superada quando um novo objeto de desejo se interpõe na relação. Na sua visão, a *familiaridade* entre os envolvidos se prestaria para retrair o impulso, funcionando como uma espécie de mecanismo amortecedor da excitação sexual. Ele também pondera que os casos mais comuns de relacionamento incestuoso se dão entre irmão e irmã que não cresceram juntos, e que, portanto, não sofreram o efeito inibidor da familiaridade⁵².

Na mesma toada, Edward Westermarck defende a formação de um sentimento de *aversão sexual* entre pessoas que convivem próximas na infância, em especial, os parentes. Essa aversão, ele a compara à repulsa que o homossexual sente em relação às pessoas do sexo oposto, quando se trata de satisfazer os instintos sexuais. Conclui, afinal, que o costume e a lei, ao estabelecerem as proibições incestuosas, nada mais fazem do que exteriorizar esse tipo de aversão – o que não atentaria contra os sentimentos individuais, já que, no seu entender, inexistiria, em geral, o desejo de se praticar o ato proibido⁵³.

⁵² ELLIS, Havelock. **Psicologia do sexo**. Trad. Pedro Pôrto Carreiro Ramires. Rio de Janeiro: Editorial Bruguera, 1971. p. 66.

⁵³ WESTERMARCK, Edward. **Histoire du mariage**: les théories de l'inceste, les bases biologiques du mariage. Trad. do inglês Arnold van Gennep. Paris: Payot, 1945. v. 6. p. 71-5.

Essas objeções à teoria de Freud, no entanto, parecem insustentáveis. A proximidade familiar na infância hoje já não é vista como fator capaz de conter, por si só, a atração incestuosa. Bastam lembrar os inúmeros casos de namoros entre adolescentes que cresceram juntos, estudaram na mesma escola, participaram dos mesmos folguedos, e que, com o passar do tempo, vieram a desenvolver atração um pelo outro. Sob o ângulo da proximidade, o efeito inibidor seria exatamente o mesmo. Os fatos, porém, demonstram o contrário⁵⁴. Por outro lado, a suposta aversão sexual surgida em torno do convívio no ambiente familiar (efeito Westermarck) vai de encontro àquilo que, conforme foi dito, constitui o cerne do pensamento freudiano: é na família que nascem os primeiros impulsos sexuais do indivíduo. Para Freud, as excitações mais prematuras da infância são de caráter incestuoso, é nessa fase da vida que se desenvolve o complexo de Édipo (*cf. supra*, n. 2.2). A tese vem corroborada, com algumas ressalvas, por outros estudiosos da matéria, como é o caso de Jacques Lacan⁵⁵. Também Lévi-Strauss põe em dúvida esse sentimento de aversão que nasce do hábito físico ou psicológico, ao constatar, em suas pesquisas de campo, que as relações incestuosas ocorrem com uma frequência muito maior do que seria lícito supor, como se dá, por exemplo, com os casamentos entre primos cruzados (*cf. infra*, n. 2.4).

Curiosamente, foi um ex-discípulo de Freud, Carl G. Jung, que veio a se tornar um dos opositores mais ferrenhos das ideias defendidas em *Totem e tabu*. Embora sem negar a dimensão incestuosa do relacionamento da criança com a mãe – à qual se poderia chegar com a regressão da libido –, Jung se opõe à existência de barreiras mentais como forças que impelem ao tabu do incesto⁵⁶. Para ele, essas barreiras seriam, antes, fruto de uma aquisição cultural, cuja origem mais remota seria o perigo representado pelos

⁵⁴ Pondera, a propósito, Cláudio Cohen: “Não se pode afirmar, portanto, que a convivência íntima seja um fator que possa causar o relaxamento dos atrativos sexuais; ao contrário, podemos dizer que elas até favorecem o seu surgimento, pois, como diz o provérbio, ‘a ocasião faz o ladrão’”. *In*: COHEN, Cláudio. **O incesto um desejo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1993. p. 28.

⁵⁵ “A psicanálise revelou na criança pulsões genitais cujo apogeu se situa no quarto ano de vida. Sem nos estendermos aqui sobre sua estrutura, digamos que elas constituem uma espécie de puberdade psicológica, bastante prematura, como vemos, em relação à puberdade fisiológica. Fixando a criança por um desejo sexual ao objeto mais próximo que normalmente a presença e o interesse lhe oferecem, a saber, o progenitor do sexo oposto, essas pulsões fornecem ao complexo sua base; a frustração delas forma seu nó. Ainda que inerente à prematuração essencial dessas pulsões, essa frustração é referida pela criança ao terceiro objeto que as mesmas condições de presença e de interesse lhe designam normalmente como obstáculo para sua satisfação: a saber, ao progenitor do mesmo sexo”. *In*: LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 40.

⁵⁶ JUNG, C. G. **Símbolos da transformação**. Trad. Eva Stern. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 486-8.

cruzamentos endogâmicos para a vida em sociedade⁵⁷. Ao deslocar a questão para o plano da cultura, o pensamento de Jung termina por convergir com a concepção estruturalista de Lévi-Strauss⁵⁸, conforme se irá demonstrar (*cf. infra*, n. 2.4).

2.4. Exogamia e aliança: a proibição do incesto no pensamento de Lévi-Strauss

Claude Lévi-Strauss (1908 – 2009) teve sua formação na escola sociológica francesa. Considerado o fundador da antropologia estrutural, notabilizou-se pelo olhar analítico sobre as estruturas familiares vigentes nas etnias com as quais conviveu em suas pesquisas de campo. Foi com base em tais pesquisas, algumas delas realizadas no Brasil, que veio a conceber uma teoria inovadora a respeito das origens sociais da proibição do incesto.

Um dos trabalhos pioneiros de Lévi-Strauss foi o livro *As estruturas elementares do parentesco*, de 1949, resultante de sua tese de doutorado defendida na Universidade de Sorbonne, no ano anterior. No prefácio da obra, o autor define *estruturas elementares* como aquelas que dividem os parentes em duas categorias, a dos *cônjuges proibidos* e a dos *cônjuges possíveis*. Nesse tipo de sistema, ao mesmo tempo em que são fixadas as proibições conjugais, delimitam-se as classes de parentes com as quais o casamento seria admissível, devendo-se buscar o cônjuge, preferencialmente, em uma dessas classes. Seu contraponto seria representado pelas *estruturas complexas*, em que o sistema se limita tão somente a estabelecer as proibições conjugais e, de forma indireta, autoriza o casamento entre todos aqueles que não forem atingidos pela vedação⁵⁹.

A fim de melhor compreender o pensamento de Lévi-Strauss, é preciso ter em conta a distinção que ele faz entre *ordem da natureza* e *ordem da cultura*, já que é na passagem de uma para a outra que o autor, mais tarde, vai situar a proibição do incesto. Para Lévi-Strauss, tudo que é universal no ser humano decorre da natureza e tem caráter espontâneo. Tudo que é relativo aparece como dado da cultura e se relaciona ao universo

⁵⁷ “Além disso a ‘barreira do incesto’ é uma hipótese muito duvidosa (por melhor que se preste para a descrição de estados neuróticos), uma vez que representa uma aquisição cultural que não foi inventada mas se originou naturalmente, com base nas complicadas necessidades biológicas que se relacionam com o aparecimento dos assim chamados sistemas de casamento. Estes não visam o impedimento do incesto mas procuram evitar o perigo social da endogamia”. In: JUNG, C. G. **Símbolos da transformação**. Trad. Eva Stern. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 487.

⁵⁸ Sobre os pontos de convergência entre o pensamento de Jung e o de Lévi-Strauss, *cf.* BISCARO, Regina. **Incesto**: um fenômeno arquetípico. São Paulo: Zouk, 2003. p. 80-3.

⁵⁹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 15-6.

das regras⁶⁰ (não necessariamente regras jurídicas). Nesse sentido, a proibição do incesto concentraria em si os dois atributos: de um lado, a *universalidade* – já que, segundo Lévi-Strauss, todas as sociedades conhecem as proibições incestuosas –, e, de outro, a *relatividade* – porquanto variáveis as formas com que cada grupo social institui essas proibições e reprime as condutas passíveis de infringi-las⁶¹.

O acerto da posição é evidente. Ignora-se a existência de algum sistema jurídico que assegure ao indivíduo plena liberdade para se unir em casamento com qualquer membro de seu círculo familiar. A tendência é que se estabeleçam, em maior ou menor grau, proibições de ordem incestuosa. Também nas sociedades tribais, os antropólogos chegaram a idêntica conclusão. Aliás, o próprio Freud já havia ponderado, em *Totem e tabu*, que o sentimento de repulsa ao incesto parece ser mais intenso entre os selvagens do que no mundo civilizado (*cf. supra*, n. 2.2). Por outro lado, a hipótese levantada por Engels acerca da existência primeva do casamento grupal (*cf. supra*, n. 2.1), em que todos os integrantes da família poderiam, de forma indiscriminada, se relacionar entre si, até hoje não foi demonstrada⁶².

É, portanto, com certa propriedade que Lévi-Strauss conclui que “o casamento nunca é autorizado entre todos os parentes próximos”⁶³. Quando se permite, por exemplo, que se case com a meia-irmã, exclui-se a irmã; quando se possibilita o casamento com a irmã, a mãe é excluída, e assim por diante. Em certos grupos, as uniões incestuosas só são admissíveis para categorias sociais específicas: assim, no Egito antigo, em que os faraós da dinastia dos Ptolomeus casavam-se com as respectivas irmãs (*cf. infra*, n. 2.6). Também entre os nativos de Madagáscar, a irmã seria um cônjuge permitido para os chefes do grupo, porém não para o homem comum⁶⁴. Vale lembrar que Freud enxergava o incesto, em casos como esses, como um privilégio de classe, que viria compensado por restrições de ordens diversas (*cf. supra*, n. 2.2).

⁶⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 45.

⁶¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 45-6.

⁶² Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira: “Portanto, no início da civilização não havia a promiscuidade que se imaginava. Esta é uma ideia já ultrapassada. Havia, sim, desde o início, impedimentos e tabus”. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família – estruturação jurídica e psíquica*. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 21.

⁶³ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 46.

⁶⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 46.

A proibição do incesto é uma instituição universal. Este é um dado categórico na fórmula de Lévi-Strauss. E no que toca ao seu carácter universal, haveria, em tal ponto, uma derivação da ordem da natureza. Mas é também um fenómeno cultural, na medida em que sua disciplina se sujeita à contingência do mundo das regras. Como explicar, pois, essa dupla identidade?

A resposta, para Lévi-Strauss, é a seguinte: ao proibir o incesto, o homem realiza a *passagem* do plano da natureza para o da cultura⁶⁵. No seu entender, a natureza é indiferente às relações entre os sexos. A cultura é que toma a si o encargo de preencher esse vazio de regras, e ao fazê-lo sempre e em toda parte, estaria tomando de empréstimo à natureza aquilo que lhe é próprio, ou seja, a universalidade⁶⁶.

Resta, agora, investigar a razão de ter ocorrido essa passagem, o que teria levado o ser humano a não mais se submeter ao domínio soberano da natureza, a fim de adentrar o plano da cultura. É nesse momento que Lévi-Strauss encontra a chave para desvendar o enigma da proibição do incesto. Sob a óptica do antropólogo, o ingresso no plano da cultura teria se dado quando a humanidade percebeu as vantagens sociais da *aliança*⁶⁷.

Decerto o fenómeno não aconteceu de modo simultâneo em todos os lugares, tampouco é possível situar a época aproximada em que ele se processou. Sua ocorrência, porém, é inegável. A subsistência do grupo familiar guarda forte dependência da aliança. Ao fechar-se em si mesma e isolar-se do mundo, o natural é que a família, com o tempo, venha a enfraquecer, e aos poucos, se desintegre. Ao se aliar a outros grupos, a família busca assegurar sua continuidade⁶⁸.

Prosseguindo com o raciocínio, Lévi-Strauss sugere que esse poderoso sistema de alianças interfamiliares teria sido fomentado através do *casamento*. São através dos laços matrimoniais entre pessoas de famílias distintas que, na sua visão, constituem-se as bases da sociedade humana. Sob esse aspecto, não apenas os noivos se casariam; na verdade,

⁶⁵ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 62.

⁶⁶ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 69-70.

⁶⁷ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 522-3.

⁶⁸ Nas palavras de Cyntia Andersen Sarti: “Deixar a família consanguínea, regra que se impõe com o tabu do incesto, significa a abertura para a troca e a comunicação com o outro, possibilidade da humanidade desenvolver-se culturalmente. Esta troca que funda a família é, ao mesmo tempo, o ato fundador da sociedade humana”. *In*: SARTI, Cyntia Andersen. Deixarás pai e mãe: notas sobre Lévi-Strauss e a família. **Revista Antropológicas**, Recife: Editora da UFPE, v. 16, n. 1, 2005. p. 35.

cada cônjuge passaria a se “aliar” aos parentes do outro, com a conseqüente estruturação de um intercâmbio capaz de satisfazer as necessidades dos grupos envolvidos⁶⁹.

Com isso se explica a inconveniência da união familiar endogâmica, que é aquela estabelecida entre os membros da mesma família. Sob o ângulo social, preferíveis seriam as relações familiares exógamas, aptas a estimular todo um sistema de alianças entre grupos diversos. A aversão ao incesto, portanto, se justifica na medida em que viola o modelo preferencial da exogamia. Ao proibi-lo, a sociedade estaria afirmando, no dizer de Lévi-Strauss, “a preeminência do social sobre o natural, do coletivo sobre o individual, da organização sobre o arbitrário”⁷⁰.

Ainda segundo Lévi-Strauss, o sistema de alianças fez a humanidade cedo perceber o real valor da *reciprocidade*, cuja principal moeda de troca seriam, no caso, as *mulheres*. Em suas palavras: “A partir do momento em que proíbo a mim mesmo o uso de uma mulher, que com isso passa a ser disponível a um outro homem, há, em outro lugar, um homem que renuncia a uma mulher que, por esse fato, torna-se disponível para mim”⁷¹.

Certamente nos dias de hoje, há de causar um certo desconforto essa associação que se faz da mulher enquanto mercadoria sujeita a conveniências e interesses de grupos masculinos. Mas não custa lembrar que a tese em questão foi apresentada por Lévi-Strauss no ano de 1948. Posteriormente, em escrito da maturidade, ele reformula seu pensamento, reconhecendo que, em algumas sociedades matrilineares – que não especifica –, teria havido mulheres que também faziam intercâmbios de homens⁷².

Questões ideológicas à parte, o fato é que a troca de mulheres realmente existiu, e vem confirmada em diversas pesquisas realizadas por Lévi-Strauss e outros

⁶⁹ “Porque o ciclo de reciprocidade que o casamento abre entre um homem e uma mulher, do qual a função do casamento descreve os aspectos, é apenas um modo secundário de um ciclo de reciprocidade mais vasto, que afiança a união de um homem e uma mulher, mediante a união da filha ou irmã deste homem, ou de um outro homem, com este mesmo alguém”. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 155.

⁷⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 83.

⁷¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 90.

⁷² “A leitora que se sente horrorizada ao ver que as mulheres são tratadas como mercadoria submetida às transações controladas por grupos de homens, pode consolar-se facilmente com a certeza segura de que as regras do jogo não mudariam se considerássemos grupos de mulheres que fizessem intercâmbio de homens. De fato, algumas sociedades, de tipo marcadamente matrilineal, tentaram expressar as coisas desta forma, pelo menos até certo ponto”. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *A família*. In: GOUGH, Kathleen; LÉVI-STRAUSS, Claude; SPIRO, Melford. **A família: origem e evolução**. Porto Alegre: Editorial Villa Marta, 1980. p. 43.

antropólogos⁷³. Inclusive, no Livro do Gênesis (escrito por volta do séc. VI a. C.), existe uma passagem elucidativa que revela como se teria dado a aliança entre siquemitas e israelitas, dois povos que, no passado, conviveram no Oriente Médio: “Então vos daremos nossas filhas e desposaremos as vossas, habitaremos convosco e formaremos todos um só povo” (Gn 34, 16)⁷⁴. Que espécie de pacto seria esse, senão uma aliança fundada na troca de mulheres⁷⁵?

Sem falar que toda a simbologia até hoje presente no casamento (o ato de se pedir ao futuro sogro a “mão” da filha, o momento solene em que, na igreja, ocorre sua “entrega” ao noivo) talvez seja indicativo de uma prática imemorial, que remonta a uma época em que, um dia, a mulher foi considerada objeto de troca. O próprio parentesco por afinidade, aquele surgido entre cada cônjuge e os parentes do outro⁷⁶, também não seria resquício dessas remotas alianças interfamiliares?⁷⁷

É certo que, no Brasil, muitos grupos indígenas ainda praticam o costume de estabelecer alianças por intermédio da troca de mulheres. Entre os *suruí*s de Rondônia, é comum que o índio ceda sua irmã a um membro de outro grupo, para que, ao nascer uma filha desse casal, ela mais tarde seja entregue ao primeiro (no caso, seu tio), como forma de retribuição pela mulher que este, antes, houvera cedido⁷⁸. Tem-se, aí, um típico

⁷³ Cf. SILVEIRA, Diego Soares de. Antropologia e etnologia indígena. In: CAMARGO, Clarice Carolina Ortiz de; MANO, Marcel; SANTOS, Benerval Pinheiro (org.). **Culturas e histórias dos povos indígenas no Brasil**: novas contribuições ao ensino. Uberlândia: RB Gráfica, 2015. p. 118; MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Edusp, 2014. p. 140-141; FOX, Robin. **The red lamp of incest: an enquiry into the origins of mind and society**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 143-4; CARBONNIER, Jean. **Droit civil: la famille, les incapacités**. 11. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1979. p. 69-71.

⁷⁴ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 82.

⁷⁵ A respeito, escreve Suzana Chwartz: “Note-se que a aliança, em seu aspecto matrimonial, está baseada na troca de mulheres entre clãs patrilineares”. In: CHWARTS, Suzana. **Uma visão da esterilidade na Bíblia hebraica**. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2004. p. 178.

⁷⁶ Código Civil de 2002, art. 1.595: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”. Oportuno registrar que, no idioma francês – em que foi escrita a versão original d’*As estruturas elementares do parentesco* – o vínculo de afinidade é denominado de *alliance*. Confira-se: “A aliança (ou afinidade) é a relação jurídica que existe entre um dos cônjuges e os parentes do outro: genro e sogro, cunhados, cunhadas, etc.” (trad. nossa). No original: “L’alliance (ou affinité) est le rapport de droit qui existe entre l’un des époux et les parents de l’autre: gendre et beau-père, beaux-frères, belles-soeurs, etc.”. In: CARBONNIER, Jean. **Droit civil: la famille, les incapacités**. 11. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1979. p. 481.

⁷⁷ De acordo com Lévi-Strauss: “Dois bandos que chegaram assim a estabelecer relações cordiais duráveis podem decidir, de maneira deliberada, fundirem-se, instaurando entre os membros masculinos dos dois bandos respectivos uma relação artificial de parentesco, a de cunhados”. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 107.

⁷⁸ Cf. MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Edusp, 2014. p. 140-1.

exemplo de *casamento avuncular*⁷⁹ (tio/sobrinha), derivado do sistema de troca de mulheres.

Essa conformação, inclusive, já era habitual nos tempos coloniais, e não passou despercebida a José de Anchieta, conforme é possível apurar em escrito de sua autoria: “Mas como os irmãos têm tanto poder sobre as irmãs, têm para si que lhes pertencem as sobrinhas, para as poderem ter por mulheres, e usar d’ellas *ad libitum* se quizerem”⁸⁰. Note-se que o Padre Anchieta estava se referindo, no caso, à etnia dos *jaribatibas*, que à época habitava a Capitania de São Vicente (atual São Paulo). É considerável a distância que separa esses indígenas, no tempo e no espaço, dos *suruís* que hoje vivem no interior rondoniense. O costume, no entanto, é exatamente o mesmo.

Outro sistema de alianças, que Lévi-Strauss também aponta como relacionado à troca de mulheres, tem a ver com o casamento dos *primos cruzados*. Para os não iniciados na seara antropológica, é importante um esclarecimento prévio. Diversos grupos étnicos costumam dividir os primos em duas categorias distintas: *a)* os nascidos de irmãos do mesmo sexo do genitor ou da genitora (assim, os filhos dos irmãos do pai e os filhos das irmãs da mãe); e *b)* os nascidos de irmãos do sexo oposto ao do genitor ou da genitora (assim, os filhos das irmãs do pai e os filhos dos irmãos da mãe). Aos primeiros, convencionou-se denominar *primos paralelos*, e aos segundos, *primos cruzados*⁸¹.

De acordo com Lévi-Strauss, nesse tipo de sistema, os primos paralelos são concentrados em uma metade, e não podem se casar entre si. Já os primos cruzados, ao contrário, pertencem a metades opostas, e entre eles seria lícito o casamento⁸². Há tribos, inclusive, em que já a partir da infância, os primos cruzados são estimulados a se tratarem como *esposo* e *esposa*. É o que se passa, por exemplo, com os *nambiquaras* do Mato Grosso, segundo testemunho do próprio Lévi-Strauss. Em uma das pesquisas de campo que realizou junto a essa etnia, ele presenciou um fato curioso: dois pequenos índios, que

⁷⁹ Do latim *avunculus*, “irmão da mãe”. A respeito, cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3. p. 27.

⁸⁰ ANCHIETA, José de. Dos casamentos dos índios do Brasil. **Revista trimestral de historia e geographia do Instituto Historico e Geographico Brasileiro**, 2. ed., Rio de Janeiro: Typographia de João Ignacio da Silva, t. 8, 1867. p. 259.

⁸¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 51.

⁸² “Primeiramente, os primos originados do irmão do pai ou da irmã da mãe, que, pela mesma razão que os irmãos e irmãs (pelo fato de pertencerem à mesma metade), não podem casar-se, são designados pelo mesmo termo que estes últimos. Em segundo lugar, os primos descendentes do irmão da mãe ou da irmã do pai, que pertençam à metade oposta, são chamados por um termo especial, ou mesmo pelo termo que significa ‘esposo’ ou ‘esposa’, pois é em sua divisão que o cônjuge deve ser escolhido”. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 137.

eram primos cruzados, deitaram-se à noite em frente a uma fogueira e vieram a trocar carícias íntimas, simulando praticarem o ato sexual, enquanto eram observados de longe pelos adultos⁸³.

Sob a óptica do direito civil, a diferença que os antropólogos fazem entre primos cruzados e paralelos não tem o menor sentido, já que a distância do parentesco é idêntica nos dois casos (colateralidade em 4º grau). Mas para sistemas fundados na troca de mulheres, a distinção tem sua razão de ser.

Suponha-se, por exemplo, que dois homens da nação *nambiquara*, o primeiro, descendente do clã *A*, e o segundo, do clã *B*, venham a trocar suas irmãs. Tempos depois, a mulher *B*, integrada ao clã *A*, tem uma filha e um filho. O mesmo se passa com a mulher *A*, integrada ao clã *B*, que também vem a gerar um casal de filhos. Ora, o que é que os filhos de cada um desses casais são entre si? Primos cruzados, porquanto descendentes de irmãos de sexo oposto (a mãe dos filhos nascidos no clã *A* é irmã do pai dos filhos nascidos no clã *B*, e a mãe dos filhos nascidos no clã *B* é irmã do pai dos filhos nascidos no clã *A*). Desde cedo, os primos homens passam a ser considerados esposos *em potencial* das primas mulheres. Chegará o momento em que, no futuro, os primos homens irão repetir o ciclo e trocarão entre si suas irmãs, possibilitando, com isso, a renovação do sistema do casamento dos primos cruzados na geração seguinte⁸⁴.

É de causar espécie como sociedades tribais que sequer alcançaram a invenção da escrita, vivendo isoladas dentro das selvas, conseguiram conceber um sistema de parentesco tão engenhoso como esse, difícil de explicar até mesmo para um jurista versado nas sutilezas do direito parental. Conformações similares foram identificadas entre os *ticunas*, que habitam a região fronteira do Brasil com o Peru⁸⁵, os *miwoks* da Califórnia e os nativos das Ilhas Banks, situadas em meio ao Oceano Índico⁸⁶.

Numa leitura apressada, talvez o casamento dos primos cruzados dê a entender que os povos que adotam esse sistema estariam promovendo como que uma espécie de estímulo social a cruzamentos de matiz endogâmica. E assim restaria comprometida a própria teoria de Lévi-Strauss, para quem o conceito de aliança seria a causa e a razão de ser da proibição do incesto.

⁸³ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes trópicos**. Trad. Rosa Freira d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 269.

⁸⁴ Cf. MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Edusp, 2014. p. 139-40.

⁸⁵ Cf. MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Edusp, 2014. p. 140.

⁸⁶ Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 163.

Entretanto, um olhar mais acurado sobre a questão demonstra o contrário. Com efeito, quando em antropologia se fala em *uniões endogâmicas*, pode-se estar diante de duas espécies de relação: a *endogamia de sangue* e a *endogamia de grupo*. A primeira se refere aos cruzamentos de parentes consanguíneos. A segunda, àqueles que se dão entre integrantes de um mesmo círculo social – clã, *gens*, tribo, etnia, etc. E mais: a depender da amplitude que se dê a cada um desses círculos, também é possível haver diferentes graus de endogamia. Um dos primeiros a perceber o fenômeno foi Engels, na quarta edição do seu *A origem da família, da propriedade privada e do Estado* (1891). Após sugerir que a tribo se dividia em *gentes*, ele admitiu que *gens* poderia ser *exógama*, na medida em que seus membros tivessem de se casar fora dela, ao mesmo tempo em que a tribo poderia ser *endógama*, se o casamento tivesse de se consumar com pessoas da mesma tribo, porém pertencentes a outra *gens*⁸⁷.

Portanto, o sistema de casamento dos primos cruzados, ao pressupor a troca de mulheres por grupos familiares distintos, mais do que confirma a tese defendida por Lévi-Strauss: ao proibir o incesto, a humanidade estaria transpondo a ordem natural, fundada na consanguinidade, para adentrar a ordem cultural da aliança. A rigor, a união dos primos cruzados, no que toca ao grupo, pode ser perfeitamente enquadrada como uma união exógama.

Por outro lado, a antropologia também acusa a existência de outras práticas relacionadas à troca de mulheres, que não o sistema dos primos cruzados. Na realidade, o sistema em apreço é típico das *organizações dualistas*, nas quais, basicamente, o grupo se subdivide em metades opostas, sendo que os homens de uma delas só poderão buscar suas mulheres na outra⁸⁸. Mas há também sistemas familiares pautados por *trocas indiretas*. Em linhas gerais, essas trocas funcionam da seguinte maneira: o grupo *A* cede suas mulheres ao grupo *B*; o grupo *B* cede as suas ao grupo *C*; o grupo *C* cede as suas ao grupo *n*; até que, afinal, o grupo *n* vem a ceder de volta suas mulheres ao grupo *A*⁸⁹.

⁸⁷ “A tribo se subdividia em certa quantidade de grupos consanguíneos pelo lado materno, as *gentes*, no interior dos quais o casamento entre membros era estritamente proibido, de modo que os homens de uma *gens* podiam buscar mulheres dentro da tribo, e via de regra faziam isso, mas tinham de buscá-las fora de sua *gens*. Assim, sendo a *gens* rigorosamente exogâmica, a tribo que abrangia o conjunto das *gentes* era endogâmica na mesma proporção”. In: ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2019. p. 28.

⁸⁸ Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 108.

⁸⁹ Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. In: GOUGH, Kathleen; LÉVI-STRAUSS, Claude; SPIRO, Melford. **A família: origem e evolução**. Porto Alegre: Editorial Villa Marta, 1980. p. 41-2.

Independentemente da maneira como se estruturam, todos esses modelos de trocas de mulheres aparecem como formas de intercâmbios orientados pela ideia de aliança. Não que o casamento seja o único meio pelo qual a sociedade possa estabelecer alianças. Também existe, é oportuno lembrar, a instituição do contrato. A diferença é que o casamento, mais do que uma simples relação contratual, faz nascer um *laço de sangue* entre os grupos envolvidos, e por isso reforça o sentimento de solidariedade entre eles, além de estimular a permanente troca de dons recíprocos⁹⁰. Registra Lévi-Strauss, a propósito, que entre os nativos da Nova Caledônia (arquipélago situado ao sul do Pacífico), a irmã é identificada como *puneara*, que significa, “causa de alimento”, indicando que o irmão teria seu prato garantido na família que ela passou a integrar⁹¹.

Uma das páginas mais pungentes d’*As estruturas elementares do parentesco* é aquela em que, já no final da obra, se reproduz um curioso diálogo travado com um representante da etnia *arapesh*, de Nova Guiné. Ao se questionar-lhe por que não seria possível coabitar com a irmã, a resposta que deu foi incisiva: “Não coabitamos com nossas irmãs. Damos nossas irmãs a outros homens e estes nos dão suas irmãs”. Em seguida, quando ele foi indagado sobre o que pensaria se essa eventualidade porventura acontecesse, respondeu com as seguintes palavras: “Quererias casar com tua irmã? O que há contigo? Não queres ter um cunhado? E com quem irás caçar? Com quem farás as plantações? Quem irás visitar?”⁹².

A conclusão que se extrai, a partir das respostas formuladas pelo *arapesh*, dá-nos a dimensão exata do pensamento que norteia toda a tese de Lévi-Strauss: o incesto é proibido não por ser imoral, ou biologicamente nocivo à espécie. É proibido por ser socialmente reprovável. Se a proibição do incesto até hoje existe, é porque a humanidade cedo percebeu o benefício social da aliança. Note-se que, pouco tempo atrás, a aliança estabelecida em função do casamento chegou a ser tratada, no Brasil, como questão de Estado: no regime da Constituição de 1824, a princesa herdeira da Coroa só poderia se

⁹⁰ Nas palavras de Diego Soares de Silveira: “A proibição de tomar as próprias irmãs como esposas leva à necessidade da troca de mulheres com outros grupos, dando início a um ‘sistema de troca total’, que inclui também a prestação de serviços, a apropriação de elementos da cultura imaterial (padrões de pintura corporal, danças, mitos, músicas, etc.), a circulação de riquezas, a troca de objetos e, em última instância, a própria produção e distribuição de alimentos”. In: SILVEIRA, Diego Soares de. Antropologia e etnologia indígena. In: CAMARGO, Clarice Carolina Ortiz de; MANO, Marcel; SANTOS, Benerval Pinheiro (org.). **Culturas e histórias dos povos indígenas no Brasil: novas contribuições ao ensino**. Uberlândia: RB Gráfica, 2015. p. 119.

⁹¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 106.

⁹² LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 528.

casar com o aprazimento do Imperador e, na falta deste, mediante aprovação da Assembleia Geral (art. 120)⁹³.

Talvez a mentalidade contemporânea não consiga enxergar o verdadeiro papel que as alianças interfamiliares um dia desempenharam na estruturação da vida social. O homem primitivo, ao contrário, tinha essa noção. Ele estava consciente de que, se o grupo familiar permanecesse isolado, a tendência natural é que viesse a desaparecer, e que, ao firmar alianças com outras famílias, maiores seriam as chances de se perpetuar⁹⁴. Para Lévi-Strauss, foi no momento em que essa consciência despontou na humanidade que se criou a primeira regra estruturante do universo das relações sociais: a proibição do incesto.

2.5 Refutações à tese de Lévi-Strauss

O nome de Lévi-Strauss, embora tenha conquistado ampla notoriedade dentro e fora do campo da antropologia – até mesmo uma música de Caetano Veloso, *O estrangeiro*, lhe foi dedicada⁹⁵ –, não conseguiu manter sua obra incólume às objeções de pesquisadores que vieram a sucedê-lo.

Como era de se prever, seu entendimento sobre a troca de mulheres como base da política de alianças entre grupos familiares recebeu dura reprimenda de segmentos ligados à *ala feminista*. Judith Butler, por exemplo, chegou a denunciar essa formulação como uma tentativa de legitimar o discurso de uma “economia falocêntrica”, em que a mulher perderia sua condição identitária em prol de uma pauta social destinada a satisfazer interesses de ordem masculina⁹⁶. Em certo momento, ela chega a acusar Lévi-Strauss de ter conjecturado toda uma história que, sem ser suficientemente provada, terminaria por converter seu relato em injunção⁹⁷. Com relação, em especial, aos

⁹³ Constituição de 1824, art. 120: “O Casamento da Princesa Herdeira presumptiva da Corôa será feito a aprazimento do Imperador; não existindo Imperador ao tempo, em que se tratar deste Consorcio, não poderá elle effectuar-se, sem aprovação da Assembléa Geral”.

⁹⁴ Nas palavras de Héctor Vázquez: “El matrimonio dentro de un mismo grupo tiende a impedir las alianzas políticas, aseguradas mediante este vínculo social, con otros grupos distintos. Esto provoca el continuo aislamiento del grupo que, así debilitado, es fácil presa de otros ligados entre sí por intereses comunes”. *In*: VÁZQUEZ, Héctor. **Del incesto en psicoanálisis y en antropología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 88.

⁹⁵ “O antropólogo Claude Lévi-Strauss detestou / a Baía de Guanabara / Pareceu-lhe uma boca banguela”. *In*: VELOSO, Caetano. **Letra só**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 205.

⁹⁶ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 77-9.

⁹⁷ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 81.

fundamentos sociais da proibição do incesto, ela entende tratar-se de uma narrativa posterior ao surgimento da lei, e que, por essa razão, não teria como captar o que havia se passado antes dela⁹⁸. Afinal, sugere a autora que tanto o incesto como sua proibição podem ter surgido simultaneamente, pois, no seu entender, não faria sentido especular sobre o que se teria dado antes e depois da cultura: possibilidades culturais podem ter existido desde o início⁹⁹.

Não há como se negar o acerto da posição de Judith Butler quando se refere à troca de mulheres como força motriz de uma economia falocêntrica, porquanto manipulada, em tese, por grupos de homens. Sua argumentação falha, porém, ao associá-la a uma suposta ilação de Lévi-Strauss, que, segundo ela, não teria conseguido atestar a verdade histórica desse tipo de intercâmbio. Ora, um mergulho superficial na obra de Lévi-Strauss demonstra que não se trata de uma mera especulação. A troca de mulheres é um fato comprovado pela história. Além disso, os inúmeros relatos etnográficos constantes d'*As estruturas elementares do parentesco* revelam que a prática continua a se manter em algumas sociedades, mesmo nos dias atuais (*cf. supra*, n. 2.4).

Por outro lado, quando a autora censura Lévi-Strauss por buscar as origens remotas da lei proibidora do incesto, aduzindo não ser possível apurar o que de fato ocorreu antes de essa lei ter sido imposta, a crítica, sob certo aspecto, tem sua razão de ser. O próprio Lévi-Strauss reconhece que o que chegou até nós dos tempos primitivos não passa de restos de esqueletos e alguns poucos utensílios, não sendo possível apreciar com exatidão o verdadeiro sentido de leis e costumes vigentes em uma época tão distante¹⁰⁰. Mas é nesse ponto que intervém o arcabouço construtivo da antropologia. A teoria da aliança é validada não só pelo que ela tem de lógico, mas sobretudo pelo que se pode induzir da observação de grupos humanos que ainda hoje vivem como nossos mais remotos avós. Com ela não se pretende colocar um ponto final na discussão acerca das origens sociais da proibição do incesto. O que se quer, na verdade, é averiguar em que medida essa proibição contribuiu para que a humanidade pudesse efetuar a passagem para o plano da cultura. Se já existiam possibilidades culturais antes de esse trajeto ser

⁹⁸ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 139-40.

⁹⁹ “Mobilizar a distinção entre o que existe ‘antes’ e o ‘durante’ a cultura é uma maneira de excluir possibilidades culturais desde o início”. In: BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 140.

¹⁰⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. In: GOUGH, Kathleen; LÉVI-STRAUSS, Claude; SPIRO, Melford. **A família**: origem e evolução. Porto Alegre: Editorial Villa Marta, 1980. p. 15.

percorrido, como pretende Judith Butler, também é algo que a autora ou outro antropólogo dificilmente conseguirá comprovar.

Uma outra concepção que também se desenvolveu para refutar o pensamento de Lévi-Strauss foi a *teoria demográfica do incesto*. Sua principal representante foi Mariam Slater, que, recorrendo à análise estatística, tentou demonstrar a baixa probabilidade de se terem dado procriações intrafamiliares nos agrupamentos humanos primitivos. Fazendo um comparativo com as condições em que atualmente vivem algumas sociedades tribais, sobretudo os aborígenes da Austrália – condições estas, a seu ver, menos adversas que a dos antigos hominídeos –, ela inferiu que, nos tempos primevos, a expectativa de vida provavelmente era muito curta (35 anos), a taxa de mortalidade infantil, alta (50%), e o tempo de fertilidade feminina, bastante limitado (15 anos). As mulheres tinham, no máximo, cinco gestações, sendo o intervalo entre cada uma delas, em média, de três anos. Apenas dois, quando muito, três filhos, conseguiriam chegar à vida adulta. Assim, quando o filho homem atingisse a puberdade, a mãe já estaria morta ou, pelo menos, perto da menopausa, o que, portanto, inviabilizaria a reprodução materno-filial. Entre pai e filha, a possibilidade de incesto teria sido maior, porém, diante da idade avançada do pai – pelo menos, quatorze anos mais velho que a filha (o que, naquela época, era uma faixa de tempo considerável) –, em pouco tempo a relação chegaria ao seu ocaso, e a filha teria de conseguir um novo parceiro que tomasse o seu lugar. No tocante aos irmãos, considerando-se a diferença etária de três anos entre os nascimentos de cada um, caso eles fossem de sexo oposto, no momento em que o mais velho chegasse à puberdade, o outro seria ainda uma criança, o que faria com que o primeiro tivesse de procurar uma outra pessoa para se emparceirar¹⁰¹.

Com base nessas premissas, Mariam Slater conclui que o homem primitivo teria tido poucas oportunidades de travar relações incestuosas¹⁰². Divergindo de Lévi-Strauss, ela sustenta que, num meio social tão avesso a esse tipo de prática, as pessoas se reproduziam fora da família não para estabelecerem alianças interfamiliares, mas, simplesmente, para poderem se reproduzir. Muito tempo depois, quando o padrão de vida evoluiu e as barreiras contra o incesto puderam ser derrubadas, o sistema de reprodução

¹⁰¹ SLATER, Mariam Kreiselman. Ecological factors in the origin of incest. **American anthropologist**, Washington: Wiley, v. 61, n. 6, 1959. p. 1.051-7.

¹⁰² “Eu também considero provável que os primeiros hominídeos foram capazes de cometer incesto com ainda menor frequência, ou talvez nem tanto” (trad. nossa). No original: “I also suggest as probable that the earliest hominids were able to commit incest even less frequently, perhaps not at all”. *In*: SLATER, Mariam Kreiselman. Ecological factors in the origin of incest. **American anthropologist**, Washington: Wiley, v. 61, n. 6, 1959. p. 1.057-8.

exógama já teria se consolidado na humanidade, e desse modo, não mais seria possível alterá-lo ou contrapor-se aos seus termos¹⁰³.

Não se irá discutir aqui a exatidão dos números apresentados por Mariam Slater. Mas deve-se chamar atenção para o fundo nitidamente determinista do argumento por ela utilizado. No seu entender, a prevenção contra o incesto resultaria não da imposição de uma regra enquanto tal, e sim da extrema improbabilidade de se consumarem relações incestuosas no ambiente em que viviam nossos antigos ancestrais. Mas a isso há de se objetar que, se a aversão social ao incesto existe a partir do momento em que o homem transpõe o plano da natureza para adentrar o da cultura – como pretende Lévi-Strauss (*cf. supra*, n. 2.4) –, é porque, ao praticar a conduta reprovável, ele estaria, em certo aspecto, cometendo a violação de uma regra (seja ela moral ou jurídica). E é nesse ponto que se deve questionar o raciocínio exposto por Mariam Slater: como ela explicaria as duras penalidades atribuídas pelos povos selvagens aos casais incestuosos? Se a sanção é imposta, ainda que de forma difusa – como ocorre com a submissão dos infratores ao juízo de reprovação social –, então fica claro que uma regra foi violada. E uma das primeiras regras que a humanidade criou para reger a vida social foi, exatamente, a proibição do incesto.

Considere-se, agora, a questão sob a perspectiva *neuroantropológica* de Robin Fox. Em primeiro lugar, o autor destaca a importância da variação genética enquanto fio condutor da adaptação da espécie, ao mesmo tempo em que enxerga a preponderância de cruzamentos internos como fator restritivo do potencial de adaptabilidade. Para ele, o controle dos impulsos incestuosos teria se desenvolvido como consequência do crescimento cerebral, o que se deu ao longo da evolução humana, a todo momento instada pela necessidade de adaptação¹⁰⁴. Portanto, longe de traduzir uma fórmula sociológica, a vinculação entre exogamia e proibição do incesto estaria radicada no próprio cérebro do indivíduo¹⁰⁵. É como se a natureza, em outras palavras, o tivesse programado para evitar o incesto.

Em seguida, Fox investiga os hábitos familiares dos primatas superiores (sobretudo gorilas, gibões e chimpanzés) para buscar pistas sobre como se teria

¹⁰³ SLATER, Mariam Kreiselman. Ecological factors in the origin of incest. *American anthropologist*, Washington: Wiley, v. 61, n. 6, 1959. p. 1.057-8.

¹⁰⁴ FOX, Robin. **The red lamp of incest**: an enquiry into the origins of mind and society. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 10-2.

¹⁰⁵ FOX, Robin. **The red lamp of incest**: an enquiry into the origins of mind and society. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 161-2.

estruturado a hierarquia social dos antigos hominídeos¹⁰⁶. Nesse ponto, seu pensamento converge com o de Freud, ao admitir que a horda primeva estava dividida em três categorias principais: os machos triunfadores, as fêmeas com crias e os machos excluídos¹⁰⁷. Teria sido, portanto, num ambiente carregado de tensões que a evolução do cérebro levou o homem a inibir seus impulsos egoísticos de modo a instaurar um processo equilibrador capaz de harmonizar todo esse antagonismo de forças¹⁰⁸. Segundo Fox, os machos excluídos ascenderam às posições mais elevadas não para rivalizarem com os machos triunfadores no cruzamento com as fêmeas – como queria Freud –, e sim para promoverem o *intercâmbio* entre essas fêmeas e outras de grupos diversos¹⁰⁹. Uma análise mais fugaz talvez vislumbre, aqui, uma aproximação com o sistema de troca de mulheres propugnado por Lévi-Strauss. A diferença é que, para Fox, a troca de mulheres seria um meio para garantir a diversidade genética, além de contribuir para refrear os instintos da horda primitiva, tudo isso, apresentando-se sob a forma de uma resposta adaptativa inerente à evolução do cérebro humano. Fox conclui, então, que o homem se entrega à exogamia e repele o incesto sobretudo porque evoluiu para incorporar essas tendências, e que, a partir delas, teria estruturado sua vida em sociedade¹¹⁰. Na sua visão, mesmo que as leis proibitivas do incesto fossem revogadas, ele continuaria sendo “uma gota no oceano genético da população em geral”¹¹¹.

Trata-se, sem dúvida, de uma tese elegante e bem estruturada, que, partindo dos postulados básicos desenvolvidos por Freud e Lévi-Strauss (mito da horda primeva e teoria da aliança, respectivamente), busca, em linhas gerais, associar o tabu do incesto ao processo de evolução cerebral. O próprio Fox, no entanto, reconhece a impossibilidade

¹⁰⁶ FOX, Robin. **The red lamp of incest: an enquiry into the origins of mind and society**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 83-107.

¹⁰⁷ FOX, Robin. **The red lamp of incest: an enquiry into the origins of mind and society**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 115.

¹⁰⁸ FOX, Robin. **The red lamp of incest: an enquiry into the origins of mind and society**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 138.

¹⁰⁹ “A mudança é do controle das fêmeas ‘próprias’ como objeto de uso para o controle das fêmeas próprias como objeto de *troca*” (trad. nossa). No original: “The change is from controlling ‘own’ females as objects of *use* to controlling own females as objects of *exchange*”. In: FOX, Robin. **The red lamp of incest: an enquiry into the origins of mind and society**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 139.

¹¹⁰ FOX, Robin. **The red lamp of incest: an enquiry into the origins of mind and society**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 197.

¹¹¹ Trad. nossa. No original: “a drop in the genetic ocean for the population at large”. In: FOX, Robin. **The red lamp of incest: an enquiry into the origins of mind and society**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 216.

de se alcançar certeza em questões dessa ordem, contentando-se com o fato de se reduzir a área de incerteza, o que, para ele, já seria um avanço notável¹¹².

2.6 Fator genético e incesto: o problema da transmissão de taras hereditárias à descendência

Em abril de 1961, foi publicado na Revista *O cruzeiro* um artigo impactante alertando para os perigos representados pelas uniões consanguíneas. O artigo, que recebeu o título de *Filhos do incesto*, retratou a realidade de uma família composta por uma mãe viúva que morava com seus cinco filhos num casebre situado na localidade de Ponte Alta, nos arredores de Brasília. Detalhe: os genitores eram irmãos. Segundo a reportagem, dois desses filhos eram surdos-mudos e tinham capacidade locomotora reduzida. Não conseguiam se equilibrar. Moviam-se arrastando-se pelo chão, ou “de quatro pés”. Um deles, inclusive, passava horas deitado na lama fria, e quando se aproximava um estranho, rosnava como um cachorro para o intruso. O outro era menos agressivo, porém sofria de *tracoma*, doença que estimula a lacrimação. Havia também duas filhas com retardo mental, que ficavam a toda hora sorrindo para a equipe de reportagem. E, finalmente, um quinto filho, que era alcoólatra¹¹³.

A matéria trazia uma entrevista com o diretor do laboratório de genética humana do Departamento de Biologia Geral da Universidade de São Paulo, o médico e geneticista Oswaldo Frota Pessoa. O entrevistado ressaltou que, embora a reprodução incestuosa não implique necessariamente o surgimento de taras hereditárias, ela aumenta a probabilidade de ocorrerem anomalias recessivas na prole. Nesse sentido, quanto mais próximo for o parentesco, maior seria o risco de transmissão. Em certo trecho da entrevista, ele chegou a dizer: “No caso de uniões entre irmãos, como êste de Brasília, a probabilidade é cêrca de 4 vêzes maior do que no caso de primos em 1.º grau e umas 25 vêzes maior do que no caso de pais não aparentados”. Com relação à família descrita na reportagem, o entrevistado reconheceu que os pais, embora não fossem surdos-mudos,

¹¹² FOX, Robin. **The red lamp of incest: an enquiry into the origins of mind and society**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980. p. 87.

¹¹³ CAMPOS, Elton. Filhos do incesto. **O cruzeiro**, Rio de Janeiro: Diários Associados, ed. 27, 15 abr. 1961. p. 118.

talvez possuíssem o gene da surdo-mudez, e, por essa razão, poderiam tê-lo transmitido a dois dos seus filhos¹¹⁴.

Um outro caso de incesto fraterno noticiado pela imprensa se deu na Alemanha. Dois irmãos que cresceram separados, já que um deles tinha sido entregue à adoção, vieram a se conhecer, adultos, no enterro da mãe. Em pouco tempo, iniciaram uma relação. O ano era 2001, e durante a convivência, o casal gerou quatro filhos. O primeiro sofre de epilepsia e tem dificuldades de fala. A filha mais velha foi diagnosticada com retardo mental¹¹⁵.

Pesquisas recentes apontam percentuais mais precisos do risco adicional de se desenvolverem doenças autossômicas recessivas em filhos de casais incestuosos¹¹⁶. De acordo com a tabela apresentada por Marcelo Zugaib (professor titular de Obstetrícia da Universidade de São Paulo), o incesto entre irmãos germanos, e entre pai e filha, eleva esse risco em 32%; entre tio e sobrinha, e entre irmãos unilaterais, o aumento do risco é de 18%; entre primos (colaterais de 4º grau), o risco é acrescido em 9%¹¹⁷. Daí a recomendação, feita pelo autor, de que o casal busque aconselhamento genético antes de iniciada a gestação, e que, se for o caso, submeta-se às intervenções necessárias para reduzir as chances de patologias na prole¹¹⁸.

A propósito, um levantamento feito pelo Centro de Estudos do Genoma Humano do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, em parceria com a Universidade Estadual da Paraíba, apurou as principais doenças genéticas que poderiam estar relacionadas aos cruzamentos entre parentes consanguíneos no interior do Nordeste. A pesquisa foi feita com 18 pessoas, todas moradoras da zona rural de municípios da Paraíba e do Rio Grande do Norte, e se deu entre os anos de 2014 e 2018. Entre as doenças identificadas, estavam a *síndrome Santos* (que provoca anomalias nos membros); a *síndrome SPOAN* (responsável pela atrofia no sistema nervoso capaz de deixar o paciente paralítico); a *MED25* e a *IMPA1* (causadoras de retardo intelectual)¹¹⁹. O resultado do

¹¹⁴ CAMPOS, Elton. Filhos do incesto. **O cruzeiro**, Rio de Janeiro: Diários Associados, ed. 27, 15 abr. 1961. p. 119.

¹¹⁵ Para detalhes, cf. MOORE, Tristana. Couple stand by forbidden love. **BBC News**, 07 mar. 2007. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/6424937.stm>. Acesso em: 01 jul. 2022.

¹¹⁶ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A primeira lei do direito de família: o interdito proibitório do incesto. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e alienação parental**. 4. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 313-4.

¹¹⁷ ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. 3. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 1.154.

¹¹⁸ ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. 3. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 1.145-6.

¹¹⁹ Para detalhes, cf. FERREIRA, Ivanir. Revelada origem de mutações que causam doenças raras em famílias consanguíneas. **Jornal da USP**, 09 jan. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/primos->

estudo deu origem a um artigo que veio a ser publicado na *Scientific reports*, em 2018, com ampla divulgação na comunidade científica mundial¹²⁰.

Preocupações desse tipo, no entanto, são mais antigas do que se pensa. A se acreditar no relato de Xenofonte, teria sido travado, no despertar do jusnaturalismo grego (séc. V a. C.), um curioso confronto dialético envolvendo Hípias e Sócrates, em que o último apontou as deficiências em filhos de casais incestuosos como uma espécie de *sanção* por se terem violado as leis divinas. Vale citar por extenso o seguinte trecho do diálogo:

- E não é lei também, em qualquer lado, honrar os pais?
- Sim, também.
- E não o é também que os pais não se unam sexualmente aos filhos nem os filhos aos pais?
- Essa, Sócrates, já não me parece que seja uma lei divina.
- Não? Porquê?
- Porque sei que alguns a transgridem.
- Ora, também se transgridem muitas outras leis, só aqueles que transgridem as leis estabelecidas pelos deuses cumprem penas das quais não é possível fugir, seja por que meio for, como acontece com alguns dos que transgridem as leis estabelecidas pelos homens e depois conseguem evitar cumprir uma pena, uns discretamente e outros pela força.
- E qual é a pena, Sócrates, que os pais que se unem aos filhos e os filhos que se unem aos pais não podem evitar?
- Pois a mais terrível de todas, por Zeus! Sim, que castigo mais grave poderiam sofrer os homens ao gerar filhos do que gerá-los deficientes?¹²¹

Não há que se pôr em dúvida a maior frequência de taras hereditárias em filhos resultantes de cruzamentos consanguíneos, se comparados ao restante da população em geral¹²². O que se deve questionar, contudo, é se haveria alguma conexão entre esse fator, de ordem puramente genética, e o surgimento das prevenções incestuosas nas origens da humanidade.

A resposta à questão pede que se investiguem certas representações mentais que provavelmente estruturaram o pensamento do homem primitivo. Nesse contexto, esclarece Lévy-Bruhl que a mentalidade primitiva não se ocupa em perquirir os elos de

que-casam-revelada-origem-de-mutacoes-que-causam-doencas-raras-em-familias-consanguineas/. Acesso em: 2 ago. 2022.

¹²⁰ FARIAS, Allysson Allan de; FERNANDES, Gustavo Ribeiro; KOK, Fernando; LEMES, Renan Barbosa; MELO, Uirá Souto; MOURA, Ronald; NUNES, Kelly; SANTOS, Silvana; ZATZ, Mayana. Origin and age of the causative mutations *KLC2*, *IMPA1*, *MED25* and *WNT7A* unravelled through Brazilian admixed populations. **Scientific Reports, Nature**, 08 nov. 2018. p. 1-8. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6224410/>. Acesso em: 02 ago. 2022.

¹²¹ XENOFONTE. **Memoráveis**. Trad. Ana Elias Pinheiro. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2009. p. 261-2.

¹²² Cf. WESTERMARCK, Edward. **Histoire du mariage**: les théories de l'inceste, les bases biologiques du mariage. Trad. do inglês Arnold van Gennep. Paris: Payot, 1945. v. 6. p. 141.

ligação causal que não se puderem apresentar de forma autoevidente. Ela quase sempre atribui à atuação de forças ocultas a ocorrência de situações indesejáveis, como doenças ou morte¹²³. Conforme apurou em suas pesquisas, “ora o culpado é um feiticeiro, ora o espírito de um morto, ora forças mais ou menos definidas ou individualizadas, desde a representação mais vaga, até a divinização precisa de uma doença”¹²⁴. Pouca importância é dada às causas naturais. Em algumas culturas, até mesmo o papel do ato sexual na fisiologia da reprodução é ignorado. Entre os nativos de San Cristobal, nas Ilhas Salomão (Pacífico Sul), acredita-se que o embrião é inserido no útero da mãe por um espírito em forma de serpente, o *kauraha*¹²⁵.

A se associar essa cosmovisão ao reduzido número de gestações por mulher e às elevadas taxas de mortalidade infantil nas populações dos tempos primevos (*cf. supra*, n. 2.5), além, é claro, das adversidades inerentes ao meio em que viviam, como esperar, então, que ancestrais tão remotos pudessem entrever a relação que se dá entre cruzamentos consanguíneos e o risco de nascerem filhos com deficiência? Mas de modo paradoxal, é nesse ambiente selvagem e inóspito que começa a ganhar forma o tabu do incesto. Seria errôneo supor tratar-se de uma herança cultural das civilizações da Idade Antiga – seja a judaico-cristã, ou a greco-romana. Antes de elas surgirem, as restrições sociais ao incesto provavelmente já estavam assentadas.

Freud, inclusive, sugere que as prevenções incestuosas sejam talvez mais antigas que a domesticação de animais, ao mesmo tempo em que acentua a improbabilidade de o homem primitivo ter se atido a fatores que pudessem interferir na higidez da prole. Ainda assim, para ele, o sentimento de aversão ao incesto entre os selvagens parece ser mais intenso e profundo do que nos povos civilizados¹²⁶.

No mesmo sentido, Susan Forward e Craig Buck costumam a crer que as gerações primitivas tivessem condições de compreender que certos defeitos congênitos fossem resultado de procriações incestuosas, ou que o tabu do incesto houvesse surgido por influência desse fator¹²⁷.

¹²³ LÉVY-BRUHL, Lucien. **A mentalidade primitiva**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2008. p. 24-5.

¹²⁴ LÉVY-BRUHL, Lucien. **A mentalidade primitiva**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2008. p. 29.

¹²⁵ LÉVY-BRUHL, Lucien. **A mentalidade primitiva**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2008. p. 446.

¹²⁶ FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker**. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922. p. 166-7.

¹²⁷ “É difícil acreditar que seres humanos primitivos tenham deduzido, ao longo das gerações, que certos traços fossem o resultado da procriação endogâmica, a partir dos indícios escassos de defeitos congênitos ocasionais. E foi registrada a existência de tabus do incesto em sociedades que ainda não haviam descoberto

Também Lévi-Strauss rejeita que as primeiras sociedades humanas pudessem dispor de uma tal “clarividência eugênica” à época em que a proibição do incesto veio a se firmar, percepção que, no seu entender, só viria a emergir mais tarde. E dá provas do seu raciocínio ao relacionar a questão com o sistema de casamento dos primos cruzados¹²⁸. Como foi dito em outra ocasião, esse modelo estrutural de família divide os primos em duas classes, os *paralelos* e os *cruzados* (*cf. supra*, n. 2.4). Os primeiros, nascidos de irmãos do mesmo sexo do seu pai ou mãe; os segundos, de irmãos de sexo oposto. Note-se que, nos dois casos, a proximidade do parentesco é exatamente a mesma, e, portanto, idênticas as chances de transmissão de caracteres recessivos à prole. Porém, enquanto o casamento dos primos cruzados é incentivado pelo restante do grupo, a relação entre primos paralelos se equipara ao incesto fraterno¹²⁹.

E o que dizer daquelas outras prevenções incestuosas que não são relacionadas a questões de consanguinidade? Quer-se chamar atenção, nesse ponto, para os laços familiares estabelecidos entre parentes afins. Tome-se como parâmetro a relação de sogradio. Genro e sogra não contam, em efeito, com qualquer proximidade genética – salvo se possuírem um ancestral em comum. Eventual cruzamento entre os dois, em tese, não amplia o risco de contágio hereditário. E, no entanto, mesmo nas sociedades primitivas, já existiam regras rigorosas de evitação no relacionamento genro-sogra (*cf. supra*, n. 2.2). Ainda hoje remanesce, em diversas legislações – incluída a brasileira –, o impedimento para se consumir o matrimônio em sogradio¹³⁰.

Por outro lado, se forem consideradas as civilizações da Antiguidade que alcançaram projeção no campo das conquistas intelectuais, em uma delas, pelo menos, irá se encontrar alguma abertura para que casais de irmãos pudessem conviver em união incestuosa. A referência em questão é ao Egito da era ptolomaica.

sequer a relação que existe entre relações sexuais e a gravidez, quanto mais entre a procriação incestuosa e os defeitos de nascença”. In: BUCK, Craig; FORWARD, Susan. **A traição da inocência**: o incesto e sua devastação. Trad. Sergio Flaksman. Rio de Janeiro: Rocco, 1989. p. 26.

¹²⁸ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. 2011. p. 50-1.

¹²⁹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. 2011. p. 51.

¹³⁰ Código Civil brasileiro, art. 1.521, II: “Não podem casar: (...) os afins em linha reta”; Código Civil português, art. 1.602, c: “São também dirimentes, obstando ao casamento entre si das pessoas a quem respeitam, os impedimentos seguintes: (...) A afinidade na linha recta”; Código Civil italiano, art. 87, 4: “Non possono contrarre matrimonio fra loro: (...) gli affini in linea retta; il divieto sussiste anche nel caso in cui l’affinità deriva da matrimonio dichiarato nullo o sciolto o per il quale e’ stata pronunziata la cessazione degli effetti civili”; Código Civil francês, art. 161: “Em ligne directe, le mariage est prohibé, entre tous les ascendants, descendants et les alliés dans la même ligne”; Código Civil e Comercial argentino, art. 403, c: “Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: (...) la afinidad em línea recta en todos los grados”.

Os historiadores apontam que, com a morte de Alexandre, o Grande, no ano 323 a. C., o Egito passou a ser regido por uma dinastia inaugurada pelo seu ex-general, Ptolomeu Sóter. No que toca, em especial, à sua tradição familiar, os Ptolomeus notabilizaram-se por não se misturarem com a população nativa. Os casamentos reais eram quase todos consumados por casais de irmãos. Eventualmente, também foram reportados casamentos entre tio e sobrinha (Ptolomeu VIII e Cleópatra III), e entre primos (Cleópatra Berenice e Ptolomeu XI)¹³¹.

O primeiro registro de casamento fraterno foi o que se deu entre Ptolomeu II e Arsinoe II, ambos filhos de Ptolomeu Sóter¹³². O poeta grego Teócrito (310 a. C. – 250 a. C.), contemporâneo do casal, chegou a immortalizar essa união em um de seus idílios, *O panegírico de Ptolomeu*, através dos seguintes versos: “E o amor do seu coração conquistou seu marido-irmão / Em tal abençoada união juntou-se o eterno par” (trad. nossa da versão inglesa)¹³³. Note-se que o autor não demonstra qualquer grau de reserva ou censura ao se referir ao caráter incestuoso da relação. Talvez isso se deva ao fato de na Grécia clássica (sécs. V a. C. e IV a. C.) – em Atenas, pelo menos –, terem sido admitidos casamentos entre meios-irmãos por parte de pai. A tese vem confirmada pelo relato de Cornélio Nepote sobre os feitos do general ateniense Címon, filho de Milcíades, que viveu entre os anos 510 a. C. e 449 a. C. Em certa passagem da obra, consta ter Címon se unido em primeiras núpcias com sua irmã paterna, Elpinice, sob a justificativa de que, “é permitido entre os atenienses desposar sua irmã do lado do pai” (trad. nossa da versão francesa)¹³⁴.

Também entre os faraós egípcios anteriores a Ptolomeu Sóter, havia o costume de se estabelecerem ligações incestuosas de matriz fraterna. A prática supostamente visava reconstituir o drama dos deuses-irmãos, Ísis e Osíris¹³⁵. Mas nada se compara à profusão com que esse modelo familiar foi acolhido pelos membros da dinastia ptolomaica.

¹³¹ Cf. AGER, Sheila. The power of excess: royal incest and the Ptolemaic dynasty. *Anthropologica*, Victoria: Canadian Anthropology Society, v. 48, n. 2, 2006. p. 165-6.

¹³² Cf. AGER, Sheila. The power of excess: royal incest and the Ptolemaic dynasty. *Anthropologica*, Victoria: Canadian Anthropology Society, v. 48, n. 2, 2006. p. 167.

¹³³ Versão inglesa: “And her heart’s love her brother-husband won / In such blest union joined the immortal pair”. In: CALVERLEY, C. S. *Theocritus translated into english verse*. Cambridge: Deighton, Bell and Co., 1869. p. 102.

¹³⁴ Versão francesa: “Il est permis aux Athéniens d’épouser leur soeur de père”. In: NEPOS, Cornelius. *Vies de grands capitaines*. Trad. do grego M. Sommer. Paris: Librairie de L. Hachette et C., 1869. p. 90.

¹³⁵ Cf. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 514.

Durante cerca de três séculos (323 a. C. – 30 a. C.), quase todos os casamentos reais do Egito se deram entre pares formados por irmão e irmã¹³⁶.

A explicação, segundo Westermarck, é creditada ao fato de se pretender, com tais uniões, manter a pureza do sangue real, ao mesmo tempo em que, através delas, procurar-se-iam evitar eventuais interferências surgidas em torno de alianças malsinadas com outras famílias¹³⁷.

Contrapondo-se a esse raciocínio, Sheila Ager parte de pressuposto diverso. Na sua visão, os Ptolomeus teriam dado preferência ao casamento incestuoso, sobretudo, como uma forma de demonstração de poder. É como se eles quisessem dar mostras de que estavam acima e além de toda limitação humana. De acordo com a autora, sua “filosofia do excesso” (*philosophy of excess*) se caracterizava pela prodigalidade extrema e pela extravagância cultural, além de uma série de condutas representativas do seu enorme poderio¹³⁸.

Não é à toa que a representante mais célebre da família, Cleópatra VII (69 a. C. – 30 a. C.) – a Cleópatra que encantou o César romano, e cujo fascínio ainda ressoa nos dias atuais – chegou a vivenciar com Marco Antônio uma relação em que o casal teria se entregue a prazeres ilimitados, especialmente durante uma temporada que ambos passaram em Alexandria, por volta dos anos 41 a. C. e 40 a. C. Cerca de um século depois, o historiador grego Plutarco (46 d. C. – 120 d. C.) veio a registrar: “Organizaram entre eles um grupo a que chamaram de Animetobion, isto é, a vida não igual, que outros não saberiam imitar, gastando nisso uma importância que excedia a todos os limites”¹³⁹. Pontue-se que, antes de se envolver com Marco Antônio, Cleópatra havia se casado com dois de seus irmãos, Ptolomeu XIII e Ptolomeu XIV, e também já tinha sido amante de Júlio César, com quem supostamente teve um filho (Ptolomeu XV)¹⁴⁰.

¹³⁶ Cf. AGER, Sheila. The power of excess: royal incest and the Ptolemaic dynasty. *Anthropologica*, Victoria: Canadian Anthropology Society, v. 48, n. 2, 2006. p. 165.

¹³⁷ WESTERMARCK, Edward. *Histoire du mariage*: les théories de l’inceste, les bases biologiques du mariage. Trad. do inglês Arnold van Gennep. Paris: Payot, 1945. v. 6. p. 38-9.

¹³⁸ “Os Ptolomeus ultrapassaram diversas fronteiras fixadas por normas culturais e morais. Portanto, o incesto tem seu lugar como apenas um elemento em um conjunto integrado por condutas-limites simbolizando poder e fundadas em uma filosofia do excesso” (trad. nossa). No original: “The Ptolemies crossed numerous boundaries of cultural and moral norms. Thus, incest takes its place as only one component in an integrated set of liminal behaviours symbolizing power and grounded in a philosophy of excess”. In: AGER, Sheila. The power of excess: royal incest and the Ptolemaic dynasty. *Anthropologica*, Victoria: Canadian Anthropology Society, v. 48, n. 2, 2006. p. 166.

¹³⁹ PLUTARCO. *Vidas dos homens ilustres*. Trad. do francês Vicente Pedroso. São Paulo: Editora das Américas, 1954. t. 8. p. 314.

¹⁴⁰ Cf. AGER, Sheila. The power of excess: royal incest and the Ptolemaic dynasty. *Anthropologica*, Victoria: Canadian Anthropology Society, v. 48, n. 2, 2006. p. 170-1.

Sheila Ager reconhece em seu estudo que os Ptolomeus provavelmente devem ter sofrido, vez ou outra, os efeitos adversos da consanguinidade¹⁴¹. Mas, ao que parece, eles não deixaram que sua estratégia familiar fosse abalada por esse tipo de ocorrência. Pelo contrário, o incesto era praticamente imposto por uma filosofia de poder orientada para quebrar todo e qualquer paradigma social.

Feito esse balanço, chega-se agora ao ponto nevrálgico da questão: como explicar que civilizações que alcançaram um relativo grau de avanço técnico, como a grega e a egípcia, e que, portanto, tinham condições de antever os perigos representados pela consanguinidade¹⁴², tenham admitido, embora com certa ressalva, a legitimação do incesto fraterno? Ao passo que populações primitivas, vivendo em estado de semi-indigência em meio a um ambiente hostil e selvagem, que costumavam atribuir a potências místicas a razão de suas doenças, tenham sido tão inflexíveis no trato das prevenções incestuosas?

Talvez a melhor explicação seja no sentido de que os problemas genéticos relacionados à prole não traduzam, de fato, a causa remota que levou à proibição do incesto¹⁴³. Parece lícito supor que, somente após essa proibição ter se estabelecido, é que, muito tempo depois, foi possível atentar-se para os efeitos nefastos da reprodução consanguínea. Portanto, ao invés de se imputar aos riscos da consanguinidade o fundamento das prevenções incestuosas, mais adequado seria enxergar, no surgimento de tais prevenções, uma etapa cronologicamente anterior à descoberta daqueles riscos. Mais uma vez, é Lévi-Strauss que adverte: “O perigo dos casamentos entre consanguíneos não é tanto a razão como a consequência da proibição do incesto”¹⁴⁴. Lembrando que, mesmo entre os povos da Antiguidade cujo gênio permitiu entrever os riscos inerentes a esse tipo de união – como os gregos e egípcios –, fatores de ordem diversa os levaram a abrandar

¹⁴¹ AGER, Sheila. The power of excess: royal incest and the Ptolemaic dynasty. *Anthropologica*, Victoria: Canadian Anthropology Society, v. 48, n. 2, 2006. p. 173.

¹⁴² O próprio Sócrates, conforme foi dito no texto, já havia vaticinado sobre a questão no séc. V a. C., e os antigos egípcios, como se sabe, eram peritos na arte medicinal.

¹⁴³ Entendimento contrário, atribuindo a razões de ordem eugênica as origens da proibição do incesto, é defendido por Maine. Confira-se: “Eu não consigo enxergar por que os homens que descobriram o uso do fogo e que adaptaram as formas selvagens de certos animais para a domesticação, e de vegetais para o cultivo, não deveriam ter percebido que crianças de constituição deletéria fossem nascidas de pais proximamente aparentados” (trad. nossa). No original: “I cannot see why the men who discovered the use of fire and selected the wild forms of certain animals for domestication and of vegetables for cultivation should not find out that children of unsound constitutions were born of nearly related parents”. In: MAINE, Henry Sumner. *Dissertations on early law and custom*. London: John Murray, 1883. p. 228. Entre os antropólogos contemporâneos, não se conseguiu identificar, nas pesquisas feitas para esta dissertação, nenhum que tenha esposado formulação semelhante.

¹⁴⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. In: GOUGH, Kathleen; LÉVI-STRAUSS, Claude; SPIRO, Melford. *A família: origem e evolução*. Porto Alegre: Editorial Villa Marta, 1980. p. 32.

a regra proibitiva, de modo a legitimar, sob certas circunstâncias, a consumação do incesto.

3 O PROCESSO DE JURIDICIZAÇÃO DO TABU: IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

3.1 Restrições a casamentos interparentais no direito judaico-cristão

Do ponto de vista histórico, não foi por meio da atitude impositiva de um poder organizado e soberano que o tabu do incesto veio a se firmar. Um longo itinerário foi percorrido. Seu início, como se viu, deu-se a partir do momento em que, nos tempos primevos, começaram-se a pressentir os efeitos socialmente nefastos das uniões entre parentes de grau mais próximo (*cf. supra*, n. 2.4). Somente num estágio mais avançado é que se passou a esboçar, primeiro por força do costume, depois através da lei, todo um sistema repressivo voltado contra aqueles que ousassem transgredir as proibições incestuosas.

Dentre as sociedades antigas que deixaram registros de um aparato legal tratando do incesto e de sua repressão, assume destaque, particularmente, o caso do povo hebreu. É, de fato, uma civilização cuja cultura não deve ser desprezada, sobretudo considerando-se o fundo judaico-cristão que permeia grande parte do direito de família do mundo ocidental.

Na história de Israel, as primeiras regras proibitivas das uniões incestuosas foram fixadas pelo direito mosaico. Segundo as Escrituras, foi durante o êxodo, enquanto o povo judeu peregrinava pelo deserto rumo à terra prometida, que Moisés teria recebido por Revelação do próprio Criador um rol de ordenanças visando preservar a moralidade das uniões conjugais (*Lv*, 18)¹⁴⁵. Antes disso, porém, alguns tantos personagens que imortalizaram seus feitos nas páginas do texto sagrado teriam cometido, em sua vida sexual e matrimonial, certas condutas que, sob a óptica da lei mosaica, viriam a ser enquadradas como práticas abomináveis.

Foi o caso de Abraão, que se uniu em matrimônio com sua meia-irmã, Sara (*Gn*, 20, 12)¹⁴⁶. Também foi o que aconteceu com Lot (sobrinho de Abraão), ao engravidar suas duas filhas após ser por elas embebedado em uma caverna, enquanto fugia de

¹⁴⁵ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁴⁶ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 66.

Sodoma (*Gn* 19, 30-36)¹⁴⁷. A propósito, consta de um excerto que dessa dupla relação teriam se originado dois povos, os moabitas e os amonitas (*Gn* 19, 37-38)¹⁴⁸. Observe-se que, em nenhum momento, é censurado o comportamento das irmãs, já que o objetivo de ambas, a princípio, teria sido assegurar a descendência paterna.

Outro patriarca de Israel que vivenciou uma união incestuosa, desta vez com a cunhada, foi Jacó. Após se casar com Lia, filha de Labão, ele permaneceu trabalhando sete anos para o sogro, e com isso adquiriu o direito de desposar a segunda filha deste, Raquel (*Gn* 29, 20-30)¹⁴⁹. Verifica-se aí um exemplo típico de casamento em *sororato*, que é quando um homem vem a se casar com a irmã de sua esposa (contrapondo-se ao *levirato*, que, conforme será visto, refere-se ao matrimônio do homem com a esposa do irmão).

Curioso é o caso de Tamar. Após perder o marido, ela obtém de seu sogro, Judá, a promessa de que um outro filho dele, Sela, a receberia por mulher. A promessa não é cumprida, e então a viúva, fazendo-se passar por prostituta, cobre o rosto com um véu, seduz o próprio sogro e consegue com ele se deitar. Da relação nascem duas crianças gêmeas (*Gn* 38, 12-30)¹⁵⁰. Tempos depois, quando Judá soube que fora enganado pela nora, teria dito: “Ela é mais justa do que eu; pois que não a dei ao meu filho Sela” (*Gn* 38, 26)¹⁵¹. Mais uma vez, parece inoportunamente, aqui, qualquer reprovação ao ato incestuoso.

Ainda nesse contexto, merece referência o ajuntamento de Rubem, filho mais velho de Jacó, com Bala, concubina do seu pai (*Gn*, 35, 22)¹⁵². Ao descobrir que o filho havia conspurcado o leito paterno, Jacó, perto de morrer, retira-lhe o direito de primogenitura e decide outorgá-lo a um outro descendente seu, Judá (*Gn*, 49, 4; 8-12)¹⁵³ – aquele que, conforme se mencionou há pouco, havia se relacionado com sua nora, Tamar.

¹⁴⁷ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 65.

¹⁴⁸ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 65.

¹⁴⁹ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 76.

¹⁵⁰ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 87.

¹⁵¹ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 87.

¹⁵² BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 84.

¹⁵³ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 98-9.

Um dos casamentos incestuosos que mais chama atenção é o de Amrão com Jocabed, respectivamente, sobrinho e tia (*Ex* 6, 20)¹⁵⁴. São eles os pais de Moisés, o mesmo Moisés que, de forma paradoxal, viria depois a legislar contra esse tipo de união¹⁵⁵.

Com relação ao sistema de vedações matrimoniais estabelecido pela lei mosaica, cumpre atentar para o rol previsto no terceiro Livro do Pentateuco, o *Levítico*, que, em seu capítulo 18, traz um elenco de familiares que não poderiam “descobrir a nudez” uns dos outros. Embora, à primeira vista, as proibições se limitem ao ato sexual, elas terminam, indiretamente, por inibir o matrimônio entre as pessoas referidas, pois, como é notório, ao se proibir o menos, também se está proibindo o mais (argumento *a minori ad maius*).

Segue a lista de familiares que, por vínculo consanguíneo ou afim, estão impedidos de se relacionarem:

a) Filho e pai, ou mãe. “Não descobrirás a nudez de teu pai, nem a de tua mãe. Ela é tua mãe: não descobrirás a sua nudez” (*Lv* 18, 7)¹⁵⁶;

b) Enteado e madrasta. “Não descobrirás a nudez da mulher de teu pai: é a nudez de teu pai” (*Lv* 18, 8)¹⁵⁷;

¹⁵⁴ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 106.

¹⁵⁵ Adverte Branca Lescher Facciolla: “A *Torá* caracteriza-se pelo fato de Moisés não ser o legislador que se inspira em *D’us* ou na religião, e legisla. Segundo a tradição, o verdadeiro e único legislador é *D’us*, e a função de Moisés restringe-se a transmitir os mandamentos revelados”. In: FACCIOLLA, Branca Lescher. **A lei de Moisés**: Torá como fonte de direito. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 14.

¹⁵⁶ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁵⁷ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162. A vedação parece também ter alcançado a concubina do pai. A tese é demonstrada com o conselho dado por Aquitofel a Absalão, terceiro filho do Rei Davi, quando ambos arquitetavam a tomada do trono de Israel. Confira-se a seguinte passagem de *II Sm* 16, 21: “Aproxima-se das concubinas de teu pai, que ficaram aqui para guardar o palácio. Assim todo o Israel saberá que te tornaste odioso ao teu pai, e os teus partidários se animarão com maior coragem”. In: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 353. A recomendação foi fielmente seguida (*II Sm* 16, 22): “Armaram, pois, para Absalão uma tenda no terraço, e ali, à vista de todo o Israel, ele vinha abusar das concubinas de seu pai”. In: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 353-4.

c) Irmão e irmã, ou meia-irmã. “Nem a de tua irmã, filha de teu pai ou de tua mãe, nascida na casa ou fora dela” (*Lv* 18, 9)¹⁵⁸. Note-se que a proibição do casamento com a meia-irmã vem também reproduzida em outra passagem: “Nem a da filha da mulher de teu pai, nascida de teu pai: é tua irmã” (*Lv* 18, 11)¹⁵⁹;

d) Avô e neta. “Não descobrirás a nudez da filha de teu filho ou da filha de tua filha, porque é tua nudez” (*Lv* 18, 10)¹⁶⁰;

e) Sobrinho e tia paterna. “Não descobrirás a nudez da irmã de teu pai: ela é da mesma carne que teu pai” (*Lv* 18, 12)¹⁶¹;

f) Sobrinho e tia materna. “Nem a da irmã de tua mãe; porque ela é da mesma carne que tua mãe” (*Lv* 18, 13)¹⁶²;

g) Sobrinho e esposa do tio. “Não descobrirás a nudez do irmão de teu pai, aproximando-se de sua mulher: é tua tia” (*Lv* 18, 14)¹⁶³;

h) Sogro e nora. “Não descobrirás a nudez de tua nora: é a mulher de teu filho. Não descobrirás, pois, a sua nudez” (*Lv* 18, 15)¹⁶⁴;

i) Cunhado e mulher do irmão. “Nem a da mulher de teu irmão: é a nudez de teu irmão” (*Lv* 18, 16)¹⁶⁵;

j) Genro e sogra; padrasto e enteada (inclusive a filha desta, ou do enteado). “Não descobrirás a nudez de uma mulher e de sua filha, e não tomarás a filha de seu filho, nem

¹⁵⁸ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁵⁹ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁶⁰ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁶¹ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁶² BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁶³ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁶⁴ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁶⁵ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

a filha de sua filha, para descobrir a sua nudez: elas são tuas próximas parentas, e isso seria um crime” (*Lv 18, 17*)¹⁶⁶;

k) Cunhado e irmã da mulher. “Não tomarás a irmã de tua mulher, de modo que lhe seja uma rival, descobrindo a sua nudez com a de tua mulher durante a sua vida” (*Lv 18, 18*)¹⁶⁷.

Uma leitura mais atenta do texto permite entrever que todas as prescrições impostas vêm dirigidas ao homem, o que, na visão de Ricardo Lobosco, se explicaria pelo fato de ser ele o responsável pela iniciativa do ato sexual¹⁶⁸. Estranhamente, omitiu-se a proibição do relacionamento pai/filha. Porém, se for levado em conta o versículo que serve de introito ao rol de vedações, é fácil concluir que esse tipo de união também se encontra proibido. Confira-se: “Nenhum de vós se achegará àquela que lhe é próxima por sangue, para descobrir sua nudez. Eu sou o Senhor” (*Lv 18, 6*)¹⁶⁹. Já no que toca, particularmente, às relações entre primos, parece inexistir qualquer restrição¹⁷⁰.

As punições previstas para os infratores eram severas, podendo culminar com a pena de morte. Veja-se, por exemplo, o caso do enteado com a madrasta: “Se um homem dormir com a mulher de seu pai, descobrindo assim a nudez de seu pai, serão ambos punidos de morte; levarão a sua culpa” (*Lv 20, 11*)¹⁷¹. Ou, ainda, o do genro com a sogra, e o do padrasto com a enteada: “Se um homem tomar por mulheres a filha e mãe, cometerá um crime. Serão queimados no fogo, ele e elas, para que não haja tal crime no meio de vós” (*Lv 20, 14*)¹⁷².

¹⁶⁶ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁶⁷ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁶⁸ LOBOSCO, Ricardo Lengruber. O incesto nas leis do Levítico: análise da Lei de Santidade (*Lv 18 & Lv 20*) e o silêncio acerca do incesto com a(s) filha(s) no AT. **Atualidade teológica**, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 28, jan./abr. 2008. p. 174.

¹⁶⁹ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 162.

¹⁷⁰ Tal ponto de vista é confirmado por Santo Agostinho. Confira-se: “Sabemos por experiência própria que, devido ao costume, mesmo em nossos dias são muito raros os casamentos entre primos, por tratar-se de grau de parentesco muito próximo do fraterno, embora as leis o permitam, pois a lei divina não o proibiu”. In: AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 2. p. 236.

¹⁷¹ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 164.

¹⁷² BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 164. Também era prevista uma maldição para quem violasse o interdito (*Dt 27, 23*): “Maldito o que se deita

Cumpra-se notar que nem todo relacionamento incestuoso era alvo de reprimenda em Israel. Havia, pelo menos, um caso em que esse tipo de consórcio era mesmo estimulado pelo direito mosaico. Quer-se referir, nesse ponto, ao casamento em *levirato*. O casamento em questão era imposto por um velho costume de origem hebraica que ordenava ao irmão de um homem que tivesse morrido sem deixar descendência o dever de desposar a viúva; caso ele se recusasse, sua cunhada o faria levar à presença dos anciões, quando descalçaria as suas sandálias e lhe cuspiria no rosto (no *Yevamot*, um dos tratados do *Talmud*, esse ritual recebe o nome de *halitza*)¹⁷³. Daí em diante, a família desse sujeito passaria a se chamar “família do descalçado”¹⁷⁴.

A primeira referência ao levirato (de *levir*, “cunhado”) aparece no tempo de Jacó. Após perder o marido, Tamar reivindica do seu, sogro, Judá, um outro filho deste para aceitá-la como esposa. Judá escala, então, Onã para tomar a mulher do irmão em casamento¹⁷⁵.

Ao que tudo indica, o objetivo seria suscitar uma descendência ao irmão falecido. Mas não se pode olvidar a importância que o costume assumia diante da vulnerabilidade em que se encontrava a mulher nos primeiros tempos de Israel. Ao tratar do assunto, Suzana Chwartz relembra que a mulher israelita, vivendo à margem de uma sociedade patriarcal, permanecia sob a autoridade do pai, enquanto solteira, do marido, depois de

com sua sogra! – E todo o povo dirá: Amém!”. In: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 243.

¹⁷³ Confira-se o seguinte trecho de *Yevamot* 52b: “Foi ensinado no mishna: se o irmão do falecido consumou a halitza e em seguida veio a consumir o noivado em levirato, nada é eficaz após a halitza e esse noivado em levirato não é válido” (trad. nossa da versão inglesa). Versão inglesa: “It was taught in the mishna: If the yavam performed halitza and then performed levirate betrothal, nothing is effective after halitza and this levirate betrothal is not valid”. In: EVEN-ISRAEL, Adin. Talmud Bavli. Yevamot. Chapter 5. Yevamot 52b. **Chabad** **Org.** Disponível em:

https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/5449001/jewish/52b.htm. Acesso em: 03 ago. 2022.

¹⁷⁴ *Dt* 25, 5-10: “Se alguns irmãos habitarem juntos, e um deles morrer sem deixar filhos, a mulher do defunto não se casará fora com um estranho: seu cunhado a desposará e se aproximará dela, observando o costume do levirato. Ao primeiro filho que ela tiver se porá o nome do irmão morto, a fim de que o seu nome não se extinga em Israel. Porém, se lhe repugnar receber a mulher do seu irmão, essa mulher irá ter com os anciões à porta da cidade e lhes dirá: meu cunhado recusa a perpetuar o nome do seu irmão em Israel e não quer observar o costume do levirato, recebendo-me por mulher. Eles o farão logo comparecer e o interrogarão. Se persistir em declarar que não a quer desposar, sua cunhada se aproximará dele em presença dos anciões, tirar-lhe-á a sandália do pé e lhe cuspirá no rosto, dizendo: eis o que se faz ao homem que recusa levantar a casa de seu irmão! E a família desse homem se chamará em Israel a família do descalçado”. In: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 240.

¹⁷⁵ *Gn* 38, 8: “Então Judá disse a Onã: ‘Vai, toma a mulher do teu irmão, cumpre teu dever de levirato e suscita uma posteridade a teu irmão’”. In: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 86.

casada, e dos filhos homens, quando viúva¹⁷⁶. Portanto, caso viesse a enviudar sem contar com uma progênie do marido, sua própria subsistência estaria em risco. Daí a insistência com que as Escrituras, em vários momentos, conclamam o povo judeu a não deixar a viúva em situação de desamparo¹⁷⁷. Nesse sentido, o levirato também representaria um meio estratégico para garantir o sustento da viúva necessitada.

De todo modo, a lei do levirato só poderia ser imposta se a cunhada não tivesse filhos do irmão falecido. Caso contrário, haveria de incidir a regra que vedava ao sujeito descobrir a nudez da mulher do seu irmão (*Lv 18, 16, supra*). Quanto ao *sororato*, ou seja, a união do homem com a irmã de sua mulher, o direito mosaico proibia o ligame, sem admitir exceção (*Lv 18, 18, supra*).

Existem provas suficientes de que o levirato se manteve no início da era cristã. O *Yevamot* (um dos tratados do *Talmud*) a ele se refere em diversas ocasiões¹⁷⁸. O fato também é corroborado pelo Novo Testamento, no trecho em que os saduceus, ao confrontarem Jesus, relatam o caso de uma mulher que havia enviuvado sete vezes e que, por esse motivo, teria se casado sucessivamente com sete irmãos, sem gerar filhos de nenhum deles. O propósito era desafiar o Rabi: “Na ressurreição, de qual dos sete será a mulher, uma vez que todos a tiveram?” (*Mt 22, 28*)¹⁷⁹.

Aliás, essa é uma das raras passagens em que o Novo Testamento cuida de aspectos relativos a uniões interparentais. Uma outra é extraída da Primeira Epístola aos

¹⁷⁶ CHWARTS, Suzana. **Uma visão da esterilidade na Bíblia hebraica**. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2004. p. 43.

¹⁷⁷ Confiram-se alguns excertos: *Dt*, 10, 18: “Ele faz justiça ao órfão e à viúva, e ama o estrangeiro, ao qual dá alimento e vestuário”. *In*: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 226; *Dt* 27, 19: “Maldito o que viola o direito do estrangeiro, do órfão e da viúva! – E todo o povo dirá: Amém!”. *In*: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 243; *Pv* 15, 25: “O Senhor destrói a casa dos soberbos, mas firma os limites da viúva”. *In*: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 796; *I Tm* 5, 5: “Mas, a que verdadeiramente é viúva e desamparada, põe a sua esperança em Deus e persevera noite e dia em orações e súplicas”. *In*: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 1.519.

¹⁷⁸ Confira-se a seguinte passagem de *Yevamot 22a*: “No caso de alguém possuir um irmão de qualquer natureza, esse irmão cria um vínculo de levirato, fazendo com que a viúva daquele seja instada a consumir o casamento em levirato, se o primeiro irmão morrer sem filhos” (trad. nossa da versão inglesa). Versão inglesa: “In the case of anyone who has a brother of any kind, that brother creates a levirate bond causing his yevama to be required to perform levirate marriage if the first brother dies childless”. *In*: EVEN-ISRAEL, Adin. *Talmud Bavli. Yevamot. Chapter 2. Yevamot 22a. Chabad Org*. Disponível em: https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/5448743/jewish/22a.htm. Acesso em: 03 ago. 2022.

¹⁷⁹ BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 1.311-2.

Coríntios, quando Paulo admoesta um membro da comunidade cristã por manter relações com a madrasta (*I Cor 5, 1*)¹⁸⁰. Séculos passariam até que o direito canônico, ao consolidar a categoria dos impedimentos matrimoniais, viesse a se ocupar definitivamente da questão (*cf. infra*, n. 3.3).

3.2 Proibições matrimoniais fundadas no parentesco e sua evolução no direito romano

A família romana da época clássica (130 a. C. – 230 d. C.) vivia submetida à autoridade do *pater familias*, o qual detinha amplos poderes sobre sua esposa (*manus maritalis*), filhos (*patria potestas*) e escravos (*dominica potestas*)¹⁸¹.

Em Roma, o parentesco que primeiro se impunha sobre a estrutura familiar era o *agnaticio*, resultante da vinculação ao *paterfamilias*¹⁸². Com exceção dos escravos, todos aqueles que se encontrassem sujeitos à sua autoridade tornavam-se *adgnati*, tanto em relação ao *pater* como entre si. Assim, o filho, a esposa e o adotado. O caso dos dois últimos era peculiar, pois ao saírem de sua família de origem, perdiam o parentesco agnaticio com o anterior *paterfamilias*, para se tornarem *adgnati* do atual¹⁸³.

A despeito da prevalência da *adgnatio*, os romanos não deixaram de atribuir valor aos laços de consanguinidade. Ocorre que os consanguíneos, no caso, eram vinculados a um outro tipo de parentesco, a *cognatio*, que se fundava no sangue¹⁸⁴. Esse parentesco, conforme será visto, terá relevância no campo das proibições matrimoniais.

¹⁸⁰ *I Cor 5, 1*: “Ouve-se dizer constantemente que se comete, em vosso meio, a luxúria, e uma luxúria tão grave que não se costuma encontrar nem mesmo entre os pagãos: há entre vós quem vive com a mulher de seu pai!”. In: BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005. p. 1.469.

¹⁸¹ Para detalhes, *cf.* JHERING, Rudolph von. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**. 2. ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866. t. 2. p. 156-83.

¹⁸² Sobre as origens do parentesco agnaticio, esclarece Fustel de Coulanges: “Tem-se discutido muito sobre o que os juriconsultos romanos entendiam por agnação. Entretanto, o problema passa a ser de fácil solução se aproximarmos a agnação da religião doméstica. Da mesma forma que a religião se transmitia somente de homem para homem, do mesmo modo todos os juriconsultos antigos atestam que dois homens somente podem ser *agnados* mutuamente se, recuando sempre na linhagem ascendente masculina, eles constatarem a presença de antepassados comuns”. In: COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2001. p. 53.

¹⁸³ *Cf.* SANTOS JUSTO, A. **Direito privado romano**: direito da família. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 4. p. 53.

¹⁸⁴ *Cf.* SANTOS JUSTO, A. **Direito privado romano**: direito da família. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 4. p. 54.

Finalmente, também era reconhecido pelo direito romano o parentesco por afinidade (*adfinitas*), pelo qual cada cônjuge tornava-se afim dos *cognati* do outro¹⁸⁵. É a ligação que até hoje se estabelece com os sogros, em relação aos genros e noras, com os padrastos, face aos enteados, assim como entre cunhados.

Um importante legado dos romanos à civilística do nosso tempo foi a fixação do sistema de contagem dos graus de parentesco. Basicamente, o cômputo é feito subindo do parente que se tem em vista até o primeiro ancestral comum, para em seguida dele descer até o outro parente cogitado. A cada movimento, conta-se um grau. Daí se conclui serem *irmãos*, colaterais em segundo grau; *tios e sobrinhos*, colaterais em terceiro grau; *primos, tios-avós e sobrinhos netos*, colaterais em quarto grau¹⁸⁶.

Confiram-se, a propósito, os fragmentos do *Digesto* em que se confirma esse peculiar modo de contagem (trad. nossa da versão alemã):

Os graus de parentesco têm lugar na linha superior, na linha inferior e na linha transversal, ou colateral. Na linha superior, estão os ascendentes, na inferior, os descendentes; na transversal, ou colateral, os irmãos e irmãs, e seus descendentes. O parentesco superior e inferior se inicia com o primeiro grau; na linha transversal, ou colateral, não tem lugar o primeiro grau, ele começa no segundo. Portanto, podem se encontrar no primeiro grau de parentesco parentes da linha superior e inferior; porém, na linha transversal, ninguém jamais pode se encontrar nesse grau; mas somente no segundo e no terceiro grau, e nos mais distantes, é que se podem encontrar pessoas da linha colateral (*D* 38, 10, 1, 1)¹⁸⁷.

No primeiro grau superior, estão o pai e a mãe, no inferior, filho e filha (*D* 38, 10, 1, 3)¹⁸⁸.

No segundo grau superior, estão avô e avó, no inferior, neto e neta, no colateral, irmão e irmã (*D* 38, 10, 1, 4)¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Cf. SANTOS JUSTO, A. **Direito privado romano**: direito da família. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 4. p. 54.

¹⁸⁶ Note-se que o modelo adotado pelo atual Código Civil brasileiro é o *romano*, o que se confirma pela leitura de seu art. 1.594: “Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente” (CC/02, art. 1.594).

¹⁸⁷ Versão alemã: “Die Abstufungen der Verwandtschaft finden theils in aufsteigender, theils in absteigender, theils in ungerader, oder Seitenlinie Statt. In aufsteigender Abstufung stehen die Eltern, in absteigender die Kinder; in ungerader, oder von der Seite die Brüder und Schwestern und deren Kinder; in ungerader, oder von der Seite die Brüder und Schwestern und deren Kinder. Die aufsteigende und absteigende Verwandtschaft hebt mit der ersten Abstufung an; in ungerader oder Seitenverwandtschaft findet aber keine erste Abstufung Statt, und sie fängt daher bei der zweiten an. Daher können in der ersten Abstufung der Verwandtschaft Verwandten der aufsteigenden und absteigenden Linie zusammentreffen; von der Seitenlinie kann aber in dieser Abstufung niemals Jemand zusammentreffen, allein in der zweiten und dritten Abstufung und den fernern können Personen aus der Seitenlinie auch mit Verwandten der aufsteigenden Linie zusammentreffen”. In: OTTO, Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1831. v. 3. p. 970.

¹⁸⁸ Versão alemã: “In der ersten aufsteigenden Abstufung stehen der Vater und die Mutter, in absteigender Sohn und Tochter”. In: OTTO, Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1831. v. 3. p. 970.

¹⁸⁹ Versão alemã: “In zweiter aufsteigender Abstufung stehen Grossvater und Grossmutter, in der absteigenden Enkel und Enkelin, von der Seite Bruder und Schwester”. In: OTTO, Carl; SCHILLING,

No terceiro grau superior, estão bisavô e bisavó, no inferior, bisneto e bisneta, no colateral, filho e filha do irmão e da irmã, e, por conseguinte, irmão e irmã do pai, e irmão e irmã da mãe (*D* 38, 10, 1, 5)¹⁹⁰.

No quarto grau superior, estão trisavô e trisavó, no inferior, trineto e trineteta, no colateral, neto e neta do irmão e da irmã; e, por conseguinte, tio-avô e tia-avó do lado do avô, isto é, o irmão e a irmã do avô, tio-avô e tia-avó do lado da avó, isto é, o irmão e a irmã da avó; igualmente, os primos e primas de pais irmãos, isto é, aqueles de ambos os sexos que foram gerados de dois irmãos; além disso, os primos e primas de mães irmãs, isto é, aqueles de ambos os sexos que foram nascidos de duas irmãs; finalmente, os primos e primas de ambos os sexos de pais irmão e irmã, isto é, os que descendem de um irmão e de uma irmã (*D* 38, 10, 1, 6)¹⁹¹.

Seguindo a tendência de outros povos da Antiguidade, a exemplo da civilização hebraica (*cf. supra*, n. 3.1), o direito romano da época clássica também conheceu algumas restrições ao casamento entre parentes de grau mais próximo.

Nas *Institutas* de Gaio, serão encontradas interdições ao matrimônio de cognáticos, como pai e filha, mãe e filho, e avô e neta (*Gaius* 1, 59)¹⁹². A vedação também incidiria, caso se tratasse de parentesco agnático resultante de adoção (*Gaius* 1, 59)¹⁹³. Também entre irmão e irmã, Gaio registra que o enlace nupcial era proibido, quer se tratasse de irmãos bilaterais, ou unilaterais. Uma importante exceção era aberta ao casamento do irmão com a irmã adotiva, sob a condição de que a adoção viesse a cessar através da *emancipatio* (*Gaius* 1, 61)¹⁹⁴.

Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1831. v. 3. p. 970.

¹⁹⁰ Versão alemã: “In der dritten aufsteigenden Abstufung stehen Grossgrossvater und Grossgrossmutter, in der absteigenden Grossenkel und Grossenkelin, von der Seite des Bruders und der Schwester Sohn und Tochter, und folglich des Vaters Bruder und Schwester und der Mutter Bruder und Schwester”. In: OTTO, Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1831. v. 3. p. 970.

¹⁹¹ Versão alemã: “In vierter aufsteigender Abstufung stehen Urgrossvater und Urgrossmutter, in absteigender Grossgrossenkel und Grossgrossenkelin, von der Seite des Bruders und der Schwester Enkel und Enkelin, und folglich Grossvatersbruder und Grossvatersschwester, d. h. der Bruder und die Schwester des Grossvaters, Grossmutterbruder und Grossmutterchwester d. h. der Bruder und die Schwester der Grossmutter, ingleichen die Brüdersöhne und Brüdertöchter, d. h. diejenigen beiderlei Geschlechts, welche von zwei Brüdern erzeugt worden sind, ferner die Schwestersöhne und Schwestertöchter, d. h. diejenigen beiderlei Geschlechts, die von zwei Schwestern geboren worden, gleichsam Verschwisterte, endlich die Geschwisterkinder beiderlei Geschlechts, d. h. die von einem Bruder und einer Schwester abstammen”. In: OTTO, Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1831. v. 3. p. 970-1.

¹⁹² “Pessoas que mantêm entre si relações de pai a filho não podem contrair casamento, pois não há entre elas conúbio como entre pai e filha, entre mãe e filho ou entre avô e neta. Se essas pessoas tiverem entre si esse tipo de relação, consideram-se como tendo contraído núpcias nefastas e incestuosas”. In: GAIUS. **Institutas do jurisconsulto Gaio**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004. p. 47.

¹⁹³ “Isso ocorre de tal modo que, se vierem a manter entre si relações de pais e filhos, ainda que só por adoção, não podem unir-se entre si por casamento”. In: GAIUS. **Institutas do jurisconsulto Gaio**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004. p. 47.

¹⁹⁴ “Entre irmão e irmã as núpcias são absolutamente proibidas, quer sejam descendentes do mesmo pai e da mesma mãe, quer de um só deles. Entretanto, aquela que se tornou minha irmã adotiva, enquanto durar a adoção, nunca poderá casar-se comigo. Suprimida, porém, a adoção, pela emancipação, poderei casar-me

Com relação ao casamento avuncular (entre tios e sobrinhos), a princípio essa união era proibida, porém um *senatusconsultus* do ano 49 veio a afastar a proibição para que se pudesse consumir o casamento entre o Imperador Cláudio e sua sobrinha Agripina, filha do seu irmão Germânico¹⁹⁵. Fácil é perceber, no entanto, que a solução foi de cunho político e ditada por interesses pessoais¹⁹⁶, já que se manteve o interdito para o matrimônio entre o tio e a filha da irmã, bem como entre o sobrinho e a tia paterna ou materna (*Gaius* 1, 62)¹⁹⁷.

E conforme fragmento das *Regras* de Ulpiano (*Ulpianus* 5, 6), eram igualmente vedadas, no período clássico, as uniões matrimoniais entre *affines* na linha superior – genros e sogras, noras e sogros –, e na inferior – padrastos e enteadas, madrastas e enteados¹⁹⁸.

No que toca às ligações contuberniais entre escravos, esclarece Savigny que, embora elas não tivessem força de criar vínculo familiarístico, geravam, no entanto, interditos ao *matrimonium* daqueles que viessem a ser favorecidos pela manumissão¹⁹⁹. A tese vem confirmada pelo seguinte excerto de Paulo (trad. nossa da versão alemã): “(...) por isso não poderá o escravo, que tiver sido manumitido, tomar sua mãe como esposa, o mesmo direito aplicável em relação à irmã e à filha da irmã” (*D* 23, 2, 14, 2)²⁰⁰.

com ela”. In: GAIUS. **Institutas do juriconsulto Gaio**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004. p. 47. No direito romano clássico e pré-clássico, entendia-se por *emancipatio* a liberação do *filiusfamilias* da *patria potestas*, o que faria com que passasse a assumir a condição de *sui iuris*. As formalidades do ato eram baseadas na Lei das XII Tábuas (Tábua IV, 3). A respeito, cf. KASER, Max. **Römisches Privatrecht**. 15. ed. München: C. H. Beck, 1989. p. 284.

¹⁹⁵ Cf. VELA, José Antonio Martínez. Algunas claves para el estudio de las relaciones de parentesco como impedimento matrimonial. In: LÓPEZ-ROSA, Ramón; PINO-TOSCANO, Felipe del (coord.). **El derecho de familia**: de Roma al derecho actual. Huelva: Universidad de Huelva, 2004. p. 433.

¹⁹⁶ Em discurso dirigido ao Senado naquela época, o cônsul Vitélio chegou a afirmar: “Dizem-nos, porém, que é uma coisa inaudita casar-se um tio com uma sobrinha: é verdade; mas o que para nós é agora novo é muito ordinário entre outras nações; e nem mesmo nós temos alguma lei que o proíba. Também por muitos anos foi ignorado o casamento dos primos, e com o andar do tempo se tornou familiar. A verdadeira utilidade deve ser pois a nossa regra universal: e o que agora é desusado virá também com o tempo a praticar-se”. In: TÁCITO. **Anais**. Trad. J. L. Freire de Carvalho. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc. Editores, 1957. p. 272.

¹⁹⁷ “É lícito casar com a filha de meu irmão, o que passou a ser uso depois que o divino Cláudio se casou com Agripina, filha de seu irmão. Não é lícito, porém, casar com a filha da minha irmã, o que foi determinado pelas constituições imperiais”. In: GAIUS. **Institutas do juriconsulto Gaio**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004. p. 47-8.

¹⁹⁸ “Não podemos nos casar com quem foi nossa madrasta, enteada, nora ou sogra”. In: ULPIANO. **Regras de Ulpiano**. Trad. Gaetano Sciascia. São Paulo: Edipro, 2002. p. 40.

¹⁹⁹ “Após a aquisição da liberdade, o parentesco resultante do estado de escravidão deveria ser observado, nos enlances singulares, a título de impedimentos matrimoniais” (trad. nossa). No original: “Die aus dem Sklavenstand herrührende Verwandschaft solte, bey nachher erworbener Freyheit, in der einzigen Beziehung auf die Eheverbote beachtet werden”. In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. Berlin: Veit und Comp., 1840. v. 2. p. 34.

²⁰⁰ Versão alemã: “(...) daher wird ein Slav, wenn er freigelassen worden ist, seine Mutter nicht zur Frau nehmen können, dasselbe ist auch in Betreff der Schwester und der Schwestertochter Rechtens”. In: OTTO,

No direito justinianeu do séc. VI, mantiveram-se, basicamente, as mesmas restrições da época clássica (*I 1, 10*), tendo inclusive sido retomada a plena proibição do casamento avuncular²⁰¹, ao mesmo tempo em que se acrescentou o interdito para os matrimônios entre tios-avós e sobrinhos-netos (*I 1, 10, 3*)²⁰². Inexistia, por outro lado, qualquer vedação ao casamento entre primos e ex-cunhados.

A despeito de contarem com um complexo sistema de interdições ao casamento, os romanos não chegaram a desenvolver uma teoria dos impedimentos matrimoniais. Quando muito, a violação dos interditos de parentesco faria com que os cônjuges viessem a incorrer no *crimen incestus*²⁰³, além de afastar a legitimidade dos filhos nascidos da união incestuosa – denominados à época de *fili spuri*²⁰⁴. Somente mais tarde, na Idade Média, sob os auspícios do direito canônico, é que a teoria dos impedimentos matrimoniais vai se afirmar com maior nitidez (*cf. infra*, n. 3.3).

Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1831. v. 2. p. 651.

²⁰¹ Na realidade, desde a época pós-clássica (230 – 530), talvez devido à influência do cristianismo, já se havia restabelecido o interdito em questão. Divergem, contudo, os autores a respeito do Imperador que teria revogado a exceção claudiana, se Diocleciano, Maximiniano ou Constâncio. A respeito, *cf.* ARÉVALO, Eva María Polo. Incapacidades y prohibiciones matrimoniales fundamentadas en los vínculos de parentesco. *In:* MEIRA, André Augusto Malcher; SOUZA, Bruno Menezes Coelho de; SOUZA, Roberta Menezes Coelho de (coord.). **Digesto: a revista jurídica do ISM – Instituto Silvio Meira: o direito de família: de Roma à atualidade: em homenagem aos 50 anos de formado do jurista Frederico Coelho de Souza**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. p. 150-1.

²⁰² “Não é lícito porém casar com a filha do irmão ou irmã, nem com a neta dos mesmos, posto que ella esteja no quarto grão; porque, a quem não se permite casar com a filha, não se permite tambem casar com a neta”. *In:* JUSTINIANO. **Institutas do Imperador Justiniano**. Trad. Coelho Rodrigues. Recife: Typographia Mercantil, 1879. p. 26.

²⁰³ No caso específico do matrimônio avuncular, divergem os autores se, no período pós-clássico (230 – 530), a pena consistiria em deportação ou morte. A dúvida surge diante de um fragmento do *Codex Theodosianus* que cominava, para a infração, a *capitalis sententiae poenae* (*C. Th.* 3, 12, 1). Sobre a controvérsia, *cf.* ARÉVALO, Eva María Polo. Incapacidades y prohibiciones matrimoniales fundamentadas en los vínculos de parentesco. *In:* MEIRA, André Augusto Malcher; SOUZA, Bruno Menezes Coelho de; SOUZA, Roberta Menezes Coelho de (coord.). **Digesto: a revista jurídica do ISM – Instituto Silvio Meira: o direito de família: de Roma à atualidade: em homenagem aos 50 anos de formado do jurista Frederico Coelho de Souza**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. p. 150.

²⁰⁴ *Gaius* 1, 64: “Logo, quem contrair núpcias execráveis e incestuosas não se considera que tenha mulher nem filhos. Daí porque os nascidos dessa mera união de fato serem considerados como tendo apenas mãe, mas não pai. Nem por isso ficam sob o seu pátrio poder, mas como os nascidos de mera relação vulgar, porque também esses não têm pai, por ser este incerto, donde serem eles chamados filhos espúrios, ou com a palavra grega, concebidos como *esporádeos*, isto é, filhos sem pai”. *In:* GAIUS. **Institutas do jurisconsulto Gaio**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004. p. 48.

3.3 A categoria dos impedimentos matrimoniais e sua gênese no direito canônico

No final do período clássico (130 a. C. – 230 d. C.), a Igreja estava iniciando sua trajetória para se tornar uma das forças mais proeminentes do Império Romano. Prova disso é que no séc. III, o Imperador Alexandre Severo (208 – 235) teria mandado insculpir em latim, à frente do palácio imperial, uma passagem bíblica extraída do Livro de Tobias (*Tb* 4, 16): “*Quod tibi non vis alteri ne faceris*” (“Não faça ao outro o que não queres que façam a ti”)²⁰⁵. Mas foi no período pós-clássico (230 – 530), mais precisamente, a partir do ano 380, quando o Imperador Teodósio I elevou o cristianismo a religião oficial do Império, que se demarcaram novos rumos para uma progressiva humanização do pensamento jurídico da época. É chegada a era da *vulgarização* do direito romano.

A propósito, Salvatore Riccobono registra que, nos sécs. IV e V, grande parte da vida espiritual romana já estava impregnada dos ensinamentos da patrística e de seus preceitos de fraternidade, humanidade e tolerância, acessíveis ao homem mais simples. A própria noção de *aequitas*, tida como um dos pilares do direito romano clássico, passou a se adaptar à ética dos Evangelhos, absorvendo conceitos como piedade, moderação, clemência e perdão²⁰⁶. Teria sido esse novo sopro humanitário que, na visão de Riccobono, viria depois a contribuir para o processo de universalização do direito romano²⁰⁷.

Um dos mais destacados pensadores cristãos desse período foi Agostinho de Hipona (354 – 430). No campo específico do direito matrimonial, chama atenção a tese, por ele sustentada, do casamento com pessoas estranhas à família enquanto fator decisivo para o estreitamento dos laços sociais²⁰⁸. De acordo com essa doutrina, os descendentes do par original não tiveram outra opção a não ser recorrerem ao incesto fraterno para que a humanidade pudesse se propagar sobre a Terra. Daí ter sido Eva, ao mesmo tempo, mãe e sogra de seus filhos e filhas²⁰⁹. Nas palavras de Agostinho: “Se existissem então duas mulheres e uma fosse a mãe e outra a sogra, a amizade social ter-se-ia estendido mais”²¹⁰.

²⁰⁵ Cf. RICCOBONO, Salvatore. **Roma, madre de las leyes**. Madrid: Depalma, 1975. p. 76.

²⁰⁶ RICCOBONO, Salvatore. **Roma, madre de las leyes**. Madrid: Depalma, 1975. p. 75-6.

²⁰⁷ RICCOBONO, Salvatore. **Roma, madre de las leyes**. Madrid: Depalma, 1975. p. 68.

²⁰⁸ “Desse modo, os homens, cuja concórdia é proveitosa e boa, ligam-se entre si com diferentes laços de sangue e não se concentram muitos em um só, mas cada qual vai se difundindo noutros; as pessoas têm, assim, muitos laços comuns e se afeiçoam mais e mais à vida social”. In: AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 2. p. 234-5.

²⁰⁹ AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 2. p. 235.

²¹⁰ AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 2. p. 235.

Essa realidade, porém, só viria a se tornar possível com a multiplicação do gênero humano, quando os homens já não precisassem mais tomar como esposas suas próprias irmãs²¹¹. Ainda segundo Agostinho, foi a necessidade de se ampliar o vínculo social, aliada ao pudor inerente ao ser humano, que teria levado os diferentes povos a condenarem as uniões incestuosas²¹².

Percebe-se, aqui, uma certa similitude do pensamento agostiniano com a *teoria da aliança*, defendida, mais recentemente, pela concepção estruturalista de Lévi-Strauss (cf. *supra*, n. 2.4). Não que se esteja, com isso, pretendendo afirmar ter sido Santo Agostinho o precursor de tal teoria nos idos da Antiguidade. A orientação seguida por sua obra, bem como as informações disponíveis naquele período, eram outras. Seria um grave erro metodológico identificar supostas antecipações com base em fragmentos de textos que não enunciam verdadeiramente a ideia que só viria a ser depurada, com base em exaustivas pesquisas, séculos mais tarde. Mas não deixa de ser curioso o fato de um teólogo que viveu entre os séculos IV e V declinar do argumento religioso e lançar mão de uma justificativa de fundo social para explicar como teria despontado, na humanidade, a repressão ao incesto.

De todo modo, o debate em questão cedo escapou dos limites estreitos dos ensinamentos da patrística. Pontes de Miranda registra que, no Sínodo de Roma (721), foram estabelecidas diversas proibições para casamentos entre parentes, nelas se incluindo o parentesco por afinidade, e fixada a pena de excomunhão para aqueles que viessem a infringi-las²¹³.

Ainda segundo Pontes de Miranda, foi o canonista Yves de Chartres (1040 – 1115) que, alguns séculos depois, teria formulado a teoria dos impedimentos dirimentes (de *dirimere*, romper). Sua grande contribuição à matéria foi no sentido de exigir que o *impedimentum* se encontrasse previsto em texto legal, para que, desse modo, fosse possível decretar a nulidade do casamento²¹⁴.

²¹¹ AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 2. p. 235.

²¹² “E não só pelas razões aduzidas, para multiplicarem-se os parentescos e não se darem dois na mesma pessoa, podendo ser dois os sujeitos e aumentar, assim, o número de vínculos sociais, mas também porque o pudor tem um não sei quê de natural e louvável, que não permite se una alguém àquela que, em razão do parentesco, merece-lhe respeitosa reverência”. In: AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 2. p. 236.

²¹³ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 103.

²¹⁴ “Foi Yves de Chartres que formulou a teoria dos impedimentos dirimentes, pondo em relevo que se acham ligados, necessariamente, a uma das condições essenciais do casamento, não sendo permitida a nulidade que não estivesse explícita em texto legal (*causa legibus cognita*)”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 99.

A fim de melhor compreender a importância de Yves de Chartres para a canonística medieval, é oportuno se ater às considerações feitas a seu respeito na obra de Paolo Grossi. Para o jurista italiano, o trabalho mais notável de Yves de Chartres foi o *Decretum*, escrito por volta do ano 1094²¹⁵. Nele, o Chartrense procura sistematizar grande parte do material jurídico e teológico há séculos acumulado pela Igreja. Além disso, separa os documentos autênticos dos apócrifos, harmoniza as *discordantiae*, repele certos particularismos consuetudinários, enfim, promove uma verdadeira consolidação dos principais textos que a cristandade produziu em seu primeiro milênio de existência²¹⁶. Particularmente, na Parte Nona do *Decretum* (*Decreti Pars Nona*), encontra-se um apanhado geral do entendimento da Igreja acerca da “cópula incestuosa e fornicção de diversos gêneros” (*De incesta copulatione et fornicatione diversi generis*)²¹⁷.

Por outro lado, o direito canônico medieval também desenvolveu uma forma bastante peculiar de contagem de graus de consanguinidade na linha transversal, refugindo ao modelo concebido pelo direito romano (*cf. supra*, n. 3.2). Funcionava da seguinte maneira: sendo a linha transversal igual (mesma geração) cada parente distaria do outro tantos graus, quanto distasse do tronco comum (por *tronco comum*, entenda-se a pessoa da qual descendem os parentes confrontados). Assim, irmãos seriam parentes de 1º grau, já que a distância de cada um para o respectivo pai (tronco comum) é de apenas um grau; os filhos de irmãos (primos) seriam parentes de 2º grau, haja vista a distância de cada um deles para o avô (tronco comum) ser de dois graus; e assim por diante. De modo diverso, se a linha transversal fosse desigual (gerações diferentes), a contagem seria feita a partir do parente que guardasse maior distância do tronco comum. Por esse critério, tio e sobrinho seriam parentes de 2º grau, considerando-se que a distância do sobrinho para avô (tronco comum) é de dois graus; tio-avô e sobrinho-neto seriam parentes de 3º grau, já que sobrinho-neto e bisavô (tronco comum) distam entre si três graus; e assim, sucessivamente²¹⁸. Já no tocante ao parentesco consanguíneo em linha reta, a contagem

²¹⁵ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 144.

²¹⁶ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 145. Ressaltando a importância do *Decretum*, escreve Schioppa: “Valendo-se desses critérios, era possível conservar e valorizar toda a tradição do direito canônico, sem que fosse preciso recorrer a expedientes dúbios e também frágeis, como acontecera na era das falsificações. Justamente esses critérios, essencialmente fundados, como veremos, no princípio da distinção, estarão no centro da nova ciência jurídica do século XII”. *In*: SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. Trad. Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 55.

²¹⁷ CHARTRES, Yves de. **Opera omnia**. Paris: Garnier Frates, 1889. t. 1. p. 656-90.

²¹⁸ A computação canônica é explicada por Tomás de Aquino n’*O sacramento do matrimônio*, questão 54. A respeito, *cf.* AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 5 (suplemento). p. 252-3.

canônica obedecia ao mesmo critério estabelecido pelo direito romano²¹⁹ (*cf. supra*, n. 3.2).

Confira-se, na tabela abaixo, os dois modos de contagem de parentesco consanguíneo em linha transversal, tendo-se em vista os sistemas romano e canônico de computação²²⁰:

Tabela 1 - Parentesco de acordo com sistema romano e canônico de computação

| Parentesco | Sistema romano | Sistema canônico |
|-----------------------------|----------------|------------------|
| Irmãos | 2º grau | 1º grau |
| Tios e sobrinhos | 3º grau | 2º grau |
| Primos | 4º grau | 2º grau |
| Tios-avós e sobrinhos-netos | 4º grau | 3º grau |
| Filhos de primos | 6º grau | 3º grau |
| Netos de primos | 8º grau | 4º grau |

Fonte: O autor (2022).

Tomando-se por base o sistema canônico, a Igreja com o tempo ampliou bastante o rol dos impedimentos dirimentes, chegando mesmo a proibir o casamento entre parentes de 7º grau²²¹ – número este que, segundo Tomás de Aquino, justificava-se por coincidir com a “graça septiforme do Espírito Santo” (*O sacramento do matrimônio*, questão 54)²²². Assim, caso dois tetranetos, descendentes de dois primos, quisessem se casar, eles estariam impedidos pelo antigo direito canônico. Posteriormente, o impedimento de

²¹⁹ D’*O sacramento do matrimônio* (questão 54), de Tomás de Aquino, consta a seguinte explicação: “Por isso, segundo o cômputo canônico e legal, a pessoa que vem em primeiro lugar na série das gerações, quer em linha ascendente quer em descendente, dista de outra – por exemplo, de Pedro, no primeiro grau, como o pai, do filho; a que vem em segundo lugar dista no segundo grau, como o avô, do neto, e assim por diante”. In: AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 5 (suplemento). p. 252.

²²⁰ O sistema de computação canônica perdurou até o Código de Direito Canônico de 1917. Confira-se, a respeito, o que dispunha o seu cân. 96, § 3º: “En la línea colateral, si ambas ramas son iguales, hay tantos grados cuantas generaciones en una de las ramas; si las dos ramas son desiguales, hay tantos grados cuantas generaciones en la rama más larga”. In: ANTA, Marcelino Cabrerós de; DOMÍNGUEZ, Lorenzo Miguélez; MORÁN, Sabino Alonzo. **Código de derecho canónico y legislación complementaria**. 5. ed. Madrid: Editorial Católica, 1954. p. 40. O atual *Codex Iuris Canonici* (1983), ao contrário, segue o sistema romano. Confira-se o disposto em seu cân. 108, § 3º: “Na linha colateral, tantos são os graus quantas as pessoas em ambas as linhas, omitido o tronco”. In: HORTAL, Jesús S. **Código de direito canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983. p. 43.

²²¹ Segundo Abílio Soares de Vasconcelos, o fato teria ocorrido durante o papado de Gregório III (731 – 741), mais especificamente, no ano 732. In: VASCONCELOS, Abílio Soares de. **Direito matrimonial comparado canônico-civil**. Rio de Janeiro: Maanaim Editora, 2007. p. 5.

²²² AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 5 (suplemento). p. 257.

consanguinidade sofreu atenuações, até que, no IV Concílio de Latrão (1215), estabilizou-se no 4º grau²²³.

Quanto ao impedimento de afinidade, o IV Concílio de Latrão também o limitou ao 4º grau de parentesco, sem fazer distinção entre linha reta ou transversal²²⁴. Nesse contexto, se após a morte da esposa, o viúvo pretendesse se casar com a cunhada (1º grau), ou, ainda, com a bisneta desta (4º grau), o matrimônio iria incorrer no impedimento. Além disso, o direito canônico desenvolveu a tese de que bastaria uma relação sexual episódica entre um dos nubentes e algum parente em grau proibido do outro (*copula illicita*), para que o *impedimentum affinitas* viesse a incidir. A explicação, para Tomás de Aquino, fundava-se na afinidade associada ao coito: “Por onde, como o matrimônio causa a afinidade, enquanto conjunção carnal, também o concúbito fornicário, pois é também uma união carnal” (*O sacramento do matrimônio*, questão 55)²²⁵. No Concílio de Trento, em 1563, o impedimento de afinidade *ex copula illicita* foi restringido ao 2º grau²²⁶.

Já o impedimento resultante de adoção constou oficialmente do *Decretum* de Graciano (séc. XII), que, invocando a autoridade de outros documentos da Igreja, veio a proclamar que entre pai e filho adotivo, bem como entre o filho do adotante e o filho adotivo, não poderia haver casamento²²⁷ – a menos que, no segundo caso, a adoção viesse

²²³ É o que se depreende do seguinte fragmento do cân. 50, aprovado pelo IV Concílio de Latrão: “Embora a proibição do casamento é agora restrita ao quarto grau, desejamos que a proibição seja permanente, não obstante decretos anteriores sobre esta matéria emitidos, quer por outros ou por nós”. *In: CÂNONES do quarto Concílio de Latrão. Evangelizando com Maria*, [s.d]. Disponível em: <https://sites.google.com/site/evangelizandocommaria/concilios-da-igreja-catolica/quarto-concilio-de-latrao/canones-do-quarto-concilio-de-latrao>. Acesso em: 03 mar. 2021.

²²⁴ Confira-se o seguinte fragmento do cân. 50, aprovado pelo IV Concílio de Latrão: “Além disso, a proibição contra o casamento não deve, no futuro, ir além do quarto grau de consanguinidade e de afinidade, já que a proibição não pode agora ser observada geralmente a mais graus sem graves danos”. *In: CÂNONES do quarto Concílio de Latrão. Evangelizando com Maria*, [s.d]. Disponível em: <https://sites.google.com/site/evangelizandocommaria/concilios-da-igreja-catolica/quarto-concilio-de-latrao/canones-do-quarto-concilio-de-latrao>. Acesso em: 03 mar. 2021.

²²⁵ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 5 (suplemento). p. 261.

²²⁶ A regra consta de um fragmento do Cap. IV do Decreto de Reforma do Matrimônio, aprovado pelo Concílio de Trento na Sessão XXIV. Confira-se: “Além disso, o Santo concílio, movido por estas e outras gravíssimas causas, restringe o impedimento originado de afinidade contraída por fornicção, e que anula o Matrimônio que depois se celebra, e apenas àquelas pessoas que são parentes em primeiro e segundo grau. Com relação às pessoas de graus ulteriores, estabelece que esta afinidade não anula o Matrimônio contraído posteriormente”. *In: CONCÍLIO Ecumênico de Trento: Sessão XXIV*. Trad. Dercio Antonio Paganini. Disponível em: <http://agnusdei.50webs.com/trento29.htm>. Acesso em: 03 mar. 2021.

²²⁷ Cf. MANTECÓN, Joaquín. **El impedimento matrimonial canónico de parentesco legal**. Navarra: EUNSA, 1993. p. 48-9; PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 113-4.

a se extinguir em decorrência da morte do adotante ou pela *emancipatio*²²⁸ (cf. *supra*, n. 3.2).

A isto acrescentou Bernardo de Pavia, em sua *Summa Decretalium* (séc. XII), que o impedimento também iria obstar o matrimônio entre o adotante e a mulher do filho adotivo, bem como entre o filho adotivo e a mulher do adotante, face ao vínculo de afinidade legal existente entre ambos²²⁹.

Eram esses, basicamente, os principais impedimentos de parentesco que o direito canônico conheceu no período medieval. Fácil é perceber que o seu alcance ultrapassa, e muito, as antigas proibições matrimoniais do direito romano.

Não se pode, porém, deixar de observar que o direito canônico, longe de se pautar por uma devoção ritualística às formalidades e vedações relativas ao matrimônio, caracterizava-se, ao revés, por sua relativa plasticidade, procurando, sempre que possível, amoldar-se às circunstâncias subjacentes à realidade concreta. Como lembra Paolo Grossi, é um direito que surgiu, basicamente, com o objetivo de auxiliar o homem peregrino (*homo viator*) na conquista da eternidade²³⁰. E caso se fizesse necessário, seria admissível, até certo ponto, sacrificar seu rigorismo formal para adaptá-lo às fragilidades humanas, tudo para garantir ao fiel a possibilidade de uma verdadeira redenção²³¹.

Segue daí a diferença entre as duas ordens estruturais em que se articulava – e ainda se articula – o direito canônico: o *ius divinum* e o *ius humanum*. O primeiro, revelado diretamente por Deus no Texto sagrado (*ius divinum positivum*) ou na ordem da criação (*ius divinum naturale*), sendo, portanto, dotado de maior rigidez²³². O segundo, produzido pela Igreja em sua missão pastoral, e, por sua natureza, plástico e flexível²³³.

²²⁸ Confira-se o seguinte trecho d’*O sacramento do matrimônio* (questão 57), de Tomás de Aquino: “Por onde, morto o pai, ou emancipado o filho, pode contrair matrimônio com a filha natural do adotante”. In: AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 5 (suplemento). p. 278.

²²⁹ Cf. MANTECÓN, Joaquín. **El impedimento matrimonial canónico de parentesco legal**. Navarra: EUNSA, 1993. p. 61-2.

²³⁰ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 148.

²³¹ “A lei canônica – que não é uma garantia formal, mas um auxílio substancial – deve levar em conta as *humanae fragilitates* que tem diante de si e, para organizá-las adequadamente, deve amoldar-se a elas, sacrificar a logicidade, a sistematicidade e a unitariedade formais e ‘elasticizar-se’ como uma roupa que procura se adequar aos diversos corpos subjacentes”. In: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 149.

²³² Nas palavras de Thomas Meckel: “O direito divino é inafastável, inderrogável e conta com validade imutável” (trad. nossa). No original: “Göttliches Recht ist indispensabel, inderogabel und besitzt unabänderliche Geltung”. In: MECKEL, Thomas. *Das Naturrecht als Kategorie des katholischen Kirchenrechts*. **Ancilla Iuris**, 2017. p. 32. Disponível em: https://www.anci.ch/articles/Ancilla2017_32_Meckel.pdf. Acesso em: 03 ago. 2022.

²³³ Cf. GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 151.

De acordo com Paolo Grossi, a maioria das regras do direito canônico medieval vinha concentrada no *ius humanum*, o que acarretava, dessa forma, uma maior desenvoltura por parte da autoridade encarregada de aplicá-las – fosse ela um bispo, um juiz eclesiástico ou o Sumo Pontífice. Nesse sentido, essas regras poderiam ser aplicadas ora com absoluto rigor (*rigor*), ora com temperança (*temperatio*). Havia, por outro lado, situações em que se chegava até mesmo a dispensar sua aplicação (*relaxatio*)²³⁴.

Esses diferentes critérios deram origem ao surgimento de *discordantiae* no seio da Igreja, cuja tentativa de harmonização foi objeto do paciente labor da canonística medieval²³⁵. Estava preparado, assim, o cenário para que depois viesse a se desenvolver o conceito de *aequitas* canônica. Mais do que um vago sentimento de justiça, a *aequitas* veio a se converter em fonte formal do direito, a ela podendo recorrer a autoridade eclesiástica para preencher eventuais lacunas no texto da lei²³⁶. Na visão de Franz Wieacker, o emprego da *aequitas*, juntamente com outros critérios axiológicos – como *bona fides*, *conscientia e misericordia* –, tiveram especial relevo em matéria de usura e justo preço, além de contribuírem para a emancipação da mulher, para o fortalecimento da comunhão conjugal, bem como para redução das formalidades negociais²³⁷.

Particularmente, em sede de direito matrimonial, a Igreja desenvolveu o costume de outorgar, em casos específicos, o benefício da *dispensa eclesiástica*. O instituto apareceu como uma derivação da *relaxatio*, em que o Sumo Pontífice suspenderia a aplicação da regra impeditiva para que, desse modo, o casal pudesse convolar núpcias sem incorrer em nulidade (*cf. infra*, n. 4.1). Segundo Paolo Grossi, a política de concessão de dispensas ganhou força no séc. XI, a partir do papado de Gregório VII (1073 – 1085)²³⁸. Com o tempo, a Igreja foi consolidando a prática, até que no ano 1563, o Concílio de Trento passou a exigir a presença de uma justa causa para que se pudesse outorgar a dispensa, o que somente poderia ocorrer em situações excepcionais²³⁹.

²³⁴ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.151-2.

²³⁵ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 152.

²³⁶ Essa tese foi chancelada pelo Papa Honório III, cujo pontificado se deu entre os anos 1216 e 1227. A respeito, *cf.* GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 260.

²³⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 75.

²³⁸ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 152-3.

²³⁹ Confira-se o seguinte fragmento do Cap. IV do Decreto de Reforma do Matrimônio, aprovado pelo Concílio de Trento na Sessão XXIV: “Não se concedam de modo algum dispensas para contrair o Matrimônio, ou sejam dadas muito raramente, e isto com causa justa e gratuitamente. Nem também se dispense em segundo grau, a não ser entre grandes Príncipes, e por uma causa pública”. In: CONCÍLIO Ecumênico de Trento: Sessão XXIV. Trad. Dercio Antonio Paganini. Disponível em: <http://agnusdei.50webs.com/trento29.htm>. Acesso em: 03 mar. 2021.

3.4 *Excursus*: a pecaminização do incesto na visão de Tomás de Aquino

A escolástica medieval desenvolveu um método de estudo bastante peculiar: primeiro, era apresentada uma determinada *questão*, em seguida, expunha-se uma série de argumentos antagônicos, buscando confirmá-la e negá-la, e após se enunciarem as devidas *razões*, o investigador chegava, afinal, à *solução* correspondente. Também era costume formular *respostas* às objeções suscitadas²⁴⁰. Segundo Michel Villey, esse método não se restringiu à esfera teológica, tendo também contribuído, de forma decisiva, para o desenvolvimento das ciências profanas, inclusive o direito²⁴¹.

O principal representante da tradição escolástica foi, sem dúvida, Tomás de Aquino (1225 – 1274). Na sua obra, não passou despercebido o debate envolvendo o incesto e as razões que levariam à sua condenação. Ao tratar, no *Tratado sobre a temperança*, do vício da luxúria (questão 154), ele discute se esse pecado abarcaria, ou não, as relações incestuosas.

Para Aquino, o centro da questão é a repugnância que costuma provocar o comércio carnal entre parentes consanguíneos ou afins. Essa repugnância é por ele embasada em quatro razões:

A *primeira* tem a ver com o sentimento de honorificência familiar. Com efeito, cabe aos filhos honrar pai e mãe, o que termina também sendo extensível aos familiares que lhes são próximos. Sob esse fundamento, não seria conveniente haver relações sexuais no seio da família²⁴².

A *segunda* vem pautada por uma necessidade de ordem moral, que é, exatamente, desincentivar a concupiscência. De fato, é forçoso admitir que aqueles que mantêm laços estreitos de convívio, como as pessoas aparentadas, contam com muitas oportunidades de se envolverem sexualmente umas com as outras: a ocasião faz o ladrão. Logo, se inexistisse a barreira do incesto, a família fatalmente sucumbiria ao pecado²⁴³.

²⁴⁰ Cf. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 125.

²⁴¹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 124.

²⁴² AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 3. p. 867. Esse fundamento será depois retomado por Montesquieu. Confira-se: “O princípio de que os casamentos entre pais e filhos, irmãos e irmãs são proibidos para a conservação do pudor natural dentro da casa servirá para fazer com que descubramos quais são os casamentos proibidos pela lei natural e quais os que só podem sê-lo pela lei civil”. In: MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 515.

²⁴³ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 3. p. 867.

A *terceira* reafirma o argumento agostiniano (*supra*), no sentido de que, se todos se casassem dentro da própria família, não haveria espaço para que se desse a multiplicação de amigos. No magistério de Aquino: “Quando um homem se casa com uma mulher estranha, todos os consanguíneos desta se lhe unem por uma certa amizade especial, como se lhe fossem consanguíneos”²⁴⁴. O efeito das uniões intrafamiliares seria, portanto, pernicioso para o fortalecimento dos laços sociais.

A *quarta* tem um fundo metafísico, e se apoia em um fragmento da *Política* de Aristóteles, onde são censuradas as intimidades entre pais, filhos e irmãos, por se tratar de um “amor congênere” (*II Polit 4, 2*)²⁴⁵. Aquino interpreta a passagem como se o Estagirita estivesse querendo dizer que o homem ama naturalmente seus consanguíneos, e caso se acrescentasse, a esse amor, o amor sexual, haveria um excesso no sentimento amoroso. Daí resultaria um maior estímulo à lascívia, o que não se coaduna com a castidade²⁴⁶.

Após expor essas razões, Tomás de Aquino conclui que o incesto, enquanto expressão de uma entrega desordenada aos prazeres da carne, corresponde, sim, a uma espécie de luxúria²⁴⁷. Chega, inclusive, a mencionar o caso de um cavalo que, após copular com a mãe, tomou-se de pejo pelo ato praticado e veio a se atirar em um precipício²⁴⁸. O que ele pretendeu demonstrar com o relato é que, até entre os animais, existe um certo sentimento de reverência aos genitores. Nesse sentido, o incesto também representaria uma grave violação às leis da natureza.

²⁴⁴ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 3. p. 867

²⁴⁵ “E ainda é um absurdo que, depois de seus filhos terem se tornado comuns, excluam-nos para que somente os amantes convivam juntos, e não proíba o amor nem outras intimidades, que é o mais inconveniente de tudo que possa existir entre um pai e um filho, ou um irmão e outro, visto que o seu amor também é congênere”. In: ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019. p. 71.

²⁴⁶ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 3. p. 867-8.

²⁴⁷ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 3. p. 868.

²⁴⁸ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 3. p. 868.

4 OS IMPEDIMENTOS DE PARENTESCO NA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

4.1 O sistema de casamento indígena e a ação da Igreja nos primeiros séculos da colonização

Quando, no alvorecer dos quinhentos, o colonizador português desembarcou em solo brasileiro e deu início ao desbravamento do território há pouco conquistado, já existia toda uma população nativa que continuava a viver sob um outro modelo cultural, e que em breve iria sofrer a influência dos cânones e leis que atravessaram o oceano nas caravelas recém-chegadas da Europa. Trata-se de um universo pouco explorado por nossa historiografia jurídica, e que merece ser posto em evidência, a menos que se queira escrever uma história do direito nacional com notas artificiais e legitimadoras. O objetivo, aqui, é investigar como funcionava, em geral, o sistema de casamento dos índios brasileiros nos primórdios da colonização, e de que forma ele foi afetado pela atuação da Igreja em sua função catequizadora.

Um dos primeiros navegadores a escrever sobre os hábitos familiares dos ameríndios foi Américo Vespúcio, após viagem empreendida ao longo da costa brasileira, entre os anos 1501 e 1502. Em sua carta *Mundus Novus* (1503), endereçada a Lorenzo de Medici, ele deu a entender que os índios do Brasil se relacionavam com suas esposas e parentes de modo desregrado e licencioso. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho da missiva: “Tantas mulheres trazem quantas querem; e o filho se mistura com a mãe, e o irmão com a irmã, e o primo com a prima, e o encontrado com a que encontra”²⁴⁹. Essas informações, contudo, não foram corroboradas pelos relatos de cronistas posteriores.

Quer parecer, mesmo, que Vespúcio pretendia impressionar seus conterrâneos oferecendo-lhes uma imagem fantasiosa de como viviam os antigos habitantes do Continente descoberto²⁵⁰.

Mais confiável é a descrição do missionário calvinista Jean de Léry, que esteve no Brasil junto à delegação genebrina entre os anos 1556 e 1558, quando da tentativa de se fundar a França Antártica sob a regência de Villegagnon. Confira-se o que ele escreveu sobre os *tupinambás* à época estabelecidos na baía de Guanabara: “Ninguém toma por

²⁴⁹ VESPÚCIO, Américo. **Novo mundo**: cartas de viagens e descobertas. Trad. Luiz Renato Martins. Porto Alegre: L&PM, 1984. p. 94.

²⁵⁰ De acordo com Gilberto Freyre: “Aliás o intercurso sexual entre os indígenas desta parte da América não se processava tão à solta e sem restrições como Vespúcio dá a entender; nem era a vida entre eles a orgia sem fim entrevista pelos primeiros viajantes e missionários”. In: FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 41. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 172.

esposa a própria mãe, a irmã ou filha, mas o tio casa com a sobrinha e em todos os demais graus de parentesco não existe impedimento”²⁵¹.

Tudo leva a crer que o sistema de casamento dos índios brasileiros conhecia, sim, restrições de consanguinidade, sobretudo ao se inviabilizarem as uniões entre ascendentes, descendentes e irmãos. Já entre tios e sobrinhas, diferentemente, o casamento era admissível, e, em certos casos, chegava mesmo a ser imposto pelos costumes tribais.

Em escrito não datado, o Padre José de Anchieta (1534 – 1597) dá um importante testemunho sobre como se estruturavam as relações avunculares entre os *jaribatibas* que viviam na Capitania de São Vicente (atual São Paulo). Segundo o religioso, as sobrinhas, filhas de irmãos, eram tidas como filhas e, portanto, não poderiam se relacionar com seus tios por parte de pai. Já as sobrinhas, filhas de irmãs, eram consideradas, ao contrário, esposas em potencial dos tios maternos, podendo com eles se casar²⁵². A diferença de tratamento, longe de ser arbitrária, na verdade confirma a existência entre os povos primitivos do sistema de alianças fundadas na troca de mulheres, ao qual se reportariam, séculos mais tarde, as pesquisas de Lévi-Strauss. Como foi visto, de acordo com esse sistema, o homem cede sua irmã ao integrante de outro grupo, para que, quando nascer uma filha desse consórcio, ela seja “devolvida” ao tio materno, com isso se retribuindo a mulher que este, primeiramente, tinha cedido (*cf. supra*, n. 2.4). Nas palavras de Anchieta: “Mas como os irmãos têm tanto poder sobre as irmãs, têm para si que lhes pertencem as sobrinhas, para as poderem ter por mulheres, e usar dellas *ad libitum* se quizerem, assim como as mesmas irmãs, dão a uns e tiram a outros”²⁵³.

Um contemporâneo de Anchieta, o franciscano André Thevet, que acompanhou a investida de Villegagnon entre os anos 1555 e 1556, oferece detalhes mais precisos sobre o sistema de *avunculado* indígena. Durante sua permanência junto aos *tupinambás* da

²⁵¹ LÉRY, Jean de. **Viagem à terra do Brasil**. Trad. Sérgio Milliet. Belo Horizonte: Itaitaia, 2007. p. 223.

²⁵² ANCHIETA, José de. Dos casamentos dos índios do Brasil. **Revista trimestral de historia e geographia do Instituto Historico e Geographico Brasileiro**, 2. ed., Rio de Janeiro: Typographia de João Ignacio da Silva, t. 8, 1867. p. 259.

²⁵³ ANCHIETA, José de. Dos casamentos dos índios do Brasil. **Revista trimestral de historia e geographia do Instituto Historico e Geographico Brasileiro**, 2. ed., Rio de Janeiro: Typographia de João Ignacio da Silva, t. 8, 1867. p. 259. Já com relação às sobrinhas, filhas de irmãos, escreve Anchieta: “O terem respeito ás filhas dos irmãos é porque lhes chamam filhas, e n’essa conta as têm; e assim *neque fornicariae* as conhecem, porque têm para si o parentesco verdadeiro, vem pela parte dos pais, que são os agentes; e que as mãis não são mais que uns saccoes, em respeito dos pais, em que se criam as crianças”. In: ANCHIETA, José de. Dos casamentos dos índios do Brasil. **Revista trimestral de historia e geographia do Instituto Historico e Geographico Brasileiro**, 2. ed., Rio de Janeiro: Typographia de João Ignacio da Silva, t. 8, 1867. p. 259-60.

baía de Guanabara, ele registrou que desde cedo os homens chamavam as filhas de suas irmãs de *Chérémirekorem*, ou seja, “minha futura mulher”. Bastava, em efeito, uma delas nascer para que o tio materno a erguesse em seus braços, declarando-a como sua futura esposa²⁵⁴. E se, porventura, a cunhã mais tarde viesse a rejeitar o tio, preferindo se unir a outro homem, passaria a ser chamada de *Souaragi*, que significa, “mulher libidinosa”²⁵⁵.

Outra peculiaridade do sistema de casamento dos *tupinambás* foi revelada por Gabriel Soares de Souza, português radicado na Bahia, entre os anos 1569 e 1584. Autor do *Tratado descritivo do Brasil*, ele identifica, nessa obra, a existência de uma prática familiar bastante assemelhada ao *levirato* dos antigos judeus: o casamento entre cunhados (cf. *supra*, n. 3.1). Funcionava do seguinte modo: ao morrer um homem casado, seu irmão mais velho, a princípio, era obrigado a se casar com a viúva. Na falta de irmãos, a obrigação recaía sobre o parente mais próximo do morto. Já com relação à filha da viúva, quem deveria desposá-la era o tio materno (casamento avuncular). Na ausência desse tio, a obrigação passava ao parente mais próximo da mãe. Finalmente, na hipótese de o tio materno não querer se casar com a sobrinha, caberia a ele escolher para a moça o seu futuro marido²⁵⁶.

É fácil notar que os interditos de parentesco reconhecidos por nossos ancestrais indígenas eram bem menos rigorosos do que aqueles fixados pelo regime matrimonial canônico. Entre os índios, apenas as uniões entre ascendentes, descendentes e irmãos consideravam-se proibidas. Com relação aos demais parentes, a prática da endogamia tinha-se como aceitável. Relações entre tios e sobrinhas eram admissíveis, e até mesmo, incentivadas pelo costume de certas tribos. Sem falar dos cunhados, que se casavam com as viúvas de seus falecidos irmãos.

²⁵⁴ “Certo é que as verdadeiras e legítimas mulheres dos homens dessa região são as filhas de suas irmãs que eles chamam de *Chéraindit-mébut*, isto é, a filha de minha irmã, e *Chérémirekorem*, minha futura mulher. E sobre isso é preciso notar que desde que nascem o tio materno as levanta nos braços e as declara futura mulher”. In: THEVET, André. **A cosmografia universal de André Thevet, cosmógrafo do rei**. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Batel, 2009. p. 113.

²⁵⁵ “E, se por acaso as moças rejeitam o tio materno e casam-se com algum outro de sua preferência, contra a vontade da mãe, são tidas entre elas como libidinosas, a que chamam *Souaragi*; não têm em grande conta essas desmioladas nem as consideram mulheres de respeito”. In: THEVET, André. **A cosmografia universal de André Thevet, cosmógrafo do rei**. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Batel, 2009. p. 113.

²⁵⁶ “Costumam os Tupinambás que quando algum morre que é casado, é obrigado o irmão mais velho a casar com sua mulher, e quando não tem irmão, o parente mais chegado pela parte masculina; e o irmão da viúva é obrigado a casar com sua filha se a tem; e quando a mãe da moça não tem irmão, pertence-lhe por marido o parente mais chegado da parte de sua mãe; e se não quer casar com esta sua sobrinha, não tolherá a ninguém dormir com ella, depois lhe dá o marido que lhe vem á vontade”. In: SOUZA, Gabriel Soares de. **Tratado descritivo do Brasil em 1587**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia de João Ignacio da Silva, 1879. p. 287-8.

Deve ter sido um grande desafio para os missionários jesuítas adaptarem esse somatório de hábitos aos impedimentos há séculos previstos pela canonística medieval. Vale lembrar que o direito canônico então vigente interditava o matrimônio até o 4º grau de consanguinidade. Quanto aos afins, o impedimento era aplicável tanto à linha reta como à colateral, e se estendia, de igual modo, até o 4º grau. Com a agravante de que a contagem seguia o modelo de computação canônica, o que, na prática, ampliava ainda mais o rol de parentes impedidos (*cf. supra*, n. 3.3).

Só havia uma maneira de solucionar o impasse criado em torno do casamento indígena: recorrer ao velho instituto da *dispensa eclesiástica*. Se era preciso converter o “gentio” à fé católica, não poderia a Igreja simplesmente ignorar os vínculos conjugais já estabelecidos em prol de uma moral familiar tão estranha àqueles povos. Urgia, portanto, dispensar os impedimentos de parentesco para que o matrimônio dos índios pudesse ser sacramentado. O problema era que a concessão de dispensas constituía um poder reservado à Santa Sé, ou a delegatários que tivessem recebido a prerrogativa diretamente das mãos do Papa (era o caso, por exemplo, dos núncios apostólicos)²⁵⁷. O ideal seria reconhecer a competência dos padres jesuítas para que pudessem outorgar dispensas aos “selvagens” das terras nunca antes desbravadas.

A primeira iniciativa nesse sentido se deu com a Bula *Licet Debitum*, emitida em 1549 pelo Papa Paulo III. O documento visava expandir os privilégios e concessões outorgados à Companhia de Jesus. Ao se referir aos sacerdotes dessa Ordem, a Bula deixou assente (trad. nossa da versão em inglês): “Eles também podem dispensar aqueles que estão se convertendo da falta de fé nos mais distantes lugares, e que tiverem anteriormente contraído casamentos dentro de graus ilícitos, mas não proibidos pelo direito divino, de modo que possam permanecer neles”²⁵⁸.

Luisa Stella de Oliveira Coutinho Silva observa que a diretiva somente permitia a concessão de dispensas em favor daqueles que já se encontrassem casados *in lege naturae*, ou seja, sem o sacramento da Igreja. Reconhecida a união, o “gentio”, em

²⁵⁷ *Cf.* SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984. p. 131.

²⁵⁸ Versão em inglês: “They may also dispense those who are just converting from unbelief in the most distant places, and who have contracted marriages earlier within the degrees not licit, but not prohibited by divine law, so that they may remain in them”. *In*: PAULO III. *Licet debitum*. *In*: AMIDON, Philip R. **Studies in the spirituality of Jesuits: papal documents from the early years of the Society of Jesus in English translation**. Trad. do latim Philip R. Amidon. Chestnut Hill: Jesuit Conference of Canada and United States, 2020. p. 35.

seguida, era batizado²⁵⁹. Escrevendo de São Vicente (atual São Paulo), em missiva datada de 1556 e tendo por destinatário Inácio de Loyola, o Padre Manuel da Nóbrega confirma ter realizado o procedimento:

E posto que tenhamos poder de dispensar no parentesco de direito positivo com aqueles que antes de se converterem já eram casados, conforme nossas bulas e o direito canônico, isto não pode cá haver lugar, porque não se casam para sempre viverem juntos como outros infiéis, e se disto usamos alguma hora é fazendo-os primeiro casar *in lege naturae* e depois se batizam²⁶⁰

A segunda investida de Roma veio com o Papa Júlio III, que, em 1554, decidiu atribuir *dispensa generalizada* em favor dos convertidos que viessem se casar no terceiro ou quarto grau de consanguinidade ou afinidade²⁶¹. A concessão, no entanto, tinha vigência restrita ao prazo de dez anos²⁶².

Quem logo percebeu a pouca serventia da relaxação papal foi Anchieta. Como missionário jesuíta já aclimatado aos trópicos, ele conhecia muito bem os hábitos da população nativa, sabia da prática arraigada entre os indígenas do casamento avuncular, em que tios costumavam se unir com as sobrinhas (segundo grau de colateralidade, de acordo com a contagem canônica). Seria necessário, ainda, estender um pouco mais os termos da dispensa, a fim de que se pudesse também legitimar o matrimônio dos colaterais em 2º grau.

Anchieta, inclusive, manifestou seu desconforto com a questão numa carta escrita de São Paulo, em 1554: “Por isso parece-nos sumamente necessário que se mitigue nestas partes todo o direito positivo, de maneira que possam contrair-se matrimônios em todos

²⁵⁹ SILVA, Luisa Stella de Oliveira Coutinho. **Nem teúdas nem manteúdas**: história das mulheres e direito na capitania da Paraíba (Brasil, 1661-1882). Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2020. p. 160-1.

²⁶⁰ NÓBREGA, Manuel da. Ao padre Inácio de Loyola, Roma. São Vicente, maio de 1556. *In*: NÓBREGA, Manuel da. **Obra completa**. Org. Paulo Roberto Pereira. São Paulo: Loyola, 2017. p. 192. Também o Padre Luís da Grã atesta ter recorrido ao expediente: “Hun remedio usamos con algunos que vemos hábiles para el baptismo y, catecuminados sufficientemente, que les enseñamos cómo casen antes de ser bautizados según la lei de naturaleza, para que quando los bautizarnos, hallándolos ya casados según lei de naturaleza, puedan perseverar en el casamiento que es prohibido por solo el derecho positivo, como concede nuestra Bulla y el derecho canónico”. *In*: GRÃ, Luís da. Ao P. Inácio de Loyola, Roma. Piratininga, 8 de junho de 1556. *In*: LEITE, Serafim. **Cartas dos primeiros jesuítas do Brasil**. São Paulo: Tipografia da Atlântida Coimbra, 1957. v. 2. p. 293.

²⁶¹ *Cf.* SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984. p. 131.

²⁶² Confira-se o seguinte trecho da carta do Padre Juan de Polanco: “También hemos avido que por diez años puedan contraer los que se convierten, o nuevamente convertidos, in 3 ó 4 gradu consanguinitatis et affinitatis; porque a los principios no les parezca duro el abstenerse en los dichos grados prohibitos”. *In*: POLANCO, Juan de. Do P. Juan de Polanco por comissão do P. Inácio de Loyola ao P. Diego Mirón, Lisboa. Roma, 24 de fevereiro de 1554. *In*: LEITE, Serafim. **Cartas dos primeiros jesuítas do Brasil**. São Paulo: Tipografia da Atlântida Coimbra, 1957. v. 2. p. 27.

os graus, excepto de irmãos com irmãs”²⁶³. O pleito foi também reforçado por Nóbrega, em missiva endereçada a Inácio de Loyola, dois anos mais tarde (1556): “Será necessário haver de Sua Santidade nisso largueza destes direitos positivos e, se parecer muito duro ser de todo positivo, ao menos seja de toda afinidade, e seja tio com sobrinha, que é segundo grau de consanguinidade”²⁶⁴.

O que esses dois religiosos da Companhia de Jesus estavam propondo, em pleno séc. XVI, era que a Igreja promovesse uma abertura maior que a admitida pelo atual Código Civil (2002), que, como se sabe, ainda hoje impede em nosso País a consumação do matrimônio entre tios e sobrinhos²⁶⁵.

O esforço dos jesuítas parece não ter sido em vão. Serafím Leite pontua que, em 1567 (durante o papado de Pio V), foi emitido o Breve *Cum Gratiarum Animum*, com vigência de cinco anos, pelo qual a dispensa se tornou extensível a todos os graus de consanguinidade e afinidade, excetuados os impedimentos de direito divino²⁶⁶ – o que, portanto, só inviabilizaria os casamentos entre ascendentes, descendentes e irmãos.

Dois séculos precisariam transcorrer para que, em 1796, com o Breve dos 25 Anos (de Pio VI), os bispos do Brasil pudessem contar com o poder de dispensar gratuitamente em todos os graus de direito positivo – o que incluía os casamentos de cunhados, primos, e de tios e sobrinhos –, exceção aberta aos parentes em primeiro grau de consanguinidade, na linha direta ou transversal (ou seja, pais, filhos e irmãos), e aos afins em primeiro grau na linha direta (o que compreendia as relações de sogradio e padrastio)²⁶⁷. Mas aqui não

²⁶³ ANCHIETA, José de. Do Ir. José de Anchieta ao P. Inácio de Loyola, Roma. São Paulo de Piratininga, 1 de setembro de 1554. In: LEITE, Serafím. **Cartas dos primeiros jesuítas do Brasil**. São Paulo: Tipografia da Atlântida Coimbra, 1957. v. 2. p. 114. Para detalhes sobre a missiva, cf. SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984. p. 131.

²⁶⁴ NÓBREGA, Manuel da. Ao padre Inácio de Loyola, Roma. São Vicente, maio de 1556. In: NÓBREGA, Manuel da. **Obra completa**. Org. Paulo Roberto Pereira. São Paulo: Loyola, 2017. p. 192. Para detalhes sobre a missiva, cf. SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984. p. 132.

²⁶⁵ Código Civil de 2002, art. 1.521, IV: “Não podem casar: (...) IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive”.

²⁶⁶ “É o célebre Breve, dirigido ao P. Geral, Prepósitos e Presbíteros da C.^a nas partes de Etiópia, Índia, Japão, [...] Brasil, e outras Ilhas do Oceano, em que lhes dá, por cinco anos, onde não houver Bispo, ou diste 200 milhas, faculdade de dispensar em todos os graus de consanguinidade e afinidade, excepto os de direito divino. – Vaticano, Armário 45, *Ad Principes*, 13, f. 292 (fol. 108)”. In: LEITE, Serafím. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1938. t. 2. p. 296. Não se conseguiu localizar, na presente pesquisa, o texto original em latim ou qualquer versão traduzida do Breve.

²⁶⁷ O Breve dos 25 Anos, cuja duração seria restrita a um quarto de século, foi objeto de sucessivas renovações, até o advento da Lei do Casamento Civil (Dec. n. 181/1890). Para detalhes sobre o Breve, cf. SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. O matrimônio no Império do Brasil: uma questão de Estado. **Revista brasileira de história das religiões**, ANPUH, n. 12, jan. 2012. p. 85-95. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/RbhrAnpuh/article/view/30268/15866>. Acesso em: 02 nov. 2021. Não se conseguiu localizar, na presente pesquisa, qualquer versão traduzida do Breve. Quanto ao texto

se tratava de um comando dirigido especificamente à população nativa, mesmo porque os jesuítas, vale lembrar, já haviam sido expulsos do Brasil desde 1759. O Breve pontifício, na verdade, aplicava-se aos casamentos de todos os cristãos.

4.2 As Ordenações Filipinas e o *crimen incestus*

O corpo de leis mais longo da história do direito brasileiro foi, sem dúvida, as Ordenações Filipinas, de 1603. Antes delas, vigoraram no Brasil as Ordenações Afonsinas, de 1446, e as Manuelinas, de 1514, porém com escassa repercussão. Já as Ordenações Filipinas mantiveram sua vigência até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, o que somente se deu no ano seguinte, em 1917. Portanto, foram 314 anos de vigência ininterrupta, muito embora a maior parte das disposições do texto original já tivesse sido derogada por leis posteriores²⁶⁸.

As Ordenações Filipinas foram elaboradas à época em que Portugal estava incorporado à União Ibérica, sob a regência do Rei Felipe II, da Espanha. Os trabalhos preparatórios se iniciaram no final dos quinhentos, deles participando sobretudo juristas portugueses, como Jorge de Cabedo e Afonso Vaz Tenreiro. Em 1595, receberam aprovação do Rei Felipe II, entrando em vigor em 1603, já sob o reinado de Felipe III. Com o fim da União Ibérica, as Ordenações Filipinas foram confirmadas pelo Rei Dom João IV, de Portugal, no ano de 1643²⁶⁹.

Ignacio Poveda Velasco destaca que as Ordenações Filipinas não constituíram à época uma obra inovadora²⁷⁰. Representariam, na verdade, “uma presença da Idade Média nos tempos modernos”²⁷¹, como havia afirmado, antes, Orlando Gomes. Escritas em linguagem novelesca, nelas se mandavam observar, em caso de lacunas, as glosas de

original em latim, cf. BULLARII Romani. Roma: Typographia Reverendae Camerae Apostolicae, 1845. t. 9. p. 609-10.

²⁶⁸ Nas palavras de Orlando Gomes: “As Ordenações Filipinas só sobreviveram na parte relativa ao Direito Civil (Livro 4.º). Quanto ao Direito público, foram revogadas pela Carta Constitucional e pelo Ato Adicional; quanto ao Direito Penal, pelo Código Criminal de 1830, pelo Código de Processo Criminal e pela lei de 1841; quanto ao Direito privado, na parte relativa às atividades comerciais, pelo Código Comercial de 1850 e pelo Regulamento 737”. In: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8.

²⁶⁹ Para detalhes sobre a história das Ordenações Filipinas, cf. VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 89, 1994. p. 23-4; PONTES DE MIRANDA, F. C. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 41-2.

²⁷⁰ VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 89, 1994. p. 24.

²⁷¹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4.

Acursio e de Bartolo²⁷², quando a Escola dos Glosadores e Comentadores já se encontrava em descrédito.

Constava de sua composição a existência de cinco Livros: o Livro I, dedicado ao direito administrativo, tratando das funções dos magistrados, oficiais de justiça e outros servidores; o Livro II, onde eram definidas as relações entre Igreja e Estado, os direitos do Fisco e os privilégios da nobreza; o Livro III, que se ocupava do processo civil e criminal, bem como da aplicação do direito subsidiário; o Livro IV, referente ao direito civil e comercial; e o Livro V, que trazia o corpo das disposições penais²⁷³.

Ao se compulsar aleatoriamente o Livro V, de logo chama atenção o extremo rigor das sanções atribuídas aos crimes nele previstos. Particularmente, no Tít. XVII, irá se encontrar o *crimen incestus* como conduta passível de pena de degredo ou morte. Confira-se:

Dos que dormem com suas parentas, e afins

Qualquer homem, que dormir com sua filha, ou com qualquer outra sua descendente, ou com sua mãe, ou outra sua ascendente, sejam queimados, e ella tambem, e ambos feitos per fogo em pó.

1. E se algum dormir com sua irmã, nora, ou madrastra postoque sejam viúvas, ou com sua enteada, postoque a mãe seja fallecida, ou com sua sogra, ainda que a filha já seja defuncta, morrão elle e ella morte natural²⁷⁴.

2. E o que dormir com sua thia, irmã de seu pai, ou mãe, ou com sua prima coirmã, ou com outra sua parenta no segundo gráo, contado segundo Direito Canonico, seja degradado dez annos para Africa, e ella cinco para o Brazil.

E os outros parentes até o quarto gráo inclusive serão degradados, os homens quatro annos para Africa com baraço e pregão, ou com pregão na audiencia, segundo a differença das pessoas, e as mulheres por cinco annos para Castro-Marim.

3. E se algum dormir com sua cunhada no primeiro gráo de affinidade (postoque alguma das pessoas, per quem se causou o cunhadio, seja fallecida), sejam degradados dez annos para o Brazil, para differentes Capitancias. E se fôr no segundo gráo, irá elle degradado por cinco annos para Africa, e ella por sete para Castro-Marim: e se fôr no terceiro, ou quarto gráo, será elle degradado dous annos para Africa, e ella trez para Castro-Marim, com baraço e pregão na audiencia, segundo a differença das pessoas (Ordenações Filipinas, Liv. V, Tít. XVII)²⁷⁵.

²⁷² Ordenações Filipinas, Liv. III, Tít. LXIV, 1: “E se o caso, de que se trata em pratica, não fôr determinado por Lei de nossos Reinos, stylo, ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos sagrados Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Leis, quando por commum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não fôr determinado, se guarde a opinião de Bartolo, porque sua opinião commumente he mais conforme a razão, sem embargo que alguns doutores tivessem o contrario; salvo, se a commum opinião dos Doutores, que depois delle screveram, fôr contraria”. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. p. 664-5.

²⁷³ Cf. DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 149-50.

²⁷⁴ Por *morte natural*, entenda-se enforcamento ou degola. A respeito, cf. DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

²⁷⁵ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. p. 1.166.

As penas imputadas para o crime de incesto eram, portanto, as seguintes: (i) morte na fogueira, para aqueles que se relacionassem com ascendentes ou descendentes; (ii) morte por enforcamento ou degola, para quem consumasse a relação com irmãos ou afins em linha reta; (iii) degredo, para os que mantivessem intercurso com tios ou sobrinhos, primos até o 4º grau ou afins colaterais até o 4º grau, de acordo com a contagem canônica (*cf. supra*, n. 3.3).

Não se conseguiu apurar, na presente pesquisa, se essas penalidades realmente chegaram a ser aplicadas aos crimes de incesto cometidos no Brasil. É escassa a literatura a respeito. Quem chegou a tecer um breve comentário sobre a tipificação do incesto pelo regime das Ordenações foi o jurista português Pereira e Souza. De acordo com a definição por ele proposta: “Incesto he o crime que se commette pelo ajuntamento illicito entre pessoas, que são parentes, ou affins dentro dos grãos prohibidos pelas Leis da Igreja”²⁷⁶. De todo modo, em 1830, o Livro V das Ordenações Filipinas foi substituído pelo Código Criminal do Império, e desde então, a criminalização do incesto restou definitivamente excluída do ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, no que concerne, especificamente, aos impedimentos matrimoniais, a matéria não chegou a ser disciplinada pelas Ordenações Filipinas, por se tratar de questão afeta ao direito canônico. Vale lembrar que, no Brasil, o casamento civil só conseguiu se consolidar com a vigência do Decreto n. 181/1890 e da primeira Constituição republicana, de 1891 (*cf. infra*, n. 4.7).

4.3 As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia e a política de concessão de dispensas nos sécs. XVIII e XIX

A vastidão do território brasileiro, aliada às condições precárias de comunicação, trouxeram dificuldades significativas para a aplicação das disposições conciliares de Trento no Brasil-colônia²⁷⁷. A isto se acresciam os problemas relacionados à catequese de indígenas e negros, bem como as tensões resultantes de irregularidades na vida

²⁷⁶ PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. **Classes dos crimes por ordem systematica, com as penas correspondentes, segundo a legislação actual**. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1803. p. 204.

²⁷⁷ *Cf.* FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo Introdutório. *In*: FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales (org.). **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: EDUSP, 2010. p. 36.

clerical²⁷⁸. Urgia, portanto, adaptar as normas aprovadas pelo Concílio Tridentino à realidade de uma estrutura social complexa e em processo de formação.

Um importante esforço nesse sentido foi ultimado por Dom Sebastião Monteiro da Vide, quinto Arcebispo da Bahia, que, no Sínodo Diocesano de 1707, conseguiu fazer com que fossem aprovadas as *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, por ele redigidas anos antes. A princípio limitadas ao território da diocese baiana, cedo as Constituições Primeiras foram reconhecidas por outras dioceses (como Rio de Janeiro e Olinda), e em pouco tempo, já eram adotadas pelas demais dioceses do Brasil²⁷⁹.

Sua composição contava com a presença de cinco Livros. No Livro I, eram regulados os Sacramentos da Igreja, dentre os quais o Matrimônio, objeto de treze Títulos distintos (Tít. LXII a LXXIV). Particularmente, o Tít. LXXI continha algumas disposições sobre o matrimônio dos escravos, como, por exemplo, a que coíbia o senhor de impedir que dois escravos se casassem, e a que o proibia de vender para lugares distintos escravos já casados²⁸⁰.

Já os impedimentos matrimoniais vinham regulados no Tít. LXVII do Livro I. Tomando-se por base a contagem canônica (*cf. supra*, n. 3.3), os impedimentos relacionados aos vínculos de parentesco consanguíneo, legal e afim eram os seguintes:

a) Cognação natural. Que vedava o casamento entre consanguíneos até o 4º grau²⁸¹;

²⁷⁸ De acordo com Gilberto Freyre: “Através dos séculos XVII e XVIII e grande parte do XIX continuou o livre arregaçar de batinas para o desempenho de funções quase patriarcais, quando não para excessos de libertinagem com negras e mulatas. Muitas vezes por trás dos nomes mais seráficos deste mundo – Amor Divino, Assunção, Monte Carmelo, Imaculada Conceição, Rosário – dizem-nos certos cronistas que, em vez de ascetas angustiados pelo voto de virgindade, floresceram garanhões formidáveis”. In: FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 41. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 495.

²⁷⁹ *Cf.* FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo Introdutório. In: FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales (org.). **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: EDUSP, 2010. p. 53.

²⁸⁰ *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, Livro I, Tít. LXXI, 303: “DO MATRIMONIO DOS ESCRAVOS. Conforme a direito Divino, e humano os escravos, e escravas podem casar com outras pessoas captivas, ou livres, e seus senhores lhes não podem impedir o Matrimonio, nem o uso d'elle em tempo, e lugar conveniente, nem por esse respeito os podem tratar peor, nem vender para outros lugares remotos, para onde o outro por ser captivo, ou por ter outro justo impedimento o não possa seguir, e fazendo o contrario peccão mortalmente, e tomão sobre suas consciencias as culpas de seus escravos, que por este temor se deixão muitas vezes estar, e permanecer em estado de condemnação”. In: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Typographia 2 de dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853. p. 125.

²⁸¹ *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, Livro I, Tít. LXVII, 285, 4: “OS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES SÃO OS SEGUINTEs. (...) Natural, se os contrahentes são parentes por consanguinidade dentro no quarto grão”. In: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Typographia 2 de dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853. p. 117.

b) *Cognação legal*. Pela qual se proibia o casamento entre adotante e adotado, e entre adotado e filho do adotante. No segundo caso, o impedimento incidiria “em quanto estão debaixo do mesmo poder, ou dura a perfilhação” (portanto, uma vez extinta a perfilhação, lícito seria o matrimônio). Também era vedado o casamento entre o adotante e a mulher do adotado, e entre este e a mulher do adotante²⁸²;

c) *Afinidade*. Que impediria que, após a viuvez, o cônjuge sobrevivente pudesse se casar com os consanguíneos até o 4º grau do falecido²⁸³. Curiosamente, também a *copula illicita* tinha o condão de criar o impedimento, que nesse caso se restringia ao 2º grau. Assim, aquele que houvesse mantido relação sexual fora do casamento não poderia contrair matrimônio com os consanguíneos até o 2º grau do outro copulante²⁸⁴.

Tamanho era o zelo pastoral da Igreja em divulgar aos fiéis o rol de impedimentos, que se ordenava mesmo aos párocos e capelães que procedessem à leitura pública da lista contida nas Constituições Primeiras em duas Missas conventuais a cada ano. Confira-se: “E mandamos a cada um dos Parochos, ou Capellães, sob pena de mil-réis, a leião ao povo á estação das Missas Conventuaes duas vezes no anno, a saber, uma no primeiro Domingo depois da Epiphania, e outra no primeiro depois da Paschoa da Resurreição” (Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, Livro I, Tít. LXVII, 284)²⁸⁵.

No mais, cumpre observar que as Constituições Primeiras reproduziram fielmente os impedimentos de parentesco estabelecidos nas disposições conciliares da Igreja, bem como os que haviam sido formulados nas obras dos principais autores da canonística

²⁸² Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, Livro I, Tít. LXVII, 285, 4: “OS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES SÃO OS SEGUINTEs. (...) Legal, que provém da perfeita adopção, e se contrahe este parentesco entre o perfilhante, e o perfilhado, e os filhos do mesmo, que perfilha, em quanto estão debaixo do mesmo poder, ou dura a perfilhação. E bem assim entre a mulher do adoptado, e adoptante, e entre a mulher do adoptante, e adoptado”. *In*: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Typographia 2 de dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853. p. 117.

²⁸³ Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, Livro I, Tít. LXVII, 285, 11. “OS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES SÃO OS SEGUINTEs. (...) Afinidade: convém a saber, que o marido pelo Matrimonio consummado contrahe afinidade com todos os consanguineos de sua mulher até o quarto gráo, e assim, morta ella, não póde contrahir Matrimonio com alguma sua consanguinea dentro nos ditos gráos. E da mesma maneira a mulher contrahe afinidade com todos os consanguineos de seu marido até o quarto gráo”. *In*: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Typographia 2 de dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853. p. 118.

²⁸⁴ Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, Livro I, Tít. LXVII, 285, 11. “OS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES SÃO OS SEGUINTEs. (...) Afinidade: (...) Tambem a contrahe aquelle que tiver copula illicita perfeita, e natural com alguma mulher, ou mulher com algum varão; e por esta causa não póde contrahir Matrimonio com parente do outro por consanguinidade dentro do segundo gráo”. *In*: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Typographia 2 de dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853. p. 118.

²⁸⁵ VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Typographia 2 de dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853. p. 116.

medieval (*cf. supra*, n. 3.3). Até o final do Império, foi essa a principal legislação que regeu a questão dos impedimentos aplicáveis aos matrimônios realizados no País.

Registre-se, por outro lado, que a concessão de dispensas, por se tratar à época de matéria reservada à Santa Sé, não chegou a ser disciplinada pelas Constituições Primeiras. Somente em 1796, com o Breve dos 25 Anos (de Pio VI), é que os bispos brasileiros passaram a se investir no poder de dispensar gratuitamente em todos os graus de direito positivo. A prerrogativa, conforme já visto, alcançava os casamentos de cunhados, primos, e de tios e sobrinhos (*cf. supra*, n. 4.1).

Mas não se pense que, antes da emissão do Breve pontifício, nossas arquidioceses seguiram fielmente o protocolo de encaminhar os pedidos de dispensa ao conhecimento de Roma. Como observa Luisa Stella de Oliveira Coutinho Silva, o Breve dos 25 Anos apenas validou uma prática já consumada; as dispensas, na verdade, há muito eram concedidas no Brasil pelo prelado local²⁸⁶. Em pesquisa realizada no Arquivo Histórico Ultramarino (Lisboa), a autora se deparou com um caso bastante singular, ocorrido na Capitania da Paraíba, nos idos de 1719: o de dois nubentes, Sebastião Ferreira e Luzia Gomes, cujos pais eram primos diretos, e que, por esse motivo, encontravam-se impedidos de se casarem (vínculo de consanguinidade em terceiro grau). Porém, os noivos já haviam tido um filho antes de oficializarem a união. Em razão do fato, a dispensa foi concedida, sob condição de que o casal se retratasse publicamente e viesse a pagar uma quantia pecuniária à Igreja. O detalhe é que a autoridade responsável pela concessão foi o Padre Cipriano da Silva, então “preósito das missões”. Note-se bem: um *padre*, e não o bispo. E isto, quase oitenta anos antes do Breve que veio a outorgar o referido poder ao episcopado brasileiro²⁸⁷.

As causas que fundamentavam o pedido de dispensa eram as mais variadas possíveis. Às vezes, era uma moça cujo pai não tinha condições de pagar o dote, e que havia se enamorado de um parente para quem essa questão era irrelevante; outras vezes, era a situação de extrema penúria da noiva que justificava seu casamento com um parente impedido, para que ela ficasse a salvo das inclemências do mundo; outro argumento que se costumava fazer era o da escassez de habitantes no local onde moravam os noivos, a

²⁸⁶ SILVA, Luisa Stella de Oliveira Coutinho. **Nem teúdas nem manteúdas**: história das mulheres e direito na capitania da Paraíba (Brasil, 1661-1882). Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2020. p. 148. No mesmo sentido, *cf.* SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984. p. 133-5.

²⁸⁷ SILVA, Luisa Stella de Oliveira Coutinho. **Nem teúdas nem manteúdas**: história das mulheres e direito na capitania da Paraíba (Brasil, 1661-1882). Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2020. p. 148-50.

dificultar a criação de laços com terceiros estranhos à família; havia, também, casos de viúvas empobrecidas que pretendiam se casar com parentes de seus falecidos maridos; e mesmo de um ou outro noivo galante que havia tido *copula illicita* com a irmã da nubente²⁸⁸. Maria Beatriz Nizza da Silva informa que o ex-governador da Capitania de São Paulo, Lobo de Saldanha, teria se escandalizado em 1799 com a dispensa concedida em favor de um noivo que havia mantido “tratos ilícitos” com a mãe de sua futura mulher²⁸⁹.

A obtenção da dispensa, embora gratuita, dependia do cumprimento de certas penitências impostas pela Igreja. Além dos habituais jejuns e orações, os solicitantes por vezes eram chamados a varrer os templos e a contribuir para os gastos da paróquia²⁹⁰. Aos poucos, o procedimento de dispensas transformou-se em importante fonte de receita para as dioceses. Quem denunciou essa prática abusiva foi o Capitão inglês Richard Burton, após regressar de uma temporada no Brasil, entre os anos 1865 e 1868. Ao se referir à habitualidade com que se davam os casamentos entre consanguíneos no interior de Minas Gerais, ele escreveu (trad. nossa): “Ligações de relacionamentos consanguíneos, como entre tio e sobrinha, não são raras; e, para vergonha da Igreja Católica, ainda se concedem dispensas mediante paga para cometer-se incesto”²⁹¹.

A despeito da ausência de uma estatística oficial, os historiadores afirmam ter sido elevada a taxa de incidência de matrimônios endogâmicos no Brasil do século XIX²⁹². Talvez isso justifique as sucessivas renovações por que passou o Breve dos 25 Anos, procurando-se a todo custo manter o poder dispensatório nas mãos do prelado nacional. Elucidativo, a respeito, é o depoimento da viajante inglesa Maria Graham, que esteve no Brasil entre 1821 e 1823. Escrevendo do Rio de Janeiro, ela observou (trad. nossa):

Os laços de família são, aqui, muito belos; eles são tão estreitos e íntimos como os de um clã na Escócia: mas eles também têm suas inconveniências nos frequentes intercasamentos entre parentes próximos, como tios com suas sobrinhas, tias com seus sobrinhos, etc.; de modo que os casamentos, em vez de ampliar as ligações, difundir a propriedade e produzir mais relações em

²⁸⁸ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984. p. 135-7.

²⁸⁹ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984. p. 138.

²⁹⁰ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984. p. 138-9.

²⁹¹ No original: “Connections of blood relations, such as uncle and niece, are not rare; and, to the shame of the Catholic Church, it still grants dispensations to commit incest for a consideration”. In: BURTON, Richard. **Explorations of the highlands of the Brazil**. London: Tinsley Brothers, 1869. v. 1. p. 397.

²⁹² Por todos, cf. FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 41. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 396.

geral no País, parecem estreitar todas elas, acumular fortunas e concentrar todas as afeições num círculo bastante fechado e egoísta²⁹³.

O fato foi corroborado pelo Capelão da embaixada britânica no Brasil, Robert Walsh, que excursionou pelo Rio de Janeiro e Minas Gerais, entre os anos 1828 e 1829²⁹⁴.

Em estudo relacionado à genealogia das famílias piauienses, Miridan Knox Falci aponta que, a partir do séc. XVIII, sete famílias vieram a se entrelaçar num emaranhado de casamentos consanguíneos, quase todos impostos pelos pais dos nubentes, e dos quais inclusive teriam resultado vários casos de prole nascida com patologias mentais²⁹⁵.

Também Júlio Bello (1873 – 1951), antigo proprietário do engenho Queimadas (São José da Coroa Grande), atesta em sua autobiografia o costume disseminado pela Mata Sul pernambucana de se firmarem laços conjugais com pessoas internas à família. Ao fazer referência à sua árvore familiar, ele pontua que seus avós maternos eram primos carnais²⁹⁶, e que sua irmã, de igual modo, era casada um primo²⁹⁷. Aliás, o próprio autor revela ter se consorciado com uma sobrinha²⁹⁸.

Curioso é o caso de Maria Dalmácia de Lacerda Guimarães, a Baronesa de Arary (1851 – 1952). Segundo se conta, ela havia sido prometida na juventude a um primo. Ocorre que, quando o seu tio, o Barão de Arary, foi à casa do irmão oficializar o pedido para o filho, desistiu de última hora e resolveu pedir a mão da sobrinha para si. Quem

²⁹³ No original: “The family attachments here are quite beautiful; they are as close and as intimate as those of clanship in Scotland: but they have their inconveniences, in the constant intermarriages between near relations, as uncles with their nieces, aunts with their nephews, &c.; so that marriages, instead of widening connections, diffusing property, and producing more general relations in the country, seems to narrow all these, to hoard wealth, and to withdraw all the affections into too close and selfish a circle”. In: GRAHAM, Maria. **Journal of a voyage to Brazil and residence there during part of the years 1821, 1822, 1823**. London: Longman, Hurst, Rees, Orme, Brown and Green, 1824. p. 226.

²⁹⁴ “Ligações de parentes mais estreitas que as permitidas por nós são muito usuais, mas elas são respaldadas pelo exemplo das cabeças coroadas, ambas na Espanha e em Portugal – como a de um homem casando-se com a filha de seu irmão e irmã. Mesmo as ligações de parentes ainda mais próximos, lamento dizer, têm lugar: mas isso é muito raro e pontual; e, tanto quanto eu pude assimilar, tão estigmatizado pela reprovação pública como nesse País. Duas pessoas foram apresentadas a mim como vivendo desse modo, e com expressões de horror do meu informante” (trad. nossa). No original: “Connexions of nearer kindred than are allowed with us are very usual, but they are sanctioned by the example of crowned heads, both in Spain and Portugal, – such as a man marrying the child of his brother and sister. Even the connexion of still nearer relatives, I am sorry to say, takes place; but it is very rare, and pointed at; and, as far as I could learn, as much stigmatized by public reprobation as in this country. Two persons were shown to me as living in this way, and with expressions of horror by my informant”. In: WALSH, Robert. **Notices of Brazil in 1828 and 1829**. London: Frederick Westley and A. H. Davis, 1830. v. 2. p. 294-5.

²⁹⁵ FALCI, Miridan Knox. *Mulheres do sertão nordestino*. In: PRIORE, Mary del (org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2018. p. 258-9.

²⁹⁶ BELLO, Júlio. **Memórias de um senhor de engenho**. 3. ed. Recife: FUNDARPE, 1985. p. 1.

²⁹⁷ BELLO, Júlio. **Memórias de um senhor de engenho**. 3. ed. Recife: FUNDARPE, 1985. p. 22.

²⁹⁸ “Minha mulher tinha de ser uma sobrinha que se criara e vivera frequentemente afastada de mim, mas que fora sempre a minha sobrinha preferida. Rapazinho de dezesseis anos, ela de oito, eu assentava-a nas minhas pernas, beijava-a e acariciava-a como a uma irmãzinha mais nova”. In: BELLO, Júlio. **Memórias de um senhor de engenho**. 3. ed. Recife: FUNDARPE, 1985. p. 85-6.

narra essa história, passada na São Paulo do séc. XIX, é a memorialista Laura Oliveira Rodrigo Octávio, que conheceu pessoalmente a Baronesa²⁹⁹.

Quando se indagam as razões que teriam levado à proliferação de matrimônios endogâmicos no Brasil desde o final do séc. XVIII, até as primeiras décadas do séc. XX, as respostas não são uniformes. Gilberto Freyre credita o fato a requintes de ordem aristocrática, sugerindo que famílias tradicionais buscavam a todo custo manter a origem nobre do sangue, e que por isso teriam evitado se misturar com estranhos. O Mestre de Apipucos também faz remissão a motivos relacionados à economia familiar, no sentido de se prevenir a dispersão dos bens³⁰⁰. Esse mesmo raciocínio foi exposto por Fernando Torres-Londoño, ao se reportar ao elevado número de dispensas concedidas pela Igreja no decorrer do séc. XIX³⁰¹. Sugestivo, a esse respeito, é o testemunho de Carlos Drummond de Andrade, poeta mineiro nascido na cidade de Itabira, em 1902. Em entrevista concedida a Maria Lúcia do Pazo (16/06/1984), ele revela:

Na minha família há numerosos casos de tios casados com sobrinhas, por uma razão muito simples: o casamento tinha de ser feito dentro da mesma família. O clã era poderoso, não se admitia a intromissão de elementos estranhos, porque quebravam a tradição da família e principalmente porque entravam no uso e gozo da fortuna que era um bem coletivo da família³⁰².

Não se pode esquecer, ademais, do relativo isolamento em que viviam as famílias da zona rural, o que inclusive já serviu de critério para que se formulasse pedido de dispensa com o objetivo de favorecer o casamento de consanguíneos³⁰³.

Mas nem só de dispensas viviam as relações endogâmicas dos nossos antepassados do séc. XIX. Essa realidade familiar também já foi palco de tragédia. Tristão de Alencar Araripe recorda um caso ocorrido em 1829, no interior de Pernambuco. Pedro Vieira, senhor do engenho Canavieiras (Vicência), já idoso, mantinha uma mulher fora do casamento, e ao desconfiar que um de seus filhos estava tendo *copula illicita* com sua

²⁹⁹ OCTÁVIO, Laura Oliveira Rodrigo. **Elos de uma corrente seguidos de novos elos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994. p. 152.

³⁰⁰ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 41. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 396.

³⁰¹ “A partir da doutrina dos impedimentos e da prática das dispensas, criava-se um espaço para o ajuste das estratégias matrimoniais, facilitando-se assim, por exemplo, o matrimônio entre primos e entre tios e sobrinhos, o que evitava a dispersão do patrimônio familiar”. In: TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família: concubinato, Igreja e escândalo na colônia**. São Paulo: Loyola, 1999. p. 52-3.

³⁰² PAZO, Maria Lúcia do. Carlos Drummond de Andrade – entrevista inédita: erotismo – poesia e psicanálise. **Templo Cultural Delfos**, 29 mai. 2015. Disponível em: <http://www.elfikurten.com.br/2012/07/carlos-drummond-de-andrade-entrevista.html>. Acesso em: 05 jul. 2022.

³⁰³ Cf. SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984. p. 136-7

amásia, mandou que um outro filho seu viesse a matar o próprio irmão. A ordem foi cumprida à risca, e logo depois, o velho patriarca convocou o pároco local, Carlos Augusto Peixoto d'Alencar, para proceder às exéquias do morto. No bilhete dirigido ao religioso, ele escreveu: “Reverendissimo Senhor Padre Coadjutor. Como Deos foi sempre servido, que eu mandasse matar a meu filho F..., rogo-lhe o favor de xegar oje até esta sua caza para assistir ao enterro”. Ao que tudo indica, não houve punição³⁰⁴. Ressurgência do antigo *ius vitae et necis* (direito de vida e morte) dos *patresfamilias* romanos, revivido por um senhor de engenho do Nordeste de dois séculos atrás.

4.4 Consolidação e Esboço: o legado de Teixeira de Freitas

Por certo devido à influência francesa, logo após a Independência, sentiu-se a necessidade de se dotar o País de um Código Civil³⁰⁵. Tanto que a própria Constituição de 1824, em seu art. 179, XVIII, mandava organizar, “quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. A inquietação, na verdade, já havia se iniciado no ano anterior, com a Lei de 20 de outubro de 1823, que procurou manter a vigência das Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas anteriormente, na parte em que não tivessem sido revogadas, “emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas” (art. 1º).

No entanto, somente em 1855 é que se inicia, efetivamente, a marcha dos trabalhos rumo à codificação civil. Nesse ano, o governo imperial, na pessoa do Ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, firma com o advogado Teixeira de Freitas um contrato com o objetivo de consolidar, em proposições claras e sucintas, toda a legislação civil precedente. Dever-se-iam, ainda, indicar em notas a lei autorizativa de cada disposição, e o costume que porventura se apartasse ou fosse além do respectivo texto³⁰⁶. Em 1858, o texto final é apresentado a uma comissão especialmente incumbida de revê-lo, que, em seu parecer final, conclui: “A *Consolidação* merece aprovação e louvor, do Governo Imperial”³⁰⁷. No mesmo ano, sai o Aviso do Ministério da Justiça aprovando o trabalho.

³⁰⁴ ARARIPE, Tristão de Alencar. Pater-familias no Brazil nos tempos coloniaes. **Revista trimensal do Instituto Historico e Geographico Brasileiro**, Rio de Janeiro: Companhia Typographica do Brazil, t. 55, parte 2, 1893. p. 20-3.

³⁰⁵ Note-se que o *Code Napoleon* havia sido promulgado há pouco menos de vinte anos, em 1804.

³⁰⁶ Para detalhes sobre o contrato, cf. MEIRA, Silvio. **Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979. p. 101.

³⁰⁷ Para detalhes sobre o relatório da comissão, cf. MEIRA, Silvio. **Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979. p. 105-8.

Cumprir notar que a *Consolidação das Leis Civis* (1858), nas palavras do próprio Teixeira de Freitas, constituiu “um trabalho de simplificação, que, destinado á grande obra do Código Civil Brasileiro, mal aspira o merecimento de uma codificação provisória”³⁰⁸. Seu objetivo consistiria, basicamente, em “mostrar o ultimo estado da Legislação”³⁰⁹. A despeito da modéstia do Autor, a *Consolidação* não deixou de ser obra de relevo, contando no total com 1.333 artigos, afora as centenas de notas explicativas, que, reunidas, dariam subsídio para um excelente manual acadêmico. Além disso, a previsão de uma Parte Geral representava um notável avanço para a época. Somente quase quarenta anos depois, é que o *BGB* alemão (1896) iria adotar formulação semelhante.

Como a missão de Teixeira de Freitas, nesse momento, era de coligir e sistematizar todo um emaranhado legislativo de épocas passadas, não se pode dizer que a *Consolidação* representasse, propriamente, um trabalho inovador. Porém, o esmero na linguagem, a técnica legislativa e a metodologia empregada fizeram com que viesse a despontar como uma das obras legislativas³¹⁰ mais consistentes do período imperial.

Por ter sido aprovada numa época em que o direito e a jurisdição relativa a matrimônios ainda eram questões de alçada exclusiva da Igreja, a *Consolidação* nada trazia em matéria de impedimentos matrimoniais. Apenas em breve nota ao art. 96, dizia-se que: “Sobre os impedimentos do matrimonio na Igreja Catholica, classificados como, *impedimentos dirimentes*, – *impedimentos impedientes*, ou – *prohibitivos*; nada melhor se-pode consultar que o Dir. Eccl. De Monte T. II. Cap. 1º á 24”³¹¹. A obra referida na nota em questão era o *Elementos de direito ecclesiastico*, de Manoel do Monte Rodrigues d’Araújo (o Conde do Irajá), publicada em três volumes entre os anos de 1857 e 1859.

Após o caloroso acolhimento da *Consolidação* pela comunidade jurídica, Teixeira de Freitas recebe a comenda da Ordem da Rosa e é contratado, mais uma vez, pelo governo imperial, desta feita para a confecção de um Código Civil. O ano era 1859, e daí em diante, Teixeira de Freitas dedica suas energias para compor aquilo que ele próprio

³⁰⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. XXIX.

³⁰⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. XXXI.

³¹⁰ A expressão “obra legislativa” deve ser tomada em seu sentido puramente material, já que, em nenhum momento, a *Consolidação* passou pelo crivo do Poder Legislativo. Sua aprovação se deu por decreto imperial (Dec. n. 2.318/1858). A respeito, cf. VELOSO, Zeno. **Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda**. Belém: UNAMA, 2010. p. 17.

³¹¹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. 105.

viria a chamar, pouco tempo depois, de *Esboço*³¹². A publicação do *Esboço* ocorre em fascículos, entre os anos de 1860 e 1865, porém, após o massacre sofrido pela comissão revisora, em 1865, Teixeira de Freitas desiste de dar continuidade ao projeto³¹³. Dois anos mais tarde, encaminha uma carta ao Ministério da Justiça, em que se propõe a substituir todo o trabalho anterior pela elaboração de dois Códigos: um Código Geral e um Código Civil³¹⁴. Malograda a tentativa, o contrato com o governo imperial é desfeito, e com isso Teixeira de Freitas se afasta do cenário político.

O *Esboço* de Teixeira de Freitas, embora tenha permanecido uma obra inacabada, reflete bem o talento e erudição do seu autor. Totalizando 4.908 artigos – sem falar das inúmeras notas explicativas –, oferece um panorama abrangente da civilística da época, com nítida influência do direito romano e dos pandectistas alemães, sobretudo Savigny.

Nele são reconhecidas três formas de celebração matrimonial: (i) o casamento celebrado à face da Igreja Católica (entre dois católicos, dentro da Igreja Católica)³¹⁵; (ii) o casamento celebrado com autorização da Igreja Católica (entre católico e acatólico, dentro da Igreja Católica)³¹⁶ e; (iii) o casamento celebrado sem autorização da Igreja Católica (entre católico e acatólico, ou entre dois acatólicos, fora da Igreja Católica)³¹⁷.

Em (i) e (ii), os impedimentos matrimoniais seriam aqueles fixados na legislação canônica³¹⁸ (sobretudo as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia). Já em (iii), o matrimônio deveria se ater aos impedimentos formulados no art. 1.277 do próprio *Esboço*. Confira-se a lista dos impedimentos de parentesco que o dispositivo em questão previa para a hipótese:

³¹² Cf. MEIRA, Silvio. **Teixeira de Freitas**: o juriconsulto do Império. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979. p. 198.

³¹³ Para detalhes sobre a atuação da comissão revisora do *Esboço*, cf. MEIRA, Silvio. **Teixeira de Freitas**: o juriconsulto do Império. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979. p. 228-40.

³¹⁴ Para detalhes sobre a carta enviada por Teixeira de Freitas ao Ministério da Justiça, cf. MEIRA, Silvio. **Teixeira de Freitas**: o juriconsulto do Império. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979. p. 373-8.

³¹⁵ *Esboço*, arts. 1.261-72. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 546-9.

³¹⁶ *Esboço*, arts. 1.273-4. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 549.

³¹⁷ *Esboço*, arts. 1.275-98. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 549-55.

³¹⁸ *Esboço*, art. 1.263: “Este Código reconhece como impedimentos para o casamento á face da Igreja Catholica os estabelecidos nas leis canonicas; pertencendo á autoridade ecclesiastica decidir sobre a existencia de taes impedimentos, e conceder dispensa delles”. In: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 546; *Esboço*, art. 1.274: “Compete aos funcionarios da Igreja Catholica conhecer dos impedimentos destes casamentos, do mesmo modo que lhes compete nos casamentos entre catholicos”. In: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 549.

Prohíbe-se o casamento: (...)

4º. Entre quaesquer parentes por consanguinidade na linha recta, ou o parentesco seja legitimo ou illegitimo.

5º. Na linha collateral por consanguinidade, entre irmãos e irmãs, bilateraes ou unilateraes, quer os unilateraes sejam paternos ou maternos, quer o parentesco seja legitimo ou illegitimo.

6º. Ainda na linha collateral por consanguinidade, entre tios e sobrinhas, ou entre tias e sobrinhos, ou o parentesco seja legitimo ou illegitimo.

7º. Entre quaesquer parentes por afinidade da linha recta, ou o parentesco seja legitimo ou illegitimo.

8º. Na linha collateral por afinidade, entre cunhados e cunhadas; quer tambem o parentesco seja legitimo, quer illegitimo.

9º. Entre adoptantes e adoptados, ou entre um delles e o conjuge viuvo do outro (*Esboço*, art. 1.277)³¹⁹.

Como se observa, o *Esboço* de Teixeira de Freitas reduz, e muito, o rol dos impedimentos estabelecidos pelo direito canônico. Na linha colateral, restringe-os aos irmãos por consanguinidade, e aos tios e sobrinhos. Logo, para o *Esboço*, primos poderiam livremente se casar, desde que fora da Igreja Católica (Teixeira de Freitas inclusive era casado com uma prima, Matilde Teixeira, filha de seu tio – e *sogro* –, Manuel Teixeira de Freitas)³²⁰. Também seria lícito, nas mesmas condições, o matrimônio entre adotado e filho do adotante. No tocante ao parentesco por afinidade, o *Esboço* estende o impedimento à linha reta, em todos os graus, e à linha colateral, neste último caso, apenas obstando o matrimônio entre cunhados³²¹.

Além disso, o *Esboço* também contava com um programa de *dispensas matrimoniais*: nos casamentos a serem consumados fora da Igreja Católica, seria possível obter dispensa junto ao governo para enlacs entre tios e sobrinhos, ou ainda, entre cunhados. Essa dispensa, de cunho eminentemente civil, seria concedida, “na Côrte pelo Ministerio dos Negocios da Justiça, nas Provincias pelos respectivos Presidentes” (art. 1.278)³²². Para tanto, exigia-se a comprovação de “motivos da maior gravidade, e que o casamento é de evidente vantagem para as duas partes” (art. 1.279)³²³.

O *Esboço*, como se sabe, não chegou a vingar. Após sucessivos infortúnios, Teixeira de Freitas parte para o ostracismo.

³¹⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 550.

³²⁰ Cf. MEIRA, Silvio. **Teixeira de Freitas**: o juriconsulto do Império. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979. p. 40.

³²¹ Obviamente, para celebrações consumadas fora da Igreja Católica, já que, nos termos das Constituições Primeiras, o impedimento por afinidade estendia-se até o 4º grau, em ambas as linhas (cf. *supra*, n. 4.3).

³²² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 551.

³²³ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 551.

4.5 Projeto Nabuco de Araújo: o ocaso do estadista do Império

Em 1872, com Nabuco de Araújo, os esforços tendentes à elaboração do Código Civil são retomados. Em dezembro desse ano, ocorre sua contratação pelo governo imperial para redigir um novo Projeto³²⁴. A empreitada deveria ser concluída em cinco anos, a contar de janeiro do ano seguinte.

O tempo transcorre, sem que o projeto seja apresentado. Nabuco de Araújo solicita, então, ao Ministério da Justiça que o prazo seja prorrogado por mais oito meses. Concedida a prorrogação, pouco tempo depois o “estadista” vem a falecer, o que se deu em 19 de março de 1878. O material que já havia sido produzido é em seguida recolhido e organizado por seus filhos, Sizenando e Joaquim Nabuco, e entregue ao governo³²⁵.

O Projeto Nabuco de Araújo chegou a contar com um Título Preliminar, com 118 artigos, e uma Parte Geral, com 182 artigos (totalizando tudo 300 artigos). O ritmo de produção foi lento: tendo-se concedido o prazo de cinco anos para que se finalizasse o projeto, o rendimento teria sido de menos de dois artigos por semana. Talvez o peso da idade, aliado a problemas de saúde, possam ter contribuído para retardar o andamento dos trabalhos. Sem falar que inúmeros artigos foram copiados quase que textualmente do *Esboço* de Teixeira de Freitas, seu amigo e mentor.

O Projeto Nabuco de Araújo não chegou a estabelecer uma lista de impedimentos matrimoniais. Mas decerto era da intenção do Autor fazê-lo, já que sua preocupação com as questões familiares era patente. Prova disso é a presença, na Parte Geral, de um Capítulo inteiramente dedicado à *Família*, com dezenas de artigos (Cap. IV, arts. 79 a 114). Pelo art. 91, a contagem dos graus de parentesco deixa de seguir o sistema canônico, e passa a adotar o romano³²⁶ (exceção aberta aos casos de dispensa requerida à Igreja Católica, quando, nos termos do art. 84, “a computação far-se-ha, como até agora, de

³²⁴ Para detalhes sobre o contrato, cf. NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. v. 2. p. 1.062-3.

³²⁵ Cf. NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. v. 2. p. 1.063-4.

³²⁶ NABUCO DE ARAUJO, José Thomaz. **Projecto do Codigo Civil**: trabalho apresentado ao governo imperial pela familia do falecido Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo, que se achava encarregado do mesmo. p. 40. Previsão idêntica constava do 151 do *Esboço* de Teixeira de Freitas. A respeito, cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Codigo Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860. p. 107.

conformidade com o Direito Canonico”)³²⁷; no art. 111, alude-se aos “filhos de coito damnado”, dentre os quais, “os adúlteros, os incestuosos e os sacrílegos”³²⁸; finalmente, o art. 113 define os filhos incestuosos como “os que procederem do coito de parentes em gráo prohibido para casar, que por este Codigo não é susceptível de dispensa”³²⁹.

Mais tarde, Joaquim Nabuco, vai dizer, no último volume d’*O estadista do Império* (1899), que o pai “tinha mentalmente terminado a sua obra”³³⁰. A despeito desse rasgo de devoção filial, o que se sabe é que mais uma tentativa de prover o País de um Código Civil caiu por terra.

4.6 O Projeto Felício dos Santos e a retração do rol dos impedimentos de parentesco

Poucos meses após a morte de Nabuco de Araújo (1878), ocorre um acerto informal entre o então Ministro da Justiça, Lafayette Rodrigues Pereira³³¹, e o jurista mineiro Joaquim Felício dos Santos, para que este se incumbisse da feitura de um Projeto de Código Civil³³².

O Projeto, com 2.692 artigos – denominado pelo Autor de *Apontamentos para o projecto do Codigo Civil Brasileiro* –, foi concluído e entregue ao Ministério da Justiça cerca de três anos mais tarde, em 1881. No mesmo ano, foi nomeada uma comissão para apreciá-lo, da qual faziam parte, dentre outros, Coelho Rodrigues e Lafayette Rodrigues Pereira. A comissão, após rever o Projeto, concluiu pela necessidade de que fosse aprimorado. Logo em seguida, o governo determinou que a comissão se tornasse permanente, e convidou Felício dos Santos para integrar sua composição. Os trabalhos se retardam, surgem rugas entre os membros, alguns deles se retiram (como o próprio

³²⁷ NABUCO DE ARAUJO, José Thomaz. **Projecto do Codigo Civil**: trabalho apresentado ao governo imperial pela familia do falecido Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo, que se achava encarregado do mesmo. p. 39.

³²⁸ NABUCO DE ARAUJO, José Thomaz. **Projecto do Codigo Civil**: trabalho apresentado ao governo imperial pela familia do falecido Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo, que se achava encarregado do mesmo. p. 44. Previsão idêntica constava do 171 do *Esboço* de Teixeira de Freitas. A respeito, cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Codigo Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 116.

³²⁹ NABUCO DE ARAUJO, José Thomaz. **Projecto do Codigo Civil**: trabalho apresentado ao governo imperial pela familia do falecido Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo, que se achava encarregado do mesmo. p. 44. Previsão idêntica constava do 173 do *Esboço* de Teixeira de Freitas. A respeito, cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Codigo Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 117.

³³⁰ NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. v. 2. p. 1.066.

³³¹ Autor do clássico *Direitos de Família*, que teve sua 1ª edição publicada em 1869.

³³² Não se sabe ao certo de quem partiu a iniciativa. Para detalhes, cf. GOMES, Patrícia Regina Mendes Mattos Corrêa. **O projeto de Código Civil brasileiro de Joaquim Felício dos Santos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 105-15.

Felício dos Santos, em 1882), até que, no ano de 1886, a comissão é finalmente dissolvida³³³.

Entre os anos de 1884 e 1887, Felício dos Santos publica o seu *Projecto do Codigo Civil brasileiro e commentario*, em cinco volumes, onde revela traços de uma sólida formação jurídica. Duas tentativas de emplacar o Projeto no Legislativo se sucedem, a primeira, na Câmara, em 1882, a segunda, no Senado, em 1891, mas nenhuma delas consegue obter êxito. Felício dos Santos, já Senador da República, falece em 1895.

No texto do Projeto, Felício dos Santos expõe uma visão bastante peculiar a respeito da natureza do casamento, que, para ele, teria ao mesmo tempo uma dimensão religiosa (atinente às suas “condições e efeitos espirituas”) e civil (referente às suas “condições e efeitos temporaes”)³³⁴. No entanto, para se resguardarem os efeitos legais do matrimônio, bastaria que fossem observados os impedimentos estabelecidos pela lei civil: “celebre-se o casamento sem violação das regras geraes sobre impedimentos definidos pela lei: tal casamento deve ser respeitado”³³⁵.

Particularmente, no tocante aos impedimentos de parentesco, a previsão do assunto constava de forma sucinta do art. 659 do Projeto. Confira-se:

E' prohibido o casamento:

- 1.º – Entre os parentes por consanguinidade ou por afinidade licita na linha recta, sejam eles legitimos ou illegitimos;
- 2.º – Entre os parentes por consanguinidade em 2º grau na linha collateral, sejam eles legitimos ou illegitimos (Projeto Felício dos Santos, art. 659)³³⁶.

É nítida a retração sofrida pelo rol dos impedimentos matrimoniais, se comparado o tratamento atribuído à matéria com o *Esboço* de Teixeira de Freitas, ou mesmo com o atual Código Civil. Tomando por base a computação romana, o Projeto Felício dos Santos restringia o impedimento de consanguinidade ao parentesco em linha reta e ao 2º grau da linha colateral; portanto, primos, adotado e filho do adotante, bem como tios e sobrinhos, poderiam livremente se casar (Felício dos Santos inclusive era casado com uma sobrinha,

³³³ Para detalhes sobre a história do projeto Felício dos Santos, cf. GOMES, Patrícia Regina Mendes Mattos Corrêa. **O projeto de Código Civil brasileiro de Joaquim Felício dos Santos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 203-24.

³³⁴ Projeto Felício dos Santos, art. 640: “A lei religiosa define e regula as condições e efeitos espirituas do casamento, a lei civil define e regula as condições e efeitos temporaes delle”. In: FELICIO DOS SANTOS, Joaquim. **Projecto do Codigo Civil brasileiro e commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885. t. 2. p. 33.

³³⁵ FELICIO DOS SANTOS, Joaquim. **Projecto do Codigo Civil brasileiro e commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885. t. 2. p. 29.

³³⁶ FELICIO DOS SANTOS, Joaquim. **Projecto do Codigo Civil brasileiro e commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885. t. 2. p. 43.

Maria Jesuína Felício dos Santos, filha do seu irmão – e *sogro* –, Antônio Felício dos Santos)³³⁷. Já o impedimento por afinidade limitava-se apenas à linha reta, sem, portanto, obstar o casamento dos afins colaterais (cunhados)³³⁸. Ao mesmo tempo, o Projeto Felício dos Santos deixou claro que somente a *afinidade lícita* seria capaz de inibir o matrimônio, não havendo lugar para o impedimento por afinidade *ex copula illicita*³³⁹ (*cf. supra*, n. 3.3).

Uma observação importante: foi no Projeto Felício dos Santos que, pela primeira vez, se reconheceu no País a possibilidade de os nubentes contraírem casamento avuncular (entre tios e sobrinhos) e casamento em cunhadio, sem necessidade de se obter dispensa junto à autoridade eclesiástica, ou ao governo.

4.7 A primeira investida da República: o Projeto Coelho Rodrigues

Uma das figuras mais emblemáticas do período de transição entre o Brasil monárquico e a República foi o jurista piauiense Antonio Coelho Rodrigues. Já no Império, suas credenciais de Deputado-Geral e Professor da Faculdade de Direito do Recife o habilitaram a participar da comissão encarregada de apreciar o Projeto Felício dos Santos, em 1881 (*cf. supra*, n. 4.6). Também nos estertores do governo imperial, em junho de 1889, aceitou o convite para integrar a comissão presidida pelo Conselheiro Cândido de Oliveira com o objetivo de elaborar um novo Projeto de Código Civil. Os registros dão conta de que Coelho Rodrigues chegou a participar ativamente das sessões, a maioria delas acompanhada de perto pelo Imperador D. Pedro II, porém, com a Proclamação da República, os trabalhos tiveram de ser interrompidos, e em 21 de novembro do mesmo ano, a comissão veio afinal a ser dissolvida³⁴⁰.

³³⁷ *Cf.* GOMES, Patrícia Regina Mendes Mattos Corrêa. **O projeto de Código Civil brasileiro de Joaquim Felício dos Santos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 59-60.

³³⁸ A respeito do casamento entre cunhados, escreve Felício dos Santos: “Portanto será permitido o casamento entre cunhados. A dissolução do casamento extingue a afinidade na linha collateral, diz o art. 105: logo por morte do cunhado, por exemplo, cessa o parentesco por afinidade; pôde o irmão casar-se com a viúva de seu irmão”. *In*: FELICIO DOS SANTOS, Joaquim. **Projecto do Codigo Civil brasileiro e commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885. t. 2. p. 47.

³³⁹ Nas palavras de Felício dos Santos: “Um filho pôde casar-se com uma mulher, que tenha tido relações ilícitas com seu pai; e da mesma fôrma um pai pôde casar-se com mulher, que tenha tido relações ilícitas com seu filho”. *In*: FELICIO DOS SANTOS, Joaquim. **Projecto do Codigo Civil brasileiro e commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885. t. 2. p. 46.

³⁴⁰ Para detalhes sobre a comissão, *cf.* MEIRA, Silvío. **Teixeira de Freitas**: o jurista do Império. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979. p. 465-78.

Em 24 janeiro do ano subsequente, já sob os auspícios da República, entra em vigor a Lei do Casamento Civil (Dec. n. 181/1890). Na opinião de Venceslau Tavares Costa Filho, esta teria sido “a alteração mais substancial que se operou em relação à legislação anterior, causando impactos sociais e políticos que não foram calculados pelo governo e pelo projetista da lei em comento”³⁴¹. O projetista em questão era justamente Antonio Coelho Rodrigues.

Institucionalizado o casamento civil, os impedimentos matrimoniais deixaram de ser aqueles previstos nas Constituições Primeiras e passaram a ser fixados pela legislação secular, no caso, o Decreto n. 181/1890. No tocante aos impedimentos de parentesco, cumpre atentar para o que dispunha o referido diploma, em seu art. 7º, § 1º:

São proibidos de casar-se:

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

A afinidade illicita só se pode provar por confissão espontanea, nos termos do artigo seguinte (...) (Decreto n. 181/1890, art. 7º, § 1.º).

Em linhas gerais, o dispositivo vedava a contração de matrimônio entre os seguintes grupos familiares:

a) Ascendentes e descendentes. Quer fosse o parentesco resultante de filiação legítima (oriunda de justas núpcias), civil (decorrente de adoção), ou natural (fruto de relações extramatrimoniais);

b) Colaterais em 2º grau. No caso, os irmãos (a lei não deixa claro se o impedimento também se estendia aos irmãos adotivos);

c) Afins em linha reta. Ou seja, as pessoas ligadas por vínculo de sogradio ou padrastio.

Por outro lado, inexistia qualquer óbice para casamentos entre tios e sobrinhos (colaterais em 3º grau), primos (colaterais em 4º grau) e cunhados (afins em linha colateral)³⁴².

A Lei do Casamento Civil teria, assim, incorporado todas as inovações trazidas pelo Projeto Felício dos Santos em matéria de impedimentos de parentesco, não fosse o

³⁴¹ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Antônio Coelho Rodrigues: um súdito fiel? **Revista de informação legislativa**, Senado Federal: Brasília, n. 203, jul.-set. 2014. p. 56.

³⁴² O fato não passou despercebido a Oscar de Macedo Soares, que, em seus comentários à Lei do Casamento Civil, ponderou: “Não impede a nova lei o casamento de tio com sobrinha, e vice-versa, nem de primos irmãos, nem de cunhados cessando o cunhadio”. *In*: SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento civil**: Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 commentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1909. p. 21.

fato de, na 2ª parte da disposição supracitada, restabelecer o vetusto impedimento por afinidade *ex copula illicita* (cf. *supra*, n. 3.3). A questão, segundo Lydio Mariano, não era pacífica: no Distrito Federal, um juiz chegou a celebrar o casamento entre uma mulher e o ex-amásio de sua genitora, mesmo após ter sido confessada por esta a existência da anterior relação, por entender “não se achar o caso compreendido na afinidade de que trata o cit. § 1.º”³⁴³.

A despeito de eventuais censuras dirigidas à nova lei, o êxito de Coelho Rodrigues na execução da empreitada fez com que o Governo Provisório, na pessoa do Ministro da Justiça, Campos Salles, viesse novamente a contratá-lo para uma segunda missão: redigir, no prazo de três anos, um Projeto de Código Civil. O convite foi feito em julho de 1890, e no ano seguinte, Coelho Rodrigues partiu em viagem para a Suíça, onde teve oportunidade de assimilar os entendimentos mais recentes da civilística europeia, ao mesmo tempo em que encontrou um ambiente propício às reflexões que o trabalho exigia³⁴⁴.

Em 1893, de volta ao Brasil, Coelho Rodrigues apresentou o Projeto ao governo, porém a comissão nomeada para apreciá-lo deu parecer contrário à sua aprovação. Inconformado, Coelho Rodrigues resolveu encaminhar o Projeto diretamente ao Senado, onde tinha assento. A esse tempo, estava tramitando na Casa o Projeto Felício dos Santos, o que veio a dar margem a uma acirrada disputa sobre qual dos Projetos deveria prevalecer³⁴⁵. Em 1896, uma comissão especial do Senado emitiu parecer favorável ao Projeto Coelho Rodrigues³⁴⁶, ao mesmo tempo em que impôs sua revisão por uma comissão de juristas. A proposição foi em seguida enviada à Câmara dos Deputados, e lá não teve mais andamento. Encerrou-se, assim, outra tentativa frustrada de dar ao País uma codificação civil.

Em seu Projeto, Coelho Rodrigues reproduz, basicamente, os mesmos impedimentos de parentesco traçados pela Lei de Casamento Civil (consanguíneos em linha reta e colateral até o 2º grau; afins em linha reta). O único diferencial foi estender o

³⁴³ MARIANO, Lydio. **Commentario á Lei do Casamento Civil**. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1898. p. 14-5.

³⁴⁴ Cf. BRANDÃO, Wilson. Antônio Coelho Rodrigues: ensaio de biografia e crítica. In: COELHO RODRIGUES, Antonio. **Projeto do Código Civil brasileiro**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1980. p. 19.

³⁴⁵ Cf. BRANDÃO, Wilson. Antônio Coelho Rodrigues: ensaio de biografia e crítica. In: COELHO RODRIGUES, Antonio. **Projeto do Código Civil brasileiro**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1980. p. 19.

³⁴⁶ Para detalhes sobre o parecer, cf. DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 180.

impedimento de consanguinidade ao adotado em relação aos parentes em grau proibido do adotante.

Confira-se: “São proibidos de casar-se: os ascendentes com os descendentes por parentesco civil, ou natural, e os collateraes consanguineos, paternos ou maternos dentro do segundo gráo, entre si” (Projeto Coelho Rodrigues, art. 1.848, § 1.º)³⁴⁷.

Na visão do Projeto, o parentesco civil englobaria “as pessoas ligadas entre si pela afinidade ou pela adoção” (art. 1.825)³⁴⁸. Particularmente, com relação ao vínculo de parentesco afim, reza o art. 1.849: “A afinidade illicita só se póde provar por confissão espontanea nos termos do artigo seguinte”³⁴⁹. E em dispositivo referente aos efeitos da adoção, consta expressamente que esta “não importa laço civil entre o adoptante e a familia do adoptado, nem entre este e os parentes do adoptante, salvo o disposto no art. 1848 § 1.º” (art. 2.176)³⁵⁰. Ao fazer remissão ao art. 1.848, § 1º (*supra*), a norma termina por submeter o filho adotivo aos mesmos impedimentos de parentesco aplicáveis aos filhos consanguíneos do adotante.

4.8 O Código Civil de 1916 e a consagração do Projeto Bevilaqua

Com o malogro do Projeto Coelho Rodrigues, uma nova tentativa foi empreendida, agora pelo Governo Campos Salles. Era janeiro de 1899, quando Clovis Bevilaqua, então professor de legislação comparada da Faculdade de Direito do Recife, recebeu uma carta do Ministro da Justiça, Epiácio Pessoa, convidando-o para elaborar um novo Projeto de Código Civil³⁵¹.

Em cerca de seis meses (abril a outubro de 1899)³⁵², Bevilaqua conseguiu finalizar o Projeto, e logo em seguida o submeteu a uma comissão revisora de juristas nomeados

³⁴⁷ COELHO RODRIGUES, Antonio. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. p. 224.

³⁴⁸ COELHO RODRIGUES, Antonio. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. p. 221.

³⁴⁹ COELHO RODRIGUES, Antonio. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. p. 224.

³⁵⁰ COELHO RODRIGUES, Antonio. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. p. 263.

³⁵¹ Cf. BEVILAQUA, Clovis. **Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. v. 1. p. 20.

³⁵² Nesse interregno, precisamente em setembro de 1899, aparece a *Nova Consolidação das Leis Civis*, de autoria de Carlos de Carvalho. A obra tinha caráter extraoficial, e nela o Autor procurou recopilar o estado do direito civil vigente à época, tendo em vista as inovações legislativas posteriores à *Consolidação* de Teixeira de Freitas (como, por exemplo, a Lei do Casamento Civil – Dec. n. 181/1890). Nas palavras do próprio Carlos de Carvalho: “Simples apuração do direito vigente, exhibe-o em seu estado legal, na fôrma

pelo governo. Após sugerir diversas alterações ao texto, a comissão veio afinal a concluir os trabalhos em novembro de 1900³⁵³.

O Projeto foi, então, remetido à Câmara dos Deputados, onde se escalou uma comissão especial para discuti-lo. Dezenas de reuniões foram realizadas, novas mudanças foram introduzidas, e logo no início de 1902, saiu o parecer geral da comissão, de autoria de Silvío Romero³⁵⁴.

No mesmo ano, deu-se o envio do Projeto ao Senado, e lá foi criada uma nova comissão, sob a presidência de Rui Barbosa. Em seu parecer, Rui investiu furiosamente contra o Projeto, censurando-lhe sobretudo o aspecto vernacular. A discussão, como se sabe, saiu do Parlamento, ganhou as páginas dos jornais e ensejou uma conhecida polêmica entre Rui e Carneiro Ribeiro. Dez anos se passaram, e finalmente, em 1912, foram lançadas ao Projeto as emendas do Senado³⁵⁵.

O Projeto voltou à Câmara, algumas emendas do Senado foram rejeitadas, outras mantidas, e após sucessivas idas e vindas, as comissões das duas Casas reuniram-se e chegaram a um consenso, até que se aprovou a redação definitiva, no final de 1915. O Projeto logo depois recebeu a sanção do Presidente Wenceslau Braz, o que se deu em 1º de janeiro de 1916, vindo a se converter no primeiro Código Civil brasileiro (Lei n. 3.071/1916, com vigência a partir de 1917)³⁵⁶. A esse tempo, quase um século havia transcorrido entre a Lei de 20 de outubro de 1823, onde se manifestou pela primeira vez a necessidade de se “organizar um novo Código” (*cf. supra*, n. 4.4), e a consagração do Projeto Bevilacqua.

Confira-se agora a lista dos impedimentos de parentesco traçados pelo Código de 1916:

Não podem casar (arts. 207 e 209):

I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil;

concreta que a lei autoriza, tanto quanto permitem seus componentes, grande parte a granel. *In*: CARVALHO, Carlos Augusto de. **Direito civil recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899. p. I.

³⁵³ Para detalhes sobre os trabalhos da comissão, *cf.* BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. v. 1. p. 23-31.

³⁵⁴ Sobre a discussão do Projeto na Câmara, *cf.* BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. v. 1. p. 36-43.

³⁵⁵ Sobre a discussão do Projeto no Senado e a polêmica entre Rui Barbosa e Carneiro Ribeiro, *cf.* BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. v. 1. p. 43-51.

³⁵⁶ Sobre o retorno do Projeto à Câmara, os debates finais e a publicação do Código, *cf.* BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. v. 1. p. 52-9.

- 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) (CC/16, art. 183).

Como se observa, o dispositivo trouxe inovações significativas em relação ao regramento da matéria pela Lei do Casamento Civil (Dec. n. 181/1890). Dentre elas, podem-se citar:

a) A substituição do impedimento de *affinitas ex copula illicita* (cf. *supra*, n. 4.7) pelo de *affinitas illegitima*. Significa dizer, relações sexuais passageiras deixaram de obstar o casamento com os ascendentes e descendentes do outro copulante. Se, diversamente, ficasse evidenciada uma relação concubinária entre o casal (vínculo à época desprovido de legitimidade), fundado estaria o impedimento por afinidade ilegítima³⁵⁷. O mesmo ocorreria se, durante o matrimônio, um dos cônjuges viesse a ter filho com terceiro estranho à relação. Nesse caso, o filho adulterino – àquele tempo considerado ilegítimo, assim como o filho incestuoso e o natural³⁵⁸ – não poderia depois se casar com o cônjuge do seu genitor;

b) A previsão expressa do interdito para o matrimônio entre adotante e cônjuge do adotado, e entre adotado e cônjuge do adotante. O que, na prática, estenderia o impedimento por afinidade em linha reta (sogradio e padrastio) à filiação resultante de adoção. Note-se que a questão não era clara na Lei do Casamento Civil (cf. *supra*, n. 4.7);

c) O retorno da vedação ao casamento avuncular. Assim, tios e sobrinhos (colaterais em 3º grau), que estavam livres para se casar enquanto vigia a Lei do Casamento Civil, voltaram a incorrer no impedimento. A justificativa dada por Bevilacqua era que, tolerar a consanguinidade nesse tipo de conúbio, sobretudo “nos meios urbanos, sempre viciados, ella dará maus fructos, e o direito deve intervir para evitar a degeneração da raça”³⁵⁹;

³⁵⁷ Esse ponto de vista foi sustentado por Pontes de Miranda. Confira-se: “Assim, A não pode casar com a filha, a neta, ou a mãe, ou avô da mulher que foi sua amante; nem B, com o filho, o neto, ou o pai, ou o avô de seu amante”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 106.

³⁵⁸ Nas palavras de Silvio Neves Baptista: “A filiação ilegítima se subdivide em espúria e natural. A espúria, a dos pais que tinham impedimento para o casamento (nomeadamente a adulterina e incestuosa) e natural, a dos filhos cujos pais não tinham impedimento matrimonial”. In: NEVES BAPTISTA, Silvio. **Eça de Queiroz**: um caso de abandono materno e de filiação socioafetiva. As consequências do desamparo dos filhos no direito atual. Recife: Bagaço, 2016. p. 103.

³⁵⁹ BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922. v. 2. p. 20. A hipótese é contestada por Virgílio de Sá Pereira: “Afirmar que o casamento entre tios e sobrinhos degenerou a família brasileira, é uma dessas teses cujo absurdo a estatística

d) A proibição de que o adotado pudesse se casar com o filho superveniente do adotante. A referência ao “filho superveniente” do pai ou mãe adotiva era naturalmente compreensível, já que, de acordo com o sistema do Código de 1916, somente as pessoas sem prole legítima ou legitimada poderiam adotar³⁶⁰. Controvertia, por outro lado, a doutrina se, uma vez rompido o vínculo de adoção³⁶¹, o impedimento seria, ou não, afastado³⁶².

Pontue-se que todos os impedimentos fundados nas relações de parentesco eram classificados pelos autores da época como *absolutamente dirimentes*, porquanto aptos a ensejar a nulidade do matrimônio. A eles se contrapunham os impedimentos *relativamente dirimentes*, que tornavam o casamento anulável³⁶³, e os *impedientes* (ou *proibitivos*), os quais, sem afetarem a higidez do consórcio, traziam como consequência algumas sanções, como a obrigatoriedade do regime da separação de bens³⁶⁴.

Outra observação importante: em nenhum dos impedimentos de parentesco acima citados era admitida a concessão de dispensa. Somente com a edição do Decreto-lei n. 3.200/1941 (Lei de Proteção à Família), durante a ditadura Vargas, é que a possibilidade foi inaugurada, porém aplicável de forma restrita ao casamento dos colaterais em 3º grau (tios e sobrinhos). Para tanto, os interessados deveriam requerer ao juiz da habilitação que nomeasse dois médicos idôneos para examiná-los e atestar sua sanidade. Se a perícia concluísse pela inexistência de inconvenientes sob o ponto de vista da saúde de ambos e da prole, o casamento estaria autorizado, e então os nubentes poderiam dar início à habilitação. Caso contrário, subsistiria o impedimento matrimonial. Se houvesse divergência entre os médicos, poderiam os nubentes requerer a nomeação de um

patentearia, se justamente o casamento meramente religioso, dominante no Império, não nos houvesse privado duma estatística a respeito”. In: SÁ PEREIRA, Virgílio de. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 139.

³⁶⁰ Código Civil de 1916, art. 368: “Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar”.

³⁶¹ A possibilidade de se extinguir o vínculo de adoção existia para o adotado menor ou interdito, no ano subsequente à cessação da menoridade ou da interdição, ou ainda, quando às duas partes assim o conviessem, ou se o adotado cometesse ato de ingratidão contra o adotante (CC/16, arts. 373 e 374).

³⁶² *Contra* a incidência do impedimento, assim se posicionou Clovis Bevilacqua: “Dissolvido o vínculo da adoção (arts. 373 e 374) desaparece o parentesco civil, que era artificial no sentido de não natural, e cessa o impedimento, que perde a sua razão de ser”. In: BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922. v. 2. p. 19. *A favor*, escreveu Pontes de Miranda: “Se a adoção cessou, não cessa com ela êsse impedimento”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 113.

³⁶³ Sobre dirimência absoluta e relativa, *cf.* PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 100-1.

³⁶⁴ *Cf.* PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 163.

desempatador. E se, a critério do juiz, não fosse possível nomear dois médicos idôneos, o exame poderia ser incumbido a apenas um, cujo parecer seria conclusivo³⁶⁵.

4.9 As críticas ao Código Civil de 1916 e o Anteprojeto Orlando Gomes

Já antes de se iniciar a tramitação legislativa, e mesmo após ultimada sua revogação, o Código Civil de 1916 foi criticado sob inúmeros aspectos por várias figuras representativas do pensamento jurídico nacional. Rui Barbosa, por exemplo, censurou-lhe o estilo gramatical (*cf. supra* n. 4.8), Pontes de Miranda, seus traços notadamente acadêmicos³⁶⁶. Orlando Gomes, em artigo publicado em 1963, apesar de enaltecer o alto nível da técnica legislativa e certos avanços trazidos, acentuou o caráter individualista de suas disposições, sugerindo haver uma espécie de descompasso entre o interesse individual e o coletivo³⁶⁷.

Aliás, o mesmo Orlando Gomes havia sido encarregado, em 1961, de elaborar um Anteprojeto de Código Civil. O convite fora feito pelo Ministério da Justiça do Governo Jânio Quadros, através do Serviço de Reforma dos Códigos, criado para reformular parte da legislação vigente à época. O Anteprojeto Orlando Gomes deveria abranger as divisões

³⁶⁵ Decreto-lei n. 3.200/1941, art. 2º: “Os colaterais do terceiro grau, que pretendam casar-se, ou seus representantes legais, se forem menores, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspeição, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio”. § 1º: “Se os dois médicos divergirem quanto à conveniência do matrimônio, poderão os nubentes, conjuntamente, requerer ao juiz que nomeie terceiro, como desempatador”. § 2º: “Sempre que, a critério do juiz, não for possível a nomeação de dois médicos idôneos, poderá ele incumbir do exame um só médico, cujo parecer será conclusivo”. § 3º: “O exame médico será feito extrajudicialmente, sem qualquer formalidade, mediante simples apresentação do requerimento despachado pelo juiz”. § 4º: “Poderá o exame médico concluir não apenas pela declaração da possibilidade ou da irrestrita inconveniência do casamento, mas ainda pelo reconhecimento de sua viabilidade em época ulterior, uma vez feito, por um dos nubentes ou por ambos, o necessário tratamento de saúde. Nesta última hipótese, provando a realização do tratamento, poderão os interessados pedir ao juiz que determine novo exame médico, na forma do presente artigo”. § 6º: “O atestado, constante de um só ou mais instrumentos, será entregue aos interessados, não podendo qualquer deles divulgar o que se refira ao outro, sob as penas do art. 153 do Código Penal”. § 7º: “Quando o atestado dos dois médicos, havendo ou não desempatador, ou do único médico, no caso do § 2º deste artigo, afirmar a inexistência de motivo que desaconselhe o matrimônio, poderão os interessados promover o processo de habilitação, apresentando, com o requerimento inicial, a prova de sanidade, devidamente autenticada. Se o atestado declarar a inconveniência do casamento, prevalecerá em toda a plenitude o impedimento matrimonial”. § 8º: “Sempre que na localidade não se encontrar médico, que possa ser nomeado, o juiz designará profissional de localidade próxima, a que irão os nubentes”.

³⁶⁶ “O Código Civil brasileiro, pelo que deve a Clovis Bevilacqua, é uma codificação para as Faculdades de Direito, mais do que para a vida”. *In*: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 86-7.

³⁶⁷ GOMES, Orlando. Lineamentos gerais do Anteprojeto de Reforma do Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 104, abr.-jun. 2020. p. 252.

clássicas do direito civil, à exceção do direito obrigacional, que seria objeto do Anteprojeto do Código de Obrigações, a cargo de Caio Mario da Silva Pereira³⁶⁸.

Orlando Gomes concluiu seu Anteprojeto em março de 1963, e logo depois o submeteu à apreciação de uma comissão revisora. O texto final, com 964 artigos, foi encaminhado à Câmara juntamente com o Anteprojeto Caio Mario, em 1965. Lá veio a sofrer forte resistência de certos segmentos ditos “conservadores”³⁶⁹. No ano seguinte, ocorreu sua retirada de pauta por Mensagem do Presidente Castello Branco.

Característica marcante do Anteprojeto Orlando Gomes foi a ausência da previsão de uma Parte Geral. Mas nem por isso, os institutos que tradicionalmente costumam integrá-la deixaram de ser regulamentados: assim, a matéria relativa às *personas* passou a ser objeto de um Livro específico (Livro I), a temática dos *bens* foi incorporada ao Livro do Direito das Coisas (Livro III), enquanto que a disciplina dos *negócios jurídicos* recebeu um Título próprio no Anteprojeto do Código de Obrigações (Título I). Outra novidade foi se ter adotado a mesma técnica utilizada na redação do *BGB*, em que cada dispositivo aparece acompanhado de uma *epígrafe* indicando o conteúdo do respectivo texto.

Com relação, especificamente, aos impedimentos de parentesco, seu regramento vai constar do art. 101 do Anteprojeto. Confira-se:

Impedimentos – Não é permitido o casamento:
 I – dos ascendentes ou descendentes, legítimos ou não;
 II – do sogro com a nora, ou do genro com a sogra;
 III – entre padrasto e enteada e entre enteado e madrasta;
 IV – entre irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não;
 V – do adotante com o cônjuge do adotado, ou dêste com o cônjuge daquele;
 VI – entre adotado e os filhos do adotante, ainda que adotivos (Anteprojeto Orlando Gomes, art. 101)³⁷⁰.

Da leitura do artigo, o que se percebe é que, afora algumas alterações de estilo, a única inovação relevante foi a retirada da proibição do casamento avuncular (entre tios e

³⁶⁸ Cf. SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. Orlando Gomes, um Anteprojeto de Código Civil e a percepção crítica do direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 104, abr.-jun. 2020. p. 20-1.

³⁶⁹ Curiosamente, houve uma Deputada (Necy Novaes) que criticou a liberdade de exercício profissional que o Projeto reconhecia indistintamente a cada cônjuge, sob o argumento de que o marido perderia seu poder de velar pela moralidade da esposa. Para detalhes, cf. SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. Orlando Gomes, um Anteprojeto de Código Civil e a percepção crítica do direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 104, abr.-jun. 2020. p. 24.

³⁷⁰ GOMES, Orlando. **Anteprojeto de Código Civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963. p. 16.

sobrinhos). No mais, mantiveram-se os mesmos impedimentos de parentesco previstos pelo Código Civil de 1916.

4.10 O Código Civil de 2002 e a questão dos impedimentos de parentesco: o estado da arte da matéria

A retomada dos esforços tendentes à recodificação do direito civil deu-se em maio de 1969, em plena vigência do AI-5, quando o Ministério da Justiça do Governo Costa e Silva constituiu uma comissão, sob a coordenação de Miguel Reale, para criar um Anteprojeto substitutivo aos Projetos Orlando Gomes e Caio Mario. A comissão era composta por cinco renomados juristas, cada um responsável por uma subárea do novo Código: Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Alvim (Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial, posteriormente renomeada para Direito de Empresa), Ebert Chamoun (Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Família) e Torquato Castro (Sucessões)³⁷¹.

O Anteprojeto foi concluído e encaminhado ao Ministério da Justiça no ano de 1972. Desta feita, não houve escalação pelo governo de uma comissão para apreciá-lo. De todo modo, diversas entidades foram ouvidas, como a OAB, alguns segmentos do Ministério Público e do Poder Judiciário, Faculdades de Direito, etc., estabelecendo-se um diálogo fecundo entre os mais variados setores representativos da comunidade jurídica nacional, tudo isso, em pleno regime militar³⁷². Introduzidas algumas inovações, o texto revisto foi reencaminhado ao Ministério da Justiça, em 1975. Logo em seguida, deu-se sua apresentação à Câmara dos Deputados, onde veio a se converter no PL n. 634-D/1975.

O ano de 1975 assinala um dos momentos cruciais da história da atual codificação civil: foi nesse ano que tiveram lugar as famosas audiências públicas promovidas pela Câmara, com objetivo de ouvir vários nomes consagrados do direito brasileiro, como por exemplo, Caio Mario, Rubens Requião, Haroldo Valladão, Fran Martins, Mario Neves Baptista, dentre outros³⁷³. Após o encerramento das audiências, questões de ordem

³⁷¹ Para detalhes sobre a trajetória acadêmica e profissional dos membros da comissão elaboradora, *cf.* DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 289-92.

³⁷² *Cf.* DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 293.

³⁷³ Para detalhes sobre as audiências públicas realizadas pela Câmara, *cf.* DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327-33.

política estagnaram o andamento da tramitação, e somente em 1984, o texto final do Projeto seguiu para o Senado. Sua passagem pela Câmara rendeu 238 alterações.

A chegada do Projeto ao Senado ocorreu no momento em que a agenda política do País estava voltada ao processo de redemocratização e aos ajustes para se organizar uma Assembleia Nacional Constituinte. Tudo isso fez com que a apreciação do Projeto permanecesse suspensa por anos a fio. Mais tarde, em 1990, já sob a vigência da nova Constituição, o Senado resolveu arquivar o Projeto. No ano seguinte, por iniciativa do Senador Cid Sabóia, o Projeto foi desarquivado, mas somente em 1995 é que se formaria a comissão do Senado responsável pela retomada dos trabalhos. Novas audiências públicas foram realizadas, 331 alterações foram acrescentadas³⁷⁴, e o Projeto finalmente retornou à Câmara em 1997.

De volta à Casa iniciadora, o Projeto foi submetido, em 1999, a uma comissão especial presidida pelo Dep. João Castelo. Quem assumiu a relatoria-geral da comissão foi o Dep. Ricardo Fiúza que, atuando como um verdadeiro “trator” político, conseguiu superar diversos óbices regimentais e fazer com que o Projeto, após as necessárias reformas e adequações à Lei Maior, viesse a ser aprovado em votação final, isso, em dezembro de 2001³⁷⁵. O texto definitivo recebeu a sanção do Presidente Fernando Henrique Cardoso em 10 de janeiro de 2002 e veio a se converter no atual Código Civil (Lei 10.406/2002, com vigência a partir de 2003).

Resta analisar como ficou a configuração legal dos impedimentos matrimoniais no cenário inaugurado pelo novo Código Civil. Em primeiro lugar, caiu por terra a antiga classificação que dividia os impedimentos em *absolutamente dirimentes*, *relativamente dirimentes* e *impedientes* (cf. *supra*, n. 4.8). Agora, os impedimentos de parentesco, juntamente com o vincular (pessoas já casadas) e o de crime (cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa deste contra o seu consorte), são denominados, simplesmente, de *impedimentos* (CC/02, art. 1.521), trazendo como consequência a nulidade do matrimônio (CC/02, art. 1.548, II)³⁷⁶. É o que se depreende da rubrica utilizada para nomear o Capítulo III do Subtítulo I, Título I, do Livro de Direito de Família (“Dos Impedimentos”), onde se encontram listados, de forma exaustiva, os impedimentos

³⁷⁴ Sobre a tramitação do Projeto no Senado, cf. DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351-72.

³⁷⁵ Sobre a atuação de Ricardo Fiúza e os óbices regimentais enfrentados, cf. DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 373-96.

³⁷⁶ Código Civil de 2002, art. 1.548, II: “É nulo o casamento contraído: (...) II – por infringência de impedimento”.

ora em questão³⁷⁷. Por outro lado, as causas ensejadoras de *anulabilidade* deixaram de se qualificar como impedimentos, passando a receber regulamentação em dispositivo apartado (CC/02, art. 1.550). Finalmente, aquelas situações de cunho transitório, que não chegam a viciar o casamento, mas que impõem o regime da separação obrigatória de bens (CC/02, art. 1.641, I), correspondem hoje às *causas suspensivas* (CC/02, art. 1.523).

No que tange aos impedimentos de parentesco, a lista atual compreende cinco hipóteses, todas elencadas no art. 1.521. Confira-se:

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 (CC/02, art. 1.521).

Fácil é perceber que a nova codificação não inova em relação ao Código de 1916³⁷⁸ (*cf. supra*, n. 4.8). Apenas foram suprimidas, nos incs. I, II e IV, as referências ao parentesco ilegítimo, e eliminada, no inc. V, a locução “superveniente”, que antigamente vinha associada ao filho do adotante, ao se vedar seu casamento com o adotado (lembre-se de que, pelo regime do Código anterior, somente as pessoas sem filhos poderiam adotar).

A única discussão que persistiu nos primeiros anos após a entrada em vigor do novo Código foi com relação à sobrevivência, ou não, do art. 2º do Decreto-lei n. 3.200/1941 (Lei de Proteção à Família), referente à autorização judicial de perícia médica para o casamento de colaterais em 3º grau³⁷⁹ (*cf. supra*, n. 4.8). A tese que prevaleceu foi no sentido da recepção do dispositivo pela nova ordem jurídico-constitucional, com a consequente manutenção de sua vigência ao lado do impedimento contido no art. 1.521,

³⁷⁷ Note-se, nesse ponto, a diferença com relação à disciplina do Código Civil de 1916, que enquadrava, em um único dispositivo (art. 183), as causas ensejadoras de nulidade, anulabilidade, e mesmo aquelas que impunham o regime da separação obrigatória de bens, todas designadas sob a mesma rubrica: *Dos Impedimentos* (Cap. II, Tít. I, do Livro do Direito de Família).

³⁷⁸ De acordo com o Coordenador-Geral do Anteprojeto, Miguel Reale, uma das diretrizes observadas em sua elaboração teria sido a seguinte: “Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu”. In: REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 9, jan.-mar. 2002. p. 11.

³⁷⁹ Pondera, a respeito, Inacio de Carvalho Neto: “É duvidosa a vigência desse dispositivo depois da entrada em vigor do novo Código, que não o ressalvou”. In: CARVALHO NETO, Inacio de. Incapacidades e impedimentos matrimoniais no novo Código Civil. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005. v. 3. p. 29.

IV, do Código Civil. A questão, em última instância, deve se resolver com base no princípio da especialidade: se os nubentes impedidos, após peticionarem ao juiz, conseguirem obter o atestado pré-nupcial para a consumação do matrimônio, será aplicável o Decreto-lei (*lex specialis*), e o casamento, em consequência, será válido; se, ao contrário, eles vierem a se casar sem atender à referida formalidade, incidirá a norma proibitiva do Código Civil (*lex generalis*), hipótese em que o casamento incorrerá em nulidade³⁸⁰.

Feitos esses esclarecimentos, cumpre prosseguir com análise pontual de cada um dos impedimentos de parentesco previstos na legislação civil em vigor (CC/02, art. 1.521):

a) Ascendentes com descendentes, seja o parentesco natural ou civil. Cuida-se aqui da velha regra impeditiva que busca tolher o matrimônio dos que se encontram vinculados ao parentesco em linha reta (pais e filhos, avós e netos, bisavós e bisnetos, etc.). O impedimento, no caso, estende-se tanto ao parentesco *natural*, resultante de laços consanguíneos, como ao *civil*, assim entendido como o proveniente de outra origem³⁸¹.

Existe um certo consenso na literatura de que a *origem* que serve de base ao parentesco civil guarda ligação com, pelo menos, três formas de parentalidade: a adoção, a filiação socioafetiva e a resultante de inseminação heteróloga assentida³⁸². Em todas essas hipóteses, o filho se encontra inibido de se casar tanto com seus ancestrais biológicos, como com aqueles que vieram, respectivamente, a adotá-lo, a reconhecer a parentalidade socioafetiva, ou a anuir em que o cônjuge viesse a conceber com material genético de terceiro. A vedação, por óbvio, também alcança os ascendentes de tais pessoas.

Percebe-se, assim, que nem sempre o ancestral biológico vai coincidir juridicamente com a figura paterna, ou materna. Examinando a questão, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk acentuam a possibilidade de haver ascendência

³⁸⁰ Com a mesma posição, Mário Luiz Delgado. Confira-se: “Em suma, o Decreto-Lei n. 3.200/41 não se choca com o Código Civil, mas tão-somente permite flexibilizar a proibição, mediante resultado pericial que conclua pela possibilidade do casamento. Continua, pois, em pleno vigor”. In: DELGADO, Mário Luiz. **Problemas de direito intertemporal no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 157.

³⁸¹ Código Civil de 2002, art. 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

³⁸² Cf. LOBO, Fabiola Albuquerque. **Multiparentalidade**: efeitos no direito de família. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 31; MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 176-7; LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5. p. 209-10; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**: família e sucessões. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. v. 4. p. 522-4.

genética sem qualquer ligação com o vínculo paterno-filial. Os autores dão como exemplo o caso do filho adotivo, que a despeito de ver cessada a paternidade em relação ao pai consanguíneo, mantém quanto a ele o vínculo biológico, capaz de ensejar o impedimento³⁸³.

Em artigo versando sobre a regência dos impedimentos matrimoniais pelo atual Código Civil, Inacio de Carvalho Neto não vê problemas em admitir a validade do casamento entre o pai biológico e a filha não reconhecida. E justifica sua posição com base em três argumentos principais: (i) antes do reconhecimento, o filho natural não é filho juridicamente falando; (ii) sem que haja prova suficiente do parentesco, não se pode vedar o casamento com base apenas em indícios; (iii) mesmo que o reconhecimento ocorra após a celebração do matrimônio, a invalidação do consórcio seria impossível, pois não se invalida ato jurídico por fato a ele superveniente³⁸⁴.

O cerne do fundamento exposto centra-se na distinção que o autor faz entre paternidade jurídica e biológica, sendo que, na sua visão, o impedimento incidiria apenas no primeiro caso, não no segundo. É fácil demonstrar a fragilidade desse raciocínio. Basta levar em conta a própria opção do legislador em proibir o matrimônio de ascendentes e descendentes, “seja o parentesco natural ou civil” (CC/02, art. 1.521, I, *supra*). E por parentesco *natural*, entenda-se, como foi dito, aquele oriundo de laços consanguíneos, quer haja, ou não, paternidade em acepção jurídica.

Por outro lado, pode-se objetar, em (i), que o *status* jurídico de filho não resulta necessariamente do ato de reconhecimento, tanto que, se o pai vier a falecer antes de reconhecê-lo, nada obsta à propositura, pelo segundo, de uma ação investigatória de paternidade *post mortem*, por meio da qual a existência do estado de filiação será posteriormente declarada com efeito *ex tunc*³⁸⁵; em (ii), que a consumação do matrimônio nulo não constitui óbice à sua posterior invalidação pela inobservância do impedimento

³⁸³ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15. p. 63.

³⁸⁴ CARVALHO NETO, Inacio de. Incapacidades e impedimentos matrimoniais no novo Código Civil. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005. v. 3. p. 24-5.

³⁸⁵ Confira-se, a respeito, o seguinte julgado: “AÇÃO RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE NECESSÁRIO. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO HERDEIRO DO SUPOSTO PAI NO PÓLO PASSIVO DA INVESTIGATÓRIA (ART. 363 DO CC/16). NULIDADE RECONHECIDA. 1. A ação de reconhecimento de paternidade *post mortem* deve necessariamente ser proposta contra todos os herdeiros do falecido. 2. É cabível a ação rescisória para desconstituição de sentença homologatória de acordo com trânsito em julgado. 3. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, RE n. 1.028.503-MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26 out. 2010, *DJe* 09 nov. 2010).

(*cf. infra*, n. 5.1); e, em (iii), que a causa ensejadora da nulidade não seria propriamente o reconhecimento tardio, e sim o parentesco natural entre marido e mulher – respectivamente, pai e filha biológica –, o qual já se fazia presente antes mesmo da celebração do enlace.

Por mais simpática que pareça a tese contrária, o fato é que não há como se admitir a validade do casamento do pai biológico com a filha não reconhecida.

Ainda com relação ao matrimônio de ascendentes e descendentes, uma última questão se impõe, relativamente aos filhos nascidos da união impedida: o da posição jurídica por eles ocupada dentro da árvore familiar.

No conto infantil *O filho feito sem pecado*, o folclorista Câmara Cascudo, baseando-se na narrativa oral de Luísa Freire, relata o episódio de uma jovem que, após dar à luz um menino, mandou educá-lo longe da cidade onde morava, e com o tempo, veio a esquecê-lo. Muitos anos depois, mãe e filho vieram novamente a se encontrar, e sem se reconhecerem, enamoraram-se um pelo outro e se casaram. Um dia, ao reparar que o marido usava uma medalhinha com a gravura de Nossa Senhora da Conceição, a mulher lembrou que pusera o referido artefato no pescoço do seu filho, quando dele se separou na infância. Horrorizada com a situação, a mulher, que a essa altura se encontrava grávida, decidiu contar sua história ao esposo. Mãe e filho mais uma vez se separaram e, dentro de alguns meses, nasceu uma criança, batizada com o nome de Tomé. A mulher resolveu, então, prometer um grande prêmio a quem decifrasse o enigma envolvendo a origem de Tomé. Caso não acertasse, o perdedor pagaria a ela uma soma. Como ninguém conseguiu acertar, a mulher ficou rica e educou seu filho como um príncipe³⁸⁶.

O enigma era o seguinte: “Meu filho Tomé / Que muito me é! / É filho do meu filho, / Irmão do meu marido / É meu neto e meu cunhado, / Filho feito sem pecado!”³⁸⁷

De fato. A posição daquele que nasce do conúbio do filho com a mãe é de *filho*, e ao mesmo tempo, *neto* da própria mãe (por descender do filho desta). Além disso, o rebento pode ser considerado *irmão* do pai (já que ambos possuem a mesma mãe em comum). E por ser irmão do marido da mãe, será também possível enquadrá-lo como *cunhado* da mãe. Embaralham-se, nesse caso, os principais traços distintivos que marcam o esquema tradicional das relações de parentesco.

³⁸⁶ CÂMARA CASCU DO, Luís da. **Trinta “estórias” brasileiras**. Lisboa: Portucalense Editora, 1955. p. 123.

³⁸⁷ CÂMARA CASCU DO, Luís da. **Trinta “estórias” brasileiras**. Lisboa: Portucalense Editora, 1955. p. 123.

b) Afins em linha reta. O *impedimentum affinitatis* inibe o casamento do cônjuge, ou companheiro, com os ascendentes e descendentes do outro. Sendo assim, conquanto o casamento se dissolva pela viuvez ou divórcio – ou, no caso da união estável, pelo simples encerramento da convivência –, genro e nora não poderão se casar com seus sogros (nem com os ascendentes destes), o mesmo se dizendo dos padrastos, em relação aos enteados (e à sua progênie).

A proibição em apreço decorre da *indissolubilidade* do parentesco afim em linha reta, o que faz com que se mantenham os vínculos de sogradio e padrastio, mesmo após a extinção do casamento ou da união estável que os originou³⁸⁸. Daí o conhecido epigrama de que “a sogra é eterna”.

Note-se, de passagem, que o caráter indissolúvel da afinidade em linha reta não é de origem romana. É bom de ver que as *Institutas*, embora se referissem à proibição do matrimônio de genros e noras com seus ex-sogros, e de padrastos com seus antigos enteados, aludiam expressamente à extinção da *adfinitas* em ambas as hipóteses (I, 1, 10, 7)³⁸⁹. Na verdade, foi por influência do direito canônico que o vínculo de afinidade passou a se tornar indissolúvel. Isso fica claro no trecho d’*O sacramento do matrimônio* (questão 55) em que Tomás de Aquino, após reconhecer a união conjugal como causa da afinidade, afirma que o vínculo entre os afins haveria de se manter, mesmo com a morte da pessoa em razão da qual se constituiu³⁹⁰.

E se, porventura, após a viuvez, o divórcio, ou o término da união estável, o sujeito vier a se unir em outra relação, um novo parentesco afim em linha reta se formará com os ascendentes e descendentes do segundo cônjuge ou companheiro (se os houver); mas sem eliminar, contudo, a afinidade em linha reta que continua a existir quanto aos ascendentes e descendentes do cônjuge ou companheiro anterior. Conclui-se, daí, que uma pessoa só pode se relacionar com um cônjuge ou companheiro por vez, mas poderá ter tantos

³⁸⁸ Código Civil de 2002, art. 1.595: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”. § 1º: “O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”. § 2º: “Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”.

³⁸⁹ “Também é proibido casar com a sogra ou com a madrastra, porque estão na posição de mãe. Isto se entende igualmente depois de dissolvida a afinidade”. In: JUSTINIANO. **Institutas do Imperador Justiniano**. Trad. Coelho Rodrigues. Recife: Typographia Mercantil, 1879. p. 27.

³⁹⁰ “E o mesmo devemos dizer da afinidade, causada não pela união atual dos cônjuges, mas do fato da sua união passada. Por onde, não desaparece enquanto existirem as pessoas que contraíram a afinidade, embora venha a morrer a pessoa por causa da qual ela foi contraída”. In: AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 5 (suplemento). p. 260.

vínculos de sogradio e padrastio, quantos forem os casamentos e uniões estáveis que acaso veio a consumir³⁹¹.

Inexiste, por outro lado, qualquer elo de afinidade entre o ex-cônjuge, ou ex-companheiro, e os futuros descendentes do outro membro da relação. Ao se reportarem à matéria, José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz citam como exemplo o da filha da mulher divorciada, concebida com terceiro após o divórcio: sob a óptica legal, ela não se considera afim em linha reta do primeiro marido da mãe³⁹². Logo, não há impedimento para que ambos possam se casar.

O mesmo seja dito acerca dos afins de cada cônjuge ou companheiro, que não contam juridicamente com qualquer vínculo de afinidade entre si (*affines inter se non sunt affines*)³⁹³. Assim, o pai do marido está livre para se casar, ou manter união estável, com a mãe da esposa.

Finalmente, no tocante ao parentesco afim em linha colateral – que, no direito brasileiro em vigor, restringe-se ao segundo grau (cunhadio)³⁹⁴ –, não incide o impedimento de afinidade.

c) Adotante com quem foi cônjuge do adotado e adotado com quem o foi do adotante. Basicamente, o legislador busca, aqui, adaptar o *impedimentum affinitatis* ao vínculo resultante da adoção. Com efeito, o adotante figura, em relação ao cônjuge do adotado, como *sogro*, ao passo que o adotado assume, face ao cônjuge do adotante, o lugar de *enteado*.

No mais, o dispositivo reforça a tese da plena integração do filho adotivo à família do adotante, com a conseqüente formação dos laços de padrastio e sogradio, aptos a ensejarem a incursão no impedimento.

d) Irmãos, unilaterais ou bilaterais. A proximidade do parentesco entre irmãos (2º grau da linha transversal) impede que possam eles se unir em matrimônio. Pouco importa que o casal de irmãos tenha ambos ou apenas um dos genitores em comum – irmãos *bilaterais* (ou *germanos*), no primeiro caso, e *unilaterais*, no segundo. Ou que, tratando-

³⁹¹ Pontes de Miranda esclarece: “As segundas núpcias nada obstat à afinidade na linha reta. Em consequência disso, A, que foi casada com B, enviuvou e casou com C, de quem também enviuvou, continua nora do pai de B e do pai de C, da mãe de B e da mãe de C”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 9. p. 41-2.

³⁹² MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 179.

³⁹³ “Os parentes afins não são afins entre si”. In: MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Expressões de latim forense e brocardos jurídicos**. São Paulo: YK Editora, 2021. p. 10.

³⁹⁴ Código Civil de 2002, art. 1.595, § 1º: “O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos *irmãos* do cônjuge ou companheiro” (grifo nosso).

se especificamente de irmãos unilaterais, o vínculo se forme do lado paterno (irmãos *consanguíneos*), ou do lado materno (irmãos *uterinos*)³⁹⁵. Em todas essas situações, o casamento incorre na vedação legal.

Uma importante questão, que divide opiniões na doutrina, refere-se à convivência dos filhos em famílias reconstituídas. Quer-se aludir, particularmente, àquela estrutura familiar em que cada membro do casal traz ao ambiente doméstico filhos de relações anteriores, todos passando a integrar o mesmo espaço de convívio. Conforme acentua Waldyr Grisard Filho, a categoria engloba tanto a união subsequente de pessoas viúvas ou divorciadas que já tenham filhos, como a primeira união de pais solteiros³⁹⁶.

É certo que, ao se unir em casamento ou união estável a alguém com filhos, o sujeito passa a contrair vínculo de afinidade em linha reta com a prole de seu cônjuge ou companheiro (padrasto). Mas sem que exista, entre os filhos dos relacionamentos anteriores de genitores diversos, qualquer laço familiar capaz de induzir ao parentesco (*affines inter se non sunt affines*).

Pode acontecer, no entanto, que os filhos provenientes dessas relações, por viverem na mesma casa, partilharem os mesmos valores familiares, crescerem juntos, etc., comecem a se tratar, uns aos outros, como se fossem irmãos. Ocorre que irmãos, eles não são, pelo menos na acepção técnica do termo. Inclusive, não há, na língua portuguesa, qualquer vocábulo que traduza esse tipo de liame fraterno³⁹⁷.

Com pensamento diverso, Waldyr Grisard Filho, embora negando a existência de parentesco entre os filhos particulares de cada membro do novo casal³⁹⁸, entende que esses filhos podem ser considerados *irmãos afins*, já que seus pais se encontram ligados à prole do outro pelo vínculo de afinidade (padrasto)³⁹⁹. E ao invocar o afeto que normalmente desponta a partir do convívio desses “supostos” irmãos, defende que eles estariam, em tese, impedidos de se casar⁴⁰⁰.

³⁹⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 108.

³⁹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 85.

³⁹⁷ Diferente do idioma alemão, que emprega o radical *Stief-* (= postiço), para se referir às pessoas ligadas pelo novo relacionamento dos pais. Assim, *Stiefbruder* (= irmão postiço), *Stiefschwester* (= irmã postiça) e *Stiefgeschwister* (= irmãos postiços). A respeito, cf. **Größwörterbuch Deutsch als Fremdsprache**. Berlin: Langenscheidt, 2008. p. 1.024.

³⁹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 103.

³⁹⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 128.

⁴⁰⁰ “O filho de Paulo chama-se Luiz e a filha de Ângela chama-se Maria Helena. Paulo, ao se casar com Ângela, torna-se pai afim de Maria Helena e Ângela mãe afim de Luiz; Luiz e Maria Helena são irmãos

Equívocada a posição do autor. Não há, na legislação brasileira, qualquer dispositivo que avalize o entendimento de que os filhos anteriores ao surgimento da família recomposta possam se qualificar como irmãos afins, nem tampouco que incida impedimento legal ao matrimônio desses filhos. Por certo que, se o casal vier a gerar um novo descendente, este passa a se tornar irmão *unilateral* dos filhos das relações anteriores de seus pais, e nesse caso, será possível apontar sua incursão no impedimento. Já o mesmo não pode ser dito dos filhos que cada cônjuge ou companheiro teve com outra pessoa antes de iniciar a união. Esses filhos contam, em efeito, com plena liberdade para se casar. Nessa trilha, acentua Paulo Lôbo: “Mas idêntico impedimento não há expressamente com relação ao enteado que deseje casar com o filho do padrasto (ou madrasta)”⁴⁰¹.

Aliás, quer mesmo parecer um grande contrassenso recorrer à doutrina do afeto para impor obstáculo àquele vínculo familiarístico em que a afetividade terá melhores condições de prosperar, que é, exatamente, o matrimônio.

e) Colaterais em terceiro grau. O sistema jurídico brasileiro proíbe o consórcio de tios e sobrinhos, também conhecido como *casamento avuncular* (do latim *avunculus*, “irmão da mãe”)⁴⁰². Como se sabe, tios e sobrinhos são parentes em 3º grau da linha transversal, sobre eles incidindo o impedimento para que possam se unir em matrimônio. Note-se que a vedação não alcança o 4º grau de colateralidade, o que permite concluir pela validade do casamento de primos, e de tios-avós com sobrinhos-netos.

A incidência do impedimento, como visto, será afastada, se os nubentes obtiverem do juiz uma autorização específica para se submeterem a exame médico, e o laudo pericial for favorável à consumação do enlace (*cf. supra*, n. 4.8). Cuida-se aqui da única hipótese de *dispensa matrimonial*⁴⁰³ admitida pelo ordenamento pátrio.

E o que dizer quando, diante das circunstâncias do quadro fáctico, for inviável, ou mesmo impossível, que os nubentes se submetam ao exame em questão?

afins, impedidos de contrair matrimônio”. *In*: GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 667.

⁴⁰¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5. p. 92.

⁴⁰² *Cf.* PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3. p. 27.

⁴⁰³ Embora o instituto da dispensa deite suas raízes no direito canônico (*cf. supra*, n. 3.3), Francisco José Ferreira Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira empregam o termo para se referirem à hipótese. *In*: MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 168. Registre-se que o *Esboço* de Teixeira de Freitas foi o primeiro projeto de lei brasileiro a reconhecer a possibilidade de dispensa por ato de autoridade civil para o matrimônio de tios e sobrinhos (*cf. supra*, n. 4.4).

Em novembro de 2013, o Superior Tribunal de Justiça teve ocasião de se pronunciar sobre uma ação de nulidade de casamento, originária do Estado do Rio Grande do Norte, envolvendo um idoso de 70 anos que, no leito do hospital, manifestou sua vontade de desposar a sobrinha, 35 anos mais jovem. O evento se deu na presença de seis testemunhas, que vieram a corroborar o fato. Poucas horas depois, o varão faleceu⁴⁰⁴. O Ministério Público do Rio Grande do Norte ingressou, então, com uma ação de nulidade de casamento nuncupativo alegando, dentre outras razões: (i) o impedimento resultante do parentesco entre os cônjuges (colateralidade em 3º grau); e (ii) a ausência do laudo médico necessário à validade do matrimônio. Julgado improcedente o pedido nas duas primeiras instâncias, o Ministério Público interpôs Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp. n. 1.330.023/RN, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.11.2013, *DJe* 29.11.2013)⁴⁰⁵.

A relatora do acórdão, Ministra Nancy Andrighi, desacolheu os argumentos expendidos pelo órgão ministerial e negou provimento ao recurso, no que foi seguida pelos demais integrantes da Turma. Fundamentou sua decisão na tese de que as nulidades resultantes dos impedimentos de parentesco ostentariam duplo objetivo: “de preservação da moral média do grupo social – que repudia o incesto – e de restrição biológica quanto à consanguinidade e riscos de má-formação fetal que dela decorrem”. Ao se referir, particularmente, à necessidade de submissão do casal à perícia médica, nos termos do Decreto-lei n. 3.200/1941 (Lei de Proteção à Família), a Ministra ponderou: “O quase imediato óbito de um dos nubentes não permitiu o concúbito pós-casamento, não havendo que se falar, por conseguinte, em riscos eugênicos, realidade que, na espécie, afasta a impositividade da norma”.

Confirmam-se os principais trechos da ementa do *decisum*:

⁴⁰⁴ Trata-se de uma rara hipótese de *casamento nuncupativo* (ou *in articulo mortis*), que é aquele em que o legislador dispensa a necessidade de os nubentes declararem sua vontade na presença da autoridade celebrante, quando, diante da impossibilidade de se obter seu comparecimento ao ato, um deles se achar em iminente risco de morte. Confira-se o art. 1.540 do Código Civil de 2002: “Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de 6 (seis) testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau”. As demais formalidades do casamento nuncupativo constam do art. 1.541 do Código Civil de 2002.

⁴⁰⁵ Para detalhes sobre julgamento do recurso, *cf.* MOLD, Cristian Fetter. Casamento avuncular e casamento *in extremis* – o julgamento do Recurso Especial nº 1.330.023: um exemplo de ativismo judicial?. *In: Revista IBDFAM: famílias e sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 20, mar.-abr. 2017. p. 185-211. Registre-se que o referido autor acompanhou presencialmente a Sessão de julgamento no Superior Tribunal de Justiça.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO NUNCUPATIVO. VALIDADE. COMPROVAÇÃO DE VÍCIO QUANTO À MANIFESTAÇÃO DA VONTADE INEQUÍVOCA DO MORIBUNDO EM CONVOLAR NÚPCIAS. COMPROVAÇÃO.

1. Ação de decretação de nulidade de casamento nuncupativo ajuizada em novembro de 2008. Agravo no recurso especial distribuído em 22/03/2012. Decisão determinando a reautuação do agravo em recurso especial, publicada em 12/06/2012.

2. Recurso especial que discute a validade de casamento nuncupativo realizado entre tio e sobrinha com o falecimento daquele, horas após o enlace.

3. A inquestionável manifestação de vontade do nubente enfermo, no momento do casamento, fato corroborado pelas 6 testemunhas exigidas por lei, ainda que não realizada de viva voz, supre a exigência legal quanto ao ponto.

4. A discussão relativa à nulidade preconizada pelo art. 1.548 do CC-02, que se reporta aos impedimentos, na espécie, consignados no art. 1.521, IV, do CC-02 (casamento entre colaterais, até o terceiro grau, inclusive) fenece por falta de escopo, tendo em vista que o quase imediato óbito de um dos nubentes não permitiu o concúbito pós-casamento, não havendo que se falar, por conseguinte, em riscos eugênicos, realidade que, na espécie, afasta a impositividade da norma, porquanto lhe retira seu lastro teleológico.

(...)

Recurso ao qual se nega provimento (STJ, REsp. n. 1.330.023-RN, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05 nov. 2013, *DJe* 29 nov. 2013).

Um ponto do julgado que merece atenção é a referência expressa aos “riscos eugênicos” relativos à saúde da prole, riscos estes que, no caso em análise, não teriam razão de ser, já que o marido falecera poucas horas após consumir a união. Não houve tempo, portanto, de o casal estabelecer comunhão de vida e gerar descendência. Por tal razão, decidiu-se pela inaplicabilidade da norma prevista no Decreto-lei n. 3.200/1941 (art. 2º), relativizando-se a exigência da prévia obtenção de atestado pré-nupcial para a validade do casamento avuncular.

f) Adotado com o filho do adotante. O interdito se justifica, diante da vedação legal ao casamento de irmãos. Com efeito, ao ser integrado à família adotiva, o adotado converte-se legalmente em *irmão* dos demais filhos do adotante, o que inclui tanto os filhos biológicos, como os socioafetivos, assim também os gerados por inseminação heteróloga assentida, ou mesmo aqueles que já haviam sido adotados, ou que vierem a sê-lo. Dentro do círculo familiar, todos são considerados irmãos uns dos outros, o que atrai, conseqüentemente, a incidência do impedimento matrimonial⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Não se perca de vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), de igual modo, mantém o impedimento entre o adotado e seus irmãos oriundos da família biológica. Confira-se: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (ECA, art. 41). Daí haver pontuado, com razão, Maria Berenice Dias: “A adoção impõe dupla ordem de impedimentos para o casamento. Há o impedimento decorrente do vínculo biológico (ECA 41) e o decorrente do vínculo da adoção”. In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 519.

Um importante problema, que se apresenta nesse campo, diz respeito à possibilidade de adoção do genro (ou nora) pelos respectivos sogros. Observe-se que, ao ser adotado pelos pais de sua esposa, o marido termina por se tornar irmão da própria mulher, o que, de resto, violaria o impedimento relativo ao adotado com o filho do adotante (o mesmo se dizendo da esposa, ao ser adotada pelos pais do marido). Ocorre que, à época em que o matrimônio se consumou, não se fazia presente o impedimento ora em questão. E como ensina a boa civilística, é defeso invalidar ato jurídico por circunstância a ele superveniente⁴⁰⁷. Por outro lado, não há, em nosso ordenamento, qualquer óbice legal à adoção, pelos sogros, de seus genros e noras. É oportuno lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), em seu art. 42, § 1º, limita-se a proibir a adoção do descendente pelo ascendente, e do irmão pelo outro⁴⁰⁸ (regra extensível à adoção de adultos, nos termos do art. 1.619 do Código Civil de 2002)⁴⁰⁹. Como resolver, pois, a questão?

Revisitando o direito romano do período justiniano – de onde a presente controvérsia foi retirada –, vê-se que a solução referida pelas *Institutas* seria, primeiramente, o *pater* declarar a *emancipatio*⁴¹⁰ da filha, para, em seguida, poder adotar o genro (*I*, 1, 10, 2)⁴¹¹.

No caso do direito brasileiro em vigor, a tese que melhor se amolda ao sistema legal certamente é no sentido de se vedar a adoção do genro (ou nora) pelos sogros. Entendimento contrário levaria a concluir que dois irmãos poderiam se manter unidos em matrimônio válido, o que decerto colide com a *mens legis* que norteia a disciplina dos impedimentos matrimoniais. Não é razoável pensar que o legislador tenha proibido o

⁴⁰⁷ Esse entendimento já havia sido exposto no séc. XIX pelo Conselheiro Ribas, conforme se vê: “Para se determinar a validade ou invalidade de um acto juridico, deve-se consideral-o no momento em que é practicado. Se nesse momento é válido, permanece tal, embora sobrevenhão circunstancias que o annullarião, si sob a influencia dellas houvesse sido practicado”. *In*: RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Garnier, 1880. t. 2. p. 425.

⁴⁰⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), art. 42, § 1º: “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”.

⁴⁰⁹ Código Civil de 2002, art. 1.619: “A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente”.

⁴¹⁰ Em Roma, *emancipatio* significava a liberação dos *filiifamilias* da *patria potestas*, fazendo-se com que passassem a ostentar a condição de *sui iuris*. Na época de Justiniano, ela se processava mediante simples declaração do *pater* perante o magistrado. Confira-se (*I*, 1, 12, 6): “Abolida a antiga ficção, apresentam-se os pais directamente aos juizos e magistrados competentes, e assim dimittem de seu poder seus filhos ou filhas, netos ou netas e os mais por diante”. *In*: JUSTINIANO. **Institutas do Imperador Justiniano**. Trad. Coelho Rodrigues. Recife: Typographia Mercantil, 1879. p. 38.

⁴¹¹ “E pois é corrente que, se alguém quizer adoptar um genro, deve antes emancipar sua filha”. *In*: JUSTINIANO. **Institutas do Imperador Justiniano**. Trad. Coelho Rodrigues. Recife: Typographia Mercantil, 1879. p. 25-6.

casamento do adotado com o filho do adotante, e ao mesmo tempo admita que o primeiro possa permanecer vinculado matrimonialmente ao segundo. Genro e nora, portanto, não podem ser adotados por seus sogros.

Outro ponto, que não se deve desconsiderar, refere-se ao caráter irrevogável da adoção. Sabe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) contém regra clara determinando que a adoção é insuscetível de ser revogada (art. 39, § 1º)⁴¹². Não obstante, diversos julgados, em manifesta oposição ao comando legal, já deferiram pedidos objetivando revogar a adoção sob os mais diversos fundamentos (como os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do superior interesse da criança, etc.)⁴¹³.

Uma dessas decisões, em especial, merece destaque. O caso que lhe deu origem ocorreu em Minas Gerais, e dizia respeito a uma menor que, após ser adotada pelos tios, mais tarde veio a se envolver com o filho biológico destes (juridicamente, seu irmão). Da relação resultou uma gravidez. Invocando a ausência do sentimento fraterno, bem como a necessidade de se resguardar o descendente do casal da pecha de “filho incestuoso”, a adotada ingressou em juízo pleiteando que fosse revogado o vínculo adotivo, para, desse modo, poder se unir matrimonialmente ao seu irmão. Na primeira instância, o processo foi extinto sem resolução do mérito (impossibilidade jurídica do pedido). Inconformada, a autora apelou perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Registre-se que o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça junto ao Tribunal foi favorável ao apelo. O recurso veio

⁴¹² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), art. 39, § 1º: “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”.

⁴¹³ Confira-se, por todas, a seguinte decisão: “PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO UNILATERAL. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante (...) 4. Diante desse cenário, e sabendo-se que a norma que proíbe a revogação da adoção é, indisfarçavelmente, de proteção ao menor adotado, não pode ser esse comando legal ser usado em descompasso com seus fins teleológicos, devendo se ponderar sobre o acerto de sua utilização, quando reconhecidamente prejudique o adotado. 5. Na hipótese sob exame, a desvinculação legal entre o adotado e o ramo familiar de seu pai biológico, não teve o condão de romper os laços familiares preexistentes, colocando o adotado em um limbo familiar, no qual convivia intimamente com os parentes de seu pai biológico, mas estava atado, legalmente, ao núcleo familiar de seu pai adotivo. 6. Nessas circunstâncias, e em outras correlatas, deve preponderar o melhor interesse da criança e do adolescente, que tem o peso principiológico necessário para impedir a aplicação de regramento claramente desfavorável ao adotado – in casu, a vedação da revogação da adoção – cancelando-se, assim, a adoção unilateral anteriormente estabelecida. 7. Recurso provido para, desde já permitir ao recorrente o restabelecimento do seu vínculo paterno-biológico, cancelando-se, para todos os efeitos legais, o deferimento do pedido de adoção feito em relação ao recorrente” (STJ, RE n. 1.545.959-SC, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06 jun. 2017, DJe 01 ago. 2017).

a ser, afinal, provido e a adoção, revogada (TJMG, AC n. 1.322.691-97.2006.8.13.0056, 5ª Câ. Cível, Rel. Nepomuceno Silva, j. 6.12.2007, pub. 09.01.2008)⁴¹⁴.

Confira-se o teor da ementa:

ADOÇÃO – ELEMENTOS E CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS – DIREITO FUNDAMENTAL – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CANCELAMENTO DO ATO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – EM ABSTRATO, NO CASO CONCRETO – INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA/SOCIOLÓGICA – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – TEORIA DA CONCREÇÃO JURÍDICA – TÉCNICA DA PONDERAÇÃO – SITUAÇÃO FÁTICO-SOCIAL – CRIANÇA – PROTEÇÃO INTEGRAL, COM ABSOLUTA PRIORIDADE – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO. Tem-se o conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés de tutela. Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade da criança, advinda de relacionamento “aparentemente” incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. Inteligência dos arts. 5º da LICC e 4º, *caput* do ECA; e 226, *caput* e 227, *caput* da CF (TJMG, AC n. 1.322.691-97.2006.8.13.0056, 5ª Câ. Cível, Rel. Nepomuceno Silva, j. 06 dez. 2007, pub. 09 jan. 2008).

Em que pese o vanguardismo da posição assumida pelo julgador, é oportuno indagar se o Tribunal teria mantido o mesmo entendimento caso se tratasse de dois irmãos biológicos que tivessem um filho em comum, e que, por essa razão, pretendessem se casar um com o outro. Será que os julgadores, em semelhante hipótese, acolheriam os mesmos fundamentos para promoverem a desconstituição do vínculo jurídico resultante da filiação consanguínea? O questionamento tem sua relevância, na medida em que se leve em conta o princípio constitucional vedatório da discriminação entre os filhos (CF/88, art. 227, § 6º)⁴¹⁵. Seja qual for a resposta, o fato é que não se conseguiu localizar, nas pesquisas realizadas para o presente trabalho, nenhuma orientação no sentido de admitir a possibilidade de se desprezar a filiação consanguínea com o intuito de favorecer o matrimônio de irmãos.

⁴¹⁴ Para detalhes sobre o julgador, *cf.* LORENSI, Fábio Alberto de; SZANIAWSKI, Elimar. A destituição da adoção – um caminho a ser repensado nas adoções desastrosas. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 137, mar. 2015. p. 293-6. Disponível em: <file:///C:/Users/M%C3%A1rio/Downloads/385-619-1-SM-1.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2022.

⁴¹⁵ Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

5 DA NULIDADE DA UNIÃO IMPEDIDA AO CONCUBINATO ENDOGÂMICO

5.1 Regime das nulidades no direito matrimonial e convivencial

Na fenomenologia do ato jurídico (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico), a invalidade vem associada à *deficiência* do suporte fático, ou seja, a uma espécie de imperfeição que atinge um ou alguns dos elementos complementares que se ligam estruturalmente ao seu núcleo⁴¹⁶. Não que a invalidade tenha o condão de impedir a incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático concreto. A rigor, a norma jurídica incide, o suporte fático se juridiciza e o ato jurídico ingressa como tal no plano da existência. Porém, sua incursão no déficit invalidante impede que venha a adentrar o plano da validade⁴¹⁷.

O sistema legal brasileiro prevê que a invalidade pode atacar o ato jurídico de dois modos distintos: ora provocando *nulidade*, ora dando margem à *anulabilidade*. Comumente se diz que, enquanto a nulidade guarda relação com a tutela do interesse público, a anulabilidade possui alcance mais restrito, por colidir com interesses particulares⁴¹⁸.

Essa distinção, no entanto, merece ser repensada. Basta lembrar hipóteses nas quais o atual Código Civil comina sanção de nulidade para atos jurídicos em que predomina a ofensa a interesses individuais – como, por exemplo, a inobservância da forma eleita pelos partícipes da relação (CC/02, art. 109)⁴¹⁹ –, atribuindo, ao contrário, sanção de anulabilidade para atos jurídicos em que se revela nítida a violação de interesses gerais – é o que se passa, por exemplo, com a coação (CC/02, art. 151)⁴²⁰, que além de ferir direitos personalíssimos do coacto, interfere drasticamente na segurança do tráfego

⁴¹⁶ Sobre elementos nucleares (cerne e completantes), complementares e integrativos, cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 98-108.

⁴¹⁷ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “Como se vê, a deficiência dos elementos do suporte fático não impede a incidência, da qual surge o fato jurídico, mas repercute sobre a sua sorte nos planos da validade e da eficácia”. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 152.

⁴¹⁸ Cf. VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 313; BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15; MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 328; LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1. p. 324.

⁴¹⁹ Código Civil de 2002, art. 109: “No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”.

⁴²⁰ Código Civil de 2002, art. 151: “A coação, para viciar a declaração de vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens”.

negocial. Recorde-se, por outro lado, o caso emblemático da simulação, que conforme a sistemática do Código Civil de 1916, trazia como consequência a anulabilidade (CC/16, art. 147, II)⁴²¹, e que, nos termos do Código Civil ora em vigor, passou a se considerar causa de nulidade (CC/02, art. 167)⁴²². Ou ainda, o da incapacidade absoluta do agente, que de acordo com a disciplina geral dos negócios jurídicos, configura hipótese de nulidade (CC/02, art. 166, I)⁴²³, mas quando evidenciada no casamento de impúberes, faz com que a união padeça de anulabilidade (CC/02, art. 1.550, I)⁴²⁴.

Como se nota, o grau de reprovabilidade em torno do interesse ofendido não constitui o melhor critério para se distinguir cientificamente o nulo do anulável. A diferença, na verdade, deve vir centrada no aspecto relativo ao controle funcional de *eficácia* dos atos jurídicos inválidos, o que varia conforme a política legislativa de cada ordenamento. Sob essa óptica, o nulo, *em regra*, vai impedir que o ato jurídico produza seus efeitos próprios e finais (*quod nullum est, nullum effectum producit*)⁴²⁵. Já o anulável, por sua vez, vai irradiar *eficácia interimística*⁴²⁶, significa dizer, uma eficácia plena, total, que, no entanto, projeta-se até o trânsito em julgado da sentença anulatória, ocasião em que os efeitos são desmanchados⁴²⁷.

Para melhor atender ao objetivo do presente Subcapítulo – consistente, sobretudo, em analisar as uniões impedidas sob o enfoque dos negócios jurídicos nulos –, é preciso que se atenha, a partir de agora, ao regime legal das nulidades.

Seguindo a linha científica adotada por Pontes de Miranda, percebe-se que as nulidades se orientam por cinco traços característicos que em geral lhes dizem respeito (alguns dos quais, advirta-se, passíveis de serem relativizados). São eles: (i)

⁴²¹ Código Civil de 1916, art. 147, II: “É anulável o ato jurídico: (...) II – por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude (arts. 86 a 113)”.

⁴²² Código Civil de 2002, art. 167: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

⁴²³ Código Civil de 2002, art. 166, I: “É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz”..

⁴²⁴ Código Civil de 2002, art. 1.550, I: “É anulável o casamento: I – de quem não completou a idade mínima para casar”..

⁴²⁵ “O que é nulo não produz nenhum efeito”. In: MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Expressões de latim forense e brocardos jurídicos**. São Paulo: YK Editora, 2021. p. 78.

⁴²⁶ Neologismo criado por Pontes de Miranda, derivado do alemão, *interimistische Wirksamkeit*. A respeito, cf: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4. p. 70.

⁴²⁷ A respeito da eficácia interimística do anulável, escreve Pontes de Miranda: “O anulável produz efeitos. Só os deixa de produzir quando transitiva em julgado a sentença constitutiva negativa. Então, apagam-se, como se não tivessem sido (eficácia *ex tunc*), os efeitos anteriores”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4. p. 70. A tese coaduna-se com o disposto no art. 182 do Código Civil de 2002. Confira-se: “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

insanabilidade; (ii) decretabilidade *ex officio*; (iii) arguibilidade *incidenter tantum*; (iv) imprescritibilidade; (v) ineficaciabilidade⁴²⁸. Acrescente-se ao conjunto uma sexta característica: (vi) insupribilidade⁴²⁹.

Quando se aduz, em (i), que a nulidade é insanável, está-se querendo dizer que o nulo não admite confirmação⁴³⁰, que não se pode simplesmente remover o déficit para otimizar o suporte fático e fazer com que o ato jurídico supere a invalidade. O nulo, portanto, é ferida que não cicatriza. Somente através da *repetição* do ato jurídico sem a presença do defeito invalidante é que será possível garantir sua passagem pelo plano da validade⁴³¹. Mas, nesse caso, não caberia propriamente falar em sanção, e sim em um ato jurídico novo, refeito, sem qualquer vinculação ao ato jurídico nulo anterior.

Por sua vez, a referência feita em (ii) à decretação *ex officio* do nulo permite inferir que, se o interessado na arguição vier a silenciar a respeito, ainda assim o juiz terá poderes para conhecer do déficit e pronunciar de ofício a nulidade (CC/02, art. 168, *parágrafo único*)⁴³². Refoge à regra o caso específico das nulidades matrimoniais, que, conforme será visto, exige o ajuizamento de ação própria, sendo vedado ao julgador decretar de ofício a nulidade do casamento⁴³³.

Não se pode, ademais, perder de vista a prerrogativa que se abre ao interessado, em (iii), de invocar em caráter incidental o déficit invalidante, seja qual for a fase em que se situe a tramitação do processo, mesmo que o pedido formulado na inicial não se refira, propriamente, à nulidade⁴³⁴. Lembrando que, também aqui, as nulidades matrimoniais constituem um caso à parte, na medida em que impõem a necessidade de ação própria para que possam ser conhecidas pela autoridade judiciária.

⁴²⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4. p. 54-5.

⁴²⁹ Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 232.

⁴³⁰ Código Civil de 2002, art. 169: “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

⁴³¹ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “A nulidade é insanável (Código Civil, art. 169). Apesar disto, é possível *repetir-se* o negócio jurídico eliminando-se a causa da nulidade”. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 300.

⁴³² Código Civil de 2002, art. 168, *parágrafo único*: “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

⁴³³ Código Civil de 2002, art. 1.549: “A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”.

⁴³⁴ Nas palavras de Pontes de Miranda: “Sempre que regra especial não há, que exija ação autônoma, a nulidade pode ser alegada a qualquer tempo do processo, ainda *incidenter*. Trato incidental diz-se o da matéria, quando não seja a do pedido na ação proposta”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4. p. 260.

Um ponto que atrai controvérsias é o consignado em (iv), relativo à imprescritibilidade do nulo. Na vigência do Código Civil de 1916 – que não continha previsão a respeito –, três correntes se formaram. A primeira chegou a contar com a adesão de Clovis Bevilacqua, e sustentava a incidência do prazo geral de prescrição trintenária para as ações de nulidade⁴³⁵. A segunda, capitaneada por Pontes de Miranda, defendia que as nulidades eram imprescritíveis⁴³⁶. Já a terceira teve como mentor José Paulo Cavalcanti, cuja opinião era favorável à tese de que o nulo não prescrevia, mas a ação de nulidade estaria sujeita à prescrição, sendo possível a todo tempo arguir, por via de exceção, a nulidade⁴³⁷.

O Código Civil em vigor traz regra expressa determinando que o negócio jurídico nulo não se convalida pelo decurso do tempo (CC/02, art. 169)⁴³⁸. Logo, pela atual sistemática, o nulo nunca prescreve, podendo a ação de nulidade ser movida a qualquer tempo, enquanto houver interesse por parte do titular⁴³⁹. Reafirma-se, desse modo, uma conhecida lição do direito romano clássico (*D* 50, 17, 29), no sentido de que: “O que

⁴³⁵ “As nulidades de pleno direito prescrevem no prazo de trinta annos, porque nenhuma acção pessoal tem duração maior”. In: BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. v. 1. p. 401. Posteriormente, com o advento da Lei n. 2.437/1955, o prazo geral da prescrição relativa às ações pessoais foi reduzido para 20 anos.

⁴³⁶ “Os negócios jurídicos nulos e os atos jurídicos *stricto sensu* nulos são os que foram criados com vício grave, tal que: (...) e) não corre prescrição da pretensão à decretação da nulidade”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4. p. 54.

⁴³⁷ “A nulidade do ato não prescreve; o que prescreve é a *ação de nulidade*, que, como qualquer outra ação, não pode sobreviver além do prazo fixado pelo art. 177 do Cód. Civil. A distinção tem relevante importância prática, uma vez que, mesmo prescrita a ação, o ato nulo não adquire existência legal; fina-se, apenas, o direito de ação relativo a essa nulidade. Donde a consequência de que, não sendo mais possível a propositura da ação de nulidade do ato jurídico, resta sempre possível, em qualquer tempo, alegar essa nulidade por via de exceção”. In: CAVALCANTI, José Paulo. Prescrição da ação de nulidade. In: CAVALCANTI, José Paulo. **Direito civil (escritos diversos)**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 104.

⁴³⁸ Código Civil de 2002, art. 169: “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

⁴³⁹ Escrevendo sob a égide do Código Civil de 2002, Caio Mário da Silva Pereira insistiu em manter seu posicionamento anterior, no sentido de que a ação de nulidade estaria sujeita a prescrição. Confira-se: “Estão, pois, um contra o outro, dois princípios de igual relevância social: o não convalidamento do ato nulo *tractu temporis*, e o perpétuo silêncio que se estende sobre os efeitos do negócio jurídico, também *tractu temporis*. E, do confronto entre estas duas normas, igualmente apoiadas no interesse da ordem pública, continuo sustentando que não há direitos imprescritíveis, e, portanto, perante o novo Código, a declaração de nulidade prescreve em dez anos (art. 205)”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 635. Sem razão o autor, sobretudo quando desconsidera que a invalibilidade do nulo há de conduzir, via de regra, à imprescritibilidade. É o que recorda Marcos Bernardes de Mello: “Em princípio o ato jurídico nulo não se convalida porque a nulidade é imprescritível”. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 295.

desde o início é viciado, não pode convalescer pelo decurso do tempo”⁴⁴⁰ (*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*).

É preciso, porém, atentar para certas situações em que o legislador abrandou o tratamento comum atribuído à matéria, estabelecendo prazos específicos para o interessado promover a ação de nulidade. É o que se passa, por exemplo, com as decisões da administração coletiva de pessoa jurídica que vierem eivadas do vício de simulação, que, a despeito de refletirem caso de nulidade (CC/02, art. 167)⁴⁴¹, desafiam prazo decadencial de 3 anos para que a respectiva ação seja intentada (CC/02, art. 48, *parágrafo único*)⁴⁴². Outra hipótese seria a do testamento nulo, face a uma regra própria do direito sucessório que o submete ao prazo decadencial de 5 anos, a contar do seu registro, para o ingresso da ação tendente a invalidá-lo (CC/02, art. 1.859)⁴⁴³.

De outro lado, no que tange à tormentosa questão da ineficaciabilidade do nulo, aludida em (v), importa desde logo advertir que a nulidade, via de regra, impede que o ato jurídico opere seus efeitos próprios e finais. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de que do nulo se extraia um conteúdo eficaz mínimo, consistente no surgimento da situação jurídica básica, ou mesmo que se reconheçam, em caráter excepcional, os efeitos definitivos de um ato jurídico envolto em nulidade (*cf. infra*, n. 5.2). Marcos Bernardes de Mello, a propósito, pondera que não existe ato jurídico que seja absolutamente ineficaz⁴⁴⁴.

Há de se ter em conta, afinal, que as nulidades são insupríveis, conforme enfatizado em (vi). Portanto, não podem as partes ajustar convencionalmente a superação do déficit, ou mesmo postular ao julgador que deixe de considerá-lo quando da apreciação do ato jurídico⁴⁴⁵. Face ao que dispõe o art. 168, *parágrafo único*, do Código Civil, o

⁴⁴⁰ Trad. nossa da versão alemã. Confira-se a versão alemã: “Was gleich Anfangs fehlerhaft ist, kann nicht durch den Lauf der Zeit gültig werden”. In: OTTO, Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in’s Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1832. v. 4. p. 1.267.

⁴⁴¹ Código Civil de 2002, art. 167: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

⁴⁴² Código Civil de 2002, art. 48, *parágrafo único*: “Decai em 3 (três) anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude”.

⁴⁴³ Código Civil de 2002, art. 1.859: “Extingue-se em 5 (cinco) anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro”.

⁴⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 83.

⁴⁴⁵ *Cf.* SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017. p. 227.

defeito do qual resulta a nulidade não pode ser suprido, ainda que a requerimento das partes⁴⁴⁶.

Concluída essa análise, é chegado o momento de apreciar mais de perto o regime especial das nulidades, considerado o contexto das uniões impedidas. Para tanto, é necessário um esclarecimento prévio acerca da qualificação do casamento e da união estável segundo a tábua classificatória dos fatos jurídicos.

Com relação ao casamento, não sobrepaira a menor dúvida de que se trata de um *ato jurídico*. Basta constatar que seu suporte fático tem como cerne duas declarações conscientes de vontade que confluem para um resultado possível e protegido pelo direito⁴⁴⁷. A única divergência consiste na espécie de ato jurídico em que o casamento irá se enquadrar, ou seja, se ele vai corresponder a um ato jurídico *stricto sensu*, ou a um negócio jurídico.

Sabe-se que um dos traços distintivos do ato jurídico *stricto sensu* é a prévia imposição, pela norma jurídica, dos efeitos jurídicos resultantes, sem que esse quadro eficaz possa ser simplesmente elidido pela vontade dos interessados⁴⁴⁸. O modelo reflete, por assim dizer, um ato de vontade com efeitos jurídicos necessários. Valendo-se da sugestiva metáfora de Zeno Veloso, é como se a vontade do agente fosse similar à daquele que, querendo pressionar o interruptor, vem a acender a luz: a claridade irradia sem que o efeito tenha sido necessariamente desejado⁴⁴⁹. Na doutrina alemã, os atos jurídicos *stricto sensu* recebem o nome de *geschäftsähnliche Handlungen* (= atos assemelhados a negócios), significando, “exteriorizações de vontade ou comunicações às quais a lei liga consequências jurídicas, sem que estas devam ser queridas pelo autor da exteriorização” (trad. nossa)⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Código Civil de 2002, art. 169, *parágrafo único*: “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

⁴⁴⁷ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “Denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 207.

⁴⁴⁸ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 227; SORIANO NETO, José. **A construção científica alemã sobre os atos jurídicos em sentido estrito e a natureza jurídica do reconhecimento da filiação ilegítima**. Recife: Imprensa Universitária, 1957. p. 16; VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 5.

⁴⁴⁹ VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 5.

⁴⁵⁰ No original: “Willensäußerungen oder Mitteilungen, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft, ohne dass diese vom Äußernden gewollt sein müssen”. In: BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 30. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2006. p. 60.

Nesse cenário, a se considerar o casamento como espécie de *ato jurídico* stricto sensu, o intérprete será levado a admitir que toda a sua eficácia é previamente fixada por normas jurídicas de caráter cogente, inderrogáveis por acordo das partes, sem que haja o mínimo espaço para que a vontade possa controlar a extensão dos seus efeitos. Seguem essa orientação Zeno Veloso⁴⁵¹, Francisco Amaral⁴⁵² e Eduardo Nunes de Souza⁴⁵³.

Se, de modo diverso, tomar-se por referência a categoria dos negócios jurídicos, forçoso é reconhecer, em maior ou menor amplitude, o poder de autorregramento da vontade no plano eficaz⁴⁵⁴. Os efeitos jurídicos, no caso, irão resultar de uma norma jurídica que atribui à vontade o poder de reger seu conteúdo e extensão. Advirta-se que a eficácia negocial não se opera pelo simples fato de ser querida, e sim porque a norma jurídica contempla a possibilidade de que do negócio jurídico se irradiem os efeitos jurídicos desejados⁴⁵⁵.

Portanto, se o casamento for concebido à imagem de um *negócio jurídico*, significa que o casal contará com relativa liberdade para reger o conteúdo eficaz da relação jurídica correspondente, observados, por certo, os limites estabelecidos pelo sistema jurídico. Comungam esse pensamento Marcos Bernardes de Mello⁴⁵⁶, Orlando Gomes⁴⁵⁷, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk⁴⁵⁸.

Na linha adotada pelo presente trabalho, há de se ter como acertada essa segunda posição. O casamento, em efeito, adapta-se melhor ao esquema legal dos negócios jurídicos. Embora se reconheça que os deveres inerentes à sociedade conjugal sejam fixados com relativa rigidez pelo legislador, ainda assim subsiste espaço para que o casal

⁴⁵¹ VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 6.

⁴⁵² AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 467.

⁴⁵³ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017. p. 91.

⁴⁵⁴ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 248-9; PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3. p. 81-2.

⁴⁵⁵ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “Quanto à geração de efeitos jurídicos, como somente de fato jurídico pode decorrer eficácia jurídica, por mínimo que seja, não se pode atribuir à *declaração de vontade*, que é apenas parte de suporte fático, a condição de causa da eficácia jurídica negocial. Na verdade, o ordenamento jurídico atribui à vontade certo *poder de escolha* da categoria jurídica, inclusive eficaz, mas, nunca, o de criar efeitos jurídicos”. In: MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre a adequação na categoria negócio jurídico ao mundo atual. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; FRANCO, Karina Barbosa (org.). **Estudos sobre a teoria do fato jurídico**: homenagem ao Professor Marcos Bernardes de Mello. Andradina: Meraki, 2020. p. 23.

⁴⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 250.

⁴⁵⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 61.

⁴⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15. p. 150.

possa exercer o poder de autorregramento da vontade no âmbito da relação matrimonial. Com isto não se está querendo aludir à atual tendência de contratualização das relações jurídicas familiares, matéria que refoge ao campo de análises deste trabalho. O que se quer, na verdade, é chamar atenção para a liberdade que tem o casal de escolher a categoria jurídica que servirá de base ao núcleo familiar (casamento ou união estável)⁴⁵⁹, e também de estruturar, até certo ponto, o conteúdo eficaz da relação jurídica correspondente (através, por exemplo, da eleição do regime de bens)⁴⁶⁰. Se essa liberdade, de fato, existe, outra conclusão não há senão admitir que o casamento é negócio jurídico. Por maior ou menor que seja a intervenção do Estado na relação conjugal – a própria imposição dos impedimentos matrimoniais é um exemplo visível dessa realidade –, não se pode negar a existência de zonas de autonomia dentro das quais o poder de autorregramento da vontade encontra ocasião de construir o projeto familiar.

Examine-se agora o caso da união estável. Até hoje não se chegou a um consenso sobre a sua classificação nos quadros da teoria do fato jurídico. É ainda um assunto polêmico e sujeito a controvérsias, a respeito do qual três correntes principais podem ser apontadas.

A *primeira* delas atribui à união estável a natureza de *ato-fato jurídico*. A categoria tem como base o *Realakt* dos alemães, sinalizando uma conduta humana avolitiva, à qual a norma jurídica liga os respectivos efeitos jurídicos independentemente da vontade de se praticar a conduta em questão⁴⁶¹. Note-se bem: a vontade, no caso, pode até ter existido, mas ela não é valorada, significa dizer, ela não constitui elemento nuclear do suporte fático do ato-fato jurídico, já que nesta figura, a vontade é um dado juridicamente irrelevante⁴⁶². Por essa razão, o ato-fato jurídico não tem passagem pelo

⁴⁵⁹ Nas palavras de Carlos Dias Motta: “A possibilidade de opção pelo casamento ou pela união estável representa afirmação da liberdade conferida às pessoas no campo do direito de família. Trata-se de decisão a ser tomada exclusivamente pelo homem e pela mulher que querem constituir família, segundo seus sentimentos, interesses e preferências”. In: MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 230.

⁴⁶⁰ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 250.

⁴⁶¹ Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 30. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2006. p. 59-60. Registre-se que Pontes de Miranda, ao se reportar aos atos-fatos jurídicos, propõe subdividir a categoria em *atos reais*, *indenização sem culpa* e *caducidades sem culpa*. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 2. p. 421-46. Mais precisa é a nomenclatura sugerida por Marcos Bernardes de Mello: *atos reais*, *atos-fatos indenizativos* e *atos-fatos caducificantes*. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 196-203.

⁴⁶² Nas palavras de Pontes de Miranda: “Nos atos reais, a vontade não é elemento do suporte fático (= o suporte fático seria suficiente, ainda sem ela)”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 2. p. 423. Divergindo, em parte, da concepção ponteana, Torquato Castro Jr. vai incorporar ao suporte fático do ato-fato jurídico o elemento vontade, ao aduzir que a norma

plano da validade; ele existe ou não existe, e somente existindo, é que pode saltar diretamente para o plano da eficácia⁴⁶³.

Paulo Lôbo é um dos que concebem a união estável como modalidade de ato-fato jurídico⁴⁶⁴. De acordo com o autor, os traços característicos desse tipo de relação (convivência, publicidade, continuidade e durabilidade) independeriam de qualquer manifestação volitiva. Seriam, em suas palavras, “situações exclusivamente de fato”, que conseguem se sobrepor inclusive à eventual vontade em sentido contrário dos companheiros. Basta que a união se configure no mundo fenomênico para que incida todo o plexo normativo correspondente, e a relação fática venha, com isso, a se transmutar em relação jurídica. Fiel a seu critério, o jurista pontua que as causas de invalidade matrimonial não se aplicam à união estável, já que esta não integra a classe dos atos jurídicos (atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos). Para ele, não teria sentido falar em união estável válida ou inválida. Os próprios impedimentos matrimoniais conduziriam não à invalidade, e sim à inexistência da união⁴⁶⁵.

A *segunda* corrente inclui a união estável no conceito de *ato jurídico stricto sensu*. Quem defendeu esse ponto de vista no passado foi Marcos Bernardes de Mello, que depois veio a reformular sua posição originária. A justificativa dada pelo mestre alagoano, a princípio, vinha centrada no elemento volitivo do suporte fático da união estável (objetivo de constituir família), a pressupor a manifestação consciente de vontade no sentido de estabelecer o relacionamento familiar. Na sua leitura, o fato jurídico constitutivo da união estável ficaria melhor caracterizado como um ato jurídico *stricto*

jurídica reconhece tal elemento, porém sem valorá-lo. Confira-se: “(...) o direito, pode dizer-se, apenas precisa supor que haja alguma vontade presente no suporte fático, para que entenda configurada a *fattispecie* e admitida a incidência da norma. Nesse sentido, não haverá o direito que valorar essa vontade, apenas que reconhecê-la”. In: CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 133. Em outra passagem da obra, o autor, de modo pioneiro, alerta para a dimensão pragmática do construto teórico da categoria ato-fato jurídico, relacionando-a ao objetivo de favorecer a atuação jurídica de incapazes. Confira-se: “Admitir, porém, que a ocupação pelo incapaz pudesse gerar a propriedade é contradizer o requisito da capacidade para a validade de um ato humano. Como é possível escapar desse dilema? Do ponto de vista semântico, obviamente, a única maneira de se fazê-lo é admitindo que certos eventos, embora caracterizados pela presença do elemento volitivo em seu suporte fático, não constituiriam, só por isso, ‘atos jurídicos’”. In: CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 131.

⁴⁶³ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 166.

⁴⁶⁴ No mesmo sentido, cf. FRANCO, Karina Barbosa. União estável: uma análise da natureza jurídica à luz da teoria do fato jurídico. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; FRANCO, Karina Barbosa (org.). **Estudos sobre a teoria do fato jurídico: homenagem ao Professor Marcos Bernardes de Mello**. Andradina: Meraki, 2020. p. 92.

⁴⁶⁵ LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 109-11.

sensu compósito, espécie que agrega à manifestação de vontade circunstâncias outras para que possa ingressar no mundo jurídico (que viriam, no caso, relacionadas à situação fática da convivência pública, contínua e duradoura entre os companheiros)⁴⁶⁶. Consequência lógica do enquadramento da união estável como ato jurídico *stricto sensu* é sua aptidão legal de perpassar o plano da validade.

Já a *terceira* corrente vai imprimir à união estável o caráter de *negócio jurídico*. É o posicionamento atual de Marcos Bernardes de Mello, em seu último artigo publicado a respeito do tema. Nele, o autor decompõe o núcleo do suporte fático da união para nele reconhecer, como *elemento cerne*, duas exteriorizações de vontade objetivando manter a convivência afetiva, e como *elementos completantes*, a situação fática resultante do convívio público, contínuo e duradouro, acrescida da ausência de impedimentos e do objetivo de constituir família. Sequenciando sua exposição, o mestre pontua que o suporte fático da união estável se produz em ordem de sucessividade, ao longo do tempo, sem que seja necessário que a vontade se manifeste desde logo, no início da convivência. Afinal de contas, diz ele: “Ninguém estabelece uma relação afetiva duradoura, continuada e pública, como casal, *sem querer*”⁴⁶⁷. Também é importante o destaque que o texto faz para a vontade constitutiva da relação, vontade esta que não precisa se externar de forma qualificada, por meio de uma declaração solene dos companheiros⁴⁶⁸. Bastaria, assim, o comportamento concludente de ambos para que se possa inferir que, de fato, desejam manter a união.

Sem descurar do rigor científico que permeia sua obra, Marcos Bernardes de Mello conclui que o fato jurídico constitutivo da união estável caracteriza um negócio jurídico, tendo em vista a abertura que a lei concede, nos limites por ela estabelecidos, ao exercício do poder de autorregramento da vontade. De acordo com o jurista, esse poder se revela tanto em face da escolha, pelo casal, da categoria jurídico-familiar almejada (casamento ou união estável), como também diante da possibilidade de que se venha a estruturar, com certa margem de autonomia, o conteúdo eficaz da respectiva relação

⁴⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre a classificação do fato jurídico da união estável. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 161-3.

⁴⁶⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 39, mai.-jun. 2020. p. 161.

⁴⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 39, mai.-jun. 2020. p. 161.

jurídica (optando-se, por exemplo, por um regime de bens distinto da comunhão parcial)⁴⁶⁹.

Esse critério é, de longe, o mais adequado. A carga de subjetividade inerente ao suporte fático da união estável, aliada ao poder de autorregramento da vontade conferido pela norma jurídica aos companheiros, não permitem outro entendimento a não ser que o fato jurídico constitutivo da união representa, efetivamente, um negócio jurídico. Inserir essa relação familiar no contexto dos atos-fatos jurídicos, sob o argumento de que sua configuração independeria de qualquer manifestação volitiva, é ignorar a vontade concludente dos companheiros no sentido de manterem a relação – vontade esta que, segundo Marcos Bernardes de Mello, manifesta-se de forma gradual, ao longo da convivência. Ausente esse dado subjetivo, não há como se configurar o suporte fático da união estável, o que torna inviável, portanto, seu enquadramento como ato-fato jurídico. Tampouco seria cabível sustentar sua qualificação como ato jurídico *stricto sensu*. Isto, por duas razões fundamentais: a *primeira* reside na unilateralidade inerente a essa figura, cujo suporte fático se compõe sempre de uma exteriorização unilateral de vontade⁴⁷⁰; a *segunda*, porque a espécie não abre margem para que se opte por outra categoria jurídica, ou para que se possa estruturar o conteúdo da relação jurídica resultante⁴⁷¹.

Note-se que o debate não se cinge ao interesse meramente acadêmico, não se esvai em pura logicidade. É preciso, ainda, situá-lo em sua dimensão pragmática. A se admitir, por exemplo, que a união estável corresponda ao conceito de ato-fato jurídico, forçoso seria reconhecer que duas pessoas menores de 16 anos – crianças, até – não encontrariam qualquer óbice em manter legalmente esse tipo de relação, o que decerto causaria repulsa ao sistema jurídico, sempre atento à questão da tutela dos incapazes. Mas a partir do momento em que se enxerga o fato jurídico que constitui a união estável como espécie de negócio jurídico, a ele passam a ser extensíveis as normas jurídicas referentes aos pressupostos de validade, fazendo com que se deva reputar inválida a união estável infantojuvenil. Além disso, eventual impedimento incidente sobre a relação, que, na visão dos que concebem a união estável como ato-fato jurídico, conduziria à inexistência do

⁴⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 39, mai.-jun. 2020. p. 161-2.

⁴⁷⁰ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 227-8.

⁴⁷¹ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 227; PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 2. p. 502; NEVES, Marcelo. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. **Revista de informação legislativa**, Senado Federal: Brasília, n. 84, out.-dez. 1984. p. 281.

vínculo⁴⁷², deve ser tido como causa de *nulidade*⁴⁷³, à semelhança do que se passa com o negócio jurídico matrimonial.

Por mais que se afirme o contrário, casamento e união estável são negócios jurídicos, e à luz da teoria do fato jurídico, transitam pelo plano da validade. Daí ser pertinente falar em casamento e união estável válidos, nulos ou anuláveis, com a ressalva de que, em ambos os modelos de relação familiar, a incidência de impedimentos traz como consequência a nulidade.

Ao cuidar, especificamente, do direito matrimonial, o Código Civil em vigor, seguindo a esteira da codificação revogada, desviou-se em grande parte do regime geral das nulidades⁴⁷⁴. Se é certo que continuam mantidos os atributos da insanabilidade, da imprescritibilidade e da insupribilidade (*supra*), o fato é que, pelo menos, três características essenciais do nulo não são extensíveis ao matrimônio envolto em nulidade. Quer-se referir, neste particular, à ineficaciabilidade, à decretabilidade *ex officio* e à arguibilidade *incidenter tantum*.

Com relação ao aspecto alusivo à eficácia do matrimônio nulo, volver-se-á mais além (*cf. infra*, n. 5.2). Por ora, o foco se manterá na vedação legal de que a nulidade do casamento possa ser decretada de ofício, ou de que se venha a argui-la incidentalmente, no curso da relação processual.

Atenha-se ao que dispõe, nesse ponto, o atual Código Civil, em seu art. 1.549: “A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”.

Como se nota, o dispositivo consagra a exigência de *ação direta* para que se possa obter o pronunciamento judicial da nulidade. Se, porventura, um dos cônjuges for demandado pelo outro em processo de natureza diversa (como separação ou divórcio), não poderá o réu arguir a nulidade como objeto de defesa, nem mesmo incidentalmente,

⁴⁷² Nesse sentido, *cf.* LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. *In:* MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 111

⁴⁷³ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “Do mesmo modo, é *nula* a união estável constituída entre pessoas impedidas de casar, mesmo quando reconhecida pelos conviventes em instrumento formalizado na forma do art. 1.725”. *In:* MELLO, Marcos Bernardes de. Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 39, mai.-jun. 2020. p. 163.

⁴⁷⁴ Sobre o tratamento legalmente dispensado às nulidades no direito de família, afirmou, sem exagero, Eduardo Nunes de Souza: “Não por acaso, o direito de família é considerado frequentemente um setor em que a teoria das invalidades teria construído um microsistema autônomo”. *In:* SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 223.

durante a tramitação processual. Tampouco poderá o juiz conhecer da matéria *ex officio*. Somente mediante ação direta, de iniciativa do interessado ou do Ministério Público, é que será possível pleitear o julgamento da nulidade⁴⁷⁵. A norma, advirta-se, tem incidência restrita ao casamento, não alcançando a união estável.

Problema de alta relevância tem a ver com quem seriam os interessados na decretação de nulidade. Em seus comentários ao Código Civil de 1916, Clovis Bevilacqua incluiu no rol tanto os que tivessem *interesse puramente moral*, no sentido de se manter a honradez familiar (a exemplo do próprio cônjuge, seus ascendentes, descendentes ou irmãos), como aqueles que demonstrassem *interesse econômico*, podendo extrair alguma vantagem de ordem patrimonial (como no caso dos colaterais sucessíveis e dos credores de cada cônjuge)⁴⁷⁶. Observe-se que tal pensamento se coadunava perfeitamente com o disposto no art. 76 da codificação pretérita, que impunha o interesse econômico ou moral para que se pudesse propor ou contestar a ação⁴⁷⁷.

Conquanto o referido preceito não tenha sido reproduzido pelo Código Civil em vigor, ainda assim a lição de Bevilacqua permanece atual. Interessado é aquele que terá sua esfera jurídica afetada positivamente com o reconhecimento judicial da nulidade. Lembrando-se que o conceito de esfera jurídica, na visão de Marcos Bernardes de Mello, inclui tanto os direitos de conteúdo econômico, que compõem o patrimônio do sujeito, como aqueles outros bens juridicamente protegidos, de cunho moral ou espiritual⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ Nas palavras de Pontes de Miranda: “A validade pode ser objeto de exceção; a nulidade, não. Por isso mesmo, se se quer o julgamento da nulidade ou a anulação do casamento anterior, qualquer que seja a finalidade do pedido, é em processo ordinário que se pleiteia”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 358.

⁴⁷⁶ Cf. BEVILAGUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922. v. 2. p. 66-7. *A favor* dessa tese, cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 327-8; ESPINOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957. p. 187; COELHO, Vicente de Faria. **Nulidade e anulação do casamento**: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 40-3; MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 234; VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 156; FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15. p. 158; DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 218-9. *Contra*, cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 533. A autora, no caso, defende que apenas o *interesse jurídico* justificaria a ação de nulidade do casamento.

⁴⁷⁷ Código Civil de 1916, art. 76: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”.

⁴⁷⁸ “No âmbito da esfera jurídica são incluídos desde o mais concreto dos direitos, o domínio, porque incide diretamente sobre coisas (= bens materiais), aos mais abstratos, como a liberdade de religião, o direito de sentar numa praça pública, de ir a uma praia, e.g. Por isso, o conceito de esfera jurídica tem amplitude maior que o de patrimônio, uma vez que este se limita aos direitos com conteúdo econômico, em sentido estrito, enquanto aquela envolve ainda outros bens que, embora sejam reconhecidos e protegidos pelo

Aliás, mesmo o terceiro desinteressado, cuja esfera jurídica não venha a sofrer qualquer impacto a partir da decisão, poderá representar junto ao Ministério Público para que este ingresse com a ação de nulidade⁴⁷⁹.

A única dúvida que persiste é saber se a ação de nulidade pode, ou não, ser proposta pelo cônjuge de má-fé, por aquele que tinha ciência do défice. Um exemplo prático porá ênfase na gravidade da questão. Suponha-se que dois irmãos venham a consumir um matrimônio nulo, sendo que um deles sabia da existência do laço consanguíneo, o outro, não. A indagação que se faz é se o primeiro poderia pedir judicialmente a decretação da nulidade.

Admitindo-se que o cônjuge que deu causa à nulidade possa mover a ação, estar-se-ia, de certo modo, legitimando a prática de um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), o que deve, portanto, ser sopesado à luz da teoria da confiança. Como se sabe, considera-se inadmissível o exercício do direito quando o respectivo titular se põe em contradição com seu comportamento anterior, e com isso vem a frustrar as legítimas expectativas geradas, em prejuízo da outra parte⁴⁸⁰. Recorde-se de que o sistema jurídico a todo momento busca conter o exercício abusivo dos direitos, reprimindo condutas contrárias à boa-fé objetiva, capazes de pôr em risco os pilares de lealdade e probidade que servem de apoio à relação negocial. Por esse critério, não seria dado ao cônjuge responsável pela nulidade pleitear a invalidação do matrimônio.

A isto pode-se objetar, lado outro, que o interesse social não se apraz com a manutenção de um casamento nulo. Que o sistema jurídico, ao legitimar o Ministério Público para a ação, revela-se inflexível em matéria de nulidades matrimoniais. Sem falar que, face ao *princípio da irrenunciabilidade das alegações de nulidade* (expressão de Pontes de Miranda)⁴⁸¹, não seria razoável que o interessado, mesmo tendo dado causa ao défice, estivesse impedido de suscitar em juízo a questão.

Direito, têm valor meramente espiritual, moral”. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 95-6.

⁴⁷⁹ É o que recorda Maria Amália Alvarenga: “Qualquer cidadão, mesmo que não possua interesse direto na lide, pode, por meio de documentos que comprovem a incidência de um impedimento traduzido nos incs. I a VII do art. 1.521, mobilizar o Ministério Público, para que este promova a ação declaratória de nulidade do casamento, por envolver aspecto que colide com os princípios de ordem pública que envolvem a natureza jurídica constitutiva da família, protegida pela Constituição”. In: ALVARENGA, Maria Amália. **O casamento inválido no novo Código Civil**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002. p. 36-7.

⁴⁸⁰ Sobre teoria da confiança e a proibição do *venire contra factum proprium*, cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 742-70; BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 30. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2006. p. 349-50; PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, n. 27, jul.-set. 2006. p. 259-68.

⁴⁸¹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4. p. 260.

Difícil aderir a um ou outro raciocínio. Longe de oferecer resposta definitiva ao problema, Anderson Schreiber sugere que se faça uma ponderação concreta entre o interesse público que norteia o regime das nulidades e o interesse, igualmente público, por detrás da tutela da confiança. A depender do resultado, tanto seria possível admitir, como inadmitir, que se declare a nulidade do ato⁴⁸².

Esse posicionamento não é dos melhores, antes, contribui para que se aumente ainda mais o índice de insegurança jurídica. Jan Peter Schmidt, a propósito, alerta sobre o risco de se deixar o regime legal das nulidades sujeito à livre apreciação do juiz. No seu entender, a solução legislativa seria facilmente manipulável caso se aceitasse que o Judiciário pudesse aplicar, de forma irrestrita e sem qualquer embasamento legal, a regra proibitiva do comportamento contraditório⁴⁸³. Com isso, diz ele, “o regime da invalidade perderia sua força vinculante e seria nada mais que uma ‘gentil recomendação’ ao juiz por parte do legislador”⁴⁸⁴. A realidade, porém, é que a sanção invalidante não admite esse tipo de clivagem, não se submete de modo indiscriminado aos princípios da probidade e da boa-fé. O professor alemão dá como exemplo o do filho que, após assinar um termo de renúncia a alimentos, mesmo sabendo da proibição constante do art. 1.707 do Código Civil, pode depois tornar a pedi-los⁴⁸⁵. São ainda suas as seguintes palavras: “Por isso, quem invoca a invalidade prevista por lei não atua com ‘evidente má-fé’, mas, ao contrário, faz exatamente o que o legislador como ‘bom pai’ previa e queria”⁴⁸⁶.

E o legislador, acrescente-se, admitiu de forma expressa que as nulidades possam ser arguidas por “qualquer interessado” (CC/02, art. 168)⁴⁸⁷, sem excluir do conceito aquele que deu causa ao déficit.

Judith Martins-Costa, em sua obra clássica *A boa-fé no direito privado*, afirma não haver contraditoriedade desleal ao se fazer algo que o direito permite. E dá como

⁴⁸² SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 258.

⁴⁸³ SCHMIDT, Jan Peter. Alegação de invalidade como comportamento contraditório proibido? – Comentários ao acórdão do REsp 1.461.301/MT. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo: RT, n. 7, abr.-jun. 2016. p. 424.

⁴⁸⁴ SCHMIDT, Jan Peter. Alegação de invalidade como comportamento contraditório proibido? – Comentários ao acórdão do REsp 1.461.301/MT. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo: RT, n. 7, abr.-jun. 2016. p. 424.

⁴⁸⁵ SCHMIDT, Jan Peter. Alegação de invalidade como comportamento contraditório proibido? – Comentários ao acórdão do REsp 1.461.301/MT. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo: RT, n. 7, abr.-jun. 2016. p. 425.

⁴⁸⁶ SCHMIDT, Jan Peter. Alegação de invalidade como comportamento contraditório proibido? – Comentários ao acórdão do REsp 1.461.301/MT. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo: RT, n. 7, abr.-jun. 2016. p. 425.

⁴⁸⁷ Código Civil de 2002, art. 168: “As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”.

exemplo: “É precisamente o caso em que alguém alega nulidade, havendo interesse tutelado pelo Direito, o que impede, nessa hipótese, apelar-se à máxima que veda a contradição”⁴⁸⁸.

Tudo converge para a conclusão de que a ação de nulidade matrimonial pode, sim, ser proposta pelo cônjuge que tinha ciência do impedimento (o mesmo se dizendo do companheiro, em relação à união estável). Na França, o *Code Napoleon*, em seu art. 184, não faz nenhuma ressalva a que o casamento contraído com infringência de impedimento matrimonial possa ter sua nulidade declarada a pedido de qualquer dos cônjuges⁴⁸⁹. De forma análoga, o Código Civil português, após reconhecer a nulidade do negócio jurídico simulado, admite que a simulação possa ser arguida pelos próprios simuladores (art. 242, 1)⁴⁹⁰.

Além do que, conforme já dito, a incursão na nulidade vai privar o matrimônio de seus efeitos próprios e finais (com as ressalvas que serão feitas adiante – *cf. infra*, n. 5.2). Sendo assim, tolher a possibilidade de que a matéria seja conhecida pelo Judiciário, ainda que por iniciativa do cônjuge de má-fé, implicaria manter o casamento numa redoma de eficácia aparente, sem projeção no mundo do direito, posto ser inadmissível, salvo disposição legal em contrário, reconhecer plena eficácia jurídica a um negócio jurídico que, em tese, não poderia alcançá-la.

⁴⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 701. No mesmo sentido, pontua Marcos Bernardes de Mello: “Aquele que deu causa à nulidade pode alegá-la, desde que tenha interesse”. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 309. Outro não é o entendimento de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, ao se referirem às nulidades matrimoniais: “Levando-se em conta, porém, que o interesse apto a ensejar legitimidade pode ser exclusivamente moral, nada impede, por isso, que mesmo o cônjuge de má-fé (o bigamo, por exemplo) possa arguir a nulidade de seu casamento”. In: FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15. p. 159.

⁴⁸⁹ Código Civil francês, art. 184: “Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tout ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public”.

⁴⁹⁰ Código Civil português, art. 242, 1: “Sem prejuízo do disposto no art. 286º, a nulidade do negócio simulado pode ser arguida pelos próprios simuladores entre si, ainda que a simulação seja fraudulenta”.

5.2 Eficácia mínima e eficácia excepcional da união impedida

A ineficácia é um resultado que normalmente se atribui ao nulo. Dizer a *nulidade* implica, de modo geral, negar o efeito jurídico pretendido⁴⁹¹ (*quod nullum est, nullum effectum producit*)⁴⁹².

A solução, de resto clássica na doutrina civilista, merece uma reanálise à luz da teoria do fato jurídico. Quando se diz, por exemplo, que uma união matrimonial é nula, está-se, com isso, querendo privar o casamento de seus efeitos jurídicos próprios e finais⁴⁹³ (consistentes, dentre outros, na formação da sociedade conjugal; no surgimento dos direitos e deveres recíprocos entre cônjuges; na eventual comunicabilidade resultante do regime de bens; etc.). Por tal critério, não haveria erro algum em associar o nulo ao corolário da ineficácia.

Mas não se conclua, a partir disso, que o nulo seja desprovido de todo e qualquer efeito jurídico. Marcos Bernardes de Mello, inspirando-se na construção científica de Pontes de Miranda, chega inclusive a dizer que, “não há fato jurídico *absolutamente* ineficaz”⁴⁹⁴.

O que o mestre alagoano, com essa frase, pretende demonstrar, é a irradiação de uma eficácia jurídica *mínima* que todo e qualquer fato jurídico, no momento em que acessa o plano da existência, é capaz de surtir: a formação da *situação jurídica básica*. É sobre essa base eficaz mínima que irá se desenvolver, se houver condições para tanto, a eficácia jurídica plena do fato jurídico⁴⁹⁵.

Tomando-se como referência as uniões impedidas, é preciso ter em conta que o respectivo suporte fático inclui, como elemento cerne, uma relação intersubjetiva; donde resulta que o nulo fará nascer uma relação jurídica de cunho intersubjetivo entre o casal.

⁴⁹¹ Nas palavras de Torquato Castro Jr: “‘Dizer’ a nulidade é, de fato, ‘negar’ algo. Mas, numa sentença, numa petição, o que se faz é ‘afirmar’ a nulidade. Afirmando a nulidade é que se pode pretender negar o efeito disputado litigiosamente”. In: CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 150.

⁴⁹² “O que é nulo não produz nenhum efeito”. In: MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Expressões de latim forense e brocardos jurídicos**. São Paulo: YK Editora, 2021. p. 78.

⁴⁹³ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 290-1.

⁴⁹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 83.

⁴⁹⁵ “A denominação *situação jurídica básica* – que adotamos para designar a eficácia mínima e necessária dos fatos jurídicos – justifica-se por ser ela o lastro, a base, sobre que se erige a sua eficácia plena; quer dizer: a partir da *situação jurídica básica* são irradiados os outros efeitos do fato jurídico, quando possível”. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 240.

Trata-se, no dizer de Marcos Bernardes de Mello, da *relação jurídica fundamental*, e que vai corresponder à situação jurídica básica, por ele antes mencionada⁴⁹⁶.

Note-se que a relação jurídica fundamental, que tem sua origem em um casamento ou união estável nulos, não é apta a produzir, via de regra, o conteúdo eficaz pleno de um casamento ou união estável válidos. No entanto, é possível admitir-se, excepcionalmente, que esse conteúdo eficaz seja gerado, ainda que de forma interina, se restar configurada hipótese de putatividade (*cf. infra*, n. 5.3). De todo modo, haja ou não putatividade, o fato é que a eficácia mínima da união impedida vai se projetar no mundo jurídico, no momento em que se forma a situação jurídica básica.

A importância prática da situação jurídica básica só se consegue perceber nos casos em que não se opera a eficácia plena do nulo. É através dela que se concebe, por exemplo, a ideia de eficácia aparente⁴⁹⁷. Também por ela se explica a própria existência da sanção invalidante, que, por não traduzir efeito próprio e final de um negócio jurídico válido, só pode resultar da situação jurídica básica que constitui a eficácia mínima de um negócio jurídico nulo⁴⁹⁸.

Além desse conteúdo eficaz mínimo, é preciso chamar atenção para a *eficácia excepcional* que a união impedida, em determinadas circunstâncias, é capaz de gerar. Cuida-se, por assim dizer, de uma série de efeitos jurídicos que, diante de previsão legal expressa, tendem a se manter definitivos, mesmo após a sentença final que tiver decretado a nulidade. Dentre eles, apontam-se os seguintes:

- a) Irrepetibilidade dos alimentos provisórios prestados ao cônjuge ou companheiro durante o transcurso da ação de nulidade (CC/02, art. 1.706)⁴⁹⁹;
- b) Presunção de parentalidade dos filhos atribuída ao marido (CC/02, art. 1.597, I e II, *c/c* art. 1.617)⁵⁰⁰;

⁴⁹⁶ Sobre a correlação entre situação jurídica básica e relação jurídica fundamental, *cf.* MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 213-6.

⁴⁹⁷ Sobre eficácia aparente, *cf.* MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 90-94.

⁴⁹⁸ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “A própria invalidade, por ser uma sanção que se impõe ao negócio jurídico, constitui eficácia jurídica, que não lhe é própria, mas que decorre da situação jurídica criada com seu ingresso defeituoso no mundo do direito”. *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 107.

⁴⁹⁹ Código Civil de 2002, art. 1.706: “Os alimentos provisórios serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual”.

⁵⁰⁰ Código Civil de 2002, art. 1.597, I e II: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”; Código Civil de 2002, art. 1.617: “A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo”.

c) Formação de uma causa suspensiva, apta a impor o regime da separação obrigatória de bens à mulher, pelo período de dez meses (CC/02, art. 1.523, II)⁵⁰¹;

d) Tutela dos direitos adquiridos a título oneroso por terceiros de boa-fé (CC/02, art. 1.563)⁵⁰²;

e) Manutenção da eficácia jurídica irradiada em favor do cônjuge de boa-fé, no caso do matrimônio putativo (*cf. infra*, n. 5.3).

Excluem-se do elenco questões relativas à guarda, visitação e alimentos dos filhos, já que não representam, propriamente, efeito jurídico das uniões impedidas, antes, decorrem do vínculo parental que liga os genitores à sua prole.

5.3 Casamento putativo: análise em torno de sua nulidade, eficácia e ineficacização

A atribuição de eficácia excepcional ao casamento putativo traduz a resposta do legislador ao problema suscitado em torno da ignorância, por parte de um ou de ambos os nubentes, de eventual impedimento recainte sobre a união. Ter-se-ia, em síntese, a consumação de um matrimônio nulo, que, no entanto, por ter sido contraído de boa-fé por pelo menos um dos futuros cônjuges, seria apto a operar plena eficácia jurídica até a averbação da sentença decretatória de nulidade⁵⁰³.

Os germens do instituto, conforme aponta Moreira Alves, remontam ao direito romano clássico. Registra o autor, em sua tese de livre-docência, a existência de um

⁵⁰¹ Código Civil de 2002, art. 1.523, II: “Não devem casar: (...) II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”.

⁵⁰² Código Civil de 2002, art. 1.563: “A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado”. Marcos Bernardes de Mello entende haver, nesse caso, atribuição de eficácia jurídica a negócios jurídicos de alienação praticados durante o estado de aparência, o que pressupõe a onerosidade da transmissão e a boa-fé do terceiro adquirente. A respeito, *cf.* MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 90-3.

⁵⁰³ Na doutrina, há quem sustente que o casamento putativo projeta sua eficácia jurídica até o *trânsito em julgado* da sentença de nulidade. Nesse sentido, *cf.* CAHALI, Yussef Said. **O casamento putativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 117; SILVEIRA, Alípio. **O casamento putativo no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1972. p. 159; MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 278; FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15. p. 190. Outro é o entendimento de Marcos Bernardes de Mello. Segundo o referido autor, tratando-se de ato jurídico em que a publicidade constitui elemento essencial do suporte fático – como o casamento –, sua eficácia jurídica somente deixa de se operar com outra publicidade em sentido oposto – na hipótese do casamento putativo, a *averbação* da sentença de nulidade. *In:* MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 80. No mesmo sentido, *cf.* PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 394. Acertada essa segunda posição.

*rescriptum*⁵⁰⁴ dos Imperadores Marco Aurélio e Lúcio Vero (séc. II), pelo qual se reconheceu o *status* de *fili legitimi* à prole havida por Flávia Tertula de seu tio materno, com o qual era casada havia várias décadas. A resposta imperial teve por principal fundamento a *bona fides* da esposa, a qual, havendo incorrido em *error iuris*, ignorava a vedação para o matrimônio⁵⁰⁵.

A referência ao *rescriptum* consta de um fragmento do *Digesto*, cujo teor se transcreve (trad. nossa da versão alemã):

Os divinos Marco e Lúcio, Imperadores, assim rescreveram, através do liberto Mensor, a Flavia Tertula: nós somos inclinados pela legitimidade de seus filhos e por isso a confirmamos, por tudo isso que concorre, parte pela extensão do tempo durante o qual você, ignorante do direito, permaneceu casada com o irmão de sua mãe, parte porque você se casou [com o mesmo] por instância de sua avó, parte pelo número de seus filhos, havidos no casamento contraído há quarenta anos [por vocês], tal como tivessem sido concebidos em casamento legítimo (*D* 23, 2, 58)⁵⁰⁶.

Como se nota, em que pese a boa-fé da esposa ter influenciado na atribuição de *legitimatio* à descendência, fatores outros foram levados em conta, como a duração do enlace (quarenta anos), a pressão da avó e o elevado número de filhos. Por se tratar de decisão de equidade restrita a um caso concreto, não se pode concluir, a partir dela, que o direito romano tenha contado com um entendimento próprio acerca do casamento putativo⁵⁰⁷.

No plano histórico-jurídico, o instituto só vai se desenvolver com maior rigor conceitual em meados do séc. XII, sob o abrigo do direito canônico. Costuma-se creditar a Pedro Lombardo (1100 – 1160), bispo de Paris, a formulação da primeira teoria a seu respeito⁵⁰⁸. De acordo com Lombardo, se dois parentes em grau proibido convolassem

⁵⁰⁴ Os *rescripta* eram respostas do Imperador a consultas formuladas por magistrados, funcionários e particulares. Sua eficácia, a princípio, restringia-se ao caso trazido à apreciação. A respeito, cf. SANTOS JUSTO, A. **Direito privado romano**: parte geral. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1. p. 86.

⁵⁰⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. Os efeitos da boa-fé no casamento nulo. In: MOREIRA ALVES, José Carlos. **Estudos de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 81-3.

⁵⁰⁶ Versão alemã: “Der höchstselige Marcus und Lucius, die Kaiser, haben an die Flavia Tertulla durch den Freigelassenen Mensor so rescribirt: Wir werden theils durch die Länge der Zeit, während welcher du, des Rechts unkundig, dich in der Ehe mit deiner Mutter Bruder befunden hast, theils dadurch, dass du von deiner Grossmutter [an denselben] verheirathet worden bist, theils durch die Zahl eurer Kinder bewogen und bestätigen deshalb, weil alles dies zusammentrifft, den Rechtzustand eurer Kinder, welche in der Ehe, die [von euch] vor vierzig Jahren eingegangen worden ist, erzeugt worden sind, ebenso als ob sie in gesetzmässiger Ehe empfangen gewesen wären”. In: OTTO, Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in’s Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1831. v. 2. p. 662-3.

⁵⁰⁷ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Os efeitos da boa-fé no casamento nulo. In: MOREIRA ALVES, José Carlos. **Estudos de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 89-92.

⁵⁰⁸ Cf. ESMEIN, A. **Le mariage en droit canonique**. Paris: Larose et Forcel, 1891. t. 2. p. 34; PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 386.

um matrimônio nulo, a ignorância do parentesco por parte do casal faria com que a prole resultante da união pudesse ostentar a condição de filhos legítimos (*Sententiarum*, L. IV, Dist. XLI)⁵⁰⁹.

Fácil é perceber que a diretiva lombardiana buscava, em linhas gerais, atribuir *legitimidade* aos filhos incestuosos na hipótese de os pais terem se unido em matrimônio sem estarem a par do vínculo de parentesco entre ambos existente⁵¹⁰.

Ao se conceder em caráter generalizado essa excepcional eficácia ao casamento nulo, deu-se um passo além da orientação constante das fontes romanas. É oportuno lembrar que o direito romano não chegou a conhecer um regime jurídico próprio para as nulidades e impedimentos matrimoniais – muito embora se admitisse, em Roma, uma série de vedações ao casamento (*cf. supra*, n. 3.2). Sem falar que, conforme visto há pouco, o *rescriptum* romano que serviu de base à *legitimatio* dos filhos oriundos do consórcio avuncular relacionava a boa-fé da esposa ao *error iuris* (ou seja, a mulher sabia que o marido era seu tio, porém ignorava que tio e sobrinha eram proibidos de se casar), além de tomar em consideração outros critérios (vale dizer, a boa-fé da esposa não foi o único fator que contribuiu para a *legitimatio* da prole inocente).

O pensamento de Pedro Lombardo guarda estreita ligação com o conceito de *aequitas* que desde cedo norteou a evolução do direito canônico (*cf. supra*, n. 3.3). Evidentemente, a Igreja não poderia frustrar as expectativas daqueles que, de boa-fé, submeteram-se ao sacramento do matrimônio, negando-se a conferir legitimidade aos filhos havidos da união malsinada⁵¹¹. A tese constará, posteriormente, das Decretais de Gregório IX (1230) e dos escritos de diversos canonistas, como Ugo de Pisa, Rolando, Degni, dentre outros⁵¹². Segundo Virgílio de Sá Pereira, teria sido Johanes Andreae (1586 – 1654) o autor da expressão *matrimonium putativum*⁵¹³.

⁵⁰⁹ LOMBARDI, Petri. *Sententiarum*. Antuerpia: Marci-Michael Bousquet & Soclor, 1757. v. 4. p. 938-40.

⁵¹⁰ *Cf.* CAHALI, Yussef Said. **O casamento putativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 15.

⁵¹¹ Nas palavras de Pontes de Miranda: “No séc. XII foi que se elaborou a teoria do casamento putativo: o casamento nulo produz os efeitos do válido, se ambos ou um dos cônjuges estava de boa-fé (desde que contraído *in facie in Ecclesiae*). Nasceu ela de problema de consciência, cremo-lo bem, e de exigência teológica: não se compreenderia que alguém se dispusesse a um sacramento e, sem qualquer culpa sua, não o obtivesse, tendo acreditado na sua obtenção. Seja como for, deve-se à Igreja católica essa sutil e a todo ponto inestimável descoberta de técnica jurídica”. *In*: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 385.

⁵¹² Para detalhes sobre a evolução do casamento putativo no direito canônico, *cf.* CAHALI, Yussef Said. **O casamento putativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 16-8.

⁵¹³ SÁ PEREIRA, Virgílio de. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 335.

Até o séc. XIX, o único efeito jurídico reconhecido pelo direito canônico em favor do casamento putativo limitou-se ao reconhecimento de legitimidade à descendência. É nesse sentido que Trigo de Loureiro, antigo professor da Faculdade de Direito do Recife, vai concluir, em suas *Instituições*: “Em atenção pois á boa fé, em que assenta, elle produz todos os effeitos civis do matrimonio legitimo (§ 72) relativamente aos interesses dos filhos”⁵¹⁴.

Talvez por ter escrito sua obra numa época em que ainda não havia aportado no País o casamento civil, Trigo de Loureiro deixou de mencionar o importante salto evolutivo que havia sido dado com o *Code Napoleon* (1804). Com efeito, em seu art. 201, o *Code* francês havia consagrado a irradiação de efeitos jurídicos quanto ao casamento declarado nulo tanto em benefício dos filhos, como do cônjuge de boa-fé⁵¹⁵.

Semelhante orientação foi mais tarde contemplada pelo *Esboço* de Teixeira de Freitas, que, aliás, previu um curioso regime de nulidades no direito matrimonial. Embora sem ter afastado a competência do juízo eclesiástico para conhecer das nulidades dos casamentos celebrados em face ou com autorização da Igreja Católica (ou seja, aqueles contraídos entre dois católicos, ou entre católico e acatólico, dentro da Igreja Católica), o *Esboço* considerava competente o juízo cível para apreciar as consequências civis das referidas nulidades⁵¹⁶.

Em atenção, particularmente, ao casamento putativo, enunciava o *Esboço* que, havendo boa-fé recíproca entre marido e mulher, o consórcio produziria plena eficácia até o dia da sentença anulatória, tanto em face dos cônjuges, como dos filhos. Em relação aos primeiros, cessariam, com sentença, os direitos e deveres conjugais (exceto a obrigação alimentícia, que subsistiria, se houvesse necessidade). Quanto aos segundos, seria mantida sua legitimidade (art. 1.448)⁵¹⁷. Se, por outro lado, um dos cônjuges

⁵¹⁴ TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. **Instituições de direito civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1871. t. 1. p. 83.

⁵¹⁵ Código Civil francês, art. 201 (redação original): “Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils, tant à l’égard des époux qu’à l’égard des enfans, lorsqu’il a été contracté de bonne foi”.

⁵¹⁶ *Esboço*, art. 1.427: “Compete igualmente ao Juizo Ecclesiastico conhecer da nullidade dos casamentos celebrados á face, ou com autorisação, da Igreja Catholica, do mesmo modo que lhe compete decidir sobre a existencia dos impedimentos desses casamentos e conceder a dispensa delles”. In: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 602; *Esboço*, art. 1.428: “Compete porém exclusivamente ao Juizo Civil conhecer de todos os effeitos civis destas nullidades, e decretar quaesquer medidas provisórias, como nos casos em que lhe competir julgar taes nulidades”. In: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 603.

⁵¹⁷ *Esboço*, art. 1.448: “Se houve boa fé da parte de ambos os conjuges, o casamento putativo, até o dia da sentença que o annular, produzirá todos os effeitos do casamento valido, não só em relação ás pessoas e bens dos mesmos conjuges, como em relação aos filhos. Em tal caso, a nullidade só terá os seguintes effeitos: (...) Quanto ás pessoas dos conjuges, cessarão todos os direitos e obrigações do Cap. 3º § 1º deste

estivesse de boa-fé e o outro não, o matrimônio teria seus efeitos assegurados até o dia sentença que viesse a anulá-lo, porém só com relação ao primeiro, cessando, a partir dela, os direitos e deveres conjugais (excetuados os alimentos, que, em caso de necessidade, poderiam ser exigidos pelo cônjuge inocente, mas não pelo culpado). Quanto aos filhos, sua legitimidade seria preservada (art. 1.449)⁵¹⁸.

É nítida a influência dessas disposições do *Esboço* de Teixeira de Freitas no tratamento legal dispensado ao casamento putativo pelo Código Civil de 1916. Tanto a dualidade boa-fé/má-fé – com a ressalva da extensão dos efeitos jurídicos até a data da sentença anulatória apenas para o cônjuge de boa-fé –, como a garantia da legitimidade dos filhos, foram recepcionadas pela Codificação pretérita. A única diferença consistiu na supressão dos alimentos que favoreciam o cônjuge de boa-fé no período posterior à sentença, ponto em que o *Esboço* trazia uma diretiva mais humanitária.

Confira-se, a propósito, o art. 221 do Código Civil de 1916: “Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória”. *Parágrafo único*: “Se um dos cônjuges estava de boa-fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão”.

Não se pode deixar em obliúvio a questão do aproveitamento dos efeitos jurídicos do casamento putativo em relação aos filhos espúrios. À época do Código Civil de 1916, essa espécie de descendência (ao lado da natural) era tida como modalidade de *filiação ilegítima*, subdividindo-se em *adulterina* e *incestuosa* (*cf. supra*, n. 4.8). O casamento putativo tinha a vantagem de conceder-lhe *legitimatío*. Inocorrendo putatividade, ou seja, se ambos os cônjuges estivessem de má-fé, a filiação considerava-se espúria, e, portanto, ilegítima.

Sobre os ombros dos descendentes ilegítimos recaía um penoso fardo. De acordo com o art. 358 do antigo Código Civil, era vedado aos pais proceder ao reconhecimento

Titulo, exceptuada unicamente a obrigação reciproca, em caso de necessidade, de se prestarem alimentos (...) Quanto aos filhos concebidos durante o casamento putativo (Arts. 156), serão considerados como legitimados, com todos os direitos e obrigações que se regula no Titulo 2º desta Secção”. *In*: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 609-10.

⁵¹⁸ *Esboço*, art. 1.449: “Se houve boa fé só da parte de um dos conjuges, o casamento putativo, até o dia da sentença que o annular, tambem produzirá todos os effeitos do casamento valido, mas só em relação ao conjuge de boa fé, e aos filhos; e não em relação ao conjuge de má fé. Neste outro caso, a nullidade terá os mesmos effeitos do Art. antecedente, porém com estas restrições (Art. 803): O conjuge de má fé não póde exigir que o de boa fé lhe preste alimentos”. *In*: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 610.

da prole incestuosa ou adúlterina⁵¹⁹. Filhos ilegítimos não podiam investigar a paternidade (CC/16, art. 363, *a contrario sensu*)⁵²⁰, tampouco contavam com direitos sucessórios⁵²¹. Apenas era-lhes assegurado o direito de receber alimentos – e mesmo assim, desde que provado o vínculo filial por sentença irrecorrível, em processo por eles não provocado, ou por confissão, ou declaração escrita do pai (CC/16, art. 405)⁵²².

Lenta foi a marcha social que trouxe um novo disciplinamento jurídico ao *status filii* no Brasil. Durante a ditadura Vargas, aparece o Decreto-lei n. 4.737/1942⁵²³, fruto de uma manobra política de Assis Chateaubriand⁵²⁴, autorizando o reconhecimento de filhos adúlterinos após o desquite; em seguida, surge a Lei n. 883/1949⁵²⁵, que estendeu a possibilidade de se reconhecerem esses mesmos filhos após a dissolução da sociedade conjugal, fosse qual fosse o motivo (exemplo, morte do outro cônjuge); algumas décadas depois, vem a lume a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977)⁵²⁶, a possibilitar o reconhecimento de tais filhos na constância do matrimônio através de testamento cerrado; finalmente, é editada a Lei n. 7.250/1984⁵²⁷, permitindo que esses filhos fossem reconhecidos por sentença proferida em sede de ação investigatória de paternidade, caso o respectivo genitor estivesse separado de fato há mais de cinco anos.

⁵¹⁹ Código Civil de 1916, art. 358: “Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos”.

⁵²⁰ Código Civil de 1916, art. 363: “Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação”.

⁵²¹ Nas palavras de Clovis Bevilacqua: “Os filhos incestuosos e os adúlterinos, por isso mesmo, que não podem ser reconhecidos (art. 358), não têm direitos hereditários, quer em relação aos pais, quer em relação às mães”. In: BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919. v. 6. p. 59.

⁵²² Código Civil de 1916, art. 405: “O casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, somente para o efeito da prestação de alimentos”.

⁵²³ Decreto-lei n. 4.737/1942, art. 1º: “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação”.

⁵²⁴ O que Assis Chateaubriand, na verdade, pretendia, era regularizar a guarda de sua filha, Teresa Chateaubriand, nascida de uma relação extraconjugal. Como o Código Civil de 1916 vedava o reconhecimento de filhos adúlterinos, o jornalista usou da influência que tinha junto ao Presidente Vargas para que fosse editado um Decreto-lei que viesse a autorizar o reconhecimento de tais filhos. Conta-se, inclusive, que dias antes da publicação do Decreto-lei, Chateaubriand teria insinuado: “Se a lei é contra mim, então, meus senhores, vamos ter que mudar a lei”. Em 24 de setembro de 1942, foi finalmente publicado o Decreto-lei n. 4.737, à época conhecido como “Lei Teresoca”. A respeito, cf. MORAIS, Fernando. **Chatô: o rei do Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. p. 406-10.

⁵²⁵ Lei n. 883/1949, art. 1º: “Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação”.

⁵²⁶ Lei 6.515/1977, art. 51: “A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações: 1) ‘Art. 1º. *Parágrafo único*. Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável”.

⁵²⁷ Lei n. 7.250/1984, art. 1º: “O art. 1º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, é acrescido do seguinte § 2º, transformando-se em 1º o atual parágrafo único: ‘Art. 1º (...) § 2º Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos”.

Se houve alguma condescendência do legislador quanto à filiação adulterina, remanesca o problema dos filhos incestuosos. Esses aí só passaram a ter seu reconhecimento admitido a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, cujo art. 227, § 6º, como se sabe, igualou os direitos e qualificações dos filhos, ao mesmo tempo em que proibiu quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação⁵²⁸.

Acompanhando a nova diretriz constitucional, a reforma legislativa prosseguiu com a Lei n. 7.841/1989⁵²⁹, que, afinal, veio a revogar o art. 358 do Código Civil, acima referido, pelo qual se vedava o reconhecimento dos filhos espúrios.

É nesse ponto que se consegue perceber a real importância do casamento putativo para o filho nascido de bodas adulterinas ou incestuosas: se ao menos um dos nubentes estivesse de boa-fé no momento da celebração, seu reconhecimento e legitimidade eram-lhe juridicamente assegurados. Não custa lembrar que, desde sua formulação originária pela canonística medieval, o casamento putativo sempre serviu de escudo protetor dos direitos dos filhos.

Atenção especial deve ser dada à nova disciplina do casamento putativo pela legislação brasileira em vigor.

Veja-se o que dispõe, a respeito, o art. 1.561 do atual Código Civil: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”.

§ 1º: “Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão”.

§ 2º: “Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão”.

Como se nota, não houve qualquer mudança substancial em relação ao regramento constante do art. 221 do Código revogado. A velha disposição foi praticamente replicada pelo art. 1.561 do novo Código. A única novidade se deu com a inserção do § 2º, que pressupõe a má-fé de ambos os cônjuges para fins de extensão dos efeitos civis em favor dos filhos. Mas aí já não caberia falar em casamento putativo. Este, conforme dito e redito, exige a boa-fé de pelo menos um dos nubentes quando da celebração.

⁵²⁸ Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁵²⁹ Lei n. 7.841/1989, art. 1º: “Fica revogado o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil”.

Há de se questionar até que ponto essa cautela do legislador em resguardar a eficácia jurídica do casamento putativo no tocante às relações paterno-filiais possa de algum modo ser proveitosa à descendência. Hoje está mais do que assente que não é em virtude do casamento dos pais que se criam direitos e deveres de natureza jurídico-familiar em relação aos filhos. Tais direitos e deveres são, antes, fruto do vínculo parental que une cada um dos genitores à sua prole. Seja qual for a origem da filiação, filhos terão direito a alimentos (CC/02, art. 1.696)⁵³⁰, permanecerão sujeitos ao poder familiar enquanto menores (CC/02, art. 1.630)⁵³¹ e desfrutarão do *status* de herdeiros necessários (CC/02, art. 1.845)⁵³².

Talvez um dos poucos efeitos jurídicos que a putatividade do casamento poderia operar nesse contexto fosse a presunção de paternidade atribuída ao marido da mãe, dentro das hipóteses previstas pelo art. 1.597 do Código Civil⁵³³. Porém, considerando-se o disposto no art. 1.617, pelo qual a filiação paterna pode resultar de casamento declarado nulo, mesmo sem as condições do putativo⁵³⁴, tal raciocínio perde sua razão de ser.

Seja como for, a proteção legal atualmente dispensada aos filhos do casamento putativo não possui o mesmo escopo visado pela Codificação pretérita, no sentido de se preservar seu reconhecimento e legitimidade⁵³⁵.

Concluído o debate acerca da filiação, cumpre prosseguir com a análise de um elemento de fundamental importância ao suporte fáctico do casamento putativo: a *boa-fé* dos nubentes.

É de conhecimento geral que, na sistemática do direito civil, a *boa-fé* assume duas conotações: a *objetiva* e a *subjetiva*.

⁵³⁰ Código Civil de 2002, art. 1.696: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

⁵³¹ Código Civil de 2002, art. 1.630: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

⁵³² Código Civil de 2002, art. 1.845: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

⁵³³ Código Civil de 2002, art. 1.597: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

⁵³⁴ Código Civil de 2002, art. 1.617: “A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo”.

⁵³⁵ Nas palavras de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “Tal proteção aos filhos, como é evidente, não possui, hoje, o mesmo sentido que lhe era atribuído originariamente pelo Código Civil de 1916, com relação à manutenção de sua situação jurídica de filiação legítima”. *In*: FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15. p. 190.

Pela boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), procura-se impor uma regra de comportamento, a exigir da parte que atue de modo honesto, íntegro e leal, ao mesmo tempo escusando-se de frustrar as legítimas expectativas geradas por sua conduta (proibição do *venire contra factum proprium*), tudo isso apurado à luz de um padrão comportamental médio, extraído dos usos sociais⁵³⁶. Tal é o sentido da boa-fé que prevalece no direito contratual⁵³⁷.

Já a boa-fé subjetiva (*guter Glaube*) traduz, diferentemente, um estado de consciência, centrado no desconhecimento, pelo figurante, de circunstâncias capazes de corromper a validade e/ou a eficácia do ato jurídico que veio a praticar⁵³⁸. É essa a concepção de boa-fé que se deve ter em conta no suporte fático do casamento putativo. Como bem salientou Pontes de Miranda: “A boa fé consiste na ignorância, por parte de ambos os esposos ou de um só deles, da *existência* da causa impeditiva”⁵³⁹.

De fato, não se pode excluir a possibilidade de que dois parentes em grau proibido sejam levados ao matrimônio sem estarem conscientes da relação de parentesco que os impede de se casar.

Foi o que quase ocorreu com um casal de irmãos por volta do séc. XVII, na Olinda do período colonial.

O turista desavindo, que ao passear pelo Alto da Sé, resolve visitar o Museu de Arte Sacra de Pernambuco, talvez deixe passar em branco que a casa onde ele se situa (um sobrado de porte médio, com janelas de sacadas mouriscas) serviu de palco a uma tragédia familiar que por muito tempo assolou o imaginário daquela cidade.

Conforme relato de Pereira da Costa, deu-se que, após a expulsão dos holandeses, um português construiu aquela casa para morar com sua mulher e filho, ainda de tenra idade. Durante um longo período no qual ele teve que permanecer ausente, sua esposa o traiu com outro homem e dele veio a engravidar. A criança nasceu (uma menina), e

⁵³⁶ Sobre boa-fé objetiva, cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 325-6; BOLOTTI, Isabela Maria Lopes; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Venire contra factum proprium*: uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência brasileira e italiana. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, n. 61, jan.-mar. 2015. p. 148-9.

⁵³⁷ Código Civil de 2002, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

⁵³⁸ Sobre boa-fé subjetiva, cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 326; BOLOTTI, Isabela Maria Lopes; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Venire contra factum proprium*: uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência brasileira e italiana. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, n. 61, jan.-mar. 2015. p. 148.

⁵³⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 386.

tempos depois, após o regresso do marido, a mulher a apresentou afirmando tratar-se de uma bebê exposta, abandonada na porta da casa, e que por essa razão resolvera ficar com ela. O marido, comovido, aprovou o ato da esposa, e, mais do que isso, procedeu junto a ela à adoção da infante. Anos mais tarde, veio a falecer. O segredo de família estava salvo. O problema foi que as duas crianças, sem saberem que tinham o mesmo sangue, chegaram à adolescência e se apaixonaram uma pela outra. Ao pedirem a autorização da mãe para se casar – casamento que, segundo as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (1707), era possível, uma vez extinta a perfilhação (*cf. supra*, n. 4.3) –, a matriarca tomou-se de espanto e sentiu-se obrigada a dizer a verdade: os dois jovens eram irmãos uterinos. O impedimento matrimonial, enfim, veio à tona. Com a morte da mãe, a qual se havia quedado em profunda tristeza, os dois irmãos, em penitência, decidiram se entregar à vida religiosa. A moça recolheu-se ao Convento de Nossa Senhora da Conceição (Olinda) e o rapaz partiu para Portugal, lá vindo a ingressar numa Ordem carmelita. Com a criação do episcopado de Olinda, foi eleito como bispo um religioso da mesma Ordem em que o rapaz professava. Este doou à Igreja a casa onde havia despontado seu sentimento proibido pela irmã, e a edificação, afinal, veio a se tornar a sede do Palácio dos Bispos de Olinda⁵⁴⁰ – atual Museu de Arte Sacra de Pernambuco.

Quis o destino que o conúbio dos irmãos não chegasse a se consumir. Houvessem eles se unido em matrimônio sem a ciência da causa impeditiva, correto seria admitir que ambos teriam se consorciado de boa-fé, em casamento putativo.

Note-se que a boa-fé deve ter sua existência apurada no momento da contração do vínculo matrimonial. É o que ressalta o art. 1.561 do Código Civil: “(...) se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges”. Portanto, caso o impedimento só venha a ser conhecido depois, nenhuma consequência negativa advirá (*mala fides superveniens non nocet*)⁵⁴¹.

Como bem acentua Torquato Castro Jr.: “Porque a boa-fé refere-se ao ato ela deve verificar-se no momento do ato. Nenhum prejuízo haverá ao contraente que venha a saber posteriormente do impedimento, no que concerne à sua legitimação para a putatividade”⁵⁴².

⁵⁴⁰ PEREIRA DA COSTA, F. A. **Anais pernambucanos**. 2. ed. Recife: FUNDARPE, 1984. v. 8. p. 190-1.

⁵⁴¹ “A má-fé superveniente não prejudica”. In: MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Expressões de latim forense e brocardos jurídicos**. São Paulo: YK Editora, 2021. p. 61.

⁵⁴² CASTRO JR., Torquato. Nulidade, anulabilidade e inexistência do ato de casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 273. No mesmo sentido, *cf.* PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 391-2; CAHALI, Yussef Said. **O casamento putativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 95; SILVEIRA, Alípio. **O casamento putativo no direito brasileiro**. São Paulo: Editora

Divergem os autores em torno da necessidade, ou não, da prova da boa-fé.

Carvalho Santos, por exemplo, é dos que sustentam que a boa-fé deve ser provada pelo cônjuge que a alega⁵⁴³.

No entanto, a tese que vem prevalecendo na doutrina se inclina pela orientação de que a boa-fé a princípio se presume, cabendo a quem invoca a má-fé o ônus de comprová-la⁵⁴⁴.

Com razão a segunda corrente. A boa-fé é princípio basilar sobre o qual se assenta a legislação civil e constitui o fundamento ético das relações jurídicas. O agir humano tende a ser por ela norteadado. Impor sua comprovação seria o mesmo que presumir que nossa mentalidade foi projetada para o mal e a iniquidade, ou seja, para a má-fé⁵⁴⁵. Isto, sem falar dos entraves de ordem probatória: se a boa-fé, no casamento putativo, é pautada pela ignorância do impedimento matrimonial, como provar, então, que o impedimento era desconhecido pelos nubentes? Exigir semelhante ônus de quem pretende se beneficiar dos efeitos jurídicos da putatividade inviabilizaria, sem dúvida alguma, o resultado prático do instituto, pois se estaria impondo à parte a prova de um fato negativo. Vale lembrar que, no Código Civil português, existe disposição expressa no sentido de que a boa-fé do casal é presumida (art. 1.648, 3)⁵⁴⁶. Nada impede que o mesmo raciocínio seja adotado pelos tribunais brasileiros.

Universitária de Direito, 1972. p. 16; COELHO, Vicente de Faria. **Nulidade e anulação do casamento**: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 343; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 274-5; FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15. p. 191.

⁵⁴³ “Sobre a prova é preciso ter presente: o cônjuge que alega ser putativo o casamento deve provar sua boa-fé, e, como consequência, o erro que lhe serve de base, de acordo com o princípio geral: *actori incumbit probatio*”. In: CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro Interpretado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 4. p. 248. No mesmo sentido, cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1. p. 395.

⁵⁴⁴ Nesse sentido, cf. CAHALI, Yussef Said. **O casamento putativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 106; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 275-6; CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**: direito de família. 2. ed. São Paulo: RT, 1993. v. 5. t. 2. p. 114; GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 125; FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15. p. 191.

⁵⁴⁵ Nas palavras de Yussef Said Cahali: “Os atos humanos são inspirados na boa-fé, que assim se supõe sempre existente; presumir o contrário é falsear aquilo que os fatos se encarregam de mostrar, pois é presumir que a consciência humana está sempre pronta para o mal e para a indisciplina, não se perdendo de vista, ainda, o princípio geral: *vir bonus praesumitur donec malus probetur*”. In: CAHALI, Yussef Said. **O casamento putativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 100.

⁵⁴⁶ Código Civil português, art. 1.648, 3: “A boa fé dos cônjuges presume-se”.

Foi o que, aliás, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em julgado sobre impedimento de vínculo envolvendo uma mulher que não sabia do casamento anterior de seu marido. Confira-se o seguinte trecho da decisão:

CIVIL. FAMÍLIA. NULIDADE DE CASAMENTO. APELAÇÃO. MATRIMÔNIO REALIZADO COM IMPEDIMENTO. CASAMENTO ANTERIOR. DECLARAÇÃO DA NULIDADE DO SEGUNDO. BOA-FÉ DO CÔNJUGE PRESUMIDA E COMPROVADA. ART. 1.561 DO CC/02. PRODUÇÃO DE TODOS OS EFEITOS. CASAMENTO PUTATIVO.

1. A boa-fé necessária para o reconhecimento do casamento putativo deve ser verificada no momento da celebração do matrimônio e, como decorre, naturalmente, de erro, a existência da conduta ética é presumida (TJDFT, APC n. 20030710107594, 2ª T. Cív., Rel. Des. J. J. Costa Carvalho, j. 14 set. 2011, *Dje* 23 set. 2011).

Seja qual for a posição trilhada, o fato é que só será admissível falar-se em casamento putativo mediante a verificação da boa-fé de ao menos um dos nubentes. É da boa-fé que partirá o reconhecimento, pelo legislador, dos efeitos jurídicos da união impedida, até o dia em que averbada a sentença pela qual se obteve a decretação de nulidade.

Daí por que, contra o cônjuge de boa-fé, não correrão prazos prescricionais (CC/02, art. 197, I)⁵⁴⁷; a emancipação por ele obtida com o casamento será preservada (CC/02, art. 5º, *parágrafo único*, II)⁵⁴⁸; as promessas feitas em seu favor no pacto antenupcial deverão se cumprir (CC/02, art. 1.564, II)⁵⁴⁹; se o regime de bens o autorizar, contará ele com direito à meação⁵⁵⁰; eventuais direitos sucessórios resultantes do vínculo conjugal ser-lhe-ão assegurados (CC/02, art. 1.829, I a III)⁵⁵¹.

Já com relação ao cônjuge de má-fé, além de não se operar em seu favor nenhum desses efeitos jurídicos, será ele privado de todas as vantagens porventura havidas do

⁵⁴⁷ Código Civil de 2002, art. 197, I: “Não corre prescrição: I – entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal”.

⁵⁴⁸ Código Civil de 2002, art. 5º, *parágrafo único*, II: “Cessará, para os menores, a incapacidade: (...) II – pelo casamento”.

⁵⁴⁹ Código Civil de 2002, art. 1.564, II: “Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá: (...) II – na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato antenupcial”.

⁵⁵⁰ Tal se passa com os regimes da comunhão (universal ou parcial) de bens e o da participação final nos aquestos. Também o regime da separação obrigatória confere direito à meação, a se levar em conta o enunciado constante da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

⁵⁵¹ Código Civil de 2002, art. 1.829, I a III: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, *parágrafo único*); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente”.

cônjuge inocente (CC/02, art. 1.564, I)⁵⁵². A título de exemplo: figure-se que determinado casal tenha optado pelo regime da comunhão universal de bens, e que todo o acervo comum seja composto de bens anteriores da esposa. Nessa hipótese, sendo ela o cônjuge inocente e tendo o marido agido de má-fé, este perderá, em consequência, o direito à meação sobre os bens que a mulher trouxe ao casamento⁵⁵³.

O Professor Torquato Castro Jr., ao se referir ao casamento putativo, situa a boa-fé como uma “regra de calibração”, ou seja, como um expediente retórico-hermenêutico capaz de quebrar a linearidade inferencial da lógica jurídica. Na sua visão, o recurso à boa-fé teria por fim, em última análise, conservar o equilíbrio funcional do sistema. Sendo assim, a irradiação dos efeitos jurídicos resultantes da putatividade seria desencadeada não propriamente pelo casamento nulo, mas antes, encontraria como causa eficiente a boa-fé⁵⁵⁴.

De fato. Não há como se negar a eficácia excepcional que irá se manter no universo jurídico, se um ou ambos os nubentes, de boa-fé, tiverem se consorciado em casamento nulo. Em semelhante situação, o reconhecimento judicial da nulidade terá como resultado a desconstituição do negócio jurídico matrimonial, porém a eficácia jurídica que se tiver produzido favoravelmente ao cônjuge de boa-fé, entre o dia da celebração e o da averbação da sentença, conservará seu caráter permanente.

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello:

A eficácia putativa é sempre definitiva (= não está sujeita a deseficacização), de modo que não é afetada pela decretação de nulidade do ato que a produziu, uma vez que seus efeitos (da decretação de nulidade) operam *ex nunc*, apenas. Nenhuma outra eficácia, portanto, pode ser produzida após ser decretada a nulidade do ato jurídico, em face de sua imediata desjuridicização, sendo excluído do mundo do direito⁵⁵⁵.

Por aí se vê que a eficácia putativa é resguardada até a averbação da sentença nulificatória, sem que seja reconhecido qualquer outro efeito jurídico após esse átimo. A decretação de nulidade opera, portanto, ineficacização *ex nunc* do negócio jurídico

⁵⁵² Código Civil de 2002, art. 1.564, I: “Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá: I – na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente”.

⁵⁵³ Cf. SILVEIRA, Alípio. **O casamento putativo no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1972. p. 132.

⁵⁵⁴ CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 139-41.

⁵⁵⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 80.

matrimonial, preservando-se os efeitos jurídicos favoráveis ao cônjuge de boa-fé enquanto não averbada a sentença⁵⁵⁶.

Para melhor compreender a questão, conjecture-se, por exemplo, que um casal de irmãos tenha convolado núpcias, estando ambos de boa-fé, sem conhecerem o laço consanguíneo que os une, e que, décadas depois, seja promovida pelo Ministério Público uma ação de nulidade. Considerada a hipótese, e a se admitir que um deles venha a falecer *ab intestato* às vésperas da averbação da sentença nulificatória, ao outro será assegurada a integralidade dos direitos sucessórios. Porém, caso o óbito se dê um dia após averbada a sentença, nenhum direito terá o cônjuge supérstite ao patrimônio hereditário. Poderá ele, no entanto, suceder como irmão, caso inexistam ascendentes e descendentes do autor da herança (CC/02, art. 1.839)⁵⁵⁷.

Solução diversa era propugnada pela antiga Lei do Casamento Civil (Dec. n. 181/1890), de autoria de Coelho Rodrigues. Em consonância com o art. 75 dessa Lei, a eficácia jurídica atribuída ao casamento putativo não sofria qualquer interrupção com a sentença. Os efeitos jurídicos continuavam a se projetar mesmo após a decretação judicial da nulidade⁵⁵⁸.

Uma investida ainda mais liberal foi promovida pelo direito canônico. Em rescrito datado de janeiro de 1977, o Papa Paulo VI chegou a conceder dispensa para que dois meios-irmãos, que haviam crescido longe um do outro e que, na vida adulta, passaram a se relacionar sem saberem do vínculo – cuja descoberta só ocorreu anos mais tarde –, pudessem corrigir sua situação por meio do casamento religioso.

Dado seu inestimável valor histórico, o rescrito pontifício merece reprodução integral (trad. nossa):

Em 21 de janeiro de 1977, o Santo Padre Paulo VI, em uma comunicação enviada à S. C. para a Doutrina da Fé, por meio da qual lhe fora demandada por um irmão e uma irmã uterinos, católicos, criados separadamente na infância, coabitando há anos, ‘a dispensa de consanguinidade em linha colateral de primeiro grau, com o objetivo de regularizar, com o matrimônio religioso, sua união, e de legitimar a prole’, declarou-se competente e a favor

⁵⁵⁶ Nas palavras de Maurício Bunazar: “O que caracteriza o casamento putativo, assaz utilizado como exemplo de negócio jurídico nulo que produz efeitos, é justamente o fato de sua invalidade acarretar a ineficacização *ex nunc*, isto é, mantendo-se todos os efeitos por ele gerados até a decretação de invalidade”. *In*: BUNAZAR, Maurício. **A invalidade do negócio jurídico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 134.

⁵⁵⁷ Código Civil de 2002, art. 1.839: “Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”.

⁵⁵⁸ Dec. n. 181/1890, art. 75: “Quando o casamento nullo ou annullavel tiver sido contrahido de boa fé, produzirá os seus effeitos civis, quer em relação aos conjuges, quer em relação aos filhos, ainda que estes fossem havidos antes do mesmo casamento. Todavia, si só um dos conjuges o tiver contrahido de boa fé, o casamento só produzirá effeito em favor delle e dos filhos”.

de concedê-la, tendo-se presente ‘o interesse pastoral do caso’ e ... ‘considerada a opinião dos canonistas de que a praxe da Igreja, de não conceder a dispensa em casos como o apresentado, não exclui que a Igreja tenha o direito de concedê-la em casos excepcionais, podendo-se considerar de direito eclesiástico, não divino, o impedimento em questão’ (Paulus VI, *Rescriptum*, 21 jan. 1977)⁵⁵⁹.

Há de se reconhecer, portanto, uma maior abertura do direito canônico para favorecer os relacionamentos putativos do que aquela prevista pela legislação pátria em vigor.

Curioso é que o projeto Estatuto das Famílias (PL n. 2.285/2007), que pretende instituir um “paradigma familiar inteiramente remodelado”, fundado na “liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares”⁵⁶⁰, tenha mantido em seu texto (art. 34)⁵⁶¹ o mesmo raciocínio constante do atual Código Civil – no sentido de só se preservar a eficácia putativa até a decretação judicial da nulidade. Isto termina por conduzir a uma dogmática mais conservadora e inflexível do que a contemplada pela antiga Lei do Casamento Civil (Dec. n. 181/1890), e pelo próprio direito da Igreja.

5.4 O problema do enquadramento legal da união impedida como relação concubinária

Em agosto de 2004, dois ingleses recém-casados, Anne e Peter [*nomes fictícios*], foram presenteados pela mãe da noiva com uma viagem de lua de mel para Devon. Como forma de agradecimento, a filha resolveu convidar a mãe para acompanhar o casal durante a excursão. Após regressarem, Peter começou a revelar um comportamento estranho, até que, oito semanas mais tarde, decidiu sair de casa. Passados alguns meses, a mãe de Anne

⁵⁵⁹ No original: “In data 21 gennaio 1977, il S. Padre Paolo VI, in una comunicazione inviata alla S. C. per la Dottrina della Fede, per mezzo della quale gli era stata domandata per un fratello e una sorella uterini, cattolici, cresciuti separatamente nell’infanzia, da anni conviventi, ‘la dispensa di consanguinità in linea collaterale di primo grado, allo scopo di regolare col matrimonio religioso la loro unione e di legittimare la prole’, si dichiarò competente e favorevole a concederla tenuto presente ‘l’interesse pastorale del caso’ e ... ‘cosiderata l’opinione dei canonisti che la prassi della Chiesa di non conceder la dispensa nei casi come quello presentato non esclude che la Chiesa abbia il diritto di concederla in casi eccezionali, potendosi considerare di diritto ecclesiastico, non divino, l’impedimento in questione”. *In*: OCHOA, Xaverius. **Leges Ecclesiae**. Roma: Commentarium pro Religiosis, 1980. v. 5. p. 7.288. Para detalhes sobre o rescrito papal, *cf.* ALTHAUS, Rüdiger; PRADER, Joseph; REINHARDT, Heinrich J. F. **Das kirchliche Eherecht in der seelsorgerischen Praxis**. 4. ed. Essen: Ludgerus, 2014. p. 111; CARULLI, Ombretta Fumagalli. **Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici**. Milano: Vita e Pensiero, 2008. p. 92.

⁵⁶⁰ A justificativa do projeto pode ser visualizada no sítio do IBDFAM. *In*: COMISSÃO de Sistematização. Estatuto das Famílias, **Instituto Brasileiro de Direito da Família – IBDFAM**, 31 out. 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/338/Estatuto+das+Fam%c3%adlias>. Acesso em: 12 ago. 2022.

⁵⁶¹ Projeto de Lei n. 2.285/2007, art. 34: “Embora anulável ou mesmo nulo, o casamento em relação aos cônjuges e a terceiros produz todos os efeitos até o trânsito em julgado da sentença”.

deu à luz uma criança. O pai do recém-nascido, conforme se apurou, era seu genro, Peter. Após assumirem o romance, genro e sogra passaram a morar juntos. Anne não perdoou a mãe⁵⁶².

Uma situação semelhante aconteceu no Recife. Em 2017, Giselle [*nome fictício*], casada, submeteu-se a uma cirurgia bariátrica, e logo após a recuperação, descobriu que, durante o tratamento, seu marido havia iniciado uma relação extraconjugal com outra mulher. Constatou-se, mais tarde, que a mulher com quem o marido se relacionava era a própria mãe de Giselle. O caso ganhou repercussão nas redes sociais quando, em maio do ano seguinte, no dia das mães, Giselle resolveu expor a situação em seu perfil do *Facebook*: “(...) Obrigada por ter traído a mim, meu pai e irmãos com o meu marido, enquanto eu convalescia na UTI”. Também aqui, o ex-marido de Giselle e sua sogra deram continuidade à convivência⁵⁶³.

Como esses dois exemplos demonstram, a problemática do relacionamento amoroso entre genro e sogra é uma fonte muito fértil de conflitos familiares. Considerado o contexto, e tendo-se em conta o impedimento matrimonial dos afins em linha reta (CC/02, art. 1.521, II)⁵⁶⁴, cumpre formular a seguinte indagação: o que dizer de um casal de genro e sogra que opta por desafiar toda essa sistemática jurídica, moral e social, e resolve assumir uma relação afetiva, passando os dois a conviverem como se casados fossem? Poderiam eles, no caso, constituir validamente uma união estável?

A resposta tende a ser negativa. Isso porque, como é notório, o art. 1.723, § 1º, do Código Civil, determina que os impedimentos de parentesco previstos no art. 1.521 também se estendem ao companheirismo⁵⁶⁵. Segue, daí, não poderem constituir união estável válida aqueles que se encontram impedidos para se casar⁵⁶⁶.

A solução para o impasse deve, então, ser buscada em uma outra categoria legal: o *concubinato*. Tradicionalmente, a expressão “concubinato” (do latim *cum cubare*, que

⁵⁶² Para detalhes, cf. HOWES, Scarlet. My mum had a baby with my husband – than I had to go to their wedding. **Daily Star**, 19 jan. 2020. Disponível em: <https://www.dailystar.co.uk/news/latest-news/my-mum-baby-husband-go-21310834>. Acesso em: 12 ago. 2022.

⁵⁶³ O caso encontra-se relatado em: APÓS mãe e marido virarem amantes, pernambucana quer impedir que filho de 4 anos fique a sós com o pai. **Portal Folha PE**, 11 ago. 2018. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/noticias/apos-mae-e-marido-virarem-amantes-pernambucana-quer-impedir-que-filho/77617/>. Acesso em: 12 ago. 2022.

⁵⁶⁴ Código Civil de 2002, art. 1.521, II: “Não podem casar: (...) II – os afins em linha reta”.

⁵⁶⁵ Código Civil de 2002, art. 1.723, § 1º: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

⁵⁶⁶ A única exceção – que não tem a ver, propriamente, com parentesco – corre por conta da pessoa que, embora casada, acha-se separada de fato ou judicialmente. Nesse caso, será possível a ela manter união estável válida com outrem (CC/02, art. 1.723, § 1º).

significa, “dormir com”)⁵⁶⁷ costuma ser utilizada para se referir à mancebia, ou seja, ao relacionamento extraconjugal de pessoa casada, que mantém convivência simultânea com seu cônjuge e terceiro. Essa concepção está, em parte, correta. Porém, a se atentar ao que dispõe o art. 1.727 do Código Civil, ver-se-á que o conceito de concubinato é muito mais abrangente.

Confira-se: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato” (CC/02, art. 1.727).

À luz do preceito, fácil é perceber que a relação concubinária abrange não apenas os vínculos de ordem extraconjugal, mas todo e qualquer liame entre pessoas que se encontram impedidas para se casar.

A propósito, Álvaro Villaça Azevedo introduziu entre nós a diferenciação entre concubinato *puro* (que corresponde à atual união estável) e *impuro* (ou, simplesmente, concubinato, na linguagem do Código Civil em vigor), este se subdividindo em *adulterino*, *incestuoso* e *desleal*. O concubinato adulterino refere-se ao relacionamento simultâneo à convivência marido-mulher. O incestuoso, à relação vivenciada por parentes em grau proibido. E o desleal, ao vínculo paralelo a uma união estável preexistente⁵⁶⁸.

Existe também uma quarta espécie de relação concubinária, antevista de modo pioneiro por Atalá Correia, Adisson Leal e Venceslau Tavares Costa Filho, em texto de autoria conjunta: o concubinato *torpe*, que é aquele que se dá entre o esposo sobrevivente e o condenado por homicídio, ou tentativa deste, contra o outro cônjuge⁵⁶⁹ (*ex vi* do art. 1.521, VII, do Código Civil)⁵⁷⁰.

Em todas as hipóteses ventiladas, impõe-se que a relação seja de caráter “não eventual” (CC/02, art. 1.727, *supra*), portanto, que se trate de um liame sólido, duradouro, a excluir uniões fugazes ou passageiras.

É patente a inferioridade institucional do concubinato no plano familiarístico, obrigacional e sucessório. Tanto o vigente Código Civil, como o velho, incorporam uma série de dispositivos legais hostis a esse tipo de união. No Código Civil de 1916, por exemplo: (i) a esposa podia reivindicar os bens comuns doados ou transferidos pelo

⁵⁶⁷ Cf. PINTO FERREIRA, Luís. **Investigação de paternidade, concubinato e alimentos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 101.

⁵⁶⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: CEJUP, 1986. p. 66.

⁵⁶⁹ CORREIA, Atalá; LEAL, Adisson; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Estatuto jurídico do concubinato. In: **Direito de família: problemas e perspectivas**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 83.

⁵⁷⁰ Código Civil de 2002, art. 1.521, VII: “Não podem casar: (...) VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

marido à concubina (CC/16, art. 248, IV)⁵⁷¹; (ii) a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice podia ser anulada pelo outro, ou por seus herdeiros necessários, até 2 anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (CC/16, art. 1.177)⁵⁷²; (iii) o concubino não podia ser beneficiário de seguro de vida (CC/16, art. 1.474)⁵⁷³; (iv) o testador casado era proibido de nomear herdeira ou legatária sua concubina (CC/16, art. 1.719, III)⁵⁷⁴.

Referidas disposições foram reproduzidas, com ligeiras ressalvas, pelo atual Código Civil. Assim é que, também nos dias de hoje: (i') o cônjuge pode reivindicar os bens comuns doados ou transferidos pelo outro ao concubino, desde que provado que tais bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato há mais de 5 anos (CC/02, art. 1.642, V)⁵⁷⁵; (ii') a doação feita pelo cônjuge ao seu cúmplice no adultério pode ser anulada pelo outro, ou por qualquer herdeiro necessário, dentro de 2 anos após extinta a sociedade conjugal (CC/02, art. 550)⁵⁷⁶; (iii') veda-se ao cônjuge não separado judicialmente, ou de fato, instituir o concubino como beneficiário de seguro de vida (CC/02, art. 793, *a contrario sensu*)⁵⁷⁷; (iv') não pode ser nomeado herdeiro ou legatário o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato por tempo superior a 5 anos (CC/02, art. 1.801, III)⁵⁷⁸.

Cumprido notar que todas essas restrições legais se aplicam apenas ao concubinato adúlterino, não abrangendo as demais espécies de uniões impedidas, mormente se estabilizada a convivência entre o casal. No caso específico do concubinato incestuoso – a se denominar, no presente trabalho, de *endogâmico* –, nada há que proíba um dos concubinos de receber doação, ser instituído como beneficiário de seguro de vida, ou

⁵⁷¹ Código Civil de 1916, art. 248, IV: “A mulher casada pode livremente: (...) IV – Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina”.

⁵⁷² Código Civil de 1916, art. 1.177: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, VI, e 248, IV)”.

⁵⁷³ Código Civil de 1916, art. 1.474: “Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado”.

⁵⁷⁴ Código Civil de 1916, art. 1.719, III: “Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: (...) III – a concubina do testador casado”.

⁵⁷⁵ Código Civil de 2002, art. 1.642, V: “Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: (...) V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de 5 (cinco) anos”.

⁵⁷⁶ Código Civil de 2002, art. 550: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”.

⁵⁷⁷ Código Civil de 2002, art. 793: “É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato”.

⁵⁷⁸ Código Civil de 2002, art. 1.801, III: “Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: (...) III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos”.

mesmo ser nomeado em testamento herdeiro ou legatário do outro. Como se vê, a repulsa do legislador ao adultério parece superar qualquer reserva que acaso possa subsistir em relação ao incesto.

No que toca aos direitos patrimoniais resultantes do concubinato, é necessário que antes se proceda a um breve levantamento histórico.

Na vigência do Código Civil de 1916, quando o conceito de concubinato abrangia toda espécie de união prolongada fora do casamento válido ou putativo⁵⁷⁹ – significa dizer, tanto o que hoje se convencionou chamar de união estável, como o concubinato em sua acepção moderna –, formou-se na jurisprudência uma primeira corrente, reconhecendo *indenização por serviços prestados* em favor da concubina⁵⁸⁰. O fundamento era que não se poderia deixar indene aquela que, com seu trabalho voltado à administração doméstica e à criação dos filhos, prestou sua contribuição para as despesas necessárias à economia do lar, ao mesmo tempo criando um ambiente favorável para que o parceiro pudesse evoluir financeiramente. A questão, em última análise, era resolvida com base no princípio vedatório do enriquecimento sem causa⁵⁸¹.

Com o tempo, os tribunais brasileiros passaram a acolher outra orientação, admitindo, em linhas gerais, que da relação concubinária pudesse resultar o surgimento de uma *sociedade de fato* entre o casal. Assim, uma vez dissolvida a união, possível seria proceder à partilha do patrimônio comum, fruto da conjugação dos esforços de ambos os concubinos. Também aqui, recorreu-se à teoria do enriquecimento sem causa⁵⁸².

Foi com base nesse segundo critério que, em 3 de abril de 1964, o Supremo Tribunal Federal proferiu a famigerada Súmula n. 380, por força da qual: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

⁵⁷⁹ Nas palavras de Pontes de Miranda: “*Concubinato* é a união prolongada daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válido ou putativo”. In: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3. p. 92.

⁵⁸⁰ Confira-se, por todas, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: “CONCUBINATO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – TESTAMENTO – CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA – LEI ESTRANGEIRA. A ordem jurídica ignora a existência do concubinato, não lhe atribuindo consequências. Isso não impede, porém, que se concedam à concubina honorários pela prestação de serviços”. In: STF, RE n. 7.182-SP, 2ª T., Rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. 24 jan. 1947, *Revista Forense*, ago. 1947. p. 417.

⁵⁸¹ Cf. MOURA BITTENCOURT, Edgard de. **O concubinato no direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969. v. 1. p. 61.

⁵⁸² Cf. MOURA BITTENCOURT, Edgard de. **O concubinato no direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969. v. 1. p. 61.

A união concubinária, aos poucos, foi perdendo seu caráter estigmatizante. Após o advento da Constituição Federal de 1988, o concubinato puro rebatizou-se de *união estável* (expressão cunhada nos anos 60 por Moura Bittencourt)⁵⁸³, erigindo-se à categoria de entidade familiar⁵⁸⁴, enquanto o concubinato impuro passou a se denominar, simplesmente, *concubinato*⁵⁸⁵.

Mais tarde, entrou em vigor a Lei n. 8.971/1994, atribuindo direitos alimentares e sucessórios ao companheiro (arts. 1º a 3º)⁵⁸⁶.

Em seguida, foi publicada a Lei n. 9.278/1996, que estipulou os direitos e deveres decorrentes da união estável (art. 2º)⁵⁸⁷, reafirmou o pensionamento alimentar devido ao convivente (art. 7º)⁵⁸⁸, concedeu-lhe direito real de habitação em caso de viuvez (art. 7º, *parágrafo único*)⁵⁸⁹, além de fixar a competência das Varas de Família para apreciar toda a matéria correlata (art. 9º)⁵⁹⁰. Essa lei também estabeleceu a presunção de um

⁵⁸³ “Por ora, basta ficar neste entendimento sobre concubinato – a união estável do homem e da mulher que não são ligados *entre si* pelo matrimônio”. In: MOURA BITTENCOURT, Edgard de. **O concubinato no direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969. v. 1. p. 104.

⁵⁸⁴ Constituição Federal de 1988, art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁵⁸⁵ De acordo com Silvio Neves Baptista: “A diferença específica entre a união estável (ou ‘concubinato puro’) e o concubinato simples (ou ‘concubinato impuro’) reside basicamente no fator *impedimento matrimonial*, pelo que, enquanto a união estável é a convivência pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher, que não têm impedimentos para o casamento – excetuada a situação das pessoas separadas judicialmente ou de fato –, o concubinato é a relação permanente, ou não eventual, de pessoas que têm impedimentos para o matrimônio”. In: NEVES BAPTISTA, Silvio. *União estável de pessoa casada*. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005. v. 3. p. 304.

⁵⁸⁶ Lei n. 8.971/1994, art. 1º: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”. *Parágrafo único*: “Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”. Art. 2º: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns; II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”. Art. 3º: “Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

⁵⁸⁷ Lei n. 9.278/1996, art. 2º: “São direitos e deveres iguais dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos; II – assistência moral e material recíproca; III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns”.

⁵⁸⁸ Lei n. 9.278/1996, art. 7º: “Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

⁵⁸⁹ Lei n. 9.278/1996, art. 7º, *parágrafo único*: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

⁵⁹⁰ Lei n. 9.278/1996, art. 9º: “Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça”.

condomínio igualitário ente os conviventes, tendo por objeto os bens adquiridos a título oneroso na constância da união, salvo estipulação contratual diversa (art. 5º)⁵⁹¹.

Outra inovação importante veio com o Código Civil de 2002, que submeteu a união estável ao regime supletivo da comunhão parcial de bens, ao mesmo tempo em que assegurou aos companheiros a possibilidade de adotarem um outro estatuto patrimonial, por meio de contrato escrito (CC/02, art. 1.725)⁵⁹².

Finalmente, no julgamento do RE n. 878.694-MG (Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10 mai. 2017, *DJe* 06 fev. 2018), o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Enquanto o coeficiente de proteção jurídica dispensada à união estável só fazia crescer – tanto por força de gradual construção pretoriana, como em razão de sucessivas reformas legais –, o concubinato permanecia sem um regramento legal definido. O atual Código Civil, nas poucas vezes em que a ele se refere, limita-se a conceituá-lo (CC/02, art. 1.727, *supra*) e a negar, expressamente, eventuais direitos que possam decorrer da união (CC/02, arts. 550, 793, 1.642, V e 1.801, III, *supra*).

A isto se acresça que concubino não pode exigir reparação civil por ofensa a direitos da personalidade envolvendo o pré-morto (CC/02, art. 12, *parágrafo único*)⁵⁹³; a ele não se reconhece direito à continuidade locativa (Lei n. 8.245/1991, art. 12)⁵⁹⁴; inexistente em seu favor usucapião especial por abandono doméstico (CC/02, art. 1.240-A)⁵⁹⁵; ele não contrai vínculo de afinidade com os parentes do amásio (CC/02, art.

⁵⁹¹ Lei n. 9.278/1996, art. 5º: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

⁵⁹² Código Civil de 2002, art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

⁵⁹³ Código Civil de 2002, art. 12, *parágrafo único*: “Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

⁵⁹⁴ Lei n. 8.245/1991, art. 12: “Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel”.

⁵⁹⁵ Código Civil de 2002, art. 1.240-A: “Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

1.595)⁵⁹⁶; não conta com pensão alimentar (CC/02, art. 1.694)⁵⁹⁷; não é parte legítima para promover a interdição quando o parceiro se torna incapaz (CPC/15, art. 747)⁵⁹⁸; não concorre à sucessão legítima (CC/02, art. 1.829, I a III)⁵⁹⁹; não adquire benefícios previdenciários (Lei n. 8.112/1990, art. 217, I a III)⁶⁰⁰.

Não bastasse toda essa gama de restrições, casal concubinário não pode formular pedido de adoção conjunta (ECA, art. 42, § 2º)⁶⁰¹, tampouco escolher o regime de bens (CC/02, art. 1.725)⁶⁰², sendo-lhe, igualmente, defesa a possibilidade de instituir bem de família convencional (CC/02, art. 1.711)⁶⁰³. Mais ainda: nenhuma menção ao concubinato foi feita pelo Código de Processo Civil de 2015, no Capítulo dedicado às ações de família (CPC/15, arts. 693 ss.).

Em julgamentos mais recentes, o Superior Tribunal de Justiça tem repellido pleitos indenizatórios em razão de serviços prestados por um dos concubinos.

Confira-se, por todos, o seguinte julgado:

⁵⁹⁶ Código Civil de 2002, art. 1.595: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”.

⁵⁹⁷ Código Civil de 2002, art. 1.694: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

⁵⁹⁸ Código de Processo Civil de 2015, art. 747: “A interdição pode ser promovida: I – pelo cônjuge ou companheiro; II – pelos parentes ou tutores; III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV – pelo Ministério Público”.

⁵⁹⁹ Código Civil de 2002, art. 1.829, I a III: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente”.

⁶⁰⁰ Lei n. 8.112/1990, art. 217, I a III: “São beneficiários das pensões: I – o cônjuge; II – o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente; III – o companheiro ou companheira que comprove união estável como entidade familiar”. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, em importante decisão, fixou tese negando o rateio de pensão por morte em favor de pessoa que mantinha relação paralela a casamento ou união estável preexistente. Confira-se: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” (STF, RE n. 1.045.273-SE, Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21.12.2020, *DJe* 09.04.2021).

⁶⁰¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), art. 42, § 2º: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.

⁶⁰² Código Civil de 2002, art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

⁶⁰³ Código Civil de 2002, art. 1.711: “Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO CONCUBINÁRIA. INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que é inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado do que o existente no casamento e na união estável.

2. A mútua assistência havida entre os concubinos, ao longo do concubinato, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união, não admite que, após o rompimento da relação, ou com a morte de um deles, o outro cogite pleitear indenização por serviços prestados. Precedentes (STJ, Ag. Rg. no AREsp. n. 770.596-SP, 4ª T., Rel. Min. Isabel Gallotti, j. 17 nov. 2015, *DJe* 23 nov. 2015).

Uma das poucas concessões que a jurisprudência continua a manter em relação ao concubinato refere-se à partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, uma vez comprovada a existência de sociedade de fato. Por aí se vê que a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal (*supra*), que, em sua formulação originária, reportava-se à sociedade de fato no concubinato *lato sensu* (puro e impuro), teve seu conteúdo ressignificado, passando a ser aplicável apenas ao concubinato impuro (ou, simplesmente, concubinato, para se utilizar a expressão contemporânea)⁶⁰⁴. Quanto ao concubinato puro (hoje, união estável), incide, como já visto, o regime supletivo da comunhão parcial de bens.

Vale registrar que o Superior Tribunal de Justiça, em importante decisão, reconheceu a competência das Varas de Família para apreciar o concubinato e sua eficácia jurídica no âmbito familiar. Todavia, seguiu adotando o critério da sociedade fática para regular a partilha de bens, nos exatos termos da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se os principais trechos da ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO E CONCUBINATO IMPURO SIMULTÂNEOS. COMPETÊNCIA. ART. 1.727 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART. 9º DA LEI 9.278/1996. JUÍZO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO DE FATO OU DE DIREITO. INEXISTÊNCIA. CASAMENTO CONCOMITANTE. PARTILHA. PROVA. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 380/STF E Nº 7/STJ.

(...)

3. A Vara de Família não está impedida de analisar o concubinato impuro, e seus eventuais reflexos jurídicos no âmbito familiar, nos termos dos arts. 1.727 do Código Civil de 2002 e 9º da Lei nº 9.278/1996.

⁶⁰⁴ Na opinião de Álvaro Villaça Azevedo: “Entendo que essa Súmula 380 continua vigente, mas tão somente aplicável nas uniões concubinárias, para evitar o enriquecimento sem causa, medindo o esforço comum dos concubinos”. *In*: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 245.

4. Não há falar em nulidade absoluta por incompetência da Vara de Família para julgar a causa, como devidamente decidido pelo Tribunal local, especialmente quando se deve considerar que as relações de afeto não se coadunam ao direito obrigacional, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988.

5. Nas hipóteses em que o concubinato impuro repercute no patrimônio da sociedade de fato aplica-se o Direito das Obrigações.

6. A partilha decorrente de sociedade de fato entre pessoas impõe a prova do esforço comum na construção patrimonial (Súmula nº 380/STF) (STJ, REsp. n. 1.628.701-BA, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07 nov. 2017, *DJe* 17 nov. 2017).

Sequenciando a análise, é preciso agora fixar, com maior precisão, o conceito de *sociedade de fato*, com fulcro no enunciado constante da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal.

Sabe-se que o contrato societário corresponde, basicamente, a uma categoria do direito empresarial, fundado no somatório de esforços materiais e imateriais para lograr fins econômicos (CC/02, art. 981)⁶⁰⁵. E que, uma vez formalizada a inscrição registrária do correspondente ato constitutivo, a consequência será a formação de uma pessoa jurídica de direito privado (CC/02, art. 45)⁶⁰⁶.

Não é o que se passa, porém, com a sociedade de fato. Nela inexistem *affectio societatis*. No entender de Marcos Bernardes de Mello, o que vai caracterizá-la, em sua essência, é a participação de um grupo de pessoas que desenvolvem atividade comum, porém sem o *animus* de constituir sociedade⁶⁰⁷.

O conceito é perfeitamente amoldável à sociedade fática resultante do concubinato. Nenhum concubino, em tese, dela participa com o objetivo de lucrar. Sua estrutura é, antes, pautada pela realidade de um compartilhamento de vidas, de atenção e cuidado recíprocos, de tolerância – sem envolver, necessariamente, sexualidade ou afeto. Arrisca-se mesmo a dizer que, na sociedade concubinária, a *affectio societatis* cede lugar à *affectio maritalis*.

Foi a jurisprudência francesa do séc. XIX que assentou o critério da sociedade de fato para dirimir questões relacionadas à partilha de bens entre os concubinos⁶⁰⁸. Nesse

⁶⁰⁵ Código Civil de 2002, art. 981: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

⁶⁰⁶ Código Civil de 2002, art. 45: “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

⁶⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Acheegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, n. 3, jul.-set. 2000. p. 26.

⁶⁰⁸ Cf. MOURA BITTENCOURT, Edgard de. **O concubinato no direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969. v. 1. p. 291-4.

sentido, recorda Jean Carbonnier que, quando os concubinos, após o término da relação, pretendiam desenredar seus interesses patrimoniais, os tribunais da França de pronto decidiam que entre eles havia uma *société de fait* (sociedade de fato), a ser liquidada judicialmente⁶⁰⁹.

Advirta-se que nem toda união concubinária terá o condão de projetar o surgimento de uma sociedade de fato. Junção de vidas não implica necessariamente conjugação de esforços, da qual resulte a formação de um patrimônio comum. Se é certo que a sociedade de fato pode emergir fora do concubinato, também é possível haver concubinato sem sociedade de fato⁶¹⁰.

Basta tomar como referência o caso de dois concubinos que vivem em lares diferentes, mantêm suas economias apartadas, cada qual com vida financeira própria, sem colaborarem reciprocamente, com capital ou trabalho, para a aquisição de bens⁶¹¹. Ou ainda quando, a despeito da reunião de aportes, dela não decorra qualquer acréscimo patrimonial para os envolvidos (exemplo: divisão de despesas com viagens, *shows*, restaurantes, etc.). Em suma: se nenhum patrimônio se formou pela convergência de esforços dos concubinos, nada haverá a partilhar.

Inspirado por esse raciocínio, Mário Moacyr Porto chegou inclusive a sugerir uma nova leitura para a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, que, na sua visão, deveria ser assim entendida: “Comprovada a existência de sociedade de fato, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, não obstante a condição de concubinos dos sócios”⁶¹².

⁶⁰⁹ Nas palavras do próprio Carbonnier (trad. nossa): “Quando eles precisam desenredar, ao fim do concubinato, os interesses pecuniários emaranhados durante anos de vida comum, os tribunais prontamente decidem que existia entre os concubinos uma *société de fait* (nula, porque ela se baseia numa causa imoral, mas que de fato funcionou, e que deve ser liquidada)”. No original: “Quand il leur faut démêler, fini le concubinage, des intérêts pécuniaires enchevêtrés par des années de vie commune, les tribunaux décident volontiers qu’il a existé entre les concubins une *société de fait* (nulle puisqu’elle reposait sur une cause immorale, elle n’en a pas moins fonctionné en fait, et elle doit être liquidée)”. In: CARBONNIER, Jean. **Droit civil**: la famille, les incapacités. 11. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1979. p. 278.

⁶¹⁰ Confira-se, por todos, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “CONCUBINATO E SOCIEDADE DE FATO. Para se reconhecer a qualidade de sócia à concubina não basta apenas a existência do concubinato. Torna-se imprescindível a comprovação da real existência de uma sociedade de fato, derivada de esforços ou contribuições da concubina na formação do patrimônio comum. No caso não ficou comprovada a existência de sociedade de fato, com a formação de um patrimônio comum” (STF, RE n. 96.400-PR, 2ª T., Rel. Min. Djaci Falcão, j. 04 mai. 1982, DJ 04 jun. 1982).

⁶¹¹ Cf. VILLELA, João Baptista. Concubinato e sociedade de fato. In: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said (org.). **Doutrinas essenciais**: família e sucessões. São Paulo: RT, 2011. v. 2. p. 601-2.

⁶¹² PORTO, Mário Moacyr. O concubinato e as Súmulas 35 e 380 do Supremo Tribunal Federal. In: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said (org.). **Doutrinas essenciais**: família e sucessões. São Paulo: RT, 2011. v. 2. p. 528.

Note-se que a partilha de bens – seja por separação, ou morte – deve se fundar não apenas na contribuição prestada materialmente. Há de se ter em conta também outros fatores, tais como a participação de cada concubino nos afazeres domésticos, seu empenho na criação dos filhos, o apoio prestado para manter a estabilidade do lar, em suma, todo o *esforço imaterial* que despendeu a fim de assegurar o suporte necessário para a formação do patrimônio comum.

Conforme jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL – CONVIVÊNCIA MORE UXORIO – ENRIQUECIMENTO DO PATRIMÔNIO DO COMPANHEIRO – CONTRIBUIÇÃO INDIRETA DA COMPANHEIRA – RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO – PARTILHA PROPORCIONAL DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A VIDA EM COMUM – DISSÍDIO PRETORIANO COMPROVADO.

(...)

2 – Esta Corte de Uniformização Infraconstitucional já firmou entendimento no sentido de que, quando reconhecida a convivência *more uxorio* e a aquisição de bens naquele período, para a caracterização da sociedade de fato, basta a contribuição indireta da companheira, como a colaboração na administração do lar, gerenciando serviços domésticos, sendo irrelevante a entrega de dinheiro ou bens ao companheiro. Assim, tendo o casal em questão convivido maritalmente por mais de 28 anos, período em que o companheiro enriqueceu o seu patrimônio, é de ser reconhecida e dissolvida a sociedade de fato, com a consequente partilha proporcional dos bens adquiridos durante a vida em comum (STJ, REsp. n. 239.234-SP, 4ª T., Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 18 nov. 2004, DJ 28 fev. 2005).

Não se pense que a fração a ser reconhecida ao concubino por ocasião da partilha deva corresponder, necessariamente, à metade ideal do acervo comum. A rigor, meação traduz instituto de direito de família, aplicável ao casamento ou à união estável em que se optou por um dos regimes da comunhão de bens (ou ainda, àquelas uniões familiares em que se impôs a separação obrigatória, a teor da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal)⁶¹³. Na união concubinária, ao revés, o partilhamento será proporcional à contribuição prestada por cada concubino, seja de forma direta, mediante o aporte de recursos financeiros, seja de forma indireta, por meio de sua colaboração imaterial. Logo, o condomínio que se forma a partir da sociedade concubinária admite que as quotas atribuídas a cada condômino possam ostentar percentuais distintos.

Mais uma vez, é o Superior Tribunal de Justiça que elucida:

⁶¹³ Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. ART. 6º, § 1º, DA LICC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 7 DO STJ. INAPLICABILIDADE. PARTILHA DE BENS. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. LEI N. 9.278/96. NÃO-INCIDÊNCIA. PERCENTUAL COMPATÍVEL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

(...)

3. Demonstrado no acórdão recorrido, de forma incontestada, que a contribuição da concubina-autora para formação do patrimônio comum dos conviventes ocorreu de forma indireta, impõe-se o afastamento da meação, por sucumbir frente à prevalência da partilha de bens que, a par das circunstâncias dos autos, não há que ser em partes iguais.

(...)

6. Levando-se em conta a moderação e o bom senso recomendados para a hipótese em apreço, o arbitramento, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor dos bens adquiridos na constância do concubinato e apurados na instância ordinária, apresenta-se compatível com o caso em apreço, por encontrar amparo nos sempre requeridos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (STJ, REsp. n. 914.811-SP, 2ª S., Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 27 ago. 2008, *DJe* 21 nov. 2008).

Problema interessante se impõe quando houver dúvida em relação ao grau de participação do concubino no patrimônio que ajudou a formar. Evidentemente, a circunstância de não se poder apurar até onde se deu a contribuição prestada, em nada prejudica seu direito ao partilhamento dos bens. A solução, no caso, é atribuir-lhe o percentual de 50%, em atenção à regra do *concurso partes fiunt*, bem como ao disposto no art. 1.315, *parágrafo único*, do Código Civil (“Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos”)⁶¹⁴.

Nada impede, entretanto, que os concubinos, havendo acordo, e como reflexo de sua autonomia de vontade, instituem outras formas de composição patrimonial. É nesse sentido que Francisco Cahali, em seu famoso livro *Contrato de convivência na união estável*, vai admitir que a fixação dos efeitos jurídicos patrimoniais do concubinato possa decorrer do poder de autorregramento de vontade, somente incidindo o enunciado sumular (STF, Súm. n. 380) na falta de estipulação diversa. Na visão do autor, a destinação dos bens adquiridos por ocasião do concubinato representaria, desse modo, um direito disponível, podendo os interessados optar contratualmente por não

⁶¹⁴ Nesse sentido, cf. MOURA, Mário Aguiar. **Concubinato**. 6. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1985. p. 89-90; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 64; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 320; VILLELA, João Baptista. Concubinato e sociedade de fato. In: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Youssef Said (org.). **Doutrinas essenciais: família e sucessões**. São Paulo: RT, 2011. v. 2. p. 610.

estabelecerem o condomínio, ou ainda, por constituírem um condomínio com frações predeterminadas (exemplo: 70% para um e 30% para o outro partícipe)⁶¹⁵.

A única ressalva feita pelo Prof. Cahali guarda relação com os bens particulares. Assim, o patrimônio já existente no período anterior à união, bem como aquele que veio a se formar durante o convívio, porém a título gratuito, ou por fato eventual, não poderia ser objeto desse contrato⁶¹⁶. Segundo o Mestre paulista, se um dos concubinos deseja que seus bens particulares se transmitam gratuitamente ao outro, então que ele recorra à categoria negocial adequada (doação, cessão, testamento, etc.)⁶¹⁷, com observância das formalidades e exigências legais a ela inerentes⁶¹⁸. No mais, prevalecerá a auto-ordenação das partes para regular os aspectos patrimoniais da relação.

No que toca, particularmente, à pensão alimentícia, o fato de a lei excluir o direito de alimentos entre concubinos não inviabiliza que um deles possa firmar contrato de doação sob subvenção periódica⁶¹⁹, ou mesmo de constituição de renda⁶²⁰, em favor do outro. A *contratualização* será, portanto, o remédio mais eficiente para mitigar as restrições legais que pesam sobre o concubinato⁶²¹.

Em seu minucioso estudo dedicado às uniões extramatrimoniais, Guilherme Calmon Nogueira da Gama ressalta que do concubinato endogâmico pai/filha possam advir efeitos jurídicos. Mas alerta que a situação deve ser encarada como uma autêntica sociedade de fato, para em seguida, concluir:

Evidentemente o tratamento jurídico dispensado não se insere no contexto do Direito de Família, e sim no Direito das Obrigações, próprio para solucionar

⁶¹⁵ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 224-7. No mesmo sentido, *cf.* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 341; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 199-200.

⁶¹⁶ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 204.

⁶¹⁷ Devendo-se, nesse ponto, recordar ser anulável a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (CC/02, art. 550), e nulo o testamento em favor do concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato há mais de 5 anos (CC/02, 1.801, III).

⁶¹⁸ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 204.

⁶¹⁹ Código Civil de 2002, art. 545: “A doação em forma de subvenção periódica ao beneficiado extingue-se morrendo o doador, salvo se este outra coisa dispuser, mas não poderá ultrapassar a vida do donatário”. Cabendo frisar, mais uma vez, que no caso específico do concubinato adúltero, a doação em tela será anulável (CC/02, art. 550).

⁶²⁰ Código Civil de 2002, art. 803: “Pode uma pessoa, pelo contrato de constituição de renda, obrigar-se para com outra a uma prestação periódica, a título gratuito”.

⁶²¹ Luciana Brasileiro e Maria Rita de Holanda também recordam a ausência de vedação legal para que se possa instituir sociedade empresária, ou usufruto, entre concubinos. A respeito, *cf.* BRASILEIRO, Luciana; HOLANDA, Maria Rita de. O planejamento sucessório no concubinato. *In:* TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. 2. p. 258-9.

questões patrimoniais decorrentes da conjugação de esforços entre duas ou mais pessoas com objetivo comum⁶²².

Enfim, diante dos impedimentos fixados pelo sistema jurídico para que duas pessoas ligadas por vínculo de parentesco possam se unir em matrimônio ou união estável válidos, nada mais resta ao casal a não ser amoldar sua relação ao figurino legal do concubinato. E uma vez configurada a sociedade de fato entre os concubinos, lícita será a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, na proporção do contributo material ou imaterial prestado, salvo disposição contrária.

Teixeira de Freitas, apesar de ter iniciado a redação do *Esboço* na segunda metade do séc. XIX (mais precisamente, a partir de 1860), deixou um ensinamento vivo e atual a respeito do tema. A se atentar ao que dispõe o art. 1.450 do referido projeto, lá se vê que a nulidade do matrimônio teria o condão de operar as seguintes consequências: 1º: “Quanto às pessoas dos conjuges, sua união será reputada como um mero concubinato, entendendo-se que nunca forão casadas”. 2º: “Em relação aos bens, proceder-se-ha como no caso da dissolução de qualquer sociedade de facto”⁶²³.

⁶²² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 544. Também a favor da tese do concubinato enquanto núcleo gerador de relação jurídica de *direito obrigacional*, cf. VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 17. p. 156; SANTOS, Luiz Felipe Brasil. União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005. v. 3. p. 233-4; GONTIJO, Segismundo. Do instituto da união estável. *In*: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said (org.). **Doutrinas essenciais: família e sucessões**. São Paulo: RT, 2011. v. 2. p. 724; CORREIA, Atalá; LEAL, Adisson; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Estatuto jurídico do concubinato. *In*: **Direito de família: problemas e perspectivas**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 81-3; MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.268; CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. A favor da tese do concubinato enquanto núcleo gerador de relação jurídica de *direito de família*, cf. LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5. p. 188; DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 623-4; BRASILEIRO, Luciana. **As famílias simultâneas e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 104; HATEM, Daniela Soares. A evolução dos conceitos de família. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, n. 61, jan.-mar. 2015. p. 308; SEREJO, Lourival. Sobre a possibilidade de formação e reconhecimento de uma entidade familiar incestuosa. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 8, mar.-abr. 2015. p. 17; ARAÚJO, Marcelo de Jesus Monteiro; RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. A relação incestuosa como entidade familiar: uma revolução do Estatuto das Famílias. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 323; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2. p. 561.

⁶²³ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil: Esboço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 611.

⁶²³ *Esboço*, arts. 1.273-4. A respeito, cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil: Esboço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861. p. 549

Com sua poderosa força de raciocínio, o gênio freiteano antecipou em mais de um século a fórmula hoje utilizada em matéria de uniões impedidas (impedimento matrimonial → casamento nulo → concubinato → sociedade de fato). Fosse a lição devidamente assimilada pela “mediocridade circundante” da época, decerto o Brasil teria sido pioneiro na regulamentação dos efeitos jurídicos do concubinato.

Aliás, o próprio Freitas, em parecer encomendado pelo Marquês de Olinda, no ano de 1863, chegou a vaticinar: “(...) porque não se pode obrigar ninguém a casar legalmente, como não poder-se-ia obrigar a não viver em concubinato”⁶²⁴. Observe-se que, na avaliação do juriconsulto do Império, a união concubinária escaparia imune da pecha de ilicitude, o que, de resto, coaduna-se com a associação por ele feita no *Esboço* entre concubinato e sociedade de fato.

Ao longo da presente exposição, foi destacada, em mais de uma oportunidade, a influência exercida pela canonística da era medieval para a construção da categoria dos impedimentos matrimoniais (*cf. supra*, n. 3.3). Ainda hoje, o Código de Direito Canônico de 1983 consagra um extenso rol de *impedimenta* (cân. 1.083 a 1.094)⁶²⁵, sendo que os impedimentos relacionados ao parentesco (cân. 1.091, 1.092 e 1.094)⁶²⁶ são praticamente idênticos àqueles previstos no art. 1.521 do nosso Código Civil⁶²⁷.

Entretanto, a tendência manifestada pelo direito da Igreja vai no sentido de admitir o velho benefício da *dispensa eclesiástica* em quase todas as hipóteses aduzidas, exceto quando se tratar de consanguinidade em linha reta, ou em segundo grau da linha colateral (cân. 1.078, § 3)⁶²⁸.

Funciona da seguinte maneira: o casal impedido (por exemplo, genro e sogra, após a viuvez) formula requerimento específico objetivando a dispensa do impedimento perante o Ordinário local – que, conforme o cân. 134, § 1, pode ser o Bispo Diocesano, o

⁶²⁴ *Apud* MEIRA, Silvio. **Teixeira de Freitas**: o juriconsulto do Império. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979. p. 272.

⁶²⁵ *Cf.* HORTAL, Jesús S. **Código de direito canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983. p. 479-85.

⁶²⁶ *Cf.* HORTAL, Jesús S. **Código de direito canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983. p. 483-5.

⁶²⁷ A única ressalva concerne ao impedimento por parentesco consanguíneo na linha colateral, que, pelo direito canônico atualmente em vigor, estende-se até o quarto grau (contagem romana). Confira-se, a respeito, o cân. 1.091, § 2, do Código de Direito Canônico de 1983: “Na linha colateral, é nulo o matrimônio até o quarto grau inclusive”. *In*: HORTAL, Jesús S. **Código de direito canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983. p. 483. No direito brasileiro, como se sabe, o referido impedimento estende-se até o terceiro grau (CC/02, art. 1.521, IV).

⁶²⁸ Código de Direito Canônico de 1983, cân. 1.078. § 3: “Nunca se dá dispensa do impedimento de consanguinidade em linha reta ou no segundo grau da linha colateral”. *In*: HORTAL, Jesús S. **Código de direito canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983. p. 477.

Vigário episcopal e outras autoridades eclesiásticas⁶²⁹. Uma vez concedida a dispensa, fica autorizada a celebração do casamento religioso sob os auspícios da Madre Igreja (cân. 1.078, § 1)⁶³⁰.

Foi o que fizeram Jacinto e Carla [*nomes fictícios*], à época domiciliados em São Paulo, no ano de 1999. Três anos antes, Jacinto havia ficado viúvo da filha de Carla, e após a morte da esposa, continuou a morar nos fundos da casa da sogra. Nesse meio tempo, sogra e genro deram início a uma relação e, finalmente, resolveram se casar na Igreja. Para tanto, a união precisou ser autorizada pelo Bispo da Diocese de São José, D. Nelson Westrupp, sem que o casal tivesse formalizado o vínculo no âmbito civil⁶³¹.

Há de se reconhecer, portanto, uma maior abertura do direito canônico para favorecer o casamento religioso de pessoas impedidas, do que aquela admitida pela lei estatal – que, como visto, continua a enquadrar a união na roupagem normativa do concubinato.

Ciente desse quadro, o projeto Estatuto das Famílias (PL n. 2.285/2007), orientado pelos pilares constitucionais de uma “comunhão de vida consolidada na afetividade”, em que se concede “a todas as entidades familiares a mesma dignidade e igual merecimento de tutela”⁶³², manteve em seu corpo legal (art. 24, II a IV)⁶³³ todos os impedimentos de parentesco traçados pelo art. 1.521 do vigente Código Civil. Além disso, declarou expressamente a ab-rogação do Decreto-lei n. 3.200/1941, que havia introduzido no País a possibilidade de dispensa judiciária para o casamento de colaterais em 3º grau (art.

⁶²⁹ Código de Direito Canônico de 1983, cân. 134, § 1: “Com o nome de Ordinário se entendem, no direito, além do Romano Pontífice, os Bispos diocesanos e os outros que, mesmo só interinamente, são prepostos a alguma Igreja particular ou a uma comunidade a ela equiparada, de acordo com o cân. 368; os que nelas têm poder executivo geral, isto é, os Vigários gerais e episcopais; igualmente, para os seus confrades, os Superiores maiores dos institutos religiosos clericais de direito pontifício e das sociedades clericais de vida apostólica de direito pontifício, que têm pelo menos poder executivo ordinário”. In: HORTAL, Jesús S. **Código de direito canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983. p. 57-9.

⁶³⁰ Código de Direito Canônico de 1983, cân. 1.078, § 1: “O Ordinário local pode dispensar os seus súditos, onde quer que se encontrem, e todos os que se acham no seu território, de todos os impedimentos de direito eclesiástico, exceto aqueles cuja dispensa se reserva à Sé Apostólica”. In: HORTAL, Jesús S. **Código de direito canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983. p. 475.

⁶³¹ Para detalhes, cf. BARBOSA, Maurício. Sogra, 71, casa com genro, 31, em SP. **Folha de São Paulo**, 14 jan. 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff14019906.htm>. Acesso em: 13 ago. 2022.

⁶³² A justificativa do projeto pode ser visualizada no sítio do IBDFAM. In: COMISSÃO de Sistematização. Estatuto das Famílias, **Instituto Brasileiro de Direito da Família – IBDFAM**, 31 out. 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/338/Estatuto+das+Fam%c3%adlias>. Acesso em: 12 ago. 2022.

⁶³³ Projeto de Lei n. 2.285/2007, art. 24, II a IV: “Não podem casar: (...) II – os parentes na linha reta sem limitação de grau; III – os parentes na linha colateral até o terceiro grau, inclusive; IV – os parentes por afinidade em linha reta”.

274)⁶³⁴. Note-se que, nos termos do aludido projeto, nenhum impedimento matrimonial pode ser dispensado.

Trata-se, sem sombra de dúvida, de evidente retrocesso, que coloca o Brasil num estágio de menor liberdade de constituição familiar do que o alçado pelo direito canônico, e que se choca frontalmente com os fundamentos mais elementares de base histórica e antropológica que, há séculos, vêm inspirando a evolução do direito privado nacional.

⁶³⁴ Projeto de Lei n. 2.285/2007, art. 274: “Fica revogado (...) o Decreto-Lei nº 3.200/1941 (casamento de parentes em 3º grau)”.

6 CONCLUSÕES

É chegado o momento de apresentar o resultado da pesquisa e as principais conclusões alcançadas ao longo desta dissertação.

No tocante ao debate sobre as origens sociais das prevenções incestuosas, há de se descartar a tese formulada por Engels sustentando a progressiva retração das uniões interparentais (casamento grupal → família consanguínea → família punaluana), já que qualquer tentativa de se uniformizarem ciclos na evolução da família em todas as partes do globo considera-se hoje ultrapassada.

Quanto ao pensamento de Freud acerca do tabu associado ao sistema social totêmico, trata-se de uma tentativa de explicar, sob o ponto de vista da psicanálise, o repúdio que a humanidade cedo despertou em relação às uniões incestuosas. Nesse sentido, o totem seria uma espécie de símbolo representativo da figura do pai, que antes havia sido morto e devorado pelos filhos desejosos de se apossarem das mulheres do grupo, cujo posterior arrependimento teria feito com que eles entrassem em acordo para não se envolverem com as referidas mulheres, nem matarem o animal totêmico – embora, no íntimo, continuassem a querer fazê-lo. Para Freud, toda proibição encobre um desejo subjacente, e o tabu seria uma espécie de barreira para impedir sua consumação. No seu entender, o complexo de Édipo traduz o reaparecimento, na mentalidade infantil, dos desejos e tabus típicos do totemismo.

De conformidade com a teoria da aliança proposta por Lévi-Strauss, a proibição do incesto representa a passagem da ordem da natureza para a da cultura, já que concentra em seu âmago dois atributos, o da universalidade – porquanto reconhecida em todas as organizações sociais –, e o da relatividade – já que variáveis as formas com que cada grupo estabelece a interdição e pune as condutas passíveis de infringi-la. Segundo o antropólogo, essa transição teria se dado quando a humanidade conseguiu perceber as vantagens sociais do casamento exógamo, pelo qual a família, ao estabelecer aliança com grupos familiares diversos, buscava garantir sua continuidade. E aquilo que, na sua visão, veio a fomentar esse tipo de aliança teria sido um sistema primitivo de reciprocidade fundado na troca de mulheres, o que se comprova com as pesquisas de campo por ele empreendidas em inúmeras sociedades tribais, algumas delas no interior do Brasil. Entre os *nambiquaras* do Mato Grosso, por exemplo, Lévi-Strauss detectou o estímulo social ao casamento dos primos cruzados, nascidos de irmãos de sexo oposto ao do respectivo genitor ou genitora, em que homens pertencentes a clãs diversos trocam suas irmãs para

que os filhos provenientes das relações daí resultantes venham depois a se casar entre si, tornando a repetir o ciclo na geração subsequente. A conclusão a que chega Lévi-Strauss é que o incesto é proibido não por ser imoral, ou biologicamente nocivo à espécie, e sim por ser socialmente reprovável.

Considerando-se o tabu do incesto sob a perspectiva neuroantropológica de Robin Fox, o controle dos impulsos incestuosos teria se desenvolvido em consequência da evolução cerebral, instada a todo momento por sua potencialidade adaptativa. Investigando os hábitos familiares dos primatas superiores, divididos em machos triunfadores, fêmeas com crias e machos excluídos, Fox a princípio se alinha ao pensamento freudiano, para em seguida dele divergir ao sustentar que os machos excluídos teriam ascendido às posições mais elevadas não para rivalizarem com os machos triunfadores na disputa das fêmeas, e sim para promoverem o seu intercâmbio com fêmeas de grupos diversos – o que o faz aproximar-se da teoria da aliança propugnada por Lévi-Strauss. A diferença é que, para Fox, a troca de mulheres teria sido um meio para assegurar a diversidade genética, além de refrear os impulsos da horda primitiva, tudo isso se apresentando sob a forma de uma resposta adaptativa inerente à evolução do cérebro humano.

A pesquisa também deixou assente que, não obstante o risco adicional de se desenvolverem doenças autossômicas recessivas em filhos de cruzamentos consanguíneos (entre 9% e 32%, a depender da proximidade de parentesco entre os genitores), inexistente qualquer conexão entre esse fator, de ordem genética, e o tabu do incesto. Isto porque a mentalidade primitiva não teria condições de antever o elo causal entre reprodução endogâmica e o risco de nascer prole com deficiência, sem falar que muitas das prevenções ainda hoje admitidas em sociedades tribais não se encontram relacionadas a questões de consanguinidade, a exemplo da proibição do casamento em sogradio.

Portanto, tudo leva a crer que, antes das principais civilizações da Antiguidade terem aparecido, as prevenções incestuosas já estavam assentadas. Em Israel, as primeiras regras proibitivas de uniões interparentais foram fixadas pelo direito mosaico, por força do qual inibiam-se casamentos entre pais e filhos, irmãos, padrastos e enteados, genros/noras e sogros, tios e sobrinhos. O casamento entre cunhados também era proibido, porém havia um costume imemorial – o levirato – que ordenava ao irmão de um homem que houvesse morrido sem deixar descendência o dever de desposar a viúva, havendo, inclusive, registros de que essa prática se manteve após o advento da era cristã.

Já a família romana da época clássica conhecia três espécies de parentesco: a *adgnatio*, resultante da submissão ao *paterfamilias*, a *cognatio*, derivada de laços consanguíneos, e a *adfinitas*, pela qual cada cônjuge se achava vinculado aos *cognati* do outro. A contagem de parentesco se fazia subindo de determinado parente até o primeiro ancestral comum, para, em seguida, dele descer ao outro parente cogitado; a cada movimento, contava-se um grau. Embora o parentesco que primeiro se impunha fosse o agnático, os romanos conheceram vedações matrimoniais fundadas na consanguinidade e na afinidade. Assim, coíbiam-se matrimônios entre ascendentes e descendentes, irmãos, tios e sobrinhos, padrastrós e enteados, genros/noras e sogros. O casamento com a irmã adotiva a princípio era proibido, a não ser que a adoção viesse a se extinguir pela *emancipatio*.

A categoria dos impedimentos matrimoniais, enquanto causa ensejadora da nulidade do casamento, surgiu apenas no séc. XI, a partir das teses desenvolvidas pela canonística do período medievo, que chegou, inclusive, a conceber um sistema próprio de contagem de graus de parentesco em linha transversal: sendo os parentes da mesma geração, cada um distaria do outro tantos graus quanto distasse do ancestral comum; sendo eles de gerações desiguais, a contagem seria feita a partir do parente que guardasse maior distância do ancestral comum. Tomando por base o modelo canônico, o IV Concílio de Latrão (séc. XIII) estendeu os impedimentos dirimentes até o 4º grau, tanto para os consanguíneos como para os afins, nas linhas reta e transversal. E se, porventura, houvesse se consumado *copula illicita* entre um dos nubentes e algum parente em grau proibido do outro, incidiria, de igual modo, o impedimento de afinidade, o qual, pelo Concílio de Trento (séc. XVI), ficou limitado ao 2º grau. Já o impedimento resultante de adoção inibia consórcios entre pai e filho adotivo, entre adotante e mulher do filho adotivo, entre filho adotivo e mulher do adotante, e entre filho do adotante e filho adotivo – exceto se, nesta última hipótese, a adoção viesse a se extinguir pela morte do adotante ou pela *emancipatio*. A despeito desse extenso rol de impedimentos, o papado passou outorgar o benefício da dispensa eclesiástica, afastando, em certos casos, a aplicação da regra impeditiva para que o casal pudesse se unir matrimonialmente sem incorrer na nulidade.

Com relação ao sistema de casamento indígena nos primórdios da colonização brasileira, os registros deixados pelos cronistas da época permitem concluir que nossos índios, longe de se relacionarem de modo desregrado e licencioso, conheciam, sim, restrições de consanguinidade, sobretudo ao se inviabilizarem uniões entre ascendentes,

descendentes e irmãos. Já entre tios e sobrinhas, o casamento chegava a ser imposto pelos costumes tribais. E similarmente ao que se passava com o levirato dos antigos judeus, cunhados eram estimulados a se casar com as viúvas de seus falecidos irmãos. Munida do propósito de converter o gentio à fé católica, a Igreja atribuiu aos missionários jesuítas o poder de outorgar dispensas para favorecer o matrimônio dos indígenas, chegando-se ao ponto de só restarem inviabilizados os casamentos entre ascendentes, descendentes e irmãos – diretiva esta, diga-se de passagem, mais liberal que a seguida pelo vigente Código Civil.

Um importante passo no sentido de adaptar as normas aprovadas pelo Concílio de Trento à realidade social brasileira se deu com as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (1707), que mantiveram todos os impedimentos estabelecidos nas disposições conciliares da Igreja e os que haviam sido formulados nas obras dos principais representantes da canonística medieval. A princípio, a política de concessão de dispensas era assunto reservado à Santa Sé, até que, com o Breve dos 25 Anos (1796), o episcopado brasileiro passou a se investir no poder de dispensar gratuitamente em todos os graus de direito positivo. Os registros demonstram, no entanto, que há muito tempo o prelado local já tinha consolidado a prática de outorgar dispensas sem o conhecimento de Roma. De todo modo, os constantes pedidos de concessão de dispensa formulados perante as Arquidioceses dão uma ideia da elevada taxa de incidência de matrimônios endogâmicos no Brasil do séc. XIX, o que é creditado ora a requintes de ordem aristocrática (manter a origem nobre do sangue), ora a motivos relacionados à economia familiar (evitar a dispersão dos bens), sem falar do relativo isolamento em que viviam as famílias da zona rural.

A primeira tentativa de se dotar o País de um Código Civil se deu com o *Esboço* de Teixeira de Freitas, publicado entre 1860 e 1865, que fixou impedimentos para matrimônios celebrados fora da Igreja Católica entre ascendentes e descendentes, irmãos, tios e sobrinhos, padrastos e enteados, genros/noras e sogros, cunhados, adotantes e adotados, sendo igualmente vedada, nesse último caso, a união de um deles com o cônjuge viúvo do outro. O *Esboço* também contemplou a possibilidade de se obter dispensa junto ao governo para casamentos avunculares (tios-sobrinhos), e em cunhadio.

Uma investida mais liberal foi ultimada pelo Projeto Felício dos Santos, cuja publicação ocorreu entre 1884 e 1887, e pelo qual apenas se vedavam matrimônios entre ascendentes e descendentes, irmãos, padrastos e enteados, genros/noras e sogros.

Portanto, de acordo com o Projeto, eram livres os casamentos de tios e sobrinhos, e de cunhados.

Sob os auspícios da República, entrou em vigor a Lei do Casamento Civil (Dec. n. 181/1890), de autoria de Coelho Rodrigues, que incorporou as inovações trazidas pelo Projeto Felício dos Santos, ao coibir matrimônios entre ascendentes e descendentes, irmãos, padrastos e enteados, genros/noras e sogros, adotantes e adotados. Restabeleceu-se, por outro lado, o vetusto impedimento por afinidade *ex copula illicita*. O prestígio assumido por Coelho Rodrigues fez com que o governo republicano viesse a contratá-lo para redigir um Projeto de Código Civil, o qual foi apresentado no ano de 1893. Nele se reproduziram, em linhas gerais, os mesmos impedimentos de parentesco traçados pela Lei do Casamento Civil, somente se acrescentando o impedimento do adotado em relação aos parentes em grau proibido do adotante.

Com o malogro do Projeto Coelho Rodrigues, teve lugar a primeira tentativa exitosa de se aprovar uma codificação civil. Após um longo itinerário em ambas as Casas legislativas, o Projeto Clovis Bevilacqua finalmente veio a se converter no primeiro Código Civil brasileiro, em 1916. O rol de impedimentos por ele previsto era amplo. Além daqueles já consagrados pela antiga Lei do Casamento Civil, incluíram-se impedimentos para matrimônios entre tios e sobrinhos, adotante e cônjuge do adotado, adotado e cônjuge do adotante, adotado e filho superveniente do adotante. Quanto ao impedimento por afinidade *ex copula illicita*, ocorreu sua substituição pelo de afinidade ilegítima, que pressupunha a existência de relação concubinária entre um dos nubentes e algum parente em linha reta do outro.

A partir da edição do Decreto-lei n. 3.200/1941, ressurge a possibilidade de casamentos entre tios e sobrinhos no Brasil, desde que haja autorização judicial específica para submissão dos nubentes a exame médico, e o laudo seja favorável à união. Referido exame torna-se, porém, desnecessário com o falecimento prematuro do cônjuge após consumir-se o casamento nuncupativo, ante a improbabilidade de que do vínculo gerado possa resultar descendência.

No ano de 1963, Orlando Gomes apresentou o seu Anteprojeto de Código Civil, cuja única inovação relevante na matéria consistiu na retirada da proibição do casamento avuncular (entre tios e sobrinhos).

A retomada dos esforços tendentes à recodificação do direito privado culmina com o advento do Código Civil de 2002, que ao tratar dos impedimentos de parentesco, não inova substancialmente em relação ao Código de 1916. Apenas são suprimidas

referências ao parentesco ilegítimo e eliminada a locução “superveniente”, que antigamente vinha associada ao filho do adotante, ao se vedar seu casamento com o adotado. Com relação ao Decreto-lei n. 3.200/1941, o princípio da especialidade leva a concluir pela manutenção de sua vigência ao lado do impedimento constante do art. 1.521, IV, do atual Código Civil – alusivo à vedação do matrimônio de colaterais em 3º grau.

Acerca do casamento do pai biológico com a filha não reconhecida, não há como se admitir a validade do consórcio, sobretudo considerando-se que o *status* de filho independe do ato de reconhecimento, que a consumação do matrimônio nulo não constitui óbice à sua posterior invalidação, e que a causa ensejadora da nulidade é o parentesco natural existente entre marido e mulher.

A seu turno, reputa-se válido o matrimônio dos filhos trazidos por cada membro do casal que passaram a conviver no mesmo espaço doméstico em sede de família reconstituída, face à ausência de qualquer laço de parentesco capaz de inibir a união.

Entende-se, por outro lado, não ser admissível que genro ou nora possam ser adotados por seus sogros, de vez que raciocínio diverso levaria a concluir que dois irmãos poderiam permanecer unidos em matrimônio válido, o que decerto colide com a *mens legis* que norteia a disciplina dos impedimentos matrimoniais.

E a se ter em conta, finalmente, o caráter irrevogável da adoção, deve-se rejeitar a possibilidade de que o Judiciário desconstitua o vínculo adotivo para favorecer o casamento do adotado com o filho biológico do adotante.

Adentrando o contexto da teoria do fato jurídico, sustenta-se o enquadramento do matrimônio e da união estável como espécies de negócio jurídico, já que nos dois tipos familiares se reconhece em favor do casal o poder de autorregramento de vontade, o que se revela tanto na escolha do núcleo familiar almejado, como na estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica correspondente. No caso específico da união estável, a vontade dos companheiros se manifesta de forma gradual, ao longo da convivência, levando a inferir que ambos desejam, de fato, manter a união.

Enquanto subordinados à disciplina legal dos negócios jurídicos, casamento e união estável transitam pelo plano da validade, o que torna cabível falar em casamento e união estável válidos, nulos e anuláveis, com a ressalva de que a incidência de impedimentos traz como consequência a nulidade.

No que toca, por sua vez, ao regime legal das nulidades, tomando-se por referência os seis traços característicos que, em geral, lhe dizem respeito – insanabilidade, decretabilidade *ex officio*, arguibilidade *incidenter tantum*, imprescritibilidade,

ineficaciabilidade e insupribilidade –, conclui-se que, pelo menos, três deles não são extensíveis às uniões impedidas. Quer-se aludir, particularmente, à decretabilidade *ex officio*, à arguibilidade *incidenter tantum* e à ineficaciabilidade.

Em primeiro lugar, é preciso ter em vista que, ao se referir ao casamento nulo, o Código Civil impõe a exigência de ação direta para que se obtenha o pronunciamento judicial da nulidade. Logo, se um dos cônjuges for demandado pelo outro em processo de natureza diversa (como separação ou divórcio), não poderá o réu arguir a nulidade como objeto de defesa, tampouco poderá o juiz conhecer da matéria de ofício. Somente mediante ação direta, de iniciativa do Ministério Público ou do interessado, é que será possível pleitear o julgamento da nulidade. Registre-se que o interesse na formulação do pedido pode assumir natureza econômica ou moral, admitindo-se que a ação seja proposta, inclusive, pelo cônjuge que tinha ciência do déficit.

Além disso, deve-se chamar atenção para a eficácia excepcional que o casamento nulo, em determinadas circunstâncias, é capaz de gerar, a exemplo do que se passa com os efeitos jurídicos operados a favor do cônjuge de boa-fé no casamento putativo.

A eficácia putativa traduz a resposta do sistema jurídico ao problema suscitado em torno da ignorância, por parte de um ou de ambos os nubentes, de eventual impedimento recaindo sobre a união. Sua formulação se deve ao direito canônico medieval (séc. XII), inspirado pelo propósito de atribuir legitimidade à prole havida de bodas incestuosas. Somente com o advento do *Code Napoleon* (1804), é que se passou a permitir a irradiação de eficácia putativa também em favor do cônjuge de boa-fé. No cenário inaugurado pelo atual Código Civil brasileiro, a eficácia putativa não atrai qualquer proveito à descendência, considerando-se não ser em razão do casamento dos pais que se estabelecem direitos e deveres de natureza jurídico-familiar em relação aos filhos.

A boa-fé, no casamento putativo, deve ter sua existência apurada no momento da contração do vínculo matrimonial, e independe de prova por parte de quem a alega. Seu reconhecimento pelo Judiciário não impede a desconstituição do matrimônio, porém a eficácia jurídica que se tiver projetado favoravelmente ao cônjuge de boa-fé, entre o dia da celebração e o da averbação da sentença, conservará seu caráter permanente. Solução diversa era propugnada pela antiga Lei do Casamento Civil (Dec. n. 181/1890), em que a eficácia putativa continuava a se irradiar mesmo após a decretação judicial da nulidade. Outra investida ainda mais liberal foi promovida pelo rescrito do Papa Paulo VI (1977) que chegou a atribuir dispensa para que dois-meios irmãos, há anos se relacionando sem a ciência do vínculo, pudessem corrigir sua situação por meio do casamento religioso.

A respeito do impasse verificado em torno da união de parentes em grau proibido, a solução deve ser buscada na categoria legal do concubinato, cujo conceito compreende as relações não eventuais entre pessoas impedidas para se casar, nelas se incluindo, portanto, as uniões incestuosas (ou endogâmicas). Em que pese as restrições legais incidentes sobre o concubinato adúltero, nada há que impeça, no caso específico do concubinato endogâmico, que um dos concubinos possa receber doação, ser instituído como beneficiário de seguro de vida, ou mesmo que venha a ser nomeado em testamento herdeiro ou legatário do outro. Outros direitos, no entanto, são-lhe subtraídos, a exemplo da pensão alimentar e da concorrência à sucessão legítima.

Uma das poucas concessões que a jurisprudência continua a manter em relação ao concubinato refere-se à partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, uma vez configurada a sociedade de fato entre o casal. Mas, se por um lado é certo que a sociedade de fato pode emergir fora do concubinato, também é possível haver concubinato sem sociedade de fato, sobretudo quando nenhum patrimônio vem a se formar pela conjugação de esforços, materiais ou imateriais, de ambos os concubinos. A fração a ser reconhecida ao concubino por ocasião da partilha deverá ser proporcional à contribuição prestada, e se houver dúvida, será ele aquinhoadado com o percentual de 50%. Nada impede, todavia, que os concubinos possam instituir outras formas de composição patrimonial, sendo a contratualização o meio mais eficiente para mitigar as restrições legais que pesam sobre o concubinato.

Enquanto o vigente Código Civil insiste em manter as uniões impedidas no figurino legal do concubinato, o direito canônico, de modo mais transigente, ampliou a concessão do benefício da dispensa eclesiástica, de modo a autorizar a celebração do matrimônio religioso sob os auspícios da Igreja. À exceção dos casos de consanguinidade em linha reta, ou em segundo grau da linha colateral, os demais impedimentos podem ser dispensados. Ciente desse quadro, o projeto Estatuto das Famílias (PL n. 2.285/2007) manteve todos os impedimentos de parentesco traçados pelo atual Código Civil, além de ab-rogar expressamente o Decreto-lei n. 3.200/41 (relativo à atribuição de dispensa judiciária para o casamento de colaterais em 3º grau). Com isso se conclui que o referido projeto termina por situar o Brasil num estágio de menor liberdade de constituição familiar do que o alçado pelo direito canônico.

REFERÊNCIAS

- AGER, Sheila. The power of excess: royal incest and the Ptolemaic dynasty. **Anthropologica**, Victoria: Canadian Anthropology Society, v. 48, n. 2, p. 165-86, 2006.
- AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. Trad. Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 2.
- ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- ALTHAUS, Rüdiger; PRADER, Joseph; REINHARDT, Heinrich J. F. **Das kirchliche Eherecht in der seelsorgerischen Praxis**. 4. ed. Essen: Ludgerus, 2014.
- ALVARENGA, Maria Amália. **O casamento inválido no novo Código Civil**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.
- AMADO, Jorge. **Mar morto**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ANCHIETA, José de. Do Ir. José de Anchieta ao P. Inácio de Loyola, Roma. São Paulo de Piratininga, 1 de setembro de 1554. *In*: LEITE, Serafim. **Cartas dos primeiros jesuítas do Brasil**. São Paulo: Tipografia da Atlântida Coimbra, 1957. v. 2.
- ANCHIETA, José de. Dos casamentos dos índios do Brasil. **Revista trimestral de historia e geographia do Instituto Historico e Geographico Brasileiro**, 2. ed., Rio de Janeiro: Typographia de João Ignacio da Silva, t. 8, p. 254-62, 1867.
- ANTA, Marcelino Cabrerros de; DOMÍNGUEZ, Lorenzo Miguélez; MORÁN, Sabino Alonzo. **Código de derecho canónico y legislación complementaria**. 5. ed. Madrid: Editorial Católica, 1954.
- APÓS mãe e marido virarem amantes, pernambucana quer impedir que filho de 4 anos fique a sós com o pai. **Portal Folha PE**, 11 ago. 2018. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/noticias/apos-mae-e-marido-virarem-amantes-pernambucana-quer-impedir-que-filho/77617/>. Acesso em: 12.08.2022.
- AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 3.
- AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. 4. ed. São Paulo: Ecclesiae, 2016. v. 5 (suplemento).
- ARARIPE, Tristão de Alencar. Pater-familias no Brazil dos tempos coloniaes. **Revista trimestral do Instituto Historico e Geographico Brasileiro**, Rio de Janeiro: Companhia Typographica do Brazil, t. 55, parte 2, p. 15-23, 1893.

ARAÚJO, Marcelo de Jesus Monteiro; RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. A relação incestuosa como entidade familiar: uma revolução do Estatuto das Famílias. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodivm, 2010.

ARÉVALO, Eva María Polo. Incapacidades y prohibiciones matrimoniales fundamentadas em los vínculos de parentesco. *In*: MEIRA, André Augusto Malcher; SOUZA, Bruno Menezes Coelho de; SOUZA, Roberta Menezes Coelho de (coord.). **Digesto: a revista jurídica do ISM – Instituto Silvio Meira: o direito de família: de Roma à atualidade: em homenagem aos 50 anos de formado do jurista Frederico Coelho de Souza**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: CEJUP, 1986.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARBOSA, Maurício. Sogra, 71, casa com genro, 31, em SP. **Folha de São Paulo**, 14 jan. 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff14019906.htm>. Acesso em: 13 ago. 2022.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELLO, Júlio. **Memórias de um senhor de engenho**. 3. ed. Recife: FUNDARPE, 1985.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. v. 1.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922. v. 2.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919. v. 6.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BÍBLIA Sagrada. Trad. portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 167. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2005.

BISCARO, Regina. **Incesto: um fenômeno arquetípico**. São Paulo: Zouk, 2003.

BOLOTTI, Isabela Maria Lopes; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Venire contra factum proprium*: uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência

brasileira e italiana. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, n. 61, p. 145-72, jan.-mar. 2015.

BRANDÃO, Wilson. Antônio Coelho Rodrigues: ensaio de biografia e crítica. *In*: COELHO RODRIGUES, Antonio. **Projeto do Código Civil brasileiro**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1980.

BRASILEIRO, Luciana. **As famílias simultâneas e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASILEIRO, Luciana; HOLANDA, Maria Rita de. O planejamento sucessório no concubinato. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. 2.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 30. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2006.

BUCK, Craig; FORWARD, Susan. **A traição da inocência: o incesto e sua devastação**. Trad. Sergio Flaksman. Rio de Janeiro: Rocco, 1989.

BULLARII Romani. Roma: Typographia Reverendae Camerae Apostolicae, 1845. t. 9.

BUNAZAR, Maurício. **A invalidade do negócio jurídico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BURTON, Richard. **Explorations of the highlands of the Brazil**. London: Tinsley Brothers, 1869. v. 1.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **O casamento putativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 1979.

CALVERLEY, C. S. **Theocritus translated into english verse**. Cambridge: Deighton, Bell, and Co., 1869.

CÂMARA CASCUDO, Luís da. **Dicionário do folclore brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Global, 2000.

CÂMARA CASCUDO, Luís da. **Trinta “estórias” brasileiras**. Lisboa: Portucalense Editora, 1955.

CAMPOS, Elton. Filhos do incesto. **O cruzeiro**, Rio de Janeiro: Diários Associados, ed. 27, p. 116-21, 15 abr. 1961.

CANEVACCI, Massimo. Introdução. *In*: CANEVACCI, Massimo (org.). **Dialética da família**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CÂNONES do quarto Concílio de Latrão. **Evangelizando com Maria**, [s.d]. Disponível em: <https://sites.google.com/site/evangelizandocommaria/concilios-da-igreja-catolica/quarto-concilio-de-latrao/canones-do-quarto-concilio-de-latrao>. Acesso em: 03 mar. 2021.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**: la famille, les incapacités. 11. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1979.

CARULLI, Ombretta Fumagalli. **Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici**. Milano: Vita e Pensiero, 2008.

CARVALHO, Carlos Augusto de. **Direito civil recopilado ou nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899.

CARVALHO NETO, Inacio de. Incapacidades e impedimentos matrimoniais no novo Código Civil. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 4.

CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009.

CASTRO JR., Torquato. Nulidade, anulabilidade e inexistência do ato de casamento. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016.

CAVALCANTI, José Paulo. Prescrição da ação de nulidade. *In*: CAVALCANTI, José Paulo. **Direito civil (escritos diversos)**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHARTRES, Yves de. **Opera omnia**. Paris: Garnier Fratres, 1889. t. 1.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**: direito de família. 2. ed. São Paulo: RT, 1993. v. 5. t. 2.

CHWARTS, Suzana. **Uma visão da esterilidade na Bíblia hebraica**. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2004.

COELHO, Vicente de Faria. **Nulidade e anulação do casamento**: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

COELHO RODRIGUES, Antonio. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

COHEN, Claudio. **O incesto um desejo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1993.

COMISSÃO de Sistematização. Estatuto das Famílias, **Instituto Brasileiro de Direito da Família – IBDFAM**, 31 out. 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/338/Estatuto+das+Fam%c3%adlias>. Acesso em: 12 ago. 2022.

CONCÍLIO Ecumênico de Trento: Sessão XXIV celebrada no tempo do Sumo Pontífice Pio IV, em 11 de novembro de 1563. Trad. Dercio Antonio Paganini. **Agnusdei**. Disponível em: <http://agnusdei.50webs.com/trento29.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021

CORREIA, Atalá; LEAL, Adisson; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Estatuto jurídico do concubinato. *In: Direito de família: problemas e perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2022.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Antônio Coelho Rodrigues: um súdito fiel? **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 203, p. 53-61, jul.-set. 2014.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2001.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Mário Luiz. **Problemas de direito intertemporal no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ELLIS, Havelock. **Psicologia do sexo**. Trad. Pedro Pôrto Carreiro Ramires. Rio de Janeiro: Editorial Bruguera, 1971.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2019.

ENGELS, Friedrich. **Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats**. Zürich: Verlag des Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884.

ESMEIN, A. **Le mariage en droit canonique**. Paris: Larose et Forcel, 1891. t. 2.

ESPINOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

EVEN-ISRAEL, Adin. Talmud Bavli. Yevamot. Chapter 2. Yevamot 22a. **Chabad Org**. Disponível em: https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/5448743/jewish/22a.htm. Acesso em: 03 ago. 2022.

EVEN-ISRAEL, Adin. Talmud Bavli. Yevamot. Chapter 5. Yevamot 52b. **Chabad Org.** Disponível em: https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/5449001/jewish/52b.htm. Acesso em: 03 ago. 2022.

FACCIOLLA, Branca Lescher. **A lei de Moisés**: Torá como fonte de direito. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15.

FALCI, Miridan Knox. Mulheres do sertão nordestino. *In*: PRIORE, Mary del (org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2018.

FARIAS, Allysson Allan de; FERNANDES, Gustavo Ribeiro; KOK, Fernando; LEMES, Renan Barbosa; MELO, Uirá Souto; MOURA, Ronald; NUNES, Kelly; SANTOS, Silvana; ZATZ, Mayana. Origin and age of the causative mutations *KLC2*, *IMPA1*, *MED25*, and *WNT7A* unravelled through Brazilian admixed populations. **Scientific Reports, Nature**, p. 1-8, 08 nov. 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6224410/>. Acesso em: 02 ago. 2022.

FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo introdutório. *In*: FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales (org.). **Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia**. São Paulo: EDUSP, 2010.

FELICIO DOS SANTOS, Joaquim. **Projecto do Codigo Civil brasileiro e commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885. t. 2.

FERREIRA, Ivanir. Revelada origem de mutações que causam doenças raras em famílias consanguíneas. **Jornal da USP**, 09 jan. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/primos-que-casam-revelada-origem-de-mutacoes-que-causam-doencas-raras-em-familias-consanguineas/>. Acesso em: 02 ago. 2022.

FOX, Robin. **The red lamp of incest**: an enquiry into the origins of mind and society. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980.

FRANCO, Karina Barbosa. União estável: uma análise da natureza jurídica à luz da teoria do fato jurídico. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; FRANCO, Karina Barbosa (org.). **Estudos sobre a teoria do fato jurídico**: homenagem ao Professor Marcos Bernardes de Mello. Andradina: Meraki, 2020.

FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. 3. ed. Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1922.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 41. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GAIUS. **Institutas do jurisconsulto Gaio**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- GOMES, Orlando. **Anteprojeto de Código Civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GOMES, Orlando. Lineamentos gerais do Anteprojeto de Reforma do Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 104, p. 249-63, abr.-jun. 2020.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GOMES, Patrícia Regina Mendes Mattos Corrêa. **O projeto de Código Civil brasileiro de Joaquim Felício dos Santos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- GONTIJO, Segismundo. Do instituto da união estável. *In*: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said (org.). **Doutrinas essenciais: família e sucessões**. São Paulo: RT, 2011. v. 2.
- GRÃ, Luís da. Ao P. Inácio de Loyola, Roma. Piratininga, 8 de junho de 1556. *In*: LEITE, Serafim. **Cartas dos primeiros jesuítas do Brasil**. São Paulo: Tipografia da Atlântida Coimbra, 1957. v. 2.
- GRAHAM, Maria. **Journal of a voyage to Brazil and residence there during part of the years 1821, 1822, 1823**. London: Longman, Hurst, Rees, Orme, Brown and Green, 1824.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental**. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HATEM, Daniela Soares. A evolução dos conceitos de família. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, n. 61, p. 293-319, jan.-mar. 2015.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A primeira lei do direito de família: o interdito proibitório do incesto. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e alienação parental**. 4. ed. São Paulo: RT, 2017.
- HORTAL, Jesús S. **Código de direito canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983.
- HOWES, Scarlet. My mum had a baby with my husband – than I had to go to their wedding. **Daily Star**, 19 jan. 2020. Disponível em:

<https://www.dailystar.co.uk/news/latest-news/my-mum-baby-husband-go-21310834>.
Acesso em: 12 ago. 2022.

JHERING, Rudolph von. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**. 2. ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866. t. 2.

JUNG, C. G. **Símbolos da transformação**. Trad. Eva Stern. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

JUSTINIANO. **Institutas do Imperador Justiniano**. Trad. Coelho Rodrigues. Recife: Typographia Mercantil, 1879.

KASER, Max. **Römisches Privatrecht**. 15. ed. München: C. H. Beck, 1989.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEITE, Serafim. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1938. t. 2.

LÉRY, Jean de. **Viagem à terra do Brasil**. Trad. Sérgio Milliet. Belo Horizonte: Itaitaia, 2007.

LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. *In*: GOUGH, Kathleen; LÉVI-STRAUSS, Claude; SPIRO, Melford. **A família: origem e evolução**. Porto Alegre: Editorial Villa Marta, 1980.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes trópicos**. Trad. Rosa Freira d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

LÉVY-BRUHL, Lucien. **A mentalidade primitiva**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2008.

LOBO, Fabiola Albuquerque. **Multiparentalidade: efeitos no direito de família**. Indaiatuba: Foco, 2021.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. *In*: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1.

LOBOSCO, Ricardo Lengruber. O incesto nas leis do Levítico: análise da Lei de Santidade (Lv 18 & Lv 20) e o silêncio acerca do incesto com a(s) filha(s) no AT. **Atualidade teológica**, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 28, p. 169-200, jan./abr. 2008.

LOMBARDI, Petri. **Sententiarum**. Antuerpia: Marci-Michael Bousquet & Soclor, 1757. v. 4.

LORENSI, Fábio Alberto de; SZANIAWSKI, Elimar. A destituição da adoção – um caminho a ser repensado nas adoções desastrosas. **Revista da AJURIS**, v. 42, n. 137, p. 269-301, mar. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/M%C3%A1rio/Downloads/385-619-1-SM-1.pdf. Acesso em: 09 ago. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAINE, Henry Summer. **Dissertations on early law and custom**. London: John Murray, 1883.

MAIOR, Mário Souto. **Sogras**: prós & contras e outras conversas. Recife: Massangana, 1992.

MANTECÓN, Joaquín. **El impedimento matrimonial canónico de parentesco legal**. Navarra: EUNSA, 1993.

MARIANO, Lydio. **Commentario á Lei do Casamento Civil**. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1898.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MECKEL, Thomas. Das Naturrecht als Kategorie des katholischen Kirchenrechts. **Ancilla Iuris**, p. 32-53, 2017. Disponível em: https://www.anci.ch/articles/Ancilla2017_32_Meckel.pdf. Acesso em: 03 ago. 2022.

MEIRA, Silvio. **Teixeira de Freitas**: o juriconsulto do Império. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979.

MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Edusp, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. Acheugas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, n. 3, p. 9-34, jul.-set. 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 39, p. 138-64, mai.-jun. 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre a adequação na categoria negócio jurídico ao mundo atual. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; FRANCO, Karina Barbosa (org.). **Estudos sobre a teoria do fato jurídico**: homenagem ao Professor Marcos Bernardes de Mello. Andradina: Meraki, 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre a classificação do fato jurídico da união estável. *In*: ALBUQUERQUE, Fabiola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Juspodivm, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

MOLD, Cristian Fetter. Casamento avuncular e casamento *in extremis* – o julgamento do Recurso Especial nº 1.330.023: um exemplo de ativismo judicial?. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 20, p. 185-211, mar.-abr. 2017.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOORE, Tristana. Couple stand by forbidden love. **BBC News**, 07 mar. 2007. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/6424937.stm>. Acesso em: 01 jul. 2022.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Expressões de latim forense e brocardos jurídicos**. São Paulo: YK Editora, 2021

MORAIS, Fernando. **Chatô: o rei do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Os efeitos da boa-fé no casamento nulo. *In*: MOREIRA ALVES, José Carlos. **Estudos de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2009.

MORGAN, Lewis H. **Ancient society**. New York: Henry Holt and Company, 1877.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

- MOURA, Mário Aguiar. **Concubinato**. 6. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1985.
- MOURA BITTENCOURT, Edgard de. **O concubinato no direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969. v. 1.
- MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. v. 2.
- NABUCO DE ARAUJO, José Thomaz. **Projecto do Código Civil**: trabalho apresentado ao governo imperial pela família do falecido Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo, que se achava encarregado do mesmo.
- NEPOS, Cornelius. **Vies de grands capitaines**. Trad. do grego M. Sommer. Paris: Librairie de L. Hachette et C., 1869.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**: família e sucessões. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. v. 4.
- NEVES, Marcelo. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. **Revista de informação legislativa**, Senado Federal: Brasília, n. 84, p. 267-84, out.-dez. 1984.
- NEVES BAPTISTA, Silvio. **Eça de Queiroz**: um caso de abandono materno e de filiação socioafetiva. As consequências do desamparo dos filhos no direito atual. Recife: Bagaço, 2016.
- NEVES BAPTISTA, Silvio. União estável de pessoa casada. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005. v. 3.
- NÓBREGA, Manuel da. A Tomé de Souza, Portugal. Bahia, 5 de julho de 1559. *In*: NÓBREGA, Manuel da. **Obra completa**. Org. Paulo Roberto Pereira. São Paulo: Loyola, 2017.
- NÓBREGA, Manuel da. Ao padre Inácio de Loyola, Roma. São Vicente, maio de 1556. *In*: NÓBREGA, Manuel da. **Obra completa**. Org. Paulo Roberto Pereira. São Paulo: Loyola, 2017.
- OCHOA, Xaverius. **Leges Ecclesiae**. Roma: Commentarium pro Religiosis, 1980. v. 5.
- OCTÁVIO, Laura Oliveira Rodrigo. **Elos de uma corrente seguidos de novos elos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.
- OTTO, Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1831. v. 2.

OTTO, Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1831. v. 3.

OTTO, Carl; SCHILLING, Bruno; SINTENIS, Carl Friedrich. **Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt**. Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1832. v. 4.

PAULO III. Licet debitum. *In*: AMIDON, Philip R. **Studies in the spirituality of Jesuits: papal documents from the early years of the Society of Jesus in English translation**. Trad. do latim Philip R. Amidon. Chestnut Hill: Jesuit Conference of Canada and United States, 2020.

PAZO, Maria Lúcia do. Carlos Drummond de Andrade – entrevista inédita: erotismo – poesia e psicanálise. **Templo Cultural Delfos**, 29 mai. 2015. Disponível em: <http://www.elfikurten.com.br/2012/07/carlos-drummond-de-andrade-entrevista.html>. Acesso em: 5 jul. 2022.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. **Revista de direito privado**, São Paulo: RT, n. 27, p. 252-78, jul.-set. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família – estruturação jurídica e psíquica. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA DA COSTA, F. A. **Anais pernambucanos**. 2. ed. Recife: FUNDARPE, 1984. v. 8.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. **Classes dos crimes por ordem systematica, com as penas correspondentes, segundo a legislação actual**. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1803.

PINTO FERREIRA, Luís. **Investigação de paternidade, concubinato e alimentos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

PLUTARCO. **Vidas dos homens ilustres**. Trad. do francês Vicente Pedroso. São Paulo: Editora das Américas, 1954. t. 8.

POLANCO, Juan de. Do P. Juan de Polanco por comissão do P. Inácio de Loyola ao P. Diego Mirón, Lisboa. Roma, 24 de fevereiro de 1554. *In*: LEITE, Serafim. **Cartas dos primeiros jesuítas do Brasil**. São Paulo: Tipografia da Atlântida Coimbra, 1957. v. 2.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Introdução à política científica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 2.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 9.

PORTO, Mário Moacyr. O concubinato e as Súmulas 35 e 380 do Supremo Tribunal Federal. *In*: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said (org.). **Doutrinas essenciais: família e sucessões**. São Paulo: RT, 2011. v. 2.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 9, p. 9-17, jan.-mar. 2002.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Garnier, 1880. t. 2.

RICCOBONO, Salvatore. **Roma, madre de las leyes**. Madrid: Depalma, 1975.

SÁ PEREIRA, Virgílio de. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. O matrimônio no Império do Brasil: uma questão de Estado. **Revista brasileira de história das religiões**, ANPUH, n. 12, p. 81-122, jan. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/RbhrAnpuh/article/view/30268/15866>. Acesso em: 02 nov. 2021.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. Orlando Gomes, um Anteprojeto de Código Civil e a percepção crítica do direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 104, p. 17-31, abr.-jun. 2020.

SANTOS JUSTO, A. **Direito privado romano: direito da família**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 4.

SANTOS JUSTO, A. **Direito privado romano: parte geral**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1.

SARTI, Cyntia Andersen. Deixarás pai e mãe: notas sobre Lévi-Strauss e a família. **Revista Antropológicas**, Recife: Editora da UFPE, v. 16, n. 1, p. 31-52, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. Berlin: Veit und Comp., 1840. v. 2.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. Trad. Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHMIDT, Jan Peter. Alegação de invalidade como comportamento contraditório proibido? – Comentários ao acórdão do REsp 1.461.301/MT. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo: RT, n. 7, p. 419-37, abr.-jun. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SEREJO, Lourival. Sobre a possibilidade de formação e reconhecimento de uma entidade familiar incestuosa. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 8, p. 11-20, mar.-abr. 2015.

SILVA, Luisa Stella de Oliveira Coutinho. **Nem teúdas nem manteúdas: história das mulheres e direito na capitania da Paraíba (Brasil, 1661-1882)**. Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2020.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP, 1984.

SILVEIRA, Alípio. **O casamento putativo no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1972.

SILVEIRA, Diego Soares de. Antropologia e etnologia indígena. *In*: CAMARGO, Clarice Carolina Ortiz de; MANO, Marcel; SANTOS, Benerval Pinheiro (org.). **Culturas e histórias dos povos indígenas no Brasil: novas contribuições ao ensino**. Uberlândia: RB Gráfica, 2015.

SLATER, Mariam Kreiselman. Ecological factors in the origin of incest. **American anthropologist**, Washington: Wiley, v. 61, n. 6, p. 1.042-59, 1959.

SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento civil**: Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 commentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1909.

SORIANO NETO, José. **A construção científica alemã sobre os atos jurídicos em sentido estrito e a natureza jurídica do reconhecimento da filiação ilegítima**. Recife: Imprensa Universitária, 1957.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Gabriel Soares de. **Tratado descritivo do Brasil em 1587**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia de João Ignacio da Silva, 1879.

TÁCITO. **Anais**. Trad. J. L. Freire de Carvalho. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc. Editores, 1957.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1861.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

THEVET, André. **A cosmografia universal de André Thevet, cosmógrafo do rei**. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Batel, 2009.

THORSTENSEN, Sonia. **Incestualidade**: um páthos familiar. São Paulo: Casapsi, 2012.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família**: concubinato, Igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999.

TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. **Instituições de direito civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1871. t. 1.

ULPIANUS. **Regras de Ulpiano**. Trad. Gaetano Sciascia. São Paulo: Edipro, 2002.

VALADARES, Isabela Farah. Uma releitura do incesto diante de um novo contexto sociofamiliar. *In*: CARDIN, Valéria Silva Galdino; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; POLI, Luciana Costa (coord.). **Direito de família e sucessões**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

VASCONCELOS, Abílio Soares de. **Direito matrimonial comparado canônico-civil**. Rio de Janeiro: Maanaim Editora, 2007.

- VÁZQUEZ, Héctor. **Del incesto em psicoanálisis y en antropología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- VELA, José Antonio Martínez. Algunas claves para el estudio de las relaciones de parentesco como impedimento matrimonial. *In*: LÓPEZ-ROSA, Ramón; PINO-TOSCANO, Felipe del (coord.). **El derecho de familia: de Roma al derecho actual**. Huelva: Universidad de Huelva, 2004.
- VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 89, p. 11-67, 1994.
- VELOSO, Caetano. **Letra só**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 17.
- VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- VELOSO, Zeno. **Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda**. Belém: UNAMA, 2010.
- VESPÚCIO, Américo. **Novo mundo: cartas de viagens e descobertas**. Trad. Luiz Renato Martins. Porto Alegre: L&PM, 1984.
- VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Typographia 2 de dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853.
- VILLELA, João Baptista. Concubinato e sociedade de fato. *In*: CAHALI, Francisco José; CAHALI, Yussef Said (org.). **Doutrinas essenciais: família e sucessões**. São Paulo: RT, 2011. v. 2.
- VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- WALSH, Rorbert. **Notices of Brazil in 1828 and 1829**. London: Frederick Westley and A. H. Davis, 1830. v. 2.
- WESTERMARCK, Edward. **Histoire du mariage: les théories de l'inceste, les bases biologiques du mariage**. Trad. do inglês Arnold van Gennep. Paris: Payot, 1945. v. 6.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- XENOFONTE. **Memoráveis**. Trad. Ana Elias Pinheiro. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2009.
- ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. 3. ed. Barueri: Manole, 2016.