



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



**ENTRE LEIS E CÂNONES:  
A MARCHA DA SECULARIZAÇÃO DO CASAMENTO NO BRASIL  
(1822-1916)**

**HUMBERTO JOÃO CARNEIRO FILHO**

Tese de Doutorado

Recife  
2018

**HUMBERTO JOÃO CARNEIRO FILHO**

**ENTRE LEIS E CÂNONES:  
A MARCHA DA SECULARIZAÇÃO DO CASAMENTO NO BRASIL  
(1822-1916)**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Privado

Linha de Pesquisa: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas

Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior

Coorientador: Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior

Recife  
2018

Catalogação na fonte  
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

C289e Carneiro Filho, Humberto João  
Entre leis e cânones: a marcha da secularização do casamento no  
Brasil (1822-1916).  
294 f.

Orientador: Torquato da Silva Castro Júnior.  
Coorientador: Otávio Luiz Rodrigues Junior.  
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ.  
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.  
Inclui referências.

1. Secularização (Teologia). 2. Casamento (Direito). 3. Casamento  
(Aspectos religiosos). 4. Direito canônico. 5. Divórcio. 6. Brasil. [Código  
Civil (1916) ]. I. Castro Júnior, Torquato da Silva (Orientador). Rodrigues  
Junior, Otávio Luiz (Coorientador). II. Título.

346.81016 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2018-09)

## **HUMBERTO JOÃO CARNEIRO FILHO**

### **ENTRE LEIS E CÂNONES: a marcha da secularização do casamento no Brasil (1822-1916)**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Privado

Linha de Pesquisa: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas

Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior

Coorientador: Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior

Recife, 23 de fevereiro de 2018.

A Comissão Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência da primeira, promoveu a apresentação e avaliação deste trabalho acadêmico e o julgou nos seguintes termos:

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal, UFPE (Presidente)

Menção: Aprovado

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Junior, UFPE

Menção: Aprovado

Prof. Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, UFPE

Menção: Aprovado

Prof. Dr. Ignacio Maria Poveda Velasco, USP

Menção: Aprovado

Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira, UNICAP

Menção: Aprovado

**MENÇÃO GERAL: APROVADO**

Aos meus avós Rosilda (*in memoriam*)  
e Osvaldo, com amor.

## AGRADECIMENTOS

As imperfeições deste trabalho devem-se única e exclusivamente ao seu autor. Os méritos, em existindo, são fruto do inestimável auxílio de muitas pessoas durante a nossa trajetória no curso de Doutorado e, principalmente, no *iter* de realização da pesquisa. Dito isso, é dever de justiça registrar a nossa gratidão a essas pessoas.

Primeiramente, rendemos graças a Deus e à Virgem do Bom Conselho, padroeira da Faculdade de Direito do Recife, pelas graças alcançadas no percurso da senda acadêmica nos últimos cinco anos e do qual este trabalho constitui-se relevante fecho.

À minha família, pelo amor e sacrifícios em prol de nossa felicidade. Em especial à minha mãe Mônica, ao meu avô Osvaldo, ao meu pai Sales, à minha irmã Maria Eduarda e à minha sobrinha Maria Julia, tantas vezes privados de minha presença, mas sempre compreensivos, disponíveis e confiantes.

Aos amigos que sempre estiveram próximos em vários instantes de nossa caminhada de vida, torcendo e prestando incomensuráveis auxílios, em especial a Saulo Falcão, Joelson Vale, Glauber Lemos, Rodrigo Pereira e, também, a Johnnys Dinis e Thiago Moraes, por estas mesmas razões e pela assistência nos momentos de conclusão deste trabalho.

Aos professores Roberto Paulino e Venceslau Tavares, não apenas pela sincera amizade, mas também por me servirem de inspiração na vida acadêmica.

Aos amigos que fiz no Bacharelado em História da UFPE, cursado durante a execução desta tese, Adilza Bandeira, Elias Souza e Lidia Maria Vanessa da Silva, pela fraternal cumplicidade e por tornarem os meus dias mais leves.

Aos estudantes extensionistas que integram o Projeto Memória Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, em especial a Inácio Buonafina Callado Filho, pela assistência na coleta do material para a pesquisa, e a Marília Melo, pelo companheirismo.

Aos servidores da Faculdade de Direito do Recife que tanto cooperaram para que este trabalho viesse à lume. Em especial, a Fernando Batista dos Santos, pelo incentivo e irrefragável apoio às nossas atividades na Faculdade, desde os idos tempos como estudante de graduação e pela sua prestimosa amizade. E também à

dedicada bibliotecária Marinês Vidal, responsável pela Seção de Obras Raras da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, pela pronta solicitude e simpatia em nos atender nas inúmeras vezes em que se fez necessário o acesso àquele acervo.

Ao final, dirigimos agradecimentos muito especiais:

Ao Professor Torquato Castro Junior, pela segura orientação, por nos ter possibilitado o acesso à valiosa biblioteca de seu pai, o Professor Catedrático Torquato Castro, e, sobretudo, pelo reconhecimento da seriedade de nossa pesquisa e paciente compreensão das inquietudes e limitações de seu orientando.

Ao Professor Otávio Luiz Rodrigues Junior, pelo apoio e confiança. E por nos orientar com seu exemplo de dedicação e integridade, não apenas na defesa de cidadelas sitiadas, assim como na perseverante reconstrução de outras.

À nossa querida amiga e eterna orientadora, Professora Larissa Leal, pelos conselhos, constante apoio e confiança depositada: sempre com palavras leves e argumentos fortes, a enxergar em nós um potencial que nós mesmos não víamos.

*A história – a verdadeira história – jamais é fuga, desvio ou diversão em relação aos dias atuais. É antes a busca de bases mais sólidas, de uma identidade essencial para além e por sobre a incidentalidade, em que a comparação, a comparação vertical entre as diversas maturidades dos tempos, exerce um papel acentuado. Em outros termos, o historiador se distancia do hoje assim como o filho pródigo se afasta da casa paterna, segundo a esplêndida transfiguração da parábola evangélica proposta por André Gide: para buscar o que ele efetivamente é, para entender o significado oculto de sua atual existência.*

Paolo Grossi. In: A Ordem Jurídica Medieval. Martins Fontes, 2014, p. 14-15.

*A fecundidade da história do direito tem por objetivo o desenvolvimento do organismo jurídico e não se desenvolve com o que gasta, senão com o que digere. Este trabalho é de grande duração; em dez séculos não produz, quiçá, tanto como a história da política, da arte e da literatura, em um século. O direito encontra, raramente, circunstâncias nas quais, sob a influência de impulsos súbitos e violentos, empreende uma marcha rápida e, permita-se-nos a expressão, lança vulcanicamente fora de seu seio novos materiais já formados. Essas erupções, que brotam espontaneamente, são sempre precedidas por um silêncio de preparação.*

Rudolf von Jhering. In: O Espírito do Direito Romano. v.1. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 58-59.

## RESUMO

O presente trabalho pretende realizar uma análise histórico-jurídica do processo de secularização do casamento no Brasil entre 1822 e a elaboração do texto final do Código Civil de 1916. A tarefa centra esforços na identificação das tendências secularizantes do direito civil brasileiro no Império, passando pela instituição do casamento civil de 1890 e pelos debates, no regime republicano, a respeito da permanência da indissolubilidade do vínculo matrimonial como corolário do casamento civil secularizado. Partindo da ideia de secularização enquanto atributo do direito moderno e processualmente realizada, a investigação fixa seu ponto inicial no papel do consentimento no matrimônio romano e sua influência na formulação canônica do matrimônio cristão enquanto contrato-sacramento. Nos séculos XVI e XVII, a índole sacramental do casamento foi refutada, constituindo-se em importante passo em seu processo de secularização, com influxo da doutrina jusnaturalista defensora do divórcio vincular. No Império do Brasil, foram inicialmente concedidos apenas efeitos civis aos casamentos canônicos. Contudo, ainda sob o regime monárquico, pode-se notar medidas secularizadoras, após intensos debates parlamentares e doutrinários, a antagonizar juristas de diversas tendências, com a regulação estatal dos efeitos civis dos casamentos de acatólicos e a criação do registro civil. Com a instituição do casamento civil obrigatório, apesar de a lei adotar a posição radical de desconhecer os efeitos civis do matrimônio religioso e determinar a precedência do ato civil a qualquer cerimônia religiosa, manteve-se a indissolubilidade do vínculo, restando proibido o divórcio *a vinculis*. Esta medida foi entendida por alguns juristas como um indevido resquício canônico e, portanto, incompatível com uma radical laicização. Para outros, a indissolubilidade resultava da exigência natural de estabilização da família e da sociedade, conforme à progressiva marcha de secularização.

Palavras-chave: Secularização. Casamento Civil. Direito Canônico. Divórcio. Código Civil de 1916.

## ABSTRACT

This work aims to accomplish a historical-legal analysis of the process of secularization of marriage in Brazil between 1822 and the final text of the Brazilian Civil Code of 1916. The task focuses on the identification of the secularizing tendencies of civil law in the Brazilian Empire, through the introduction of civil marriage in 1890 and the debates in the republican regime regarding the permanence of the indissolubility of the marriage bond as a consequence of secularized civil marriage. Beginning from the idea of secularization as a formal quality of the modern law, points on the role of consent in roman marriage and its influence on the canonical formulation of marriage as contract and sacrament. In the sixteenth century, the sacramental nature of marriage was refuted, strengthening the idea of secularization of marriage, which could dissolve the bond. Initially, in the Empire of Brazil, were granted only civil effects to catholic marriages. However, there was a gradual inclination towards secularization under the monarchical regime, with the extension of the civil effects to religious marriages of the non-catholics, after intense parliamentary and doctrinal debates, antagonizing jurists of diverse tendencies. After the introduction of mandatory civil marriage, although the law did not recognize civil effects to religious marriage and determined the celebration of the civil act prior the religious ceremony, maintained the indissolubility of the marriage bond, prohibiting divorce *a vinculis*. This measure was interpreted by some jurists as an undue canonical residue and, therefore, incompatible with the secularization of marriage law. For others, indissolubility consisted an exigence of social and nature orders, aiming the stability of family and society, compatible with the progressive march of secularization.

Keywords: Secularization. Civil Marriage. Canon Law. Divorce. Brazilian Civil Code of 1916.

## RIASSUNTO

Lo scopo di questa tesi consiste nell'analisi storico-giuridica del processo di secolarizzazione del matrimonio in Brasile da 1822 fino alla pubblicazione del Codice Civile brasiliano di 1916. Cercasi di identificare le tendenze secolarizzanti del diritto civile brasiliano precodificato, presenti nei dibattiti dottrinali e parlamentari nell'impero, e quelle esistenti dopo l'istituzione del matrimonio civile nel 1890, in speciale quanto alla permanenza della indissolubilità del matrimonio come corollario del matrimonio secolarizzato. La ricerca assume come caratteristica del diritto moderno l'idea di secolarizzazione, la quale è vista come un processo. Il punto di partenza si fissa sul ruolo del consenso nel matrimonio romano e la sua influenza sulla formulazione canonica del matrimonio cristiano come contratto-sacramento. Nel XVI secolo, la natura sacramentale del matrimonio fu negata da Lutero, ciò che rafforza l'idea di sua moderna secolarizzazione. La dottrina desacralizzata del matrimonio è stata sviluppata dai giusrazionalisti, che hanno concepito il matrimonio come una unione naturalmente dissolubile. Inizialmente, nell'impero del Brasile, solo i matrimoni canonici hanno ricevuto effetti civili, però, ancora sotto il regime monarchico, alcune misure secolarizzanti sono state adottate, ad esempio dell'estensione degli effetti civili ai matrimoni degli acattolici e della creazione della registrazione civile dei matrimoni. L'adozione delle dette misure è stata realizzata dopo intensi dibattiti parlamentari e dottrinali, con l'antagonismo di giuristi di diverse tendenze. Dopo l'istituzione del matrimonio civile obbligatorio, sebbene la legge non abbia riconosciuto gli effetti civili al matrimonio religioso né determinato la cogente precedenza dell'atto civile al rito religioso, ha mantenuto l'indissolubilità del vincolo matrimoniale, che non permette il divorzio vincolare. Tale misura è stata interpretata da alcuni giuristi come un residuo canonico non dovuto e, quindi, incompatibile con la secolarizzazione intesa. Per gli altri, l'indissolubilità sarebbe esigenza della naturale stabilizzazione della famiglia e della società, secondo la progressiva marcia della secolarizzazione.

Parole-chiavi: Secolarizzazione. Matrimonio civile. Divorzio. Codice Civile brasiliano del 1916.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
1.1	Contextualização do problema.....	13
1.2	Apontamentos metodológicos.....	24
1.3	Exposição do tratamento da matéria .....	30
<b>2</b>	<b>A CANONIZAÇÃO DO CASAMENTO NO OCIDENTE .....</b>	<b>32</b>
2.1	A relevância do consentimento na formação e manutenção e vínculo matrimonial no direito romano .....	32
2.2	O matrimônio romano-cristão e germânico.....	41
2.3	O matrimônio canônico anterior ao Concílio de Trento.....	48
2.4	O aperfeiçoamento da disciplina jurídica do matrimônio no Concílio de Trento.....	57
2.4.1	<i>A secularização do casamento no discurso protestante .....</i>	<i>58</i>
2.4.2	<i>O sacramento do matrimônio no Concílio de Trento.....</i>	<i>63</i>
<b>3</b>	<b>MODERNIDADE JURÍDICA E SECULARIZAÇÃO DO CASAMENTO .....</b>	<b>68</b>
3.1	Raízes medievais da secularização do direito .....	68
3.2	A secularização como atributo do direito moderno .....	73
3.2.1	<i>Sobre o direito e sua modernização .....</i>	<i>73</i>
3.2.2	<i>Direito e secularização.....</i>	<i>82</i>
3.2.3	<i>Estado e fenômeno religioso: do regalismo à laicização .....</i>	<i>86</i>
3.3	O jusracionalismo e a dessacralização do direito matrimonial.....	90
3.4	A secularização do casamento na França: uma experiência a ser notada .....	96
<b>4</b>	<b>ASPECTOS DO DIREITO MATRIMONIAL NO IMPÉRIO.....</b>	<b>111</b>
4.1	Antecedente: a política regalista imperial .....	111
4.2	O casamento como “matéria mista”: a força legal dos cânones no ordenamento jurídico brasileiro .....	121
4.2.1	<i>As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia .....</i>	<i>121</i>
4.2.2	<i>Aspectos do direito matrimonial canônico no direito no Império .....</i>	<i>127</i>
<b>5</b>	<b>A SECULARIZAÇÃO DO CASAMENTO EM DEBATE NO IMPÉRIO .....</b>	<b>141</b>
5.1	Os cânones em xeque: debates sobre recursos das causas eclesiásticas e impedimentos matrimoniais.....	141
5.2	A imigração e o problema do casamento dos protestantes nas colônias .....	147
5.2.1	<i>O projeto de casamento civil de João Maurício Wanderley (1847).....</i>	<i>150</i>
5.2.2	<i>O Caso Catarina Scheid no Conselho de Estado (1854).....</i>	<i>153</i>

5.3	Os casamentos mistos e acatólicos no Conselho de Estado: Projeto de Nabuco de Araújo (1855) e a Emenda de 1856 .....	158
5.4	O Projeto de Diogo Pereira de Vasconcelos (1858) .....	162
5.5	A oposição de Braz Florentino e a polêmica com Kornis de Totvárád.....	166
5.6	Decreto n. 1.144 de 1861 sobre o casamento de acatólicos: o fim da exclusividade dos cânones.....	172
<b>6</b>	<b>O CASAMENTO CIVIL NO DIREITO PROJETADO NO IMPÉRIO .....</b>	<b>177</b>
6.1	Outros projetos de lei sobre o casamento civil.....	177
6.1.1	<i>Projetos de 1867, 1870 e 1875.....</i>	<i>177</i>
6.1.2	<i>Projeto Nabuco de Araújo (1866).....</i>	<i>177</i>
6.1.3	<i>Projeto Saldanha Marinho (1879).....</i>	<i>179</i>
6.1.4	<i>Projeto Antunes Maciel (1884).....</i>	<i>184</i>
6.1.5	<i>Projeto Matta Machado (1887).....</i>	<i>187</i>
6.2	O casamento secularizado nos projetos de Código Civil do Império .....	189
6.2.1	<i>O Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas.....</i>	<i>189</i>
6.2.2	<i>O Projeto Nabuco de Araújo (1872).....</i>	<i>200</i>
6.2.3	<i>O Projeto Felício dos Santos (1881).....</i>	<i>201</i>
<b>7</b>	<b>A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E AS PRÁTICAS DE SECULARIZAÇÃO DO CASAMENTO .....</b>	<b>207</b>
7.1	O Decreto n. 181 de 1890: do casamento civil obrigatório no Brasil.....	207
7.2	O casamento na Constituição de 1891 .....	213
7.3	A indissolubilidade do vínculo matrimonial no Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues (1893).....	216
7.4	Primeiras propostas divorcistas .....	219
7.5	Uma secularização ainda incompleta(?): os debates a respeito do divórcio vincular e o Projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua .....	222
7.5.1	<i>Natureza do casamento civil e divórcio no pensamento de Clóvis Beviláqua.....</i>	<i>222</i>
7.5.2	<i>O divórcio no Projeto Beviláqua.....</i>	<i>226</i>
7.5.3	<i>As discussões acerca do divórcio na Comissão Revisora e na Comissão Especial da Câmara dos Deputados.....</i>	<i>229</i>
<b>8</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>238</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>244</b>
	<b>ANEXO A – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO JOÃO MAURÍCIO WANDERLEY EM 7 DE AGOSTO DE 1847 .....</b>	<b>264</b>

<b>ANEXO B – PROJETO DE LEI SOBRE O CASAMENTO MISTO E ENTRE PROTESTANTES APRESENTADO AO CONSELHO DE ESTADO POR NABUCO DE ARAÚJO EM ABRIL DE 1855 .....</b>	<b>266</b>
<b>ANEXO C – EMENDA EUSÉBIO DE QUEIROZ APRESENTADA AO CONSELHO DE ESTADO EM 11 DE FEVEREIRO DE 1856.....</b>	<b>267</b>
<b>ANEXO D – PROJETO DE LEI DE CASAMENTOS MISTOS DO PODER EXECUTIVO, APRESENTADO PELO MINISTRO FRANCISCO DIOGO PEREIRA DE VASCONCELOS EM 19 DE JULHO DE 1858 .....</b>	<b>269</b>
<b>ANEXO E – EMENDA SUBSTITUTIVA APRESENTADA PELO DEPUTADO ANTÔNIO PINTO DE MENDONÇA EM 8 DE AGOSTO DE 1859 .....</b>	<b>271</b>
<b>ANEXO F – EMENDA DO MINISTRO PARANAGUÁ, APRESENTADA PELO DEPUTADO PINTO DE CAMPOS EM 11 DE AGOSTO DE 1860.....</b>	<b>272</b>
<b>ANEXO G – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO AURELIANO CÂNDIDO TAVARES BASTOS EM 19 DE JULHO DE 1867 .....</b>	<b>273</b>
<b>ANEXO H – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO ENTRE PESSOAS DE RELIGIÃO DIVERSA DA DO ESTADO, APRESENTADO EM 30 DE SETEMBRO DE 1870 .</b>	<b>274</b>
<b>ANEXO I – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO ALENCAR ARARIPE EM 17 DE JULHO DE 1875 .....</b>	<b>275</b>
<b>ANEXO J – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO SALDANHA MARINHO EM 18 DE FEVEREIRO DE 1879 .....</b>	<b>278</b>
<b>ANEXO K – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL DO PODER EXECUTIVO, SUBMETIDO PELO DEPUTADO FRANCISCO ANTUNES MACIEL EM 7 DE MAIO DE 1884 .....</b>	<b>283</b>
<b>ANEXO L – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO MATTA MACHADO EM 24 DE MAIO DE 1887.....</b>	<b>288</b>
<b>ANEXO M – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO SENADOR LEITE E OITICICA EM 18 DE OUTUBRO DE 1894 .....</b>	<b>291</b>

# 1 INTRODUÇÃO

## 1.1 Contextualização do problema

O escopo deste trabalho é o de realizar uma análise histórico-jurídica do processo de secularização do casamento no Brasil entre a Constituição de 1822 e a elaboração do texto final do primeiro código civil do Brasil: o Código Beviláqua.

Trata-se de tarefa centrada em um contexto crítico, não apenas em razão das “agonias” sofridas pelo direito civil pátrio quando da emancipação política nacional – como a dispersão de suas fontes, pretensões de modernização e sequelas derivadas da mudança na forma de governo do País (de monarquia para república) –, como também pelo direito estar plasmado nas tensões político-jurídicas entre o poder eclesiástico e o poder secular, com reflexos diretos na instituição familiar.

A família sempre foi e continua a ser objeto de esmerado interesse tanto das religiões como dos estados. Nesta arena relacional, nenhuma instituição esteve tão à mercê de disputas, sob os mais diversos matizes ideológicos, como o casamento. O estudo das divergências e convergências entre a seara secular e eclesiástica quanto à matéria matrimonial, consiste, nas palavras de Caenegem, em “um dos capítulos mais interessantes da história do direito na Europa”<sup>1</sup>.

Particularmente no seio da Igreja Católica, o casamento é objeto de construção jurídica secularmente elaborada cujo modelo se encontra em profunda crise nos últimos tempos. Esta crise, como aponta com acerto Edoardo Dieni, é *externa* à teoria matrimonial e decorre de mundo Ocidental secularizado e institucionalmente diferenciado, organizado/desorganizado com extrema rapidez e que gera novas formas e experiências instáveis de vida familiar, distantes do tradicional modelo matrimonial cristão-católico, uno e indissolúvel. A crise, no entanto, é também *interna*, pois resulta do desacoplamento da teoria canônica em relação às realidades da vida por ela interpretadas em termos formais<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 271-272.

<sup>2</sup> Cf. DIENI, Edoardo. **Tradizione “juscorporalista” e codificazione del matrimonio canônico**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 1. A propósito, o Pontifício Conselho para a Família, órgão da Santa Sé existente até 2016 e responsável por pensar diretrizes pastorais e de apostolado católico no campo familiar, manifestou em documento publicado na virada do último século a preocupação da Igreja

Tais fenômenos críticos se adensam especialmente quando as tentativas de resposta àquelas causas externas ameaçam os fundamentos do construto dogmático-religioso bimilenar. Em casos tais, a *civitas homini*, antropotópica, afasta-se da *civitas Dei*, teotrópica<sup>3</sup>.

Embora a disciplina jurídica da Igreja tenha como base ineludível o dado de fé – o dogma, imutável por definição –, percebe-se que o atendimento aos cânones cada vez menos repercute na vida social no Ocidente. Isto se torna ainda mais evidente, ao se ter em apreço a perda de sentido religioso nas sociedades, figurando a religião mais como circunstância pessoal subjetiva do que como fonte geradora de graves deveres éticos.

A disciplina matrimonial canônica finda por se tornar mera enunciação normativa de um ideal orientador de seus fiéis na vida social, tendo em vista a

---

Católica com as contemporâneas transformações no seio da família com as suas novas expressões constitutivas: *“É importante interrogarsi sui motivi profondi che, nella società contemporanea, sono all’origine della crisi del matrimonio, tanto nella sua dimensione religiosa quanto in quella civile, e delle iniziative per ottenere il riconoscimento delle unioni di fatto e la loro equiparazione. In questo modo, situazioni instabili che si definiscono più per il loro aspetto negativo (l’omissione del vincolo matrimoniale), che per quello positivo, sembrano collocate ad un livello simile a quello del matrimonio. Effettivamente, tutte queste situazioni si consolidano in forme diverse di relazione, ma tutte sono in contrasto con una vera e totale donazione reciproca, stabile e socialmente riconosciuta. La complessità dei motivi di ordine economico, sociologico e psicologico, iscritti in un contesto di privatizzazione dell’amore e di soppressione del carattere istituzionale del matrimonio, suggerisce l’opportunità di esaminare più approfonditamente la prospettiva ideologica e culturale a partire dalla quale si è andato progressivamente sviluppando ed affermando il fenomeno delle unioni di fatto, così come lo conosciamo oggi”* (SANTA SÉ. Pontifício Conselho para a Família. Família, matrimônio e "unioni di fatto". Disponível em <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_family\\_doc\\_20001109\\_de-facto-unions\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_20001109_de-facto-unions_it.html)>. Acesso em 5 jan. 2016).

<sup>3</sup> Episódio revelador do aprofundamento da crise dessa natureza, inclusive no próprio seio da Igreja Católica, é a recente – e, em certo sentido, atual – controvérsia a respeito da exortação apostólica *Amoris Laetitia* do Papa Francisco. Ao propor soluções pastorais à questão da frequência dos católicos divorciados recasados à vida sacramental – em linguagem certamente dúbia e distante do que esperava grande parte orbe católico do seu Pontífice Máximo – muitos entenderam que o Papa Francisco teria sugerido alternativas capazes de fomentar interpretações (e ações efetivas por parte dos bispos e padres) contrárias ao dogma da indissolubilidade do matrimônio, como a de autorizar o acesso à Comunhão Eucarística aos “recasados” que estariam em objetivo estado de adultério. Esta celeuma revela a anteposição entre a tradicional visão sobre o dado teológico-dogmático à perspectiva pastoral que tenta harmonizar (ou adaptar) os conflitos derivados da dissociação entre a realidades sociais contemporâneas (com o aumento do número de divórcios) àquele conteúdo dogmático. Tal esforço, ratificado por determinados segmentos da Igreja Católica sobretudo após o Concílio Vaticano II, inclui-se na tendência que muitos consideram como de equivocada adaptação da Igreja ao mundo moderno, e não raro, entra em rota de colisão com a ortodoxia católica. A respeito dos equívocos desta linha de ação e suas repercussões, cf. HILDEBRAND, Dietrich von. **Cavalo de Tróia na Cidade de Deus**. trad. de J. Tarcisio Leal. Rio de Janeiro: Agir, 1971, p. 88-94 e AMERIO, Romano. **Iota Unum**: estudio sobre las transformaciones de la Iglesia Católica en el siglo XX. Madrid: Criterio Livros, 2003, p. 343-349. Sobre as 4 *dubia* levantadas pelos Cardeais Brandmüller, Burke, Cafarra e Meisner a respeito do texto da *Amoris Laetitia*, até o presente não respondidas pelo Papa Francisco, cf. <<http://www.ncregister.com/blog/edward-pentin/full-text-and-explanatory-notes-of-cardinals-questions-on-amoris-laetitia>>. Acesso em 15 nov. 2016.

dimensão espiritual a que são vocacionados, segundo a doutrina cristã. Neste contexto contemporâneo e que aqui se considera “crítico”, o casamento é (re)funcionalizado como espaço de realização do “eu”, da “busca da felicidade pessoal”, o que, por vezes, pode ser levado à primazia daquele em detrimento do ideal unitivo representado no “nós” constitutivo da união conjugal e central à agregação familiar.

Como instituição jurídica, o valor de face do sentido de casamento vem sendo revisitado nos últimos anos, por ostentar, ao lado de outras velhas construções, uma continuidade terminológica que esconde rupturas em sua semântica<sup>4</sup>. Por força de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça<sup>5</sup>, não mais se fala, no Brasil, em casamento exclusivamente como “união entre o homem e a mulher”. O casamento, desde a Constituição de 1988 não mais figura como única “entidade familiar”, nos termos do seu art. 226. O vínculo matrimonial resultante do acordo constitutivo do estado de casado perdura até enquanto queira um dos cônjuges, já que o divórcio se apresenta como clara opção de reabertura a novas relações matrimoniais, a novos projetos existenciais<sup>6</sup>.

Como bem expressou Ortega y Gasset, “*la historia es ciencia sistemática de la realidad radical que es mi vida. Es, pues, ciencia del más riguroso y actual*”

---

<sup>4</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 26.

<sup>5</sup> Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, pela qual “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175 de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 10 jan. 2017).

<sup>6</sup> Segundo a pesquisa Estatísticas do Registro Civil 2016 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, foram concedidos 344.526 divórcios em 1ª instância ou por escrituras extrajudiciais no ano de 2016, havendo incremento de 4,7% em relação ao ano anterior, quando registrados 328.960 divórcios. Quanto aos casamentos civis, o Brasil registrou 1.095.535 casamentos civis em 2016, dos quais 1.090.181 entre pessoas de sexos diferentes e 5.354 entre pessoas do mesmo sexo, com redução de 3,7% no total de casamentos em relação ao ano anterior. A média de idade dos cônjuges solteiros, ao casar, é de 30 anos (homens) e 28 anos (mulheres) para casamento entre pessoas de sexos diferentes e de 34 anos (homens) e 34 (mulheres) para casamento entre pessoas do mesmo sexo. Quanto ao divórcio, a idade média dos cônjuges na data do divórcio é de 43 anos para os homens e 40 anos para as mulheres. Registra-se 15 anos como tempo médio entre a data do casamento e o da sentença ou da lavratura da escritura do divórcio (in: BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2016**. Disponível em <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2016\\_v43\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2017). Para maiores detalhes a respeito da pesquisa, com acesso às tabelas de resultados, notas técnicas e informações outras respeitantes à pesquisa, vide <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html>>.

*presente*<sup>7</sup>. Enveredar nos meandros históricos pelos quais transitou uma instituição tão cara como o casamento é, em certo sentido, conhecer-lhe o presente.

A estrutura jurídica do casamento passou por diversas transformações para cuja compreensão – principalmente em sua conformação moderna – deve-se ter como ponto de partida a concepção sacramental católica jungida à estrutura institucional herdada da civilização romana.

Tido tradicionalmente como próprio da ordem natural e civil, também plasmado na dimensão religiosa e meta-histórica do homem<sup>8</sup>, o casamento foi logo disciplinado espiritualmente pela Igreja nascente, alcançando uma dimensão jurídica mais sofisticada e com maiores repercussões perante as autoridades seculares europeias – e, por conseguinte, também nas relações sociais – a partir do século XI.

A dualidade de realidades do casamento: *contratual* (derivada do consenso entre as partes) e *sacramental* (religiosa, em acepção católica), justificará a inclusão da matéria dentre as *res mixtae*, isto é, questões de particular interesse tanto da jurisdição secular como da eclesiástica e, posteriormente, na sua exclusiva regulação pelo direito canônico, marcando com profundidade a estrutura de formação e dissolução do direito matrimonial ocidental.

Com a Reforma Protestante e principalmente após a Revolução Francesa, assiste-se a um duro ataque à hegemonia normativa matrimonial canônica. O assalto à cidadela sacramental implicou na abertura de seus portões aos legisladores seculares, em um processo que singulariza a modernidade, dado ao Estado a função política de legislar e julgar sobre o matrimônio. Institucionalizado o casamento civil em

<sup>7</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In: \_\_\_\_\_. **Obras Completas**. t. VI (1941-1946). 6. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1964, p. 44.

<sup>8</sup> Nesse sentido, Santo Tomás de Aquino a tratar sobre as ordens a que adstrito o matrimônio explica: “É de se considerar que, quando uma coisa se ordena para fins diversos, necessita de dirigentes diversos para os mesmos, porque o fim é proporcionado ao agente. Ora, a geração humana tem muitas finalidades: a perpetuidade da espécie, a conservação de um povo em uma cidade. É também sua finalidade a perpetuidade da Igreja que consiste na congregação dos fiéis. Por isso, a geração deve ser dirigida por agentes diversos. Enquanto tem por finalidade o bem natural, que consiste na perpetuidade da espécie, a própria natureza a dirige para o fim a que está destinada. E, assim, chama-se ofício natural. Enquanto tem por finalidade o bem político, fica submetida à lei civil. Enquanto tem por finalidade o bem da Igreja está sujeita ao governo eclesiástico. Ora, o que é dispensado ao povo pelos ministros da Igreja chama-se sacramento. Por isso, o matrimônio, enquanto, consiste na união de homem e mulher destinada à geração e educação da prole para o culto de Deus e para os sacramentos, é um sacramento da Igreja. Por isso é dada uma benção aos nubentes por parte dos ministros da Igreja” (TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Contra os Gentios**. v. II. trad. de d. Odilão Moura. Porto Alegre: 1996, p. 873-874). Pontes de Miranda enxergava nesta distinção realizada pelo Aquinate uma “verdade profunda”, que pertence ao número desses conceitos nítidos que as épocas reenformam à sua feição: a essência, porém, persiste a mesma” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 7. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 204).

vários países, sinalizada estava não apenas a dessacralização da união conjugal como também o advento de um novo tempo nas relações políticas entre a autoridade secular e a eclesiástica<sup>9</sup>.

O século XIX servirá de palco à beligerância entre o catolicismo romano e o espírito revolucionário, levando a Igreja Católica a assumir uma posição de bloqueio contra o mundo moderno. No particular ao matrimônio, ela organizou sua defensiva em duas frentes: a de oposição – particularizada no conflito jurisdicional com o Estado – ressaltando o casamento civil como antagonista do religioso –, e outra, em nível ideológico-cultural – contrapondo-se às doutrinas reputadas “libertinas” e subversivas – ao reafirmar com veemência o modelo institucional familiar do catolicismo<sup>10</sup>. Nesta linha de atuação, destacaram-se os pronunciamentos papais de Pio IX (*Syllabus*, de 1864, *Inscrutabili*, de 1878, *Quod apostolici*, de 1878) e de Leão XIII (*Arcanum divinae sapientiae*, de 1880).

Embora aguerrida na peleja contra o espírito do tempo moderno, a Igreja Católica não conseguiu por muito tempo conter o avanço das medidas secularizantes em diversos países, de modo que lhe pareceu oportuno não avançar na estratégia de enfrentamento e sim recorrer a composições políticas que lhe assegurassem certo *status* político em meio a este tenso cenário político. Nesse sentido, identifica-se o recurso à celebração de concordatas pela Santa Sé com diversos países, a exemplo da Itália<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Para o autodenominado “católico-liberal” e importante historiador do casamento, Arturo Jemolo, com a introdução do casamento civil na França, reputava-se juridicamente irrelevante qualquer vínculo religioso, tratando-se de corolário “do sentido de adesão mais à pátria que ao príncipe, a duradoura conquista da Revolução Francesa: a submissão absoluta e exclusiva do cidadão ao Estado, a negação de todo poder estranho ao Estado ou independente dele e de que dependa o cidadão, e que possa protegê-lo ainda contra o próprio Estado (cf. JEMOLO, Arturo Carlo. **El Matrimonio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 27).

<sup>10</sup> DIENI, Edoardo. **Tradizione “juscorporalista” e codificazione del matrimonio canônico**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 56.

<sup>11</sup> O “Pacto de Latrão”, concluído em 1929 com a República Italiana, pôs termo à chamada “Questão Romana”. O casamento figurou entre os assuntos nele tratados: a Itália reconheceu a sacramentalidade do matrimônio canônico e também seus efeitos civis, remetendo a disciplina da formação do casamento ao direito canônico e aos tribunais eclesiásticos a competência para processarem e julgarem as causas relativas à formação do vínculo: “Art. 34. *Lo Stato italiano, volendo ridonare all’istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili. [...] Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici. [...] Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall’autorità giudiziaria civile.*” (cf. SANTA SÉ; ITÁLIA. **Concordato fra La Santa Sede e L’Italia**. Disponível em: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-lateranensi\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html)>. Acesso em: 10 jun. 2016).

No Brasil, a secularização do casamento foi, desde o Império, medida reclamada pelo próprio governo e por grupos de parlamentares liberais e republicanos, tendo como contraponto os políticos de tendência ultramontana, isto é, alinhados às diretrizes romanas.

Uma vez proclamada a República e a independência do Estado em relação à Igreja (e vice-versa), a instituição do casamento civil foi uma das primeiras medidas adotadas pelo novo regime. Pelo Decreto nº 181, do dia 24 de janeiro de 1890, os efeitos civis do casamento religioso passaram a ser completamente ignorados pelo Estado, o que açulou o embate entre o clero católico e o governo republicano<sup>12</sup>.

Superados os primeiros momentos de crise entre os exaltados republicanos de primeira fase e o clero, este paulatinamente abandonou o enfrentamento ideológico contra o casamento civil, preferindo salientá-lo para os seus fiéis enquanto realidade espiritualmente inexistente. Entretanto, a Igreja admitia que os efeitos temporais decorrentes do casamento poderiam ser buscados pela celebração do ato civil. Em certo sentido, há aí o reconhecimento da inaplicabilidade prática da antiga tese da unidade contrato-sacramento nos tempos modernos. Embora defendesse a unidade do vínculo sob o estricto plano doutrinário-espiritual, do ponto vista prático, era preciso admitir a secularização do matrimônio como dado de realidade, reservando-se à Igreja apenas a tutela da dimensão espiritual.

A atitude da Igreja Católica ao não proibir a seus fiéis o casamento civil visava a minimizar as pressões porventura existentes nos Estados em que obrigatória a celebração do casamento civil. Por tal postura de tolerância, a Igreja Católica tanto evitaria conflitos entre a norma canônica e a lei civil, como asseguraria aos seus fiéis os direitos civis decorrentes da situação jurídica de casados, inclusive aqueles aplicáveis aos filhos advindos da união, que seriam considerados legítimos. Nesse sentido, o Código de Direito Canônico de 1917 deixava claro que o casamento civil, nos países de modelo matrimonial civil obrigatório e exclusivo, poderia ser observado pelos católicos, mas que se tratava de uma cerimônia oficiada apenas com fins civis<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> O §4º do artigo 72 da Constituição de 1891 estabelecia que a República só reconheceria o casamento civil, ignorando os efeitos do casamento religioso.

<sup>13</sup> Veja-se o cânon 1063, § 3º do CIC 1917: "*Non improbatum tamem quod, lege civili iubente, coniuges se sistant etiam coram ministro acatholico, officialis civilis tantum munere fungente, idque ad actum civilem dumtaxat explendum, effectum civilium gratia*" (DOMÍNGUEZ, L. M.; MORÁN; S.A.; ANTA, M.C. **Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1957, p. 398). Em tradução livre: "No entanto, não se proíbe que, se a lei civil o manda, compareçam também os cônjuges perante o ministro acatólico, porém só enquanto exerça caráter de funcionário civil e com o único fim de realizar o ato civil e dar efeitos civis ao seu

Por influência da participação de representantes católicos na Assembleia Constituinte, através da Liga Eleitoral Católica<sup>14</sup>, a Constituição de 1934 estampou a respeito do papel da Igreja (e das religiões) em certos campos da vida civil um programa político menos sectário – e, em certo sentido, mais liberal –, dedicando um de seus capítulos à família e facultando o aproveitamento dos efeitos civis do casamento religioso<sup>15</sup>. A regulação da matéria foi levada a cabo em 1937 pela Lei n. 379, em cuja ementa constava equivocadamente como objetivo da lei “regulamentar o casamento religioso para os efeitos civis” (o que foi posteriormente retificado pelo Decreto-Lei 3.200 em 1941)<sup>16</sup>.

---

matrimônio”. Esta é, até hoje, a postura da Igreja Católica em relação ao casamento civil. Considera-o mera cerimônia secular, contudo, inexistente e ineficaz como sacramento. O Código de Direito Canônico de 1983 trouxe importantes considerações a respeito do casamento civil, passando do *non improbat* (“não se proíba”) contido no cân. 1063, § 3º do CIC 1917, para o *ne quis assistat* (“ninguém assista”) previsto no cân. 1071, §1º, 2º, do CIC 1983 em relação aos matrimônios que não possam ser reconhecidos ou celebrados civilmente. Os efeitos civis tomam, assim, uma relevância pastoral que influencia diretamente o direito canônico e o que era excepcional praticamente passou a regra: “O matrimônio civil, como fato resultante do pluralismo ideológico e religioso operado a partir do Renascimento, foi revestido pela doutrina católica de um caráter de excepcionalidade. Esta conceituação, porém, foi mudando paulatinamente até chegar a ser considerado algo tão natural como o próprio direito matrimonial civil” (LLANO CIFUENTES, Rafael. **Novo Direito Matrimonial Canônico**. Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1990, p. 150).

<sup>14</sup> Para uma apreciação histórica a atuação da Liga Eleitoral Católica, citem-se os trabalhos de CARNEIRO JÚNIOR, Renato Augusto. **Religião e Política: a Liga Eleitoral Católica e a participação da Igreja nas eleições 1932-1954**. 2000. 147p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal de Paraná, Curitiba, 2000 e de MONTEIRO, Patrick Corrêa. **O Anteparo do Sagrado: A Liga Eleitoral Católica e o princípio da indissolubilidade do casamento na Constituição de 1934**. 2016. 99p. Dissertação (Mestrado em História Social) - Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal Fluminense, Niterói. 2016.

<sup>15</sup> “Art. 146. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório” (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em 05 jul. 2016). Além da Constituição de 1934, pode-se citar outros diplomas legais que trataram dos efeitos civis do casamento religioso no Brasil: Lei n. 379/37, Decreto-Lei n. 3.200/41, Lei n. 1.110/50, Lei n. 6.015/73 (arts. 71 a 75) e o Código Civil de 2002, arts. 1515 e 1516. A respeito do aproveitamento como efeitos civis das sentenças proferidas pelos tribunais eclesiásticos, o Acordo Brasil-Santa Sé, celebrado em 2008, incorporado no direito positivo interno pelo Decreto Legislativo n. 698/2009 e promulgado pelo Decreto n. 7.107/2010, estabelece em seu artigo 12 que “O casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender também às exigências estabelecidas pelo direito brasileiro para contrair o casamento, produz os efeitos civis, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração” (cf. BRASIL. **Decreto 7107 de 2010**. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm)>. Acesso em 5 jul. 2016). O procedimento de homologação das ditas sentenças eclesiásticas obedece ao que dispõe a legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras.

<sup>16</sup> A ementa do Decreto-lei 3.200/1941 dispunha: “regula o reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso”.

Da parte da Igreja no Brasil, após a Constituição de 1934, se observa orientação para que os seus fiéis buscassem obter, após a celebração religiosa, os efeitos civis da união. Assim dispôs o Concílio Plenário Brasileiro de 1939 em seu cânon 300, § 1º, ponderado no § 2º do mesmo cânon que, se em caso de motivo grave os nubentes invertessem a ordem ideal, celebrando por primeiro o pacto civil, deveriam abster-se da convivência até que celebrado o matrimônio perante a Igreja<sup>17</sup>. Em 1978, na Assembleia Geral Extraordinária de Itaici da CNBB, foram aprovadas diretrizes pastorais sobre o matrimônio, admoestando os bispos católicos para que os fiéis não faltassem ao casamento religioso seus efeitos civis e que os apenas casados perante a autoridade civil pudessem se santificar através da união sacramental<sup>18</sup>.

Da exposição até agora empreendida, é de se notar a inclinação da instância eclesiástica em reconhecer a importância da atribuição dos efeitos civis aos matrimônios de seus fiéis, revelando a consolidação da diferença entre leis e cânones, já secularmente existente quer em razão de algumas matérias (*ratione materiae*), quer em razão de algumas pessoas (*ratione personae*).

Da parte da autoridade secular, no entanto, nota-se o progressivo afastamento dos cânones matrimoniais, sobretudo do relativo ao dogma da indissolubilidade. O ápice dessa dissociação deu-se, no Brasil, com a introdução do divórcio vincular pela Emenda Constitucional n. 9 de 1977, regulamentada pela Lei 6.515 do mesmo ano, que revogou os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916.

Mais recentemente, sob ordem constitucional diversa daquela em que editada a Lei 6.615/73, através da Emenda Constitucional n. 66/2010, foram extintos os óbices temporais para a obtenção do divórcio por qualquer dos cônjuges – em procedimento, diga-se, até menos complexo do que o requerido para casar. Para Paulo Lôbo, esta emenda constitucional teria sido a mais importante alteração legislativa após a Constituição de 1988 de modo que “só em 2010, com a EC/66, o Estado laico chegou ao casamento, consumando a liberdade de constituí-lo e

---

<sup>17</sup> No original: “300. §1º *Parochi instent ut matrimonium coram Ecclesia celebretur ante actum civilem, quamprimum et ipsum explendum. §2º Si vero sponsi actum civilem antea expleverint, iidem parochi curent ut quameitius coram Ecclesia matrimonium celebrt, et interim separati vivant.*” (CONCILIUM PLENARIUM BRASILIENSE: in urbe S. Sebastiani Fluminis Januarii Anno Domini MDCCCCXXXIX. Petrópolis: Vozes, 1939, p. 136).

<sup>18</sup> Cf. CNBB. Orientações Pastorais sobre o Matrimônio aprovadas pela Assembléia Geral Extraordinária (Itaici, 18 a 25 de abril de 1978). Disponível em: <[https://www.liturgiacatolica.com/pluginAppObj\\_431\\_19/doc-12-CNBB-Orientacoes-Pastorais-sobre-o-Matrim-onio.pdf](https://www.liturgiacatolica.com/pluginAppObj_431_19/doc-12-CNBB-Orientacoes-Pastorais-sobre-o-Matrim-onio.pdf)>. Acesso em 10 ago. 2016.

dissolvê-lo”<sup>19</sup>. O mesmo autor ainda sustenta que “nem mesmo a separação entre o Estado e a Igreja, com o advento da República, foi suficiente para secularizar a desconstituição do casamento, que sofreu forte resistência das organizações religiosas católicas”<sup>20</sup>.

Afirmações simplistas desta natureza, a pretexto de operar um (re)enquadramento de experiências passadas a novéis categorias ou opiniões coetâneas a quem afirma, revelam uma compreensão histórica do direito nem sempre fiel às tramas contextuais próprias da época em que produzidas as soluções jurídicas.

Na verdade, aqui não se pode perder de vista a observação de Skinner: as palavras cuidadosamente escolhidas revelam um ato de fala cujo propósito é o de, para além servir como veículo de ideias no processo de comunicação, marcar intencionalmente a posição de ratificação, contrariedade, defesa ou mesmo de revisão de argumentos preexistentes<sup>21</sup>. Assim, parece haver nestes excertos mais um propósito performativo, de preponderante “convencimento” – por força da autoridade de quem diz – do que um intuito de “esclarecer”. Sequer sucede às falas uma análise histórica mais detida, com escopo de justificá-las, como se era de esperar.

E, quanto ao destaque à secularização do casamento (aparentemente nunca finda), o argumento cuja ratificação se pretende fazer é velho conhecido: enquanto a lei civil contemplar qualquer resquício do legado do casamento canônico, ainda que sem a ele fazer menção, não haverá secularização.

*Nihil novum sub sole*. Não são inauditas ou novéis as asseverações de que a religiosidade católica – há séculos plasmada em maior ou menor grau na sociedade

---

<sup>19</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 7. O trecho referido consta em “Nota à 4ª edição” do trabalho do autor que à época também julgava ter a citada emenda também suprimido a separação judicial. Esta posição encontrou resistências na doutrina pátria (vide, por exemplo, CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. O Divórcio após a Emenda Constitucional 66/2010 e a questão da culpa pelo rompimento do vínculo no Brasil. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. **A Modernização do Direito Civil**. v. II. Recife: Nossa Livraria, 2012, p. 235-248), sendo recusada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 2011 no julgamento do Recurso Extraordinário n. 227.114-SP, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Neste julgado, o STF apreciou a questão sobre o foro competente para o ajuizamento da ação de separação, entendendo pela permanência do instituto da separação judicial no direito brasileiro. Também o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.247.098-MS, sob a relatoria da Ministra Maria Isabel Galotti em recente julgado entendeu que a Emenda Constitucional 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial.

<sup>20</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149. Esta afirmação continua a ser repetida em edição mais recente do trabalho do autor vide LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 138.

<sup>21</sup> SKINNER, Quentin. Interpretation and the understanding of speech acts. In: \_\_\_\_\_. **Visions of Politics: Regarding Methods**. v. 1. Cambridge: Cambridge University Press, p. 103-127, 2002, p. 113.

brasileira – consistiria em corruptora do senso de secularização do casamento. Com efeito, depois da institucionalização do casamento civil no século XIX e mesmo durante o século XX – quando dos debates dos projetos para a aprovação do divórcio no Congresso – muitos dos chamados “divorcistas” defenderam que a manutenção da indissolubilidade do vínculo só teria fundamento em valores religiosos católicos<sup>22</sup>. Os “antidivorcistas”, de outro lado, procuraram “purificar” seus argumentos extirpando deles qualquer referência a elementos de cariz religioso, justificando a indissolubilidade do casamento com fundamentos de direito natural e de natureza social<sup>23</sup>. Dentre estes, destacam-se, na virada do século XIX para o XX, os positivistas republicanos, lastreados na doutrina de Auguste Comte favorável à indissolubilidade do liame conjugal<sup>24</sup>.

É nesse contexto de impasses de opiniões que se contradizem a negar ou afirmar a secularização do casamento que o presente trabalho se justifica: se a secularização do casamento no Brasil não ocorreu em 1890 como pensavam os juristas de então, ou também não se completou com a adoção do divórcio nos anos 70, é de se admitir a possibilidade de ela sequer ter ocorrida também em 2010, quando da edição da Emenda Constitucional n. 66.

Que diriam hoje, se vivos fossem, os republicanos, positivistas, liberais e conservadores – para não citar outros grêmios envolvidos nos debates sobre o direito de família nos oitocentos – diante da afirmação de que o Estado laico (portanto, secularizado) só teria chegado ao casamento no século XXI? Afinal, para muitos dos que se enfrentaram na discussão a respeito da secularização do casamento, como Saldanha Marinho, Rui Barbosa, Coelho Rodrigues e D. Macedo Costa, esta fora uma ação do Governo Provisório republicano brasileiro através do Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890 que instituiu o casamento civil. Também contemporaneamente tem-

---

<sup>22</sup> Como exemplos, podem ser citados GARCEZ, Martinho. **Do Direito da Família**: segundo o Projecto de Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1914, p. 199; PONTES DE MIRANDA, 1956, p. 206; FONSECA, Gelson. **Divórcio para os não católicos**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, p. 37-53 e SILVEIRA, Alípio. **O divórcio vincular nas legislações de hoje**. São Paulo: [s.n.], 1972, p. 10-18.

<sup>23</sup> Como obra de referência no campo antidivorcista, cite-se o trabalho do Padre Leonel Franca “O Divórcio” em que o autor escolhe como aspecto central a ser encarado o “jurídico-social”, “campo comum onde se podem encontrar adversários leais que outras idéias separam” (FRANCA, Leonel. **O divórcio**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1955, p. 7). As repercussões religiosas do divórcio foram tratadas pelo autor no último dos quatro livros da obra, dedicando-lhes poucas páginas.

<sup>24</sup> Para Comte, a faculdade do divórcio constituir-se-ia em um estorvo ao aperfeiçoamento da instituição do casamento e, por isso, um “retrocesso moral” (*rétrogradation morale*) que liberaria os apetites mais enérgicos cuja repressão deveria se operar para o aperfeiçoamento da evolução humana (cf. COMTE, Auguste. **Cours de philosophie positive**. v. V. Paris: Bachelier, 1841, p. 443).

se por lugar-comum que a secularização do casamento e, para alguns, até o direito de família no Brasil ocorreu com a edição do Decreto 181 de 1890<sup>25</sup>.

Disso tudo, já é possível perceber que uma questão, de resposta aparentemente simples, exige maiores esforços analíticos: é possível falar em um “momento” de secularização do casamento no Brasil?

É de se ponderar, inicialmente, que o ritmo histórico do direito de família consiste em um dos mais lentos dentre outras áreas do direito privado. Isto se dá em razão da confluência de zonas em que se situa a família, entre a moral, a religião e o direito. Sendo este último o mais instável dentre os três processos sociais de adaptação, as mudanças em matéria de direito de família não se processavam com agilidade<sup>26</sup>.

Este trabalho consiste em um esforço de (re)composição de um passado da história jurídica nacional que até hoje se conserva, afinal, “não se termina tão facilmente com o passado”<sup>27</sup>. O seu núcleo encontra-se nas movimentações secularizadoras do casamento no Brasil, buscando compreender os seus meandros, circunstâncias e impactos no direito civil dos oitocentos até a codificação de 1916, o “longo século XIX” do direito civil brasileiro<sup>28</sup>.

Assim, a periodização centralmente considerada e que é estampada no título do trabalho, não privilegia o elemento *tempo* – de menor significação para a história do direito e maior para a história política<sup>29</sup> –, mas o *período* considerado desde

<sup>25</sup> Vide, por exemplo a seguinte afirmação constante em dissertação de mestrado em Direito: “Com efeito, este decreto foi considerado verdadeiro marco na disciplina jurídica matrimonial, na medida em que retirou definitivamente das mãos da Igreja católica a regulamentação dos assuntos conjugais e passou para o Estado, secularizando, desta forma, o direito de família em nosso país” (FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica**. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 123).

<sup>26</sup> “A Religião, a Moral e os costumes de família, processos sociais estáveis e estabilizadores, predeterminam, em grande parte, a legislação estatal sobre a família. Por outro lado, a natureza mesma, as relações biológicas, fixam-lhe o quadro e exige-lhe certas normas e cautelas. Em verdade, o legislador enche os espaços que são deixados pela vida humana em si e pelas relações de ordem religiosa, moral e de costumes, ou recobre os que correspondem a essas relações.” (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 7. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 194). Em sentido semelhante, veja-se em JHERING, Rudolf von. **O Espírito do Direito Romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trad. de Rafael Benaion. v. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 57.

<sup>27</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 51.

<sup>28</sup> Tomamos aqui de empréstimo a conhecida expressão “o longo século XIX”, cunhada pelo historiador marxista britânico Hobsbawm para designar o período compreendido entre o início da Revolução Francesa (1789) e o início da Primeira Guerra Mundial (1914) e que consolidou as mudanças do mundo contemporâneo.

<sup>29</sup> Cf. JHERING, Rudolf von. **O Espírito do Direito Romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trad. de Rafael Benaion. v. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 61.

a Constituição de 1822 até o Código Civil de 1916, marcado por esforços de afirmação da “identidade” nacional do direito civil brasileiro e de sua modernização, sobretudo centrada nos ideais de codificação e secularização consoante os padrões da época.

A instituição do casamento civil no Brasil deve ser historicamente compreendida tendo em conta uma série de circunstâncias políticas, filosóficas, religiosas e até econômicas que se sucederam no século XIX que influenciaram na formação de um direito civil pátrio herdeiro de antigas estruturas e, ao mesmo tempo, fincado na fronteira dos processos e tendências da modernização do direito ocidental.

Assim, como hipótese de trabalho a ser desenvolvida, julgar-se-á não ser possível ter a secularização como “repentinamente” ocorrida, como se o regime republicano tivesse drasticamente cambiado o tratamento da matéria relativa ao casamento e nas suas relações com o campo religioso. A secularização neste trabalho será pressuposta como uma categoria *processual*. Sendo assim, pretende-se reconstruir os caminhos do disciplinamento da matéria com vistas a identificar as marcas da secularização ao longo desse sinuoso percurso, sem ignorar os seus forçosos antecedentes que possuem como expressão máxima de sua realização a experiência francesa revolucionária e pós revolucionária.

## 1.2 Apontamentos metodológicos

A tarefa aqui empreendida consiste, antes de tudo, em um esforço intelectual de compreensão da realidade jurídica da instituição do matrimônio, histórica e localmente situada, com vistas a identificar, na superfície legal e também no direito projetado, os substratos mais ou menos secularizantes que lhe deram conformação e sentido.

Valendo-se das lições de Miguel Reale, pode-se dizer que se trata de uma faina cientificamente orientada mirando a ordenação de fenômenos a fim de encontrar, nas particularidades do direito matrimonial brasileiro pré-codificado, os sentidos que racionalmente ordenaram as respostas estampadas nos textos legais<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Cf. REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54-55.

A originalidade da presente investigação não reside no assunto em apreço, porquanto objeto de investigações anteriores, sobretudo por parte de historiadores sociais<sup>31</sup>, mas na extensão e singularidades próprias da abordagem histórico-jurídica<sup>32</sup>. Pretende-se, assim, realizar um contributo à história do direito civil brasileiro, mais aproximadamente àquele momento designado por Helmut Coing como “história do desenvolvimento do direito”<sup>33</sup>.

Este momento caracteriza-se pela relação do direito com a evolução sociocultural, seu contato com a realidade social, lutas com o poder e influências sofridas<sup>34</sup>. Mostram-se as forças que contribuíram para sustentar e promover a formação do direito – influências éticas, religiosas, cognoscitivas –, assim como as que se opuseram ao seu desenvolvimento<sup>35</sup>.

Refletindo a respeito das tarefas do historiador do direito, destacava Coing que a este caberia inicialmente conhecer e interpretar as fontes jurídicas de um

<sup>31</sup> Cite-se, por exemplo, o trabalho de LORDELLO, Josette Magalhães. **Entre o Reino de Deus e o dos Homens**: a secularização do casamento no Brasil do século XIX. Brasília: UnB, 2002.

<sup>32</sup> Para uma abordagem do casamento no Brasil a partir dos referenciais da História do Direito, remeta-se à dissertação de mestrado de Breezy Vizeu Ferreira apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (cf. FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX**: uma análise histórico-jurídica. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008).

<sup>33</sup> Helmut Coing frisava que a ciência jurídica se valia de disciplinas auxiliares para a compreensão do direito positivo, dentre as quais se encontra a história do direito. Esta seria cindida em três momentos: a) a história das ideias e da dogmática, reputada fundamento do inteligir do direito vigente, ponto final do ensino da história do direito – ou uma “continuação da dogmática por outros meios”; b) história dos problemas, que cuida das soluções oferecidas a um problema jurídico nas diversas fases de seu desenvolvimento, contribuindo para a compreensão das idiossincrasias do direito positivo e, c) história do desenvolvimento do direito (cf. COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Trad. castellana de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961, p. 285).

<sup>34</sup> Para Coing, “*la historia general del derecho nos muestra la vida del derecho en la pugna con los demás factores de la vida social. Por ello es la mejor escuela preparatoria para el jurista que tiene luego que afirmar e imponer el derecho en la lucha de las fuerzas sociales de su época*” (COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Trad. castellana de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961, p. 286).

<sup>35</sup> Para Helmut Coing, o direito consiste em fenômeno social de caráter ordenador baseado em decisões voluntárias e prescrições humanas, cuja intencionalidade é de concretizar bens e valores como a paz, segurança, justiça, igualdade e liberdade. As tentativas de realização pelo direito de uma “ordem de paz” em que tais bens e valores são contemplados, consistem em exemplos de “desenvolvimento do direito”. A história do direito seria para ele referta em exemplos demonstrativos dessas tendências (e também contraposições) rumo ao alcance desses ideais (COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Trad. castellana de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961, p. 31-51). A teoria do direito de Coing é fundamentalmente axiológica: “*los motivos morales viven, por así decirlo, en el cuerpo del orden jurídico; le dan forma como un espíritu vivo da forma al cuerpo [...] sin duda alcanza el derecho el reino de los ideales, pero está al mismo tiempo firme e indissolublemente ligado a la terrena realidad del hombre, a su mundo*” (COING, op. cit., p. 51). Para uma crítica à perspectiva sobre o “progresso jurídico” a partir de Coing, veja-se COSTA FILHO, Venceslau. **Um código “social” e “impopular”**: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916). 2013 246f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013, p. 25-27.

determinado período estudado, além de compreender e expor o pensamento jurídico da época<sup>36</sup>. Após isso, caber-lhe-ia partir para a investigação das normas e instituições jurídicas nelas referidas, separadamente. Para tanto, deveria lançar mão tanto dos condicionamentos sociais como dos problemas técnico-jurídicos da época<sup>37</sup>.

Esta observação de Helmut Coing remete à relevante indagação a respeito do papel do historiador do direito e as suas aproximações com a ofício do historiador social, evidentemente sendo pressuposta a distinção e autonomia entre história do direito e história social e a importância daquela para esta e para a própria ciência do direito<sup>38</sup>.

O historiador social está mais atento às práticas sociais e suas relações com o direito. Este, contudo, não ingressa no labor do historiador social como tema central, mas enquanto um dos elementos que compõem o feixe de circunstâncias compreensivas da vida social. O historiador do direito, contudo, tomado de zelo em analisar as peculiaridades das fontes com que lida, reflete mais a respeito das peculiaridades contidas nas disputas jurídicas travadas em diversas arenas (livros, parlamento, universidades, cortes etc.) do que na época em que produzidas as soluções<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> COING, Helmut. Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas). In: GONZÁLEZ, María del Refugio (Comp.). **Historia del Derecho (Historiografía y metodología)**. México: Instituto Mora; Universidad Autónoma Metropolitana, 1992, p. 62-63.

<sup>37</sup> “*Las cuestiones especiales, es decir, los problemas técnicos de la jurisprudencia, al estudiarlas, nos llevan por el contrario al estricto mundo de los documentos o al mundo técnico de los juristas, cuando una época ha dispuesto de una clase de juristas formados. Sin embargo, esta circunstancia no debe impedir al historiador del derecho consagrarse a ambas cuestiones. Por el contrario, debe constituir una oportunidad para hacer notar en su investigación los condicionamientos que existen en la sociedad. Si se consideran las normas jurídicas como respuestas a los problemas de organización social, se debe dejar bien claro que raras veces una época se ha situado ante la tarea de solucionar ex novo todos los problemas de organización de su sociedad*” (COING, Helmut. Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas). In: GONZÁLEZ, María del Refugio (Comp.). **Historia del Derecho (Historiografía y metodología)**. México: Instituto Mora; Universidad Autónoma Metropolitana, 1992, p. 67).

<sup>38</sup> Nesse sentido, Jacques Le Goff, um dos expoentes máximos da história medieval, em congresso reunindo historiadores do direito e da sociedade destacou: “*Aux juristes et aux historiens du droit, je dis que l’histoire du droit est indispensable à la science juridique comme à la science historique et qu’elle ne doit pas être refermée sur elle-meme.*” (LE GOFF, Jacques. Histoire medievale et histoire du droit: un dialogue difficile. In: GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensioni giuridica: strumenti d’indagine e ipotesi di lavoro atti dell’incontro di studio** (Firenze, 26-27 aprile, 1985). Milano: Giuffrè, 1986. p. 60).

<sup>39</sup> LE GOFF, Jacques. Histoire Medievale et Histoire du Droit: un dialogue difficile. In: GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensioni giuridica: strumenti d’indagine e ipotesi di lavoro atti dell’incontro di studio**, Firenze, aprile 26-27, 1985. Milano: Giuffrè, 1986, p. 23-63.

A história do direito, enquanto ciência, cuida da origem e das transformações do direito, sendo deste auxiliar<sup>40</sup>. Ocupa-se também da reconstrução e explicação (interpretação) dos eventos e fatos que compõem o passado jurídico e sua representação, tendo como referência as fontes que remanescem desse passado<sup>41</sup>.

No entanto, é lícito e oportuno salientar que a missão do historiador do direito não se resume a declinar um estéril perfil evolutivo das instituições jurídicas em um determinado ordenamento. Com acerto, Luiz Carlos de Azevedo ressalta que o papel do historiador do direito consiste também na sua compreensão daquelas instituições em os mais variados aspectos:

Na condição de ciência que é, [a História do Direito] descreve e revela; pesquisa e esclarece; coordena e explicita a vida jurídica de um povo em seus mais variados aspectos, detendo-se nas fontes, nos costumes, na legislação que o rege, em todas as manifestações, enfim, que possibilitem o aperfeiçoamento dessa compreensão como um todo, resultante do conhecimento dos fatos ocorridos e das impressões maiores ou menores que estes deixaram.<sup>42</sup>

As conexões e diálogos entre a história jurídica e a história social fornecem chaves para a compreensão das relações entre direito e sociedade. Com efeito, o observador-intérprete dos tempos passados não pode desconsiderar as intrincadas situações da vida das pessoas, a dinâmica das sociedades e as mudanças em seus processos de adaptação social<sup>43</sup>. O jurista-historiador deve esforçar-se por captar os

---

<sup>40</sup> Cf. COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Trad. castellana de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961, p. 285.

<sup>41</sup> Hécio França Madeira faz um levantamento das principais finalidades da História do Direito encontrando-se, dentre elas, em suma: consistir em elemento geral de cultura; esclarecer o passado, pela interpretação, levantamento e restituição das fontes, conhecer a origem e o desenvolvimento de um direito; ser instrumento de interpretação do direito vigente; identificar elementos sobreviventes do direito anterior; conhecer as normas antigas; conhecer as ideias jurídicas de um povo e seus grupos sociais; conhecer o trabalho dos juristas do passado e refinar o conhecimento do jurista atual e impedir os efeitos negativos do conservadorismo. Quanto a este, o autor esclarece: “As conclusões de um jurista não podem ser apressadas. Devem ser contrastadas com a tradição jurídica para não repetir os erros anteriores, ou para não “descobrir”, com desperdício de tempo e de esforços intelectuais, o que há muito já estava descoberto. O conservadorismo é uma força motriz do direito. Quando necessário, a melhor forma de superá-lo é conhecê-lo. Compreender a tradição é parte da história do direito, como também o é criticá-la e acompanhá-la no contexto das sociedades” FRANÇA, Hécio Madeira. *À História do Direito*. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, n. 10, p. 146-154, 2004, p. 151-152.

<sup>42</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>43</sup> Para Pontes de Miranda, a tarefa compreensiva do fenômeno social em seus aspectos particulares é tarefa das ciências sociais de cada processo social de adaptação (as ditas “ciências sociais aplicadas”): Economia, Direito, Moral, Política, Religião, Arte, Ciência. *À Sociologia cabe realizar a*

contextos de produção do direito e as peculiaridades deste em perspectiva “evolutiva”, isto é, entendendo as tramas de seu desenvolvimento para bem ver na experiência atual certo resultado do pretérito, dissipando, com isso, barbarismos resultantes da ignorância histórica a que submetido o homem médio, como bem ressaltou Ortega y Gasset<sup>44</sup>.

O historiador do direito é igualmente vocacionado a analisar os discursos comuns dos juristas contemporâneos identificando nuances que relativizem, ou ao menos revisitem crítica e analiticamente, certas asseverações “históricas” tidas por absolutas e/ou “inconscientemente” repetidas, por já se incorporarem há muito na literatura como certa *opinio communis doctorum* contemporânea. Este esforço contribui para reduzir o “halo legendário” e o reducionismo que ainda se encontram presentes nos discursos dos juristas dos dias atuais, sobretudo quando pretendem justificar ou situar historicamente determinado instituto jurídico<sup>45</sup>.

De tudo o que foi exposto, é de se advertir que este trabalho – resultante de extensa e laboriosa pesquisa – não é orientado para uma visão “purificadora” da história do direito – como proposta por Cabral de Moncada – metodologicamente desvinculada, sempre que possível, de condicionamentos extrajurídicos<sup>46</sup>.

---

noção sintética desses vários fenômenos sociais, “devido a serem concretos os fatos que lhe interessam e, pois, existirem, entre eles, bem como entre tais fatos e os demais, relações de mútua dependência” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 273). Koselleck, apoiado em Gadamer, sustenta que “*como la teología, la jurisprudencia, la poesía y su interpretación, también la historia (Geschichte) se convierte en un subcaso del comprender existencial. Para poder vivir, el hombre, orientado hacia la comprensión, no puede menos que transformar la experiencia de la historia en algo con sentido (in Sinn) o, por así decirlo, assimilarla hermenéuticamente*” (KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. **Historia y hermenéutica**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997, p. 69).

<sup>44</sup> “Nossa situação atual é resultado de todo o pretérito humano no mesmo sentido em que o último capítulo de uma novela não se entende se não se leram os anteriores. E é muito possível que uma das causas que produzem a grave desorientação a respeito de si mesmo em que hoje se acha o homem, seja o fato de que nas quatro últimas gerações o homem médio, que sabe tantas coisas, não sabe nada de história. [...] Mas hoje o homem médio se encontra, por sua ignorância histórica, quase como um primitivo, quase como um primeiro homem, e daí – à parte outras coisas – que, com efeito, dentro de sua alma velha e hipercivilizada brotem de súbito inesperados modos de selvagismo ou de barbárie.” (ORTEGA Y GASSET, José. **Em torno a Galileu**: esquema das crises. Trad. e introd. de Luiz Felipe Alves Esteves. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 105).

<sup>45</sup> A propósito dessa preocupação, veja-se: OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi!. A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco**, Recife, v. 13, p. 299-330, 2003.

<sup>46</sup> Cabral de Moncada situa-se entre historiadores do direito que procuraram valorizar o elemento propriamente jurídico em seu trabalho dispensando-se o recurso a outros campos do saber, em atitude de “purificação” do objeto e de métodos inspirada na “ciência pura do direito” de Hans Kelsen que “pretendeu obter, eliminando para fora do âmbito das preocupações do jurista, que só for *jurista*, todas as questões de causalidade histórica ou sociológica dos factos jurídicos, bem como todas as questões de finalidade política ou moral, isto é, o *pre-jurídico* e o *meta-jurídico*. Porque a verdade é que o historiador jurista não tem que procurar a *causa* das normas e instituições jurídicas do passado com o mesmo critério com que, por exemplo, o historiador da história geral procura a causa de uma

Não é possível compreender historicamente o fenômeno jurídico e o seu desenvolvimento (com caminhos e descaminhos) desprendidos de seu ambiente cultural, econômico, social e político. Há de se ter em apreço as circunstâncias histórico-sociais em que o direito está situado, contingenciado; afinal, não há cisão entre os diversos campos do saber na realidade da vida. A distinção entre direito, cultura, política, economia *etc.* opera-se no campo do conhecimento científico e, neste processo, há de destacar as peculiaridades inerentes de cada um desses processos.

Sendo o direito e a religião dimensões da cultura, inegável levar em consideração seus pontos de contato, embora possuam campos próprios de investigação de sua história<sup>47</sup>. Dessa forma, este trabalho pode ser tido como um contributo ao estudo das relações entre direito e religião, situada nos debates sobre a formação e consolidação do direito civil pátrio em contexto de sua pretendida modernização, no século XIX, a preparar o seu estado na contemporaneidade<sup>48</sup>.

Como fontes utilizadas para a elaboração do trabalho, recorreu-se sobretudo a referências doutrinárias dos séculos XVIII e XIX em grande parte pertencentes ao acervo de obras raras da Faculdade de Direito do Recife. Considerando o necessário diálogo com o direito canônico, imprescindível foi a consulta às fontes canônicas e aos seus comentadores e historiadores do matrimônio no Ocidente. O *corpus* documental da pesquisa é composto, ainda, por outros documentos não enquadrados como fontes formais do direito, como atas da atividade

---

guerra entre dois povos numa oposição de interesses de expansão comercial. [...] Não: o que ele procura, ou deve procurar, é apenas reconstruir os diversos *sistemas jurídicos* que existiram no passado, fixa-los e explica-los, por certo, mas isso sem sair do seu específico campo jurídico” (MONCADA, L. Cabral de. O problema metodológico na ciência da história do direito português. In: **Estudos de História do Direito**. v.II. Coimbra: Acta Universitatis, 1949, p. 207-208).

<sup>47</sup> Justificando-se como historiador social e não um canonista, liturgista, tampouco teólogo, Georges Duby delineou seus estudos no campo das práticas matrimoniais do Medievo francês do século XII valendo-se dos textos normativos como fontes auxiliares ao alcance da “realidade da vida”. Para o medievalista francês, “o historiador do matrimônio no Ocidente medieval encontra-se diante de um vasto terreno não cultivado cujo processo de arado começou em apenas um ponto”. (cf. DUBY, Georges. **Matrimonio medievale**: Due modelli nella Francia del XII secolo. Trad. de Daniela Benelli. Milano: Il Saggiatore, 2013, p. 27-28).

<sup>48</sup> Como notou Harold Berman, escassos são os trabalhos a respeito das inter-relações do direito comparado e da religião, havendo poucas menções dos escritos clássicos a respeito das afinidades entre religião e direito em várias culturas. Essa pobreza dar-se-ia provavelmente como consequência dos contrastes estabelecidos entre as grandes famílias de civil law e de common law, a provocar aparente presunção de que, em ambas as famílias, as crenças religiosas incorporadas seriam sempre cristãs. Apesar disso, Berman reconhece algumas exceções, mesmo tendo por referência uma matriz cristã, como nos assuntos matrimoniais e de direito sucessório, muitas vezes dependentes das tradições religiosas e dos diferentes regramentos constitucionais sobre as relações entre o Estado e a Igreja (cf. BERMAN, Harold J. Comparative Law and Religion. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 739-741).

legislativa, coleções de documentos administrativos e periódicos da época. Todo este material cooperou para revelar as inclinações políticas, vieses teóricos e visões de mundo nos quais envolvidos os agentes de produção e aplicação do direito.

Por se tratar de tema que se situa na divisa entre o “temporal” e o “espiritual”, as reflexões aqui encetadas não desconhecem o dado dogmático-religioso. Pelo contrário: sempre que possível e reputado necessário, tentou-se declinar as peculiaridades teológicas que lastreiam o direito canônico em sua faceta matrimonial, assim como referências a circunstâncias políticas e contextos socioculturais nas quais se produziram os debates aqui salientados.

Procurou-se ao longo do corpo principal do texto evitar longas transcrições de documentos e extensas citações de textos de outros autores. O recurso a elas, porém, pareceu inevitável em algumas situações, sobretudo quando necessário enfatizar *ipsis verbis* o pensamento de alguém ou salientar parte do conteúdo de discursos de parlamentares, por exemplo.

Também se fez abundante – e espera-se que não abusivo – recurso a notas de rodapé. Este expediente serviu tanto para veicular considerações acessórias, remissões e digressões várias, como para possibilitar ao leitor o acesso ao conteúdo das fontes mencionadas e da literatura de apoio, sem, contudo, prejudicar a cadência do texto principal.

Julgou-se conveniente manter a ortografia da época em que produzidos os textos transcritos, embora se reconheça que esta opção possa, em determinadas situações, dificultar a leitura mais fluida do texto.

Além disso, optou-se por publicar integralmente em anexo alguns documentos jurídicos de difícil consulta em razão de muitas vezes se encontrarem em relatórios oficiais e coletâneas antigas.

### **1.3 Exposição do tratamento da matéria**

Com o escopo de alcançar os objetivos aqui pretendidos, o trabalho está dividido em seis capítulos. O primeiro deles cuidará do desenvolvimento do direito matrimonial canônico no Ocidente, os contributos da teoria consensual inspirada no direito romano e o desenvolvimento da dogmática do sacramento. Também tratará da

crise da teoria sacramental no discurso reformador protestante e da resposta católica no Concílio Tridentino, do qual resultou a rígida formalização jurídica do casamento.

No segundo capítulo, realizar-se-á uma incursão a respeito da ideia de secularização, sobretudo tendo em apreço os sentidos a ela atribuídos ao longo dos tempos e sua conformação à noção de modernidade jurídica. Além disso, considerando os aportes da teoria jusracionalista no aprofundamento da teoria dessacralizada do matrimônio, procurar-se-á identificar sua vinculação às medidas secularizadoras empreendidas na França no final do século XVIII e início do XIX.

Aspectos sobre as relações entre a Igreja e o Estado, úteis à compreensão da disciplina matrimonial observada no Império, serão tratados no terceiro capítulo, preparatório à análise das ideias que, de alguma maneira, fomentaram a fragilização do exclusivismo canônico em matéria matrimonial.

Os primeiros debates nesse sentido, particularmente em relação aos recursos das causas eclesiásticas e a respeito da competência estatal para definir impedimentos matrimoniais dirimentes, serão tratados no quarto capítulo. Neste também está sediada a exposição sobre as demandas em favor dos direitos civis matrimoniais dos imigrantes protestantes e as controvérsias jurídicas em razão do exclusivismo eclesiástico católico em matéria de casamento. Serão também explorados as contendas e iniciativas visando a solucionar tais questões, e que, de alguma maneira, culminaram no decreto sobre o casamento de acatólicos, importante medida estatal de secularização do casamento no Brasil.

No capítulo quinto, procurar-se-á identificar no direito projetado no Império, tanto em projetos de lei sobre o casamento, como nos de Código Civil, as tendências de secularização do casamento e os seus eventuais diálogos com a disciplina canônica então vigente.

No derradeiro capítulo, o enfoque se voltará para a introdução do casamento civil pelo Decreto 181 de 1890 e o significado de suas disposições enquanto expressão da secularização pretendida, sobretudo considerando a manutenção da indissolubilidade do vínculo matrimonial, não mais sob o pálio dos cânones, mas da lei. Nesse sentido, serão objeto de apreciação as primeiras medidas divorcistas no Parlamento e, principalmente, os debates a respeito do divórcio quanto ao vínculo no Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, relacionando, assim, secularização e modernização no curso no processo codificatório que deu ensejo ao primeiro Código Civil brasileiro.

## 2 A CANONIZAÇÃO DO CASAMENTO NO OCIDENTE

### 2.1 A relevância do consentimento na formação e manutenção e vínculo matrimonial no direito romano

O estudo do Direito Romano é de basilar importância para a formação do jurista contemporâneo, constituindo-se na primeira disciplina da sua formação mental, nas ditas humanidades. A ciência do direito ocidental contemporâneo procede de Roma, assim como a filosofia ocidental, é, em muito, herdeira dos gregos. A propósito. Michel Villey bem anotava que “é tão insensato para um jurista ocidental desprezar o direito romano quanto para um filósofo envergonhar-se da filosofia dos gregos. É ter vergonha de sua mãe”<sup>49</sup>.

O Direito Privado Romano destaca-se sobretudo por ter permanecido – não imune a adaptações, decerto – entre vários povos da tradição jurídica europeia continental até a época das modernas codificações<sup>50</sup>.

O estudo do direito romano em matéria matrimonial justifica-se tanto pela necessária compreensão do desenvolvimento da instituição no âmbito do principal monumento jurídico do qual o Ocidente (e particularmente os países de sistema de direito romano germânico) é herdeiro, como também pelo fato de esta herança ter-nos sido particularmente transmitida através da estrutura jurídica da instituição *casamento*.

Frise-se que os termos casamento e matrimônio podem ser havidos como sinônimos na medida em que aludem à realidade da constituição familiar a partir da solene união conjugal de modo estável<sup>51</sup>. Ambas as palavras, contudo, ainda que possuam um sentido aproximado, tem raízes etimológicas distintas.

---

<sup>49</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. Trad. de Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977, p. 74. “*Il est aussi déraisonnable pour un juriste occidental de mépriser le droit romain qu’à une philosophe de rougir de la philosophie des Grecs*” (VILLEY, Michel. **Philosophie du droit**: définitions et fins du droit. 2 ed. Paris: Dalloz, 1978, p. 88).

<sup>50</sup> D’ORS, Álvaro. **Derecho Privado Romano**. 10 ed. Pamplona: Eunsa, 2004, p. 31.

<sup>51</sup> Daqui por diante, far-se-á uso dos termos casamento e matrimônio sem propósitos distintivos recorrendo-se, todavia, mais a matrimônio quando alusivo à realidade sobrenatural a que ele alude segundo a teologia católica que fundamenta o Direito Canônico. Para maior ênfase à dimensão social da união conjugal contemplada pelo Direito Civil, recorrer-se-á ao uso da palavra casamento. Advirta-se ao leitor, contudo, não haver nas fontes consultadas e aqui referidas – sobretudo aquelas datadas até finais do século XIX – o uso rigoroso dos termos segundo as balizas aqui mencionadas. É digna de nota a preferência das legislações de países hispanófonos pelo uso de *matrimonio* a

Matrimônio, do latim *matrimonium*, é composto da união das palavras *mater* (*matris*, no caso genitivo, mãe) e *munium* (atribuição, ofício), remetendo, assim, à função procriativa<sup>52</sup>. Já o étimo de *casamento* radica-se na palavra *casa*, entendendo-se no latim do período intermédio – sobretudo no século XI – como *moradia*, *domicílio*, designando, em geral, um feudo concedido ao vassalo (*casamentum*)<sup>53</sup>.

Para Michel Villey, ao contrário dos direitos modernos, o direito romano não se ocupou, mais do que o grego, das relações *interfamiliares*. Os romanos enxergavam o matrimônio mais como uma realidade social do que propriamente

---

*casamiento*. O *Diccionario de la lengua española* da Real Academia Española, no verbete *casamiento* descreve-o como a ação de casar-se, a própria cerimônia (boda) ou *contrato de matrimônio* (Cf. CASAMIENTO. In: *Diccionario de la Lengua Española* (Edición del Tricentenario). Madrid, Real Academia Española, 2017. Disponível em: <<http://dle.rae.es/?id=7m5DIRx>>. Acesso em 10 jun. 2017). Na *Ley de las Siete Partidas*, sobretudo na *Partida Cuarta*, há uso indistinto das palavras *casamiento* e *matrimonio*, aquele aparece logo no título da Quarta Partida “[...] *que habla de los desposorios e de los casamientos*”, elucidando-se nas Leis 1 e 2 do Título 2 (*De los casamientos*) o significado e raiz de *matrimonio*: “*Ley 1: Matrimonio es ayuntamiento de marido y de muger hecho con tal intención de vivir siempre en uno, y de no separarse, guardando lealmente cada uno de ellos al otro, y no ayuntándose el varón a otra muger, ni ella a otro varón, viendo reunidos ambos. Ley 2: Matris y munium son dos palabras del latín de que tomó nombre matrimonio, que quiere tanto decir en romance como oficio de madre. Y la razón de por qué llaman matrimonio al casamiento y no patrimonio es esta: porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que no el padre, pues comoquiera que el padre los engendre, la madre sufre gran embargo con ellos mientras que los trae en el vientre, y sufre muy grandes dolores cuando ha de parir y después que son nacidos, lleva muy grandes trabajos en criarlos ella por sí misma, y además de esto, porque los hijos, mientras que son pequeños, más necesitan la ayuda de la madre que del padre. Y porque todas estas razones sobredichas caen a la madre hacer y no al padre, por ello es llamado matrimonio y no patrimonio.*” (ALFONSO EL SABIO. **Las Siete Partidas**: Selección. Barcelona: Linklingua, 2009, p. 117).

<sup>52</sup> Ao tratar da prole enquanto efeito do matrimônio, Santo Tomás de Aquino afirma que “o matrimônio pode também ser assim chamado, como derivado do latim – *matris munium*, i.é., ofício de educar a prole. – Ou assim se chama por derivar do latim – *matris muniens* –, porque tem o varão para o defender e garantir; ou ainda, de *matrem monens*, para significar que não deve o marido abandonar a sua mulher e procurar outra. – Ou ainda, por provir de *materia unius*, porque implica uma união cujo fim material é uma mesma prole; de modo que se denomina *matrimônio*, como provindo de *monos* e de *materia*. – Ou conforme Isidoro, de *matre* e *nato*, porque torna a mulher mãe do filho dela nascido” (TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. v. 5 (Suplemento). trad. de Alexandre Correia. São Paulo: Ecclesiae, 2016, p. 207-207, q.45, a.1).

<sup>53</sup> Para Brigitte Bedos-Rezak, no contrato medieval de vassalagem quando o vassalo residia no corte do senhorio era denominado *vassus non casatus* ou, em baixo latim, *bacalarius*; quando possuía domicílio próprio (*casamentum*), designado era *vassus casatus* (Cf. BEDOS-REZAK, Brigitte. *Secular Administration*. In: MANTELLO, F.A.C; RIGG, A.G. **Medieval Latin: An Introduction and Bibliographical Guide**. Washington: The Catholic University of America Press, 1996, p. 215). Susan Reynolds sustenta que seria enganosa a automática atribuição de sinonímia, como soem fazer alguns estudiosos da sociedade feudal, entre as palavras *beneficium*, *casamentum* e *foedum*, embora reconheça que no século XI *casamentum* tenha sido utilizado no mesmo contexto de *foedum* ou *fedum* (cf. REYNOLDS, Susan. **Fiefs and Vassals: The Medieval Evidence Reinterpreted**. Oxford: Oxford University Press: 1994, p. 120). Para a autora, não se pode admitir, entretanto, que uma propriedade designada como *casamentum* no período intermédio possuía necessariamente todos os mesmos atributos de um feudo (Ibidem).

jurídica<sup>54</sup>. Para Fritz Schulz, no entanto, o matrimônio romano foi o “*logro más impresionante del génio jurídico de Roma*”<sup>55</sup>.

Dispensando deter-se em mais pormenores quanto a esta controvérsia, deve-se reconhecer que a estrutura familiar romana é centrada no matrimônio, porquanto tem origem no *iustum matrimonium*. Os romanos conceberam o matrimônio como uma instituição dotada de peculiaridades circunstanciais com reflexos jurídicos, sobretudo quanto à forma de seu aperfeiçoamento e também de sua dissolução.

Santos Justo distingue, a partir das fontes romanas, dois tipos de matrimônios, diversos entre si em sua concepção jurídica e também moral, religiosa e social: o matrimônio da época pagã e o matrimônio cristão, consolidado nos séculos IV e V: “o primeiro tipo surge no Digesto, o segundo, nas *constitutiones* mais recentes do *Codex* e das *Novelas*”<sup>56</sup>.

Originalmente, romanos e gregos viam o casamento, em certo sentido, como um acontecimento sacral. O culto da lareira (*focus, vestra, ara*) inseria-se no contexto da religião doméstica centrada nos *manes, lares* e *penates*, na consagrada exposição apresentada por Fustel de Coulanges na sua obra “A Cidade Antiga”<sup>57</sup>. Exercendo o *paterfamilias* o sacerdócio na religião doméstica, esta posição era por si transmitida ao filho, originando a partir daí o denominado parentesco por agnação<sup>58</sup>. A procriação contribuía, assim, a continuidade da religião doméstica e, pelo casamento, passava a mulher à religião do *paterfamilias* de seu marido.

---

<sup>54</sup> “A l'inverse des droit modernes, le droit romain pas plus que le grec ne s'est occupé des rapports intra-familiaux. Il vise les rapports entre chefs de famille. L'Economique (art de gouverner la famille) se différencie du droit. Entre les deux arts, il y a bien quelque interférence; la justice particulière, comme Nous venons de le voir, trouve à s'exercer malgré tout à l'intérieur de la famille, puisqu'on y pratique des distributions (mais sans rigueur ni fixité)” (VILLEY, Michel. **Philosophie du droit: définitions et fins du droit**. 2 ed. Paris: Dalloz, 1978, p. 84).

<sup>55</sup> SCHULZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico**. Trad. de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p.99.

<sup>56</sup> JUSTO, António dos Santos. **Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 58.

<sup>57</sup> Cf. COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **La Cité Antique**. Paris: Hachette, 1927, p. 21-31.

<sup>58</sup> Para Coulanges, “le principe de la parenté n'était pas l'acte matériel de la naissance; c'était le culte. [...] Il en était de même en Occident. On a beaucoup discuté sur ce que les jurisconsultes romains entendaient par l'agnation. Mais le problème devient facile à résoudre, dès que l'on rapproche l'agnation de la religion domestique. De même que la religion ne se transmettait que de mâle en mâle, de même il est attesté par tous les jurisconsultes anciens que deux hommes ne pouvaient être agnats entre eux que si, en remontant toujours de mâle en mâle, ils se trouvaient avoir des ancêtres communs. La règle pour l'agnation était donc la même que pour le culte. Il y avait entre ces deux choses un rapport manifeste. L'agnation n'était autre chose que la parenté telle que la religion l'avait établie à l'origine.” (COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **La Cité Antique**. Paris: Hachette, 1927, p. 59-60).

Quanto à posição da mulher na relação matrimonial, esta poderia adentrar na família do marido sob *potestas* deste ou, sendo ele *alieni iuris*, submetida ao *paterfamilias* do esposo, assumindo a posição de filha (*loco filiae*) em relação ao marido.

A mulher poderia, no entanto, manter para si o *status familiae* originário, hipótese na qual, embora casada, não era considerada parente civil do marido, tampouco dos próprios filhos.

A partir da conexão entre a sujeição da mulher à família do marido (*conventio in manu*) e o matrimônio, classificou-se o matrimônio em duas espécies: *cum manu* e *sine manu*<sup>59</sup>. O primeiro seria celebrado nas formas do *ius civile* para se realizar a *conventio in manu: confarreatio, coemptio* ou *usus*. O segundo seria baseado na simples vontade recíproca dos cônjuges de tornarem-se marido e mulher (*affectio maritalis*)<sup>60</sup>.

A *confarreatio* consistia em cerimônia religiosa com atos que expressavam a passagem da mulher à autoridade alheia, celebrada perante o *pontifex maximus*, do *flamen Dialis* e de dez testemunhas. Tratavam-se de rituais comuns ao casamento grego e romano: pela *eugesis (ekdosis)*, *traditio*, havia a entrega da noiva; a *pompé (domum dictio)*, o cortejo e o *telos*, a entrega final na casa do seu noivo. A *sponsio* concretizava a “doação” da noiva pelo seu pai à autoridade (*manus*) do *paterfamilias* do noivo<sup>61</sup>.

Entre os séculos VII e V a.C., com certa secularização na sociedade grega e romana, nota-se o desuso da cerimônia sacral da *confarreatio*, baseando-se o

<sup>59</sup> Segundo anota Olís Robleda, foram partidários desta perspectiva, dentre outros, Jhering, Giffard, Sanfilippo e Arangio-Ruiz (Cf. ROBLEDA, Olís. **El matrimonio en derecho romano**: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970, p. 1-2).

<sup>60</sup> Cf. TALAMANCA, Mario. **Istituzioni di Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1990, p. 132.

<sup>61</sup> “Chegando à casa do noivo, não lhe era permitido aproximar-se da religião da nova casa por sua conta, pois esta era sempre guardada secretamente. Depois de um simulado rapto à força, era ela carregada pelo noivo por cima da soleira da porta que ela mesma não podia tocar. Era neste ponto que ocorria a cerimônia religiosa do casamento, a incardinação na nova religião doméstica. Conduziam a noiva ao altar doméstico, a lareira sagrada, onde a aspergiam com a água lustral e lhe permitiam tocar o fogo sagrado. Era recebida “na comunidade de água e fogo”. Faziam-se orações ou oferendas. Afinal, tinha lugar a cerimônia que dava o nome a todo o ritual sacro do matrimônio, a *confarreatio*. O noivo e a noiva comiam juntos o bolo de casamento, o *far* ou *panis farreus*, um pão de flor de farinha que era o ‘santo penhor do matrimônio’. Por este ato o noivo e a noiva entravam na comunhão religiosa mútua pela comunhão com os deuses domésticos. O contrato matrimonial consistia assim de uma cerimônia religiosa – e, portanto, legalmente válida: a *traditio puellae*, a *domum-ductio*, e a *confarreatio*. Estas cerimônias eram mais ou menos paralelas tanto entre gregos como entre romanos.” (SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 190-191).

casamento na *affectio maritalis*, concluindo-se por mútuo consentimento<sup>62</sup>. A *coemptio*, baseada na *mancipatio*, consistia na compra fictícia (*imaginary venditio*) da esposa entabulada perante os pais e cinco testemunhas, constituindo-se em alternativa ao casamento religioso antigo. O *usus*, previsto na Lei Decenviral, consistia na aquisição da *manus* pelo marido em razão do transcurso do tempo de um ano de coabitação, sem solução de continuidade. Para evitar tal efeito, bastaria à esposa pernoitar por três noites, consecutivas ou não, longe da casa conjugal (*trinoctii usurpatio*).

Para os defensores da distinção do casamento em *cum manu* e *sine manu*, haveria nos primórdios de Roma apenas a primeira espécie. Antes da Lei das XII Tábuas, que regulava o *usus*, a união sem *conventio in manum* constituir-se-ia mera situação de fato<sup>63</sup>. Com a admissão da produção de efeitos matrimoniais das uniões de fato, pelo *usus*, teria havido a elevação dessas uniões à categoria jurídica matrimonial, sem, contudo, a produção da *manus*.

Em sentido contrário, ganhou força a tese de que *manus* e *matrimonium* constituíam-se diferentes institutos quanto à sua origem e propósitos<sup>64</sup>. Tanto os efeitos formais como a causa do matrimônio e da *manus* seriam diversos, ainda que se considere como provável que nos primeiros séculos, em razão da importância do grupo agnático, existisse o matrimônio acompanhado da *conventio in manu*.

O efeito do matrimônio seria a união dos cônjuges *filiorum procreandorum causa* e o da *conventio in manum*, a incorporação da mulher à família jurídica do marido.

A causa do matrimônio, por sua vez, seria a *affectio maritalis* – vontade de produzir a união conjugal – enquanto que as da *conventio in manu* seriam as formas de submissão da mulher à *potestas* do marido (*confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*)<sup>65</sup>. Desse modo, não se pode fazer uso das expressões *cum manu* e *sine manu* para

<sup>62</sup> Schillebeeckx faz uso da palavra secularização de maneira aspeada, designando “um processo durante o qual as instituições gradualmente se dissociaram de seus fundamentos religiosos originais” (SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 193).

<sup>63</sup> Assim, Arrangio-Ruiz sustentava que “*Il matrimonio del più antico diritto romano è un atto o fatto giuridico, in forza del quale una donna, sui iuris o alieni iuris esce dalla famiglia d’origine ed entra in una nuova, in condizione di sottoposta e com la particolare funzione di procreare al capocasa o ad um suo sottoposto libero uma discendenza legitima.*” (ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 434).

<sup>64</sup> A defender tal ponto de vista, podem ser incluídos, dentre todos, Di Marzo e, sobretudo, Volterra. (cf. ROBLEDA, Olis. **El matrimonio em derecho romano**: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970, p. 26).

<sup>65</sup> ROBLEDA, Olis. **El matrimonio em derecho romano**: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970, p. 26.

distinguir duas formas de matrimônio, porquanto tratar-se-iam de duas condições da mulher casada (*uxor in manu* ou não *in manu*)<sup>66</sup>.

Para Santos Justo, as diferenças entre os institutos do matrimônio e da *manus* evidenciam-se ainda mais quando se tem em conta que o matrimônio romano podia dissolver-se com o divórcio sem alteração da *conventio in manu*, exigindo-se formas de sua revogação como a *disfarreatio* e a *remancipatio* – a primeira para casos em que houve *confarreatio* e a segunda para aqueles em que houve *coemptio*<sup>67</sup>.

As fontes romanas apresentam duas definições de casamento: aquela atribuída a Modestino (D. 25,2,1), segundo a qual: “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” e outra contida nas Institutas (I. 1,9,1): *nuptiae autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens*. Ambas as definições não sublinham aspectos jurídicos do matrimônio, atentando mais para sua descrição essencial e teleológica. Põe-se mais em evidência, além de aspectos corporais, elementos espirituais e ético-sociais que se perpetuaram no matrimônio cristão, conferindo-lhe uma ressonância duradoura<sup>68</sup>.

Na época clássica, o matrimônio romano baseia-se no consenso dos cônjuges. Segundo o aforismo atribuído a Ulpiano (D. 35.1.15) “*nuptias non concubitus sed consensus facit*”. Para Talamanca, sob o aspecto jurídico, esta definição fixa a estrutura do matrimônio romano, com maior força que a definição de Modestino<sup>69</sup>.

As chamadas justas núpcias (*iustae nuptiae*) consistiam no matrimônio validamente celebrado. Para tanto, não existindo impedimentos para o matrimônio, homem e mulher contrairiam justas núpcias se possuíssem o *ius conubii*. Além disso, exigiam-se elementos de ordem subjetiva e objetiva. O primeiro, que os nubentes manifestassem a vontade de se unirem como esposos um do outro (*affectio maritalis*,

<sup>66</sup> Nesse sentido, Santos Justo defende que “as fontes permitem afirmar que os juristas romanos não conheceram estes dois tipos de matrimônios, mas um só *matrimonium* baseado na vontade recíproca do homem e da mulher de se unirem numa relação conjugal; esta relação existe enquanto persistir aquela vontade que pode manifestar-se de qualquer maneira” (JUSTO, António dos Santos. **Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 60)

<sup>67</sup> JUSTO, António dos Santos. **Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 61.

<sup>68</sup> PUGLIESE, Giovanni *et alii*. **Istituzioni di Diritto Romano**. Turim: Giappichelli, 2012, p. 241.

<sup>69</sup> TALAMANCA, Mario. **Istituzioni di Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1990, p. 131. Assim também JUSTO, António dos Santos. **Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 61.

*uxoris*) e o segundo, que encetassem ações manifestativas da consideração recíproca como marido e mulher (*honor matrimonii*, expressão externa da *affectio maritalis*).

Como aponta Nuno Espinosa da Silva, prevalecia o elemento espiritual (subjetivo) sobre o elemento material (objetivo). Para fins de enquadramento como *iustum matrimonium*, exigia-se que a convivência fosse acompanhada do aspecto anímico: a efetiva intenção de serem marido e mulher<sup>70</sup>. Nesse sentido, a interpretação de Ulpiano era a de que “*Nuptias non concubitus sed consensus facit*” (D. 50, 17, 30).

As interpretações dos estudiosos das fontes romanas não foram unânimes quanto ao papel do consentimento como causa eficiente do matrimônio. Moreira Alves adverte para a prolongada controvérsia a respeito da natureza jurídica do matrimônio romano, aprofundada pela ausência de fontes específicas sobre sua constituição em Roma

A teoria do consentimento contratual do matrimônio romano foi forjada pelos glosadores e comentadores, que viam no casamento um *contractus personarum*, isto é, sem fundo patrimonial, e contraposto ao *contractus rerum*. Foram seguidos nisto pela escola culta, que tinha na contratualidade do matrimônio seu pressuposto básico e ignoravam a sua dimensão sacramental.

No século XIX, embora Christian Friedrich von Glück não negasse a necessidade do consentimento como causa eficiente do matrimônio romano, resistiu ele à vinculação deste à ideia de contrato. Os romanos não teriam usado a expressão, a qual remetia a uma *obligatio* que pressupunha um *debitor* e um *creditor*, não se verificando entre os cônjuges relação jurídica dessa natureza<sup>71</sup>. Contradizendo Glück, Savigny defendeu sua concepção de contrato como “acordo de várias pessoas sobre a manifestação comum de vontade destinada a reger suas relações jurídicas”<sup>72</sup>, opondo-se à premissa restritiva do conceito de contrato. Esta noção, mais abrangente

<sup>70</sup> SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do casamento em Portugal**. Lisboa: 2013, Universidade Católica, p. 12. A ausência do elemento espiritual conduz a formas degeneradas de convivência homem e mulher: *adulterium*, *stuprum*, e *concubinatio*.

<sup>71</sup> GLÜCK, Federico. **Comentario alle Pandette**. Libro XXIII. Trad. Raffaello D’Ancona. Milano: Società Editrice Libreria, 1898, p. 143-144.

<sup>72</sup> “Contrato es el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas.” (SAVIGNY, F. K. von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. t. II. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879, p. 354).

que aquela de “contrato obrigatório”, teria o condão de abarcar uma gama relações jurídicas, incluindo o matrimônio<sup>73</sup>.

Posteriormente, Manenti, ao reinaugurar os estudos sobre o casamento romano, defendeu que o consentimento matrimonial romano não deveria ser entendimento em acepção concludente, presente apenas no instante inicial, mas duradouro enquanto os esposos possuísem a vontade de serem marido e mulher<sup>74</sup>. Assim, uma vez cessada a *affectio maritalis*, cessaria também a união matrimonial.

O divórcio era raramente utilizado nos tempos primitivos, em razão da severidade dos costumes<sup>75</sup>. Segundo Schillebeeckx, o adultério era considerado um pecado grave, posto que risco à religião doméstica<sup>76</sup>.

Na época clássica, o divórcio romano consistiu na dissolução do matrimônio por vontade de um ou de ambos os cônjuges, como corolário da exigência do consenso continuado mantenedor do vínculo matrimonial.

Com a expansão romana, nos últimos séculos antes de Cristo, observa-se o crescente recurso ao divórcio, sobretudo após as Guerras Púnicas e entre personalidades importantes.

---

<sup>73</sup> “A la definición inexacta del contrato se refieren muchos errores cuya refutación completa no deja de tener importancia. El que no reconozca otro contrato más que el obligatorio y por ello rehusaba el carácter de tal a la tradición, no tendrá sino un conocimiento incompleto. [...] Así, pues, la controversia que vengo sosteniendo contra la opinión general, no tiene de ningún modo por fin rectificar la fraseología, porque no pretendo que los romanos hubiesen aplicado a otros contratos fuera de los obligatorios las expresiones *pactio*, *pactum* y *conventio*, y la mayor o menor amplitud que es necesario dar a las expresiones técnicas modernas, no tiene una gran importancia. Pero conviene reconocer claramente y seguir en las aplicaciones de pormenor la analogía que el matrimonio, la tradición, etc., tienen con los contratos obligatorios. Una vez reconocida dicha analogía, la palabra técnica contrato la designa también, pues no habría razón para rechazar una frase que expresa exactamente un principio importante para la ciencia. Tal al menos es la convicción que he procurado inculcar al lector entregándome a esta investigación sobre la definición del contrato.” (SAVIGNY, F. K. von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. t. II. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879, p. 358-359).

<sup>74</sup> MANENTI, Carlo. Dell’inapponibilità di condizioni ai negozi iuridici e in specie dele condizioni aposte a matrimonio. Siena, 1889 apud ROBLEDA, Olis. **El matrimonio em derecho** romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970, p. 74-76. Como anota Robleda, a teoria manentiana foi contraditada em 1940 pelos escritos de Volterra e Orestano, que teriam provado que a convivência não seria o elemento constitutivo do matrimônio. Para estes autores, o consenso só teria caráter de continuidade durante o período clássico, assumindo mais tarde natureza contratual (cf. ROBLEDA, Olis. **El matrimonio em derecho** romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970, p. 82 et seq).

<sup>75</sup> Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 669 e também SANTOS JUSTO, p. 91. Segundo Arangio-Ruiz, “*In origine, il divorzio era guardato dal costume con disfavore; il ripudio non giustificato da gravi ragioni (ad es. L’adulterio della donna o l’aer essa bevuto vino) era punito dal fas con la consacrazione di una parte dei beni del repudiante a Cerere, più tardi anche dai censori con la loro nota*” (ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 451).

<sup>76</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 193.

Durante a república, bastava a separação material e a declaração de querer romper o vínculo conjugal (*repudium*) para que se processasse a ruptura do vínculo. Esta informalidade levou a certos inconvenientes, sobretudo para fins de controle da monogamia. Uma segunda união seria interpretada como sinal do fim da *affectio maritalis* das primeiras núpcias, mas não parece a Arangio-Ruiz que tenha havido no direito clássico solução para este problema por meio de uma regra geral<sup>77</sup>.

Surgiram, nesse período, soluções em direito de família imbrincadas de moralidade, como as leis matrimoniais de Augusto: *Leges Iuliae de maritandis ordinibus* (18 a.C.), *de adulteriis* (18 a.C.) e *Pappia-Poppaea* (9 d.C.)<sup>78</sup>, por meio das quais – com desígnios político-sociais e de aumento demográfico, para manter o núcleo populacional itálico fundador do Império ameaçado pela escassez da prole legítima e pelo aumento do celibato – procurou-se corrigir os costumes (*correctio morum*) e restaurar a dignidade do casamento<sup>79</sup>. Para Fritz Schulz, refutando as perspectivas que associam a decadência moral romana ao crescente número de divórcios<sup>80</sup>, a ampla liberdade quanto ao divórcio romano consistia na “pedra angular em que se baseava a concepção humanitária do matrimônio no direito clássico”<sup>81</sup>.

O *divortium* não esteve sujeito a formalidades até a *lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.), quando se determinou que a notificação do repúdio fosse entregue por um liberto e perante sete testemunhas púberes<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 450.

<sup>78</sup> Segundo anota Kaser, as *Leges Iuliae de maritandibus ordinibus* e *Pappia-Poppaea* eram tidas na época clássica como uma unidade (*Lex Iulia et Papia*). Nesse mesmo sentido, Pugliese, Stizia e Vacca salientam que estas leis “*probabilmente fuse insieme già in età augustea in una sorta di testo unico citato come Lex Iulia et Pappia, e indirettamente anche con la lex Iulia de adulteriis del 18 a.C.*” (Cf. PUGLIESE, Giovanni; STIZIA, Francesco; VACCA, Letizia. **Istituzioni di Diritto Romano**. Turim: Giappichelli, 2012, p. 244).

<sup>79</sup> Cf. GAUDEMET, Jean. *Morale, droit et histoire du droit*. **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung**, Viena, v. 83, n. 1, p. 12-21, 1997, p. 14.

<sup>80</sup> Frise-se, por exemplo, IGLESIAS, Juan. **Direito romano**. Trad. da 18 ed. espanhola, por Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 691; CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. Rio de Janeiro, Livros Caderno, [s.d], p. 105 e ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 451.

<sup>81</sup> SCHULZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico**. Trad. de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 126.

<sup>82</sup> Cf. IGLESIAS, Juan. **Direito romano**. Trad. da 18 ed. espanhola, por Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 690.

A maior coesão familiar nas províncias romanas e a influência do cristianismo contribuíram para a disciplina mais reservada e cautelosa a respeito do divórcio no período pós-clássico<sup>83</sup>.

Na época imperial de Roma em torno do matrimônio se forjará um modelo menos desinstitucionalizado: a expressão “*consensus facit nuptias*” passa a ser interpretada mais como alusiva ao consenso inicial do que quanto a uma vontade que permanece na constância da união (consenso contínuo), como se dava no período clássico. Este aspecto subsidiou as medidas de combate ao divórcio, que antes se fundava apenas na perda da *affectio maritalis* por um ou ambos os cônjuges.

## 2.2 O matrimônio romano-cristão e germânico

Segundo Gaudemet, a experiência jurídica romana não pode ser havida como imoral, ou mesmo amoral, mas imbricada de aportes filosóficos pagãos. Na Idade Média, forjou-se um sistema ordenado de normas imbuídas de cariz moralmente religioso, o chamado direito canônico, conectado com os textos da Escritura adotados por uma sociedade igualmente religiosa<sup>84</sup>. Sob o aspecto tecnicamente jurídico, a Igreja apropriou-se das contribuições romanas, o que fará com que o Direito Romano continue a ser em certo sentido aplicado, estudado e, mais do que isso, servindo de referência para o chamado sistema romano-germânico ou de *civil law*.

Com efeito, o *ius commune*, fundamento da tradição jurídica ocidental continental, consiste no resultado da experiência romana com o aporte moral cristão: a soma dos esmerados estudos dos glosadores e comentadores artífices do “direito romano comum” medieval associado ao direito dos cânones, sendo ambos os direitos (*utrumque ius*) o esteio da cultura jurídica europeia.

Do século V ao século IX confrontar-se-ão na Europa Ocidental três concepções diferentes do casamento: uma proveniente do direito romano, outra do direito germânico e a terceira, por fim, baseada no espírito cristão e que se cristalizará no direito canônico.

---

<sup>83</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 451.

<sup>84</sup> GAUDEMET, Jean. *Morale, droit et histoire du droit*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*: Kanonistische Abteilung, Viena, v. 83, n. 1, p. 12-21, 1997, p.15.

Em razão do caráter universal do cristianismo, a doutrina cristã foi confrontada com as diversas experiências culturais dos locais onde foi acolhida a mensagem da Igreja.

O denominado matrimônio cristão é, a rigor, resultado de um constructo dogmático-teológico a respeito da relação conjugal a partir do dado da Revelação Cristã (contidos na Tradição – mormente as obras dos Santos Padres – e na Escritura). Resulta ele de complexas conformações de cunho religioso, cultural, político e social, sem perder de vista a unicidade da Revelação, que se dirige a todos independentemente de circunstâncias locais e traços culturais. Tal peculiaridade remete à necessária compreensão de que esta instituição é historicamente situada, havendo em torno de si uma diversidade de experiências mais ou menos alinhadas à oficialidade laica ou à religiosidade<sup>85</sup>.

O fundamento mais basilar da doutrina matrimonial cristã encontra-se no preceito veterotestamentário “e serão uma só carne”, que consta no livro do Gênesis (2, 24). Jesus Cristo, ao interpretar esta passagem, afastou a lei mosaica que admitia o repúdio e esclareceu que a união conjugal fazia dos dois apenas um, de modo que o que Deus uniu, não poderia o homem separar (Mateus 19, 9). Eis aí a formulação fundamental das propriedades do casamento: unidade e indissolubilidade.

Embora fosse uma realidade natural existente desde o início da criação do mundo, os cristãos tiveram no matrimônio uma instituição comunicante da graça divina. Em sua Carta aos Efésios (Ef 5,32), São Paulo aplica a palavra grega *μυστήριον* ao casamento, como referência aos sinais sagrados transmissores da graça divina, algo secreto e misterioso, cuja compreensão não seria alcançável pelo uso da razão, mas por meio da fé. A tradução latina consagrará a expressão “*sacramentum magum*” caracterizada pelos teólogos, com apoio na doutrina agostiniana, como o sacramento de Cristo e da Igreja.

Sendo um sinal sagrado espelhado na união entre Cristo e a Igreja, o adultério deve ser combatido com ainda mais força, visto já existirem exemplos na Escritura de sua proscrição<sup>86</sup>. Os esposos devem guardar a fidelidade assim como Cristo é fiel à sua Esposa, a Igreja. Os teólogos da Patrística e os textos protomedievais que realizavam o paralelismo entre ambas as uniões como

---

<sup>85</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. A invenção do Direito Matrimonial. In: **Nós**: estudos sobre o Direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 176.

<sup>86</sup> Cite-se, como exemplo, o mandamento do Decálogo “Não adulterarás” (Ex 20.14 e Jr 13,27).

complementares foram fundamentais para a formação da teologia e direito matrimoniais.

Na Patrística, a indissolubilidade é havida como atributo do matrimônio em razão do *sacramentum*, do sinal sagrado a que ele se refere, um compromisso para a vida assumido entre os nubentes, reportando-se à acepção de *sacramentum* enquanto um juramento de fidelidade e, portanto, um imperativo ético. Dentre todas as doutrinas da Patrística sobre o matrimônio, destaca-se a de Santo Agostinho, segundo a qual o casamento não é considerado mero acordo interfamiliar, mas um *sacramentum* entre duas pessoas com vistas à realização da caridade e o amor na sociedade.

A expressão “se casar diante do Senhor”, contida em na Primeira Carta do Apóstolo São Paulo aos Coríntios, foi interpretada como o modo viver o matrimônio de acordo com os princípios cristãos. Nesse sentido, os Padres da Igreja não recusaram a autoridade secular em matéria matrimonial<sup>87</sup>.

No início da Igreja, nos tempos apostólicos, os fiéis se submetiam às disposições civis matrimoniais, notadamente no que concerne à formalidade da celebração do pacto e suas leis básicas. O Papa Leão Magno, por exemplo, na Epístola 167 *Ad Rusticum*, reconheceu o poder do Estado em proibir que as pessoas já casadas contraíssem novo matrimônio<sup>88</sup>.

No entanto, em razão da forma como que as autoridades da época tomavam o conteúdo do matrimônio, a Igreja ficou em alerta quanto a temática matrimonial. Há, nesta fase inicial, segundo esclarece Caparelli, uma aceitação, por parte da Santa Igreja, da legislação civil, desde que não entre em conflito com os postulados cristãos<sup>89</sup>.

As práticas de celebração das núpcias segundo os costumes tribais eram reconhecidas como gênese de um matrimônio válido, mas deviam ser tomados cuidados contra perniciosos contágios de práticas pagãs que não expressavam a *mens* cristã. Nesse sentido, Santo Inácio de Antioquia chamava a atenção dos cristãos, na Epístola a Policarpo, para que celebrassem o matrimônio perante o bispo,

---

<sup>87</sup> BAUDOT, Denis. **L'inséparabilité entre le contrat et le sacrement de mariage**: La discussion après le Concile Vatican II. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1987, p 41.

<sup>88</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 217.

<sup>89</sup> CAPARELLI, Julio César. **Manual sobre o matrimônio no Direito Canônico**. São Paulo: Paulinas, 1999, p. 29.

não a fim de submeter as núpcias a uma intervenção jurisdicional, mas com o escopo de evitar que estas fossem concluídas “segundo a paixão e não conforme o Senhor”<sup>90</sup>.

Outro tema preocupante alusivo às uniões conjugais nos primeiros tempos da igreja cristã foi o do estado dos convertidos ao Cristianismo e que já eram anteriormente casados com um gentio. A problemática dos modernamente intitulados “casamentos mistos” – isto é, entre batizado e não-batizado (pagão) – provocou em São Paulo uma reação refratária a ponto de ele, em sua Segunda Carta aos Coríntios, reputar que uniões dessa natureza são comparáveis à união entre a justiça e a iniquidade, entre Cristo e Belial (2Cor 6,14-16).

O Apóstolo dos Gentios, reconhecendo o caráter luminar do Cristianismo em meio aos demais povos – uma religião que provocou reboição no mundo (At 17, 6) – salientou as idiosincrasias da identidade pagã da outra pessoa enquanto elemento impeditivo da constituição do vínculo matrimonial, a qual expressaria não apenas uma realidade meramente social e jurídica, mas também espiritual, verdadeira comunidade de fé<sup>91</sup>. Com base neste raciocínio não apenas restou assentada a proibição de casamento entre cristãos e pessoas de cultos diferentes (*cultus disparitas*), como autorizada a dissolução do vínculo conjugal anteriormente entre pagãos, se um deles se convertesse e pretendesse se casar com uma pessoa cristã, o chamado “privilégio em favor da fé”<sup>92</sup>.

Embora a Igreja tenha inovado com a concepção de matrimônio-sacramento, vários aspectos jusromanistas essenciais ao matrimônio, como a sua base consensual e as condições matrimoniais, foram recebidos pelo direito canônico. O aforismo *nuptias non concubitus sed consensus facit* foi adotado pela Igreja com larga aplicação. Em 866, o Papa Nicolau I, em resposta à delegação do príncipe Bogoris da Bulgária, reconheceu a validade da união celebrada por simples

---

<sup>90</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 198.

<sup>91</sup> É considerado a característica do matrimônio enquanto comunidade de fé passível de constituída apenas entre batizados que Paulo salienta que a indissolubilidade seria aplicável apenas ao matrimônio cristão. Paulo autoriza a separação (em sentido de dissolução do vínculo) em casos nos quais em que o parceiro não crente deseja separar-se da parte batizada. Nesses casos, para Paulo, sequer haveria vínculo matrimonial (“não estão ligados”, 1Cor 7,12-16), levando à conclusão de que o batizado poderia novamente casar-se.

<sup>92</sup> Na 1ª Carta de São Paulo aos Coríntios (7,12-16), é cogitada a união matrimonial de dois pagãos, dos quais um se converte à fé cristã e recebe o batismo. Para São Paulo, se o companheiro pagão não aceitar continuar a viver pacificamente no lar, o fiel batizado tem o direito de considerar dissolvido o seu matrimônio. O privilégio paulino é também chamado privilégio em favor da fé. No CIC-83 esta hipótese de dissolução está prevista no cânon 1.143, considerando-se dissolvida a primeira união quando celebradas as novas núpcias.

consentimento mútuo mesmo sem as cerimônias familiares, (*Responsum ad Burgos* – DH 643)<sup>93</sup>.

É possível notar, ainda, tendências em sentido oposto, como a adotada pelo Sínodo de Verneuil, no século VII, que exigiu que as pessoas se casassem publicamente a fim de que fossem denunciados os impedimentos, embora a forma jurídica naquela época seja a definida pela autoridade secular, assumindo a Igreja um papel supletivo até o século XI<sup>94</sup>.

Carente unidade jurídica que garantisse a aplicação do direito romano em todo o império, a invasão dos povos germânicos nos territórios imperiais possibilitou o influxo de costumes dos diversos povos, inclusive sobre as questões relativas ao casamento. As concepções romana e germânica a respeito do matrimônio coexistiram por algum tempo lado a lado em razão do princípio da personalidade dos direitos<sup>95</sup> e, plasmadas do conteúdo moral do direito canônico, constituem-se nas bases do moderno direito matrimonial<sup>96</sup>.

O antigo direito dos povos germânicos não acolhia a ideia de matrimônio (*Ehe*<sup>97</sup>) como prioritariamente centrado no consenso entre os nubentes, mas como um acerto entre tribos (*Sippen*) ou grandes famílias.

Pelo acordo interfamiliar, o esposo adquiria do pai ou do tutor da noiva o múnido (*mundium*): poder pessoal que lhe conferia o direito e dever de protegê-la e

---

<sup>93</sup> "Segundo as leis seja suficiente o consentimento daqueles de cuja união se trata; se faltar às núpcias só esse consentimento, todo o resto, mesmo realizado o coito, será inútil, como atesta o grande doutor João Crisóstomo, que diz: 'O que faz o matrimônio não é o coito, mas a vontade' (DENZINGER; Heinrich; HÜNERMANN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40a edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: Paulinas; Loyola, 2007, p. 648).

<sup>94</sup> Cf. BAUDOT, Denis. **L'inséparabilité entre le contrat et le sacrement de mariage**: La discussion après le Concile Vatican II. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1987. p 41.

<sup>95</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 564.

<sup>96</sup> Cf. HATTENHAUER, Hans. **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Ariel Derecho, 1987, p. 133 e GAUDEMET, Jean. **Il matrimonio in occidente**. Torino: SEI, 1989, p. 13

<sup>97</sup> "Éste es el contexto en el que debe entenderse la palabra Ehe (matrimonio). Según los filólogos data del año 1000 y tenía dos significados superpuestos. Ehe (en medio-alto alemán: ê, ewa) significaba por una parte el Recht (derecho) en sentido teológico, un derecho con validez inmemorial, ewig (eterno, imperecedero). [...]. Con ello no se quería significar concretamente el carácter permanente de tal relación. Abstracción hecha de que los germanos conocían el divorcio, el matrimonio tenía siempre como límite la muerte y nunca era considerado eterno. Más decisivo debió ser que la ê como 'matrimonio' constituía una comunidad de vida que [...] disfrutaba de total reconocimiento social y jurídico" (HATTENHAUER, Hans. **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Ariel Derecho, 1987, p. 132).

representá-la<sup>98</sup>. Dois atos distintos particularizavam o matrimônio germânico: os sponsais (noivado, *desposatio*, *Verlobung*) e o matrimônio propriamente dito.

Os sponsais germânicos constituíam-se em espécie de aquisição ou permuta entre o esposo e a tribo da esposa. O esposo recebia da família da noiva soma em dinheiro ou outros bens como garantia (*wadia*), obrigando-se a tomá-la por esposa e a transferir-lhe parte de suas posses por meio do pagamento do dote (*wittum*)<sup>99</sup>. Para Schillebeeckx, não parece claro que o mútuo consentimento seria suficiente, ainda que não houvesse a doação do anel de casamento – que na tradição germânica funcionava como o sinal do contrato de matrimônio – e dos presentes de casamento<sup>100</sup>.

Para Gilissen, os povos germânicos também conheceram o casamento por rapto (*Raubehē*). Por ele, "o homem rapta a mulher a um outro grupo familiar, em homenagem à regra da exogamia. No entanto, corre o risco de vingança deste grupo; para o evitar, transige com ele, resgatando a vingança."<sup>101</sup>

Com a crescente influência do Cristianismo nas tribos germânicas, a Igreja tentou fazer com que a teoria romana do consensualismo fosse acolhida, o que teria levado à valorização do consentimento da mulher para a constituição do vínculo familiar, condenando-se a subtração forçada desta para fins matrimoniais (*Frauenraub*)<sup>102</sup>.

No Oriente, entre os séculos VIII ao XI a legislação imperial bizantina (portanto, secular) se ocupou cada vez mais do direito matrimonial, prescrevendo a bênção nupcial e o dever de celebração pública do casamento e, a partir do século IX,

<sup>98</sup> Ahrens esclarece ainda que "*la tutela germánica, derivada del mundium, fué en principio, no tanto – como la manus y la potestas romanas – un poder de imperio, cuanto una obligación de protección y representación de tendencias morales: aí acontece en la tutela del marido respecto de su mujer, del padre sobre los hijos, o la de los parientes próximos varones y mayores de edad sobre los menores huérfanos y las mujeres desamparadas. Y, extendiéndose sobre todas las esferas en los primeros tiempos de la protección del pueblo, a la cual sustituyó más tarde la del rey nació de esta última la institución germánica de la tutela eminence o suprema (Obervormundschaft)*" (AHRENS, Enrique. **Historia del Derecho**. Trad. de Francisco Giner e Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1945, p.323.).

<sup>99</sup> KADZIOCH, Grzegorz. **Il ministro del sacramento del matrimonio nella tradizione e nel diritto canônico latino e orientale**. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1997, p. 34.

<sup>100</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 206.

<sup>101</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 566.

<sup>102</sup> SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do casamento em Portugal**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 21. Gilissen destaca que um edito de Clotário II teria ordenado o respeito ao consentimento da mulher, no entanto, não parece ao autor ter sido tal ordem seguida (cf. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 567).

o rito de coroação (*stephanoma*) dos noivos tornou-se elemento necessário à validade do casamento<sup>103</sup>.

Foram rechaçados, no entanto, certos elementos que iam de encontro à moral e à dogmática matrimonial cristãs, como a liberdade de repúdio e de divórcio (por mútuo consentimento). O repúdio foi restringido pelas leis dos imperadores cristãos, foram estabelecidas sanções pessoais, patrimoniais e penais contra o cônjuge que repudiasse o outro fora dos casos permitidos em lei, as chamadas *iustae causae*<sup>104</sup>. Apesar disso, a indissolubilidade absoluta não foi decretada pela lei civil, havendo posterior afrouxamento dessas regras e mesmo a liberdade para o divórcio por mútuo consentimento até Justiniano<sup>105</sup>.

Nas regiões dominadas pelos francos, à época dos merovíngios, o direito paterno e tribal era limitado pela intervenção do rei a quem incumbia casar uma moça com alguém por ele escolhido, em exercício de sua atividade legal. No período carolíngio, a Igreja procurou influenciar mais fortemente na forma jurídica e pública do casamento, distanciando-se do tratamento apresentado no período merovíngio, embora as práticas celebrativas e as regras sobre o regime matrimonial de bens ainda permanecessem vinculadas ao direito secular.

Constituiu-se, partir do século VIII, em torno da Corte de Carlos Magno a dualidade de jurisdições matrimoniais entre seculares e clérigos, aprofundada em favor da esfera eclesiástica, dado o reconhecido caráter sacramental do casamento. Assistiu-se, assim, à tentativa de ampliação do controle eclesiástico sobre o casamento dos fiéis. No século VIII, São Bonifácio de Morgúncia tornou obrigatório um exame “pré-matrimonial” pelo qual o sacerdote e os parentes mais próximos dos noivos deviam ser preventivamente informados a respeito das intenções dos futuros noivos contraírem matrimônio<sup>106</sup>.

Já no século IX, as falsas disposições canônicas intituladas Decretais de Pseudo-Isidoro, tratavam daquilo que seria a futura reforma do matrimônio religioso, estabelecendo a obrigatoriedade de uma formalidade celebrativa pública, assim como

---

<sup>103</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 273-276.

<sup>104</sup> “Assim, no ano 331, Constantino reconheceu três causas de divórcio resultantes de *crimina*: a mulher pode repudiar o marido se este for réu de homicídio, de violação de sepulcro ou de envenenamento; e o marido pode repudiar a mulher se cometeu adultério, praticou o envenenamento ou é alcoviteira” (JUSTO, António dos Santos. **Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 95).

<sup>105</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 670.

<sup>106</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 213-214.

a bênção sacerdotal. Apesar de a autenticidade dessas Decretais ser refutada no século XV, seu conteúdo foi aceito até lá, ingressando inclusive no *Decretum Gratiani*, tornando obrigatória a observância de seus cânones por longo tempo<sup>107</sup>.

### 2.3 O matrimônio canônico anterior ao Concílio de Trento

O impacto do Cristianismo nos sistemas seculares de direito ocidental é notado na distinção entre lei secular e lei religiosa. Esta divisão remonta à Reforma Gregoriana, que procurou diferenciar esferas espiritual e temporal. Com o desenvolvimento do direito canônico no século XI houve a necessidade de precisar e sistematizar as fronteiras jurisdicionais da Igreja, seja em razão das pessoas (*ratione personarum*), seja em razão da matéria (*ratione materiae*). A jurisdição eclesiástica em razão da matéria, independentemente das pessoas envolvidas, considerava a natureza espiritual dos casos decorrentes de questões quanto à administração dos sacramentos, testamentos, juramentos, benefícios e tributos eclesiásticos e pecados aos quais se aplicavam penas eclesiásticas<sup>108</sup>.

O matrimônio cristão é, sobretudo, fruto de um desenvolvimento dogmático e social realizado do século XI até o século XVI<sup>109</sup>. A praxe matrimonial deste período anterior ao Concílio de Trento é referta de entrecruzamentos entre o direito secular e as normas canônicas, sobretudo quanto às práticas de celebração do casamento e seus reflexos teológico-canônicos<sup>110</sup>.

A maior parte das instituições de direito privado de tradição romano-germânica derivam do direito romano. Dentre aquelas, o casamento se destaca como a que se radica mais profundamente no direito canônico do que no direito romano, em razão das profundas transformações sofridas pelo instituto no Medievo por obra dos canonistas.

---

<sup>107</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 215.

<sup>108</sup> BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 282.

<sup>109</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. A invenção do Direito Matrimonial. In: **Nós**: estudos sobre o Direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 175.

<sup>110</sup> Para uma compreensão a respeito das práticas matrimoniais anteriores ao Concílio de Trento, vide, em perspectiva interdisciplinar, os trabalhos coligidos em REYNOLDS, Philip L; WITTE JR., John. **To Have and to Hold**: marrying and its documentation in Western Christendom, 400-1600. New York: Cambridge University Press, 2007.

As fronteiras jurisdicionais entre o direito canônico e o direito civil em aspectos da vida privada só passaram a ser rigidamente diferenciadas a partir dos séculos XIX e XX nas nações “desenvolvidas”.

No medievo a Igreja reclamou autoridade sobre muitos aspectos da vida privada, aí incluindo-se o casamento, tanto em seu momento formativo como no de sua desconstituição. Além do casamento, pode-se frisar como âmbitos da vida privada sobre os quais exercida a jurisdição eclesiástica a legitimação de filhos, condutas sexuais, comportamentos comerciais, assistência aos pobres, atos de última vontade e sepultamento dos mortos<sup>111</sup>.

Com o aumento da influência da Igreja na sociedade ocidental, que culminou em seu monopólio normativo aproximadamente no século X, conseguiu-se conferir um tratamento da disciplina matrimonial à luz dos ensinamentos evangélicos. Foram estabelecidas singularidades estruturais como os impedimentos matrimoniais e certos aspectos de sua celebração, formulando o arcabouço material em que sustenta o matrimônio ocidental, seus caracteres essenciais e suas finalidades.

É nesse contexto e como resultado do desenvolvimento de vários fatores históricos, que se desenvolve o direito matrimonial canônico, assumindo a Igreja a partir de finais do século XI a jurisdição plena nos assuntos matrimoniais<sup>112</sup>. Em razão disso, se fez necessário estabelecer de modo claro e uniforme o direito matrimonial alicerçado em firme doutrina teológica. Esta, contudo, foi uma tarefa complexa, sobretudo em razão da incorporação da doutrina do consentimento em regiões nas quais prevalecia a forma matrimonial do *mundium*, a entrega da noiva, como no mundo germânico, franco, gótico e céltico<sup>113</sup>.

Já nas regiões das tribos ocidentais, a doutrina do *consensus* foi especulada por teólogos longobardos, germânicos e francos em paralelo às reflexões sobre a natureza sacramental do matrimônio. Nas práticas em terras francas e

---

<sup>111</sup> BRUNDAGE, James A. **Medieval Canon Law**. London: Routledge, 1995, p. 71.

<sup>112</sup> Nesse sentido, cf. SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 217-222. Além do direito de família, outros ramos do direito material desenvolveram-se no seio da normatividade eclesiástica, tais como o direito sucessório (pela jurisdição eclesiástica sobre os testamentos), o direito de propriedade (jurisdição sobre os benefícios), o direito contratual (pela jurisdição sobre os juramentos de fé), o direito penal e a responsabilidade civil (pela jurisdição sobre os pecados) cf. BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 282-283.

<sup>113</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 228.

germânicas vinculava-se a ideia de indissolubilidade à consumação do matrimônio pelo ato sexual, além de ser fortemente valorizado o vínculo decorrente do noivado<sup>114</sup>.

Diante disso tudo, pareceu relevante especular qual a causa eficiente do matrimônio-sacramento, se a cópula ou a mera troca de consentimentos.

Os precedes eram contraditórios. Santo Isidoro de Sevilha defendera que o matrimônio se aperfeiçoava pelo consentimento, havendo apoio dos papas neste sentido, como a carta de Nicolau I aos búlgaros. São Pedro Damiano e Hugo de São Victor nos séculos XI e XII também seguiam esta linha, seguindo a classificação escolástica de *causa efficiens*.

Hincmar de Reims, em outro extremo, foi o primeiro a defender em processos matrimoniais em terras francas, no século IX, a necessidade da união carnal para existência do matrimônio perfeito. Isto gerou a ideia de que o matrimônio, enquanto união conjugal, estaria no consenso, mas o sacramento na união física<sup>115</sup>.

Embora já houvesse, desde século XII, o desenvolvimento da celebração pública do matrimônio perante a Igreja (*in facie Ecclesiae*), esta nem sempre era observada, causando certa insegurança às partes e às autoridades eclesásticas quanto à certeza da constituição do vínculo sacramental, principalmente quando as pessoas já tivessem mantido relações sexuais.

Na realidade, inexistindo nítida separação entre o momento dos esposais e do matrimônio, havia a praxe de se celebrarem aqueles, sucedendo-se a imediata convivência sob o mesmo teto. Além disso, era comum serem celebrados casamentos após a longo período de coabitação.

Uma pessoa casada informalmente (na "clandestinidade") e que fosse abandonada pelo outro cônjuge, certamente pretenderia contrair novas. Não existindo provas da celebração do casamento, os juizes do tribunal do bispo deparavam-se com uma situação complexa. Sendo o vínculo sacramental indissolúvel e perpétuo, enquanto vivo o outro cônjuge, impossível contrair novas núpcias. No entanto, teriam, de fato, estas ocorrido, apesar da cópula conjugal?

Canonistas e teólogos, circundando as realidades contratual e sacramental do matrimônio, procuraram formular respostas a estas questões.

Tanto a Escola de Paris (dominada por teólogos) e como a de Bolonha (que congregava experientes canonistas) consideravam matrimônio um contrato cuja

---

<sup>114</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 229.

<sup>115</sup> Cf. SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 229.

causa eficiente seria o consenso das partes<sup>116</sup>. Entretanto, em relação à sua natureza, havia uma relevante divergência: os representantes de Paris sustentaram que o matrimônio seria *rato* tão só houvesse a troca de consentimentos; enquanto que os bolonheses enfatizavam o papel da cópula para o aperfeiçoamento do vínculo (teoria materialista, ou realista)<sup>117</sup>.

A questão envolvia, em suma, a disputa entre a prevalência da concepção romana *consensus facit nuptias* ou da influência franco-germânica, que legava à consumação a indissolubilidade do matrimônio (*coitus facit nuptias*).

A Escola de Bolonha distinguiu o matrimônio em *initiatum* para aludir aos esponsais, utilizando-se dos termos *ratum*, *consummatum* e *perfectum* para designar o casamento consumado posteriormente à celebração<sup>118</sup>. Portanto, para um matrimônio válido imperiosos seriam tanto o consentimento como a cópula.

Graciano sintetizou no século XII o pensamento dos canonistas de Bolonha partindo da diferenciação dos dois momentos do matrimônio: seu início e sua consumação.

Na Questão 2<sup>a</sup> da Causa XXVII do *Decretum*, tratando da hipótese da *sponsa duorum*<sup>119</sup>, após cotejar várias opiniões, Graciano expõe que o matrimônio se inicia com o consentimento tanto de presente (*matrimonium initiatum*) como de futuro (*sponsalia*), mas apenas se aperfeiçoa com a conjunção carnal (*coniunctio sexuum*). Apenas após esta seria o matrimônio considerado sacramento, tornando-se *ratum*, indissolúvel<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> RASI, Piero. Il diritto matrimoniale nei Glossatori. In: **Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse**. v. 1. Milano: Giuffrè, 1939, p. 143.

<sup>117</sup> À teoria realista usualmente aponta-se como precursor imediato o arcebispo Hincmar de Reims que, no século IX disse que matrimônio se inicia com o consentimento e se aperfeiçoa com a cópula. Nesse sentido, REYNOLDS, Philip. **How Marriage Became One of the Sacraments: the sacramental theology of marriage from its medieval origins to the Council of Trent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 222-230.

<sup>118</sup> GAUDEMET, Jean. **Il matrimonio in occidente**. Torino: SEI, 1989. p.130-132.

<sup>119</sup> "Sequitur secunda questio, qua queritur, na puellae alteri desponsatae possint renunciare priori conditioni, et tranferre sua uota ad alium?" (CORPUS IURIS CANONICI. Editio lipisiensis secunda post Aemilii Ludouici Richter curas. Lipsiae: Officina Bernhardi Tauchnitz, 1879. Pars Prior, p. 1062).

<sup>120</sup> "Sed sciendum est, quod coniugium desponsatione initiatur, conmixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est, sed initiatum; inter copulatos est coniugium ratum" (CORPUS IURIS CANONICI. Editio lipisiensis secunda post Aemilii Ludouici Richter curas. Lipsiae: Officina Bernhardi Tauchnitz, 1879. Pars Prior, p. 1073).

Assim, enquanto não houvesse a consumação, o casamento deveria considerar-se como imperfeito e dissolúvel por várias causas, não podendo as partes se considerar desposadas, assistindo à Igreja o poder de dissolver do vínculo<sup>121</sup>.

Posição diversa da doutrina realista de Graciano e da Escola de Bolonha foi defendida pelos teólogos consensualistas de Paris que, na esteira do direito romano, reputavam que o consentimento matrimonial seria suficiente à completa existência do matrimônio. Destacam-se entre estes: Ivo de Chartres, Hugo de São Victor, Pedro Damiano e, com maior destaque, Pedro Lombardo.

Como pano de fundo do debate estava a dificuldade em se definir a natureza do casamento entre Nossa Senhora e São José, no qual, segundo o dogma católico, não houve consumação<sup>122</sup>.

Pela concepção consensualista, o matrimônio seria composto de duas partes: os esponsais, que caracterizavam a promessa por *verba de futuro* e a confirmação do consentimento, por *verba de praesenti*.

O consentimento suficiente à formação do vínculo conjugal seria aquele manifestado por palavras “de presente” e não por aquelas “de futuro” (esponsais). Argumentou-se que os canonistas de Bolonha teriam confundido os dois momentos de manifestação da vontade, concedendo às palavras pronunciadas em cada um deles os mesmos efeitos jurídicos.

Como fundamento teológico, os consensualistas ponderavam que a união de Cristo com a Igreja (representada no sacramento do matrimônio) se operava tanto espiritual (*espiritualiter*) como corporalmente (*quase corporaliter*, no mistério da Encarnação), sendo, portanto, suficiente ao matrimônio a união espiritual (*per caritatem*), que se manifesta no consentimento matrimonial<sup>123</sup>.

Tanto o Decreto de Graciano como a doutrina consensualista de Pedro Lombardo foram aceitos como autoridade na Idade Média, implicando na adoção de uma ou outra teoria em distintas consequências práticas como a dissolução de

---

<sup>121</sup> CANTON, A. Bernardez. **Curso de Derecho Matrimonial Canonico**. 3.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1971, p. 35.

<sup>122</sup> Vide, a propósito, no Decreto de Graciano os cânones 42 ao 45 da Questão 2ª da Causa XVII (cf. CORPUS IURIS CANONICI. Editio lipisiensis secunda post Aemilii Ludouici Richteri curas. Lipsiae: Officina Bernhardi Tauchnitz, 1879. Pars Prior, p. 1075-1076).

<sup>123</sup> “Pedro Lombardo recupera a espiritualidade do casamento na análise que faz da sua essência: esta estará, não na união dos corpos, mas na unidade das almas. O amor espiritual dos cônjuges basta para fundar o simbolismo sacramental. Pelo que as relações sexuais não são necessárias para aperfeiçoar o casamento” CAMPOS, Diogo Leite de. A invenção do Direito Matrimonial. In: **Nós**: estudos sobre o Direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 274.

matrimônios não-consumados por tribunais eclesiásticos italianos, enquanto que os tribunais franceses os declaravam válidos e indissolúveis<sup>124</sup>.

A controvérsia foi dirimida pelo Magistério pontifício ainda na Idade Média. No século XII, o Papa Alexandre III, discípulo de Graciano, embora tivesse sustentado a doutrina realista quando canonista, após de ascender ao sólio pontifício, acatou a teoria francesa da suficiência do consentimento de presente.

Bastaria o consentimento manifestado, livre de coação ou temor, para que se aperfeiçoasse o matrimônio<sup>125</sup>. Alexandre III fez, ainda, concessões aos canonistas de Bolonha ao definir que os esposais poderiam dar ensejo ao vínculo matrimonial em havendo posterior consumação. Além disso, enfatizou que, embora perfeito o matrimônio por palavras de presente, a consumação comunicar-lhe-ia uma especial firmeza, podendo ser antes dissolvido pela Igreja, segundo causas por ela determinadas. Assim, até a consumação, não seria o matrimônio absolutamente indissolúvel<sup>126</sup>. Este último caso trata-se de espécie de “divórcio”, porquanto já considerado existente o vínculo matrimonial pela troca de consentimentos, embora ainda não consumada a união conjugal.

Esta doutrina teve uma especial utilidade para resolver os casos em que pessoas casadas por palavras de presente, mas que ainda não tinham consumado a união, pretendiam prestar votos solenes na vida monástica. Pela solução de

<sup>124</sup> Cf. SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 232.

<sup>125</sup> “*Quum locum non habeat consensus, ubi metus vel coactio intercedit, necesse est, ut, ubi assensus cuiusquam requiritur, coactionis materia repellatur. Matrimonium aulem solo consensu contrahitur, et, ubi de ipso quaeritur, plena debet securitate ille, gaudere, cuius est animus indagandus, ne per timorem dicat sibi placere quod odit, et sequatur exitus, qui de invitis solet nuptiis provenire*”, Epístola *Quum locum*, Decretais X, 4, 1, 14 (cf. CORPUS IURIS CANONICI. Editio lipisiensis secunda post Aemilii Ludouici Richteri curas. Graz: Akademische Druck u. Verlagsanstalt, 1959. Pars Secunda, p. 666).

<sup>126</sup> Sobre a dissolução do matrimônio rato e não consumado, veja-se a Carta *Verum post* dirigida por Alexandre III ao Arcebispo de Salerno: “Se [entre um homem e uma mulher] se dá um legítimo consentimento em mútua presença..., de modo que um recebe expressamente o outro com seu recíproco consentimento, com as palavras habituais, ... com ou sem fórmula de juramento, não é lícito à mulher casar-se com outro. E caso se tenha casado, mesmo que se tenha seguido a união carnal, deve ela separar-se dele e pelo rigor eclesiástico ser obrigada a voltar para o primeiro <marido>, ainda que outros pensem diversamente e alguma vez também tenha sido julgado de outro modo por alguns de nossos predecessores” (DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: *Paulinas*; Loyola, 2007, p. 263). Para referência ao texto latino nas Decretais (X, 3, 32, 2), vide: CORPUS IURIS CANONICI. Editio lipisiensis secunda post Aemilii Ludouici Richteri curas. Graz: Akademische Druck u. Verlagsanstalt, 1959. Pars Secunda, p. 580.

Alexandre III, o cônjuge que não ingressara vida monástica, permanecendo na vida secular, ficava livre para casar-se com outrem<sup>127</sup>.

Alexandre III também estabeleceu a doutrina da separação dos casados após a consumação. Em casos de adultério, até que houvesse a comprovação da infidelidade, os esposos deveriam permanecer juntos. No entanto, uma vez comprovada a infidelidade pelo outro cônjuge, não havendo colaboração da parte inocente e tampouco o seu perdão, esta poderia pretender não mais viver com o adúltero. Tratava-se de medida excepcional conferida em relação a casamentos perfeitamente constituídos, de modo que, embora aos esposos fosse possibilitado viver separados, não lhes era dado contrair novas núpcias<sup>128</sup>.

Para além do adultério, também foi permitida a separação quando um dos cônjuges se envolvesse em crimes atentatórios à fé. Graves doenças físicas, como a lepra, não dariam ensejo à separação, visto que o cônjuge saudável tinha o dever de assistir seu companheiro débil<sup>129</sup>.

A partir das contribuições de Alexandre III a separação (*divortium*) dos cônjuges foi cindida em três partes: leito (*thorum*), mesa (*mensam*) e coabitação (*cohabitationem*)<sup>130</sup>.

A doutrina separação dos esposos de Alexandre III, assentada nas decretais de Inocêncio III, foi inserida no livro 4º das Decretais de Gregório IX, entre as disposições sobre o casamento. A doutrina da indissolubilidade é ali afirmada, mas é dedicada uma sessão inteira a respeito da separação dos esposos (Livro 4, Título 19, *De divortiis*)<sup>131</sup>, repedindo textos de Alexandre III, Urbano III e Inocêncio III. As

<sup>127</sup> Nesse sentido, vide a Carta *Ex publico instrumento* de Alexandre III ao bispo de Bréscia: “Dado que a supradita mulher, e bem que casada com o supradito homem, até agora, segundo afirma, não teve relações com ele, solicitamos a Tua Fraternidade, por ordem expressa em escrito apostólico, para que, se o supradito homem não teve relação carnal com esta mulher e a mulher, como de tua parte nos foi apresentado, quizer passar à vida religiosa, tu – recebida dela suficiente garantia de que dentro de dois meses passe à vida religiosa ou volte para seu marido –, cessando oposição e apelação, a deves absolver da sentença [*de excomunhão*] pela qual está ligada, de modo que, se passar à vida religiosa, cada um dos dois restitua ao outro que se sabe ter dele recebido, e o marido, logo que ela assuma o hábito religioso, tenha a faculdade de contrair outras núpcias” (DENZINGER; HÜNERMANN, op.cit., p. 262). Para referência ao texto latino nas Decretais (X, 3, 32, 2), vide CORPUS IURIS CANONICI, 1959, p. 580.

<sup>128</sup> KAMAS, Juraj. **The Separation of the Spouses with the Bond Remaining**: Historical and Canonical Study with Pastoral Applications. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1997, p. 104.

<sup>129</sup> KAMAS, Juraj. **The Separation of the Spouses with the Bond Remaining**: Historical and Canonical Study with Pastoral Applications. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1997, p. 104.

<sup>130</sup> KAMAS, Juraj. **The Separation of the Spouses with the Bond Remaining**: Historical and Canonical Study with Pastoral Applications. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1997, p. 106.

<sup>131</sup> CORPUS IURIS CANONICI. Editio lipisensis secunda post Aemilii Ludouici Richter curas. Graz: Akademische Druck u. Verlagsanstalt, 1959. Pars Secunda, p. 720-726.

causas de separação definidas nas Decretais são: adultério, grave perigo à alma (como heresia, apostasia) e grave perigo à integridade física.

A doutrina do consentimento foi ainda reafirmada no Concílio de Florença (1439), convocado para restabelecer as relações entre a Igreja Católica e a Bizantina. No Decreto para os Armênios, foi ratificado que a causa eficiente do matrimônio é, segundo a regra, o mútuo consentimento expressado por palavras de presente (DH 1327)<sup>132</sup>.

Uma outra doutrina, com importante reflexo para o direito matrimonial ocidental e que será revista pelos reformadores protestantes, é a da identidade entre o mútuo consentimento e o sacramento. Por ela, o efeito sacramental não resulta de atos do ministro sacro, como a bênção nupcial, mas do consentimento dos cônjuges, que aperfeiçoa a união.

Os glosadores e os comentadores, considerando a índole pactual do consenso no matrimônio, enquadraram-no como contrato sem natureza patrimonial (*contractus personarum*), distinguindo-o, todavia, dos contratos com fundo patrimonial (*contractus rerum*)<sup>133</sup>.

Nos séculos XII e XIII, a escolástica desenvolveu o conceito de *sacramentum* identificando nele um sentido ontológico de participação na união de Cristo com a sua Igreja, a partir das implicações da doutrina matrimonial agostiniana que salientava a dimensão sacral do matrimônio e de sua consequente inviolabilidade<sup>134</sup>.

Sendo o matrimônio uma realidade social visível, acessível até mesmo aos infiéis, foi necessário justificar a sua sacramentalidade como especial derivação do acordo entre os cônjuges cristãos e, por conseguinte a sua superioridade em relação às uniões dos infiéis.

Para Santo Alberto Magno, o casamento é *officium naturae* e sacramento da Igreja. Seguindo Modestino, o matrimônio participa no direito divino e humano, ao conferir a graça e ao refletir uma união natural. As leis civis regeriam o matrimônio

---

<sup>132</sup> Cf DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: *Paulinas*; Loyola, 2007, p. 366.

<sup>133</sup> Anota Jean Gaudemet que o matrimônio esta doutrina foi aprofundada pelos sumistas, por exemplo, na *Summa Codicis Trecensis*, de 1135, como sociedade, e como *contractus personarum*, na *Summa Rogerii*, de 1160, e também na *Summa Azonis*. Cino de Pistoia, Baldo e Bártolo de Sassoferrato podem ser indicados como os comentadores que difundiram o conceito contratual do matrimônio (Cf. GAUDEMET, Jean. **II matrimonio in occidente**. Torino: SEI, 1989, p. 144).

<sup>134</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 227.

apenas como um ofício (*officium tantum*), ao passo que a lei divina dele cuidaria como sacramento (*sacramentum tantum*). As leis canônicas, contudo, tratam do casamento nas duas dimensões<sup>135</sup>.

Santo Tomás de Aquino segue o mestre Alberto Magno. Na Suma Contra os Gentios, o Aquinate nivela o casamento em três domínios de ordenação: *natural*, enquanto tem por fim a perpetuidade da espécie; *civil*, na medida em que atende o a um bem político, como a conservação de um povo; e também *eclesiástica*, por atender ao bem da Igreja, congregando fiéis que serão ministros e sujeitos da vida sacramental<sup>136</sup>. A essência do matrimônio é a união conjugal, sua causa são os desponsórios, e os filhos seus efeitos (Summa, Supl. q. 44, a. 2)<sup>137</sup>. A troca de consentimentos, que tem por objeto a união conjugal, deve se manifestar de maneira unívoca, não necessariamente por palavras como nos contratos civis, mas até mesmo por sinais<sup>138</sup>.

Sendo o matrimônio sacramento, necessário se ter em conta se, de alguma maneira poder-se-ia cogitar hipótese em que ele existisse como uma realidade natural (contratual) sem se constituir sacramento. Em outras palavras, se seria possível distinguir, no plano da realidade, contrato e sacramento.

Duns Scoto, que propunha explicitamente que os contraentes são os ministros do sacramento do matrimônio, considerou que, embora contratos se

<sup>135</sup> Cf. REYNOLDS, Philip. **How Marriage Became One of the Sacraments**: the sacramental theology of marriage from its medieval origins to the Council of Trent. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 683.

<sup>136</sup> “É de se considerar que, quando uma coisa se ordena para fins diversos, necessita de dirigentes diversos para os mesmos, porque o fim é proporcionado ao agente. Ora, a geração humana tem muitas finalidades: a perpetuidade da espécie, a conservação de algum bem social, como é a conservação de um povo de uma cidade. É também sua finalidade a perpetuidade da Igreja, que consiste na congregação dos fiéis. Por isso, a geração deve ser dirigida por agentes diversos. Enquanto tem por finalidade o bem natural, que consiste na perpetuidade da espécie, a própria natureza a dirige para o fim a que está destinada. E, assim, chama-se ofício natural. Enquanto tem por finalidade o bem político, fica submetida à lei civil. Enquanto tem por finalidade o bem da Igreja, está sujeita ao governo eclesiástico”. No texto latino assim expressa o Aquinate: “*Considerandum est autem quod, quando aliquid ad diversos fines ordinatur, indiget habere diversa dirigentia in finem: quia finis est proportionatus agenti. Generatio autem humana ordinatur ad multa: scilicet ad perpetuitatem speciei; et ad perpetuitatem alicuius boni politici, puta et perpetuitatem populi in aliqua civitate; ordinatur etiam ad perpetuitatem Ecclesiae, quae in fidelium collectione consistit. Unde oportet quod huiusmodi generatio a diversis dirigatur. In quantum igitur ordinatur ad bonum naturae, quod est perpetuitas speciei, dirigatur in finem a natura inclinante in hunc finem: et sic dicitur esse naturae officium. In quantum vero ordinatur ad bonum politicum, subiacet ordinationi civilis legis.*” Cf. TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Contra os Gentios**. v. II. (Trad. de D. Odilão Moura). Porto Alegre: 1966, p. 873-874.

<sup>137</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. v. 5 (Suplemento). trad. de Alexandre Correia. São Paulo: Ecclesiae, 2016, p. 207.

<sup>138</sup> TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. v. 5 (Suplemento). trad. de Alexandre Correia. São Paulo: Ecclesiae, 2016, p. 210.

constituíssem como expressão do consentimento, nem todos exigiam formas específicas de palavras, como exige um sacramento. Para Scoto, para o sacramento do matrimônio, seria necessária a pronúncia das palavras prescritas (*certa verba*), de modo que não poderia haver sacramento entre pessoas que não pudessem exprimir tais palavras como, os mudos. Em tais casos, embora houvesse contrato fundado na lei natural, não haveria sacramento<sup>139</sup>.

Para Tomás Cajetano, seguindo a linha de Scoto, além dos casos citados este, também acrescentava o casamento por procuração como hipótese não sacramental, ainda que celebrado entre batizados<sup>140</sup>.

Outra corrente era favorável à separação entre contrato e sacramento. Para Melchior Cano, mesmo entre batizados poderia haver contrato de casamento válido que não fosse sacramento, como, por exemplo, em carecendo a bênção do sacerdote, entendida pelo teólogo como forma sacramental.

Prevaleceu, no entanto, a doutrina que sustentava a inseparabilidade entre contrato e sacramento sendo as partes batizadas<sup>141</sup>. Até o Concílio de Trento, o matrimônio foi reputado um contrato informal, não se exigindo maiores solenidades para a sua validade.

Embora o direito matrimonial canônico pré-tridentino exigisse a prova do consentimento para fins de configuração das uniões conjugais como canonicamente existentes, a prática da celebração de matrimônios clandestinos persistiu, mesmo com vedações da lei canônica, cuja ineficácia se justifica por serem então considerados como válidos tais casamentos, embora ilícitos.

## 2.4 O aperfeiçoamento da disciplina jurídica do matrimônio no Concílio de Trento

---

<sup>139</sup> REYNOLDS, Philip. **How Marriage Became One of the Sacraments**: the sacramental theology of marriage from its medieval origins to the Council of Trent. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 720-721.

<sup>140</sup> Cf. REYNOLDS, op. cit., p. 722 e BAUDOT, Denis. **L'inséparabilité entre le contrat et le sacrement de mariage**: La discussion après le Concile Vatican II. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1987, p. 46.

<sup>141</sup> Justo Collantes destaca que “mesmo sem ter dado definição formal sobre o assunto, normalmente ensina o Magistério a identificação essencial a inseparabilidade do Matrimônio (como sacramento) do contrato natural” (cf. COLLANTES, Justo. **A fé católica**: documentos do Magistério da Igreja das origens aos nossos dias. trad. de Paulo Rodrigues. Rio de Janeiro: Lumen Christi; Anápolis: Diocese de Anápolis, 2003, p. 1139). Este tema será fundamental quando da introdução do casamento civil em diversos países, sobretudo a partir do século XVIII.

### 2.4.1 A secularização do casamento no discurso protestante

A partir da Reforma Protestante, com a perda da monolítica unidade religiosa apresentada na sociedade ocidental que ela implicou, surgirá uma leitura teológica diferente daquela até então feita pela Igreja Católica a respeito da autoridade secular: os cargos seculares foram elevados à ordem divina<sup>142</sup>. Para Lutero, a determinação bíblica de submissão às leis divinas prolonga-se às leis positivas humanas<sup>143</sup>. Por sua doutrina dos dois reinos, Deus governa tanto o céu como o mundo criado: o céu, seu reino espiritual, é dirigido pela mão divina de Deus; a mundo criado, a terra, o reino temporal, pela mão esquerda. Os cristãos participam do reino celeste pela justificação em Deus; no mundo temporal, participam ativa e passivamente do poder secular, que faz uso da espada para conter os males cometidos pelos não-cristãos. Assim, a Igreja não poderia imiscuir-se em questões seculares e tampouco os príncipes nas questões eclesiásticas. Os súditos, porém, deveriam em todas as matérias temporais obedecer ao soberano.

As concepções reformadoras de Lutero e os seus reflexos no campo do direito vieram ao encontro dos interesses dos príncipes. Recorde-se, por exemplo, o episódio em que os camponeses se rebelaram, em nome do Evangelho, contra as autoridades constituídas, supondo-lhes apoio de Martinho Lutero, já que este reconhecia como injustas as medidas contra as quais os protestos se dirigiam. Após tentar obter a conciliação entre as partes, sem sucesso, Lutero dirige às autoridades

---

<sup>142</sup> A menção aqui feita a “monolítica unidade religiosa” não pretende exprimir a existência de uma única experiência religiosa na sociedade europeia ocidental até então, mas que dentro o contexto social dominante na Idade Média havia uma cosmovisão fundada em convicções religiosas de raiz cristã com reflexos em vários processos sociais de adaptação como a política e as artes. A essa cosmovisão – ou à realidade tentativamente concretizada a partir dela, porquanto não se concretizou perfeitamente de acordo com o ideal erigido – pode-se denominar “Cristandade” ou “*respublica christiana*”, que será progressivamente solapada pelos ventos da modernidade trazidos pelo Renascimento, Reforma e Revolução Francesa. Sobre o conceito de Cristandade, vide SÁENZ, Alfredo. **La Cristiandad**: Uma realidad histórica. Pamplona: Fundación Gratis Date, [s.d.].

<sup>143</sup> VILLEY, 1975, p. 407. Assim Lutero exprime quanto à autoridade secular: “O próprio Cristo fez essa distinção claramente e o resumiu brevemente quando diz em Mt 22.21: ‘Dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus’. Se o poder imperial se estender ao reino e poder de Deus e não fosse algo à parte, não os teria distinguido dessa maneira. Pois como já disse, a alma não está sob o poder do imperador. Ele não a pode instruir nem conduzir, nem matar, nem ressuscitar, nem ligar, nem desligar, nem julgar, nem condenar, nem manter, nem deixar. Tudo isso deveria poder fazer, se tivesse autoridade sobre ela, para dar-lhe ordens e impor-lhes leis. Sobre corpo, bens e honra, porém, ele tem o poder de o fazer, pois isso é da sua competência” (LUTERO, Martinho. Da autoridade secular, até que pondo se lhe deve obediência. In: \_\_\_\_\_. **Obras Seleccionadas**. v.6. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1996, p. 101).

um adendo para que executem medidas consentâneas à função em que foram legitimamente instituídos, por poder divino e terreno. O trecho seguinte expressa com clareza a ideia central de Lutero quanto ao dever de ação do príncipe:

Pois, onde poderia castigar e não o faz, ainda que por morte e derramamento de sangue, torna-se culpado de todo assassinato e maldade que esses vilões cometem. Estaria agindo como alguém que, deliberadamente, faculta a esses bandidos porem em prática suas más intenções, ao relaxar seu mandato divino, que bem poderia e deveria ter cumprido, mas não o fez. Por isso, não há por que hesitar aqui. Não cabem também paciência e misericórdia. Aqui é hora de espada e de ira, e não hora da misericórdia.<sup>144</sup>

Michel Villey impõe ressalvas à doutrina jurídica de Martinho Lutero, identificando nele um interesse acessório e até depreciativo quanto ao direito, o que seria partilhado pela filosofia jurídica moderna: “chego até a pensar que a base da filosofia jurídica moderna é o desprezo pelo direito”<sup>145</sup>. Lutero rejeita as contribuições jurídicas medievais a ponto de determinar em 1520 a queima de um volume das *Decretais*. Para Villey, a visão de obediência de Lutero é resultado da apressada transposição de sua experiência monástica à ordem temporal, levando-o “a uma forma de positivismo singularmente duro e simplista, que exalta sem nenhuma ponderação as leis positivas, mas que faria uma longa fortuna na Alemanha luterana”<sup>146</sup>. Por esta visão, o soberano é alçado a fonte de legitimidade da lei, reduzindo-se o direito a uma técnica de repressão a serviço deste<sup>147</sup>.

Com a Reforma Protestante a concepção católica de matrimônio sofre severo ataque, iniciando o seu processo de secularização no campo da justificação teológica. Embora concebesse o casamento como a imagem da união entre Cristo e a Igreja, Martinho Lutero considerava ser ele uma invenção humana e não uma

---

<sup>144</sup> LUTERO, Martinho. Contra as hordas salteadoras e assassinas. In: \_\_\_\_\_. **Obras Selecionadas**. v.6. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1996, p. 334-335.

<sup>145</sup> VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. 4. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975, p. 285.

<sup>146</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 331. No texto em francês: “*Partat de considérations exclusivement religieuses, voici qu’elles l’ont acheminé à une forme de positivisme singulièrement dur et simpliste, exaltant sans aucune mesure les lois positives, mais qui devait em effet connaître une longue fortune dans l’Allemagne luthérienne*” (VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. 4. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975, p. 305).

<sup>147</sup> FANTAPPIÈ, Carlo. **Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa**. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 167.

instituição divina, tratando-se de equívoco considera-lo um dos sacramentos<sup>148</sup>. Lutero procurou enfatizar mais o casamento como instituição (*ehestand*) que o casamento enquanto ato (*hochzeit*), na senda do que fizeram Peter John Olivi e Erasmo de Roterdã, abandonando a noção híbrida de casamento-sacramento, considerando-o mero “negócio mundano” (*weltlich geshefft*) funcionalizado à promoção do bem-estar temporal<sup>149</sup>.

Segundo Lutero, a Bíblia referiria a sacramento não como sinal de uma coisa sagrada, mas como algo oculto enquanto mistério. Permanecendo o mesmo em todos os tempos e lugares, desde o início da criação do mundo, o casamento não pode ser considerado como sacramento da Nova Lei. Com isso, Lutero enceta um grande passo rumo à formulação da teoria do casamento civil<sup>150</sup>: realiza uma interpretação temporal do matrimônio fundada em sua teoria dos dois reinos<sup>151</sup>, extraindo daí importantes conclusões práticas, como a aceitação do divórcio, fundado em incapacidade para a cópula sexual, adultério, abandono dos deveres matrimoniais

---

<sup>148</sup> Para maiores detalhamentos a respeito da formulação teológica luterana a respeito do casamento, vide REYNOLDS, Philip. **How Marriage Became One of the Sacraments: the sacramental theology of marriage from its medieval origins to the Council of Trent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 744-748.

<sup>149</sup> REYNOLDS, Philip. **How Marriage Became One of the Sacraments: the sacramental theology of marriage from its medieval origins to the Council of Trent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 749.

<sup>150</sup> Nesse sentido, HATTENHAUER, Hans. **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Ariel Derecho, 1987, p. 135; MARTINEZ-TORRON, Javier. **Derecho Angloamericano y Derecho Canonico: las raices canônicas de la “common law”**. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 108-109 e COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**. v. 1 (Introdução Direito Matrimonial). 5.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 202.

<sup>151</sup> Nesse sentido, “*Luther’s treatment of the theme was inconsistent and not well developed, and the theme was soon overshadowed in the Lutheran tradition by the schema of three orders (also known, albeit less accurately, as the three estates): the economic (i.e., familial) order, the political order, and the ecclesial order (oeconomia, politia, ecclesia). Nevertheless, his treatment of marriage is unintelligible without reference to the two kingdoms. Luther preferred to regard the church as a spiritual authority entrusted with care of eternal well-being and tasked with preaching and with announcing the promise of grace. He did not deny that the visible church was a human corporation with temporal responsibilities and entanglements, but he was wary of anything that seemed to muddle or to mix the two realms*” (REYNOLDS, 2016, p. 750). Como exemplo desta aplicação da teoria dos dois reinos à doutrina matrimonial de Lutero, confira-se a seguinte afirmação sua: “Ora, (graças a Deus) o inundo inteiro sabe com quanto empenho e dedicação trabalhei e ainda trabalho para que os dois ofícios ou regimes, o secular e o espiritual, sejam distinguidos e separados um do outro, e que cada um fosse instruído e encaminhado a sua tarefa específica. Pois o papado misturou e confundiu as duas coisas a tal ponto que nenhum dos dois ficou com seu poder, nem com sua força, nem com seu direito, e que ninguém é capaz de separá-los novamente” (LUTERO, Martinho. Assuntos Matrimoniais (1530). In: \_\_\_\_\_. **Obras Selecionadas**. v.5. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1995, p. 241).

e grave incompatibilidade. Em caso de sevícia, não haveria ensejo ao divórcio, mas apenas à separação, sem concessão do direito a contrair novas núpcias<sup>152</sup>.

Crítico de quase todos os impedimentos matrimoniais estabelecidos pelo direito canônico, rejeitou o impedimento por disparidade de cultos<sup>153</sup>. E embora fosse um apologeta do estado matrimonial, emitindo muitos conselhos em seu favor e refutando os que a ele se opunham – como os defensores da superioridade do estado de celibato –, Lutero preferia não se imiscuir nas questões matrimoniais<sup>154</sup>, por entender que não caberia à autoridade religiosa interferir em assuntos terrenos, remetendo-as à autoridade dos magistrados seculares:

Eu luto, clamo e grito que se deixe essas coisas para a autoridade secular e que se faça como diz Cristo: "que os mortos sepultem" [Mt 8.22]. Que o façam bem ou mal, por amor de Deus. Pois nós deveremos ser servos de Cristo, isso é, lidar com o Evangelho e com as consciências, com o que teríamos trabalho de sobre contra o diabo, o mundo e a carne. Em todos os casos, ninguém pode negar que o matrimônio é um assunto exterior, secular, como roupas e alimento, casa e lar, sujeito à autoridade secular, como o demonstram tantas leis imperiais sobre o assunto. [...] E que adianta que nós cristãos façamos muitas leis e estabeleçamos muitos critérios, se o mundo não nos está sujeito e nós não temos poder sobre ele? Por isso simplesmente quero ficar fora dessa questão e peço que me deixem em paz com esse assunto? Se não tens superiores, tens oficiais [da justiça]. Se não julgam com justiça, que me importa? A responsabilidade é deles, pois foram eles que assumiram o cargo.<sup>155</sup>

A teologia antijurídica de Lutero, contudo, não será compartilhada por todos os reformadores. Melanchthon, reformador amigo de Lutero, reintroduziu pela

---

<sup>152</sup> LUTERO, Martinho. Da Vida Matrimonial (1530). In: \_\_\_\_\_. **Obras Selecionadas**. v.5. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1995, p. 170 et seq.

<sup>153</sup> “Queremos ver agora as pessoas aptas a se unirem em matrimônio, para que fique evidente que não tenho nenhum interesse em romper casamentos e na separação de homem e mulher. Pois no direito canônico, o papa inventou dezoito razões para impedir e romper o matrimônio. Rejeito e condeno a quase todas. Ele próprio também só as cumpre até que sejam derrubadas com ouro ou prata. Além disso, somente foram inventadas para servirem de rede de arrecadação de dinheiro e armadilha para as almas (2 Pe 2.14)” (LUTERO, Martinho. Da Vida Matrimonial (1530). In: \_\_\_\_\_. **Obras Selecionadas**. v.5. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1995).

<sup>154</sup> Lutero emitiu vários pareceres sobre direito matrimonial, permitindo, por exemplo, a uma mulher abandonar seu marido impotente e casar-se com outro (cf. REYNOLDS, Philip. **How Marriage Became One of the Sacraments: the sacramental theology of marriage from its medieval origins to the Council of Trent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 743). Segundo Martin Deher, Lutero “em 1527 reclama do fato de serem tantos os pareceres e conselhos que tem que emitir nesse assunto que preferiria deixa-lo completamente nas mãos dos magistrados” (DEHER, Martin. Introdução: Assuntos Matrimoniais – 1530. In: LUTERO, 1995, p. 239).

<sup>155</sup> LUTERO, Martinho. Assuntos Matrimoniais (1530). In: \_\_\_\_\_. **Obras Selecionadas**. v.5. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1995, p. 240.

Confissão de Augsburgo de 1530 o direito de Graciano como fonte subsidiária do direito eclesiástico<sup>156</sup>. Ele também sustentou posição favorável ao envio das causas matrimoniais aos tribunais eclesiásticos protestantes (consistórios), havendo, nesse particular, divergências entre vários principados e cidades. Tais diferenças foram mitigadas, segundo Berman, porque em algumas regiões pastores foram admitidos como membros de cortes seculares para causas matrimoniais e em outras deu-se o inverso: juristas e teólogos apreciavam juntos as matérias em cortes consistoriais<sup>157</sup>.

Quanto ao casamento de pessoas menores sem o consentimento de seus pais, Lutero acreditava que estas uniões seriam expressão do desatendimento ao Quarto Mandamento do Decálogo: não apenas deveriam ser proibidas como também ser tidas como inválidas<sup>158</sup>. Nisto residia a clandestinidade do casamento: por serem os pais mediadores do controle da comunidade sobre a criança, o casamento de menores sem o consentimento paternal seria defeituoso<sup>159</sup>. Esta doutrina, que se afasta da teoria consensualista resultante do *Liber Extra* de Gregório IX, também agradou as autoridades seculares que há muito se esforçavam por combater os casamentos sem a aprovação dos pais como parte da doutrina francesa de inspiração galicana.

Como consequência da incorporação da doutrina reformada em algumas regiões da Europa, a igreja nacional protestante, submetida ao monarca por ser considerada instituição estatal de vital assistência, foi incumbida da propagação da moral cristã sob controle e com apoio do legislador. Com isso, nos séculos XVI e XVII, dentre as ordenanças policiais e municipais que visavam ao controle dos bons costumes, figuravam aquelas sobre o casamento<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> FANTAPPIÈ, Carlo. **Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa**. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 167-168.

<sup>157</sup> BERMAN, Harold J.. **Law and revolution, II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 185.

<sup>158</sup> “Quando, porém, as coisas são feitas humanamente e pelo rigor da lei, o pai pode casar o filho com quem quiser e o filho tem o dever de obedecer-lhe. O pai tem autoridade de anular o noivado que o filho realizou, e o filho não tem o direito de noivar às ocultas” in: LUTERO, Martinho. Os pais não devem forçar os filhos ao matrimônio nem impedi-los, e os filhos não devem contratar casamento sem o consentimento dos pais (1524). In: \_\_\_\_\_. **Obras Selecionadas**. v.5. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1995, p. 236.

<sup>159</sup> Cf. REYNOLDS, Philip. **How Marriage Became One of the Sacraments: the sacramental theology of marriage from its medieval origins to the Council of Trent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 754.

<sup>160</sup> Cf. HATTENHAUER, Hans. **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Ariel Derecho, 1987, p. 136.

Com isso, reúnem-se as condições para a introdução do casamento civil nas nações protestantes, uma tarefa que, segundo Adhémar Esmein, “foi como um ramo retirado do tronco e plantado em novo terreno”<sup>161</sup>.

#### 2.4.2 O sacramento do matrimônio no Concílio de Trento

A doutrina matrimonial de Lutero foi refutada por Henrique VIII em sua *Assertio septem sacramentum adversus Martinum Lutherum* em 1521 e também de modo mais sistemático pelo Concílio de Trento.

O escopo principal deste concílio quanto ao matrimônio, pela reforma de 1563, foi o de assinalar oposição à doutrina protestante, afirmando a origem divina da união entre o homem e a mulher e, por conseguinte, a sua sacramentalidade. Além disso, quanto à sua disciplina, o Tridentino determinou a sua imperiosa celebração pública.

Já na sessão VII de 3 de março de 1547, o matrimônio teve a sua sacramentalidade solenemente ratificada no cânon 1º sobre os sacramentos em geral, do Decreto sobre os sacramentos (DH 1601).

O decreto sobre o matrimônio começou a ser elaborado em Bolonha no ano 1547, mas foi interrompido por reclamos dos protestantes que pretendiam participar dos debates, tomando forma definitiva o esquema em 1563<sup>162</sup>. Esse período de discussões é marcado pelo aprofundamento de temas como a sacramentalidade, indissolubilidade, função do consentimento paterno e clandestinidade, a envolver clérigos de diversas regiões cujas práticas matrimoniais nem sempre eram concordes.

Na XXIV sessão de 11 de novembro de 1563, após diversos pronunciamentos dos teólogos, chegou-se ao texto que consolidava o

<sup>161</sup> “Ce fut comme un rameau détaché du tronc et planté dans une terre nouvelle” (ESMEIN, Adhémar. **Le mariage en droit canonique**. t. I. Paris: L. Larose et Forcel, 1891, p. 32).

<sup>162</sup> Esclarece Justo Collantes que “foram redigidos pelo menos quatro projetos: o primeiro, estudado em trinta e seis reuniões, foi examinado de 9.2 a 23.3; um outro, discutido em vinte assembleias, compreendia doze cânones e um decreto, do qual foi suprimida a matéria relativa aos matrimônios clandestinos. O terceiro esquema foi apresentado aos Padres conciliares em 5.9 e debatido nas sessões de 7-10.9. Finalmente, em 13.10, foi distribuído o quarto com doze cânones, a que se acrescentou, como nos decretos análogos, uma parte dogmática. Levando a exame nas sessões de 26-27.10, foi aprovado definitivamente em 11.11.1563” (COLLANTES, Justo. **A fé católica**: documentos do Magistério da Igreja das origens aos nossos dias. trad. de Paulo Rodrigues. Rio de Janeiro: Lumens Christi; Anápolis: Diocese de Anápolis, 2003, p. 1134).

aprofundamento da doutrina matrimonial medieval. A união natural foi elevada ao estado de graça por Jesus Cristo, confirmando a indissolubilidade do vínculo (DH 1797-1798)<sup>163</sup>. O texto paulino de Ef 5,25 indicava (*innuit*) este caráter sacramental, que faz com que as uniões dos cristãos superem os antigos casamentos (DH 1799-1800)<sup>164</sup>.

Para enfrentar a doutrina protestante, foram fixados doze cânones anematizando as opiniões reprováveis a respeito do matrimônio. No plano espiritual, os cânones 1, 2 e 5 trataram de definir dogmaticamente o matrimônio como sacramento monogâmico, perpétuo e indissolúvel.

No plano temporal, os cânones 3, 4, 8, 11 e 12 ratificaram a submissão do matrimônio à disciplina eclesiástica, confirmando o poder da Igreja de estabelecer e dispensar impedimentos matrimoniais, autorizar a separação dos cônjuges quanto ao leito e coabitação, proscrever tempos à celebração do matrimônio e conhecer das causas matrimoniais.

Os cânones 6, 7, 9 e 10 reúnem disposições regulamentares das faculdades sexuais, chancelando a preferência do estado celibatário ao conjugal e deste ao adultério.

Embora não tenha inovado doutrinariamente a respeito da teologia matrimonial – tornando-a, no entanto, mais clara – pode-se dizer que o Concílio de Trento realizou a última grande qualificação respeitante ao contrato matrimonial no campo de sua formalidade, ao definir a validade extrínseca do consentimento.

Até o Concílio de Trento não havia doutrina jurídica uniforme sobre a celebração do matrimônio, tampouco a fixação das palavras de presente. No campo da discussão canônica, duas visões contraditavam-se: uma, sustentada por vários prelados baseados no fato de tratar-se de o casamento cerimônia religiosa e sacramental, entendia pela necessidade de a cerimônia realizar-se diante da igreja; a outra, a fundada no direito natural, tinha que o contrato matrimonial se aperfeiçoava por livre consentimento dos contraentes, possibilitando que a celebração ocorresse validamente em qualquer lugar.

---

<sup>163</sup> Cf. DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: *Paulinas*; Loyola, 2007, p. 454-455.

<sup>164</sup> Cf. DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: *Paulinas*; Loyola, 2007, p. 455.

Desta dualidade de abordagens coexistiram na Idade Média duas formas de celebração dos casamentos: a pública (*in facie Ecclesiae*) e a clandestina (alvo de várias proibições por direitos particulares), ambas igualmente válidas.

A praxe dos casamentos presumidos – caracterizados pela conversão dos esposais seguidos de relações sexuais em indissolúveis, como casamento–continuaram a ser observadas, por suposição de manifestação do consentimento em casos tais<sup>165</sup>. Apesar do reconhecimento pela Igreja do vínculo sacramental nestes casos, em muitos locais a informalidade causava insegurança, pois permitia que as pessoas se casassem mais de uma vez.

O casamento clandestino trazia consigo, portanto, uma série de inconvenientes: desde os que diziam respeito aspectos subjetivos (incerteza quanto à integridade e autenticidade do consentimento, comprovação da capacidade para consentir) até outros de ordem externa derivados dos estorvos à prova de sua existência. Além disso, o reconhecimento da validade canônica dos casamentos clandestinos conduzia ao menor controle social dos casamentos dos filhos, já que estes poderiam casar discretamente, por mera troca de consentimento.

Para combater tais práticas, em vários estados europeus surgiram regras obrigando a forma pública do casamento, exigindo, no mais das vezes, a presença de testemunhas e do consentimento do pai no casamento de filhos menores.

A fim de enfrentar o problema dos matrimônios clandestinos os padres conciliares tiveram que, na senda da condenação da doutrina protestante sobre o casamento, conciliar a teoria consensualista com a pretensão dos que defendiam a nulidade dos casamentos clandestinos (principalmente os prelados franceses e espanhóis).

Através do Decreto de Reforma do Matrimônio (Decreto *Tametsi*) foi fixada obrigatoriedade *ad valorem* de cumprimento das formalidades para celebração do casamento: a chamada *forma canônica*. Pelo Decreto, os matrimônios seriam válidos apenas se celebrado na presença do pároco dos cônjuges e de duas testemunhas, precedida a realização, por três vezes da pública proclamação dos matrimônios a celebrar, em três dias festivos subsequentes.

Contrariamente à doutrina luterana, e à tendência de grande parte dos teólogos franceses, o Concílio de Trento não invalidou os matrimônios contraídos

---

<sup>165</sup> GAUDEMET, Jean. **II matrimonio in occidente**. Torino: SEI, 1989, p. 135.

pelos filhos-famílias sem o consentimento dos pais. O *Tametsi* indicou, apenas indiretamente, que os cônjuges são os ministros do matrimônio, tanto é que os até então celebrados casamentos clandestinos, embora “detestados e proibidos pela Igreja”, não foram invalidados<sup>166</sup>.

As disposições do Decreto *Tametsi*, cuidam, ainda, de aspectos relativos à publicidade do matrimônio, lista de impedimentos, e proibição ao concubinato, inclusive com a possibilidade de pedido de ajuda do braço secular para combater tais práticas. Há, ainda, determinações visando à proteção da indissolubilidade do vínculo, como a interdição do casamento de vagantes (“vadios”), sem prévia diligência e licença do bispo, a fim de estorvar eventual prática de bigamia.

O casamento contrato-sacramento alcança, assim, uma relevância pública para a Igreja: ratifica-se o papel da livre vontade que se vincula indissolavelmente desde que manifesta perante o ministro oficiante e duas testemunhas.

Também foram criadas regras para assegurar a publicidade do ato; o trâmite das publicações do matrimônio nos três domingos anteriores à cerimônia, possibilitando o conhecimento pelo pároco de eventuais impedimentos dos cônjuges (o que evitaria, por exemplo, a bigamia).

Ao pároco era incumbido observar a publicação de proclamas e a consequente existência de impedimentos ao matrimônio antes de assistir à troca de consentimentos dos noivos. Uma vez celebradas as núpcias, o pároco deveria registrar os nomes dos contraentes e testemunhas, assim como o lugar em que ocorrido o ato.

Com as disposições tridentinas sobre a celebração do casamento, possibilitou-se um maior controle pela Igreja quanto às uniões matrimoniais, restando às autoridades eclesiais regionais aplicar as disposições conciliares por meio de legislações específicas, tendo em conta as peculiaridades locais, desde que o *Tametsi* ali tivesse sido promulgado. Em tais regiões, o seu efeito imediato foi a anulação dos casamentos *de praesenti* realizados sem seguir a forma canônica, assim como a inadmissão do casamento por consentimento *de futuro* seguido de cópula sexual<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: Paulinas; Loyola, 2007, p. 458.

<sup>167</sup> DONAHUE JR, Charles. The Legal Background: european Marriage Law form the sixteenth to the Nineteenth Century. In: MENCHI, Silvana Seidel. **Marriage in Europe: 1400-1800**. Toronto: University of Toronto Press, 2016, p. 38. A afirmação deve ser considerada *cum grano salis* tendo

Contudo, em razão de várias circunstâncias, inclusive de natureza política, os decretos tridentinos sequer foram promulgados em algumas regiões católicas, como na França. Nas regiões não católicas, em que também não foram recebidas as disposições tridentinas, continuaram os católicos a poder casar validamente por mera troca de consentimentos<sup>168</sup>. Tal ocorreu na Inglaterra, dada a afiliação político-religiosa do monarca ao protestantismo. No entanto, ainda assim, houve a paulatina exigência pelos tribunais de celebração do casamento *in facie ecclesiae*, aproximando-se da disciplina contida no *Tametsi*, o que forçou a aprovação de lei pelo Parlamento, em 1753, exigindo a necessidade de celebração do casamento perante ministro devidamente ordenado<sup>169</sup>.

---

em vista que a proscrição de determinado instituto jurídico não tem o automático efeito de extirpar a sua prática na sociedade, sobretudo levando-se em conta as uniões matrimoniais.

<sup>168</sup> Apenas em 1907 foi dada eficácia universal à exigência de forma canônica prevista no decreto *Tametsi*. Durante o pontificado de Pio X, a Sagrada Congregação do Concílio baixou o decreto *Ne Temere* obrigando todos os batizados católicos, e os à Igreja Católica convertidos, que observassem para a validade de seus matrimônios serem contraídos estes perante o Ordinário do lugar, pároco ou sacerdote delegado (cf. DENZINGER; HÜNERMANN, 2007, p. 743).

<sup>169</sup> MARTINEZ-TORRON, Javier. **Derecho Angloamericano y Derecho Canonico**: las raíces canônicas de la “common law”. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 113. Harold Berman enfatiza que a teologia e lei reais dos Tudor e Stuart ficaram mais próximas à teologia católica que à teologia e direito dos principados germânicos luteranos, sendo a primeira reforma anglicana uma versão menos radical do protestantismo se comparada à luterana (cf. BERMAN, Harold J.. **Law and revolution, II**: the impact of the Protestant Reformations on the Western Tradition. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 350).

### 3 MODERNIDADE JURÍDICA E SECULARIZAÇÃO DO CASAMENTO

#### 3.1 Raízes medievais da secularização do direito

A experiência jurídica medieval deve ser interpretada levando-se em consideração a presença jurídica da autoridade da Igreja, a conferir unidade político-espiritual a um continente fragmentado. Segundo bem notado por Paolo Grossi:

A Igreja inseriu-se no costume, absorveu-o, mas também o plasmou. Como sociedade religiosa, num mundo ávido do sagrado, conseguiu alojar-se no coração de toda a sociedade civil e quase identificar-se com ela numa fusão bastante singular e harmônica entre sagrado e profano, entre dimensão civil e religiosa<sup>170</sup>.

Há certa originalidade singularizadora do pensamento jurídico medieval, por ser estruturado de modo desagregado do poder político, prescindindo do poder e do Estado. Tratava-se de “uma experiência jurídica para múltiplos ordenamentos, uma profusão de antinomias, mas não de soberanias, de Estados [...], uma dimensão ôntica que precede e supera a dimensão política”<sup>171</sup>. Assim, a experiência jurídica medieval não consistiu em mera continuação do período romano, mas em particular e plural experiência jurídica da qual resulta, segundo Paolo Grossi, uma ordem jurídica que se caracteriza pela harmonia entre o valor imanente da natureza das coisas com o dado teológico transcendente<sup>172</sup>.

O pluralismo jurídico medieval resulta das numerosas fontes (documentos pontifícios, decisões conciliares ecumênicas e provinciais, interpretações dos “doutores” pelas decretais etc.) reunidas em ambiente favorável à mescla de dados religiosos e morais<sup>173</sup>. O sintagma *utrumque ius* é formulado para designar a experiência jurídica unitária, reflexo da simbiose entre os elementos espiritual e civil,

<sup>170</sup> GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 135.

<sup>171</sup> GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 44.

<sup>172</sup> GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 16-17.

<sup>173</sup> GROSSI, Paolo. Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune. In: GROSSI, Paolo. **Scritti canonistici**. Milano: Giuffrè, 2013, p. 127-131.

o sacro e o profano, representados no direito romano-justiniano e no direito canônico<sup>174</sup>.

Na Idade Média encontram-se as raízes do se haveria de chamar mais tarde “sistema jurídico moderno”. Villey, por exemplo, destaca que a ideia de laicidade e de razão profana lançam raízes na filosofia de Santo Tomás de Aquino, cujos contributos não podem ser historicamente ignorados<sup>175</sup>. Com efeito, o esmaecimento das notas características da experiência jurídica medieval dará lugar ao que se costuma denominar de experiência jurídica moderna ou direito moderno.

Um primeiro momento de secularização do direito ocidental, entendida em sentido mais largo como diferenciação entre o “mundano” e o “sacro”, pode ser visto na Querela das Investiduras.

Em conhecida interpretação, Harold Berman sustenta que a reforma do Monge Hildebrando (Papa Gregório VII) no século XI deu origem à tradição jurídica ocidental<sup>176</sup>. Esta posição, que enxerga na Reforma Gregoriana relevante momento de cisão na continuidade histórica da Igreja, e a primeira das grandes revoluções, tem amparo em vários teóricos como Rosenstock-Huessy, Tellenbah, Knowles e Obloensky, Strayer, Congar e Marc Bloch<sup>177</sup>.

Com efeito, inexistindo nesse século claras separações entre o direito e outros processos de controle social e preocupação intelectual, ou seja, entre a esfera secular e eclesiástica, assistiu-se na virada do século XII a uma mudança política que deu azo ao surgimento de autoridades centralizadoras em ambos os campos. Encetou-se, ainda, uma transformação intelectual da qual resultaram um corpo

<sup>174</sup> GROSSI, Paolo. *Natura e ruolo dello ‘utrumque ius’ nella società medievale*. In: GROSSI, Paolo. **Scritti canonistici**. Milano: Giuffrè, 2013, p. 157-159.

<sup>175</sup> “*La laïcité, le respect de la raison profane, viennent de l’école de saint Thomas – l’individualisme et ses suites, le positivisme juridique, le concept de droit subjectif, sortent de l’école franciscaine, et surtout du nominalisme de Guillaume d’Occam*” (VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. 4. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975, p. 154).

<sup>176</sup> BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 111 et seq.

<sup>177</sup> Todos esses autores e ainda outros são citados por Berman em extensa nota (Cf. BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 149-151). Frise-se que foram opostas respeitadas reservas à tese de Berman sobre estreita vinculação entre a Reforma Gregoriana e o re florescimento do direito europeu. Para tanto, vide o levantamento feito por James Brundage, citando como exemplos Peter Landau, Kenneth Pennington e Schieffer in BRUNDAGE, James A. **The medieval origins of the legal profession: Canonists, Civilians and Courts**. Chicago: The University Chicago Press, 2008. p. 79 (nota 15). Pode-se citar, ainda, MARONGIU, Antonio. Un’inquietante ipotesi americana intorno ai Dictatus Papae. *Rivista di storia del diritto italiano*, Roma, v. LX, p.5-12, 1987, assim como os trabalhos de PRODI, Paolo. Suggestioni (da H.J. Berman) per lo studio del ruolo del diritto papale tra medio evo ed età moderna. In: *Nuovi moti per la formazione del diritto: Atti del Convegno internazionale* (Roma 1987). Padova: Cedam, 1988, p. 93-103.

profissional (juizes e advogados), escolas de direito, redação de tratados jurídicos específicos, além de princípios jurídicos e procedimentos autônomos<sup>178</sup>. A partir da junção de ambos os fatores – político e intelectual – produzir-se-ão os chamados por Berman “sistemas jurídicos ocidentais modernos”, sendo o primeiro deles o *jus canonicum*<sup>179</sup>.

Em 1075, o Papa Gregório VII, a fim de combater as interferências de autoridades leigas na nomeação de prelados, fato que enfraqueceu a autoridade pontifícia no século anterior, decretou a proibição de investidura de eclesiásticos por mãos leigas. Esta decisão, na senda do que fora realizado por Nicolau II em 1059, provocou uma profunda crise política com o então Imperador do Sacro Império Romano-Germânico, Henrique IV, que fingiu ignorar as determinações pontifícias. As bases programáticas da Reforma Gregoriana foram consolidadas no *Dictatus Papae*, conjunto de vinte e sete proposições dentre as quais constava o direito de o Papa depor os imperadores, o que foi efetivamente realizado por Gregório contra Henrique IV.

Durante a *Querela das Investiduras* – que encerrou em 1122 com a Concordata de Worms – aprimorou-se a doutrina da supremacia da autoridade religiosa, distinguindo os poderes espiritual e temporal, impulsionando a consciência da sociedade feudal de então quanto à separação entre os assuntos propriamente humanos e espirituais.

Autonomizada a Igreja do Império pela *Dictatus Papae*, dessacralizou-se o poder político laico, excluindo-o dos assuntos da nova *ecclesia* autônoma. Esta emancipação da ordem política deu-se, todavia, sem abalos dos fundamentos religiosos, visto que as autoridades políticas comungavam de uma mesma fé a conferir certa unidade<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> A respeito dessa transformação intelectual operada no campo do direito, veja-se BRUNDAGE, James A. **The medieval origins of the legal profession**: Canonists, Civilians and Courts. Chicago: The University Chicago Press, 2008.

<sup>179</sup> BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 111 et seq.

<sup>180</sup> Nesse sentido, cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Diritto e secolarizzazione**: dallo Stato moderno all'Europa unita a cura di Germinello Preterossi. Bari: Editori Laterza, 2010, p. 35. Embora se possa caracterizar a Idade Média como período no qual se sustentava a subordinação do conhecimento humano à revelação divina – o que implicava, ademais, na subordinação da ciência à teologia – e se difundia no Ocidente a consciência da existência de uma unidade religiosa, a *respublica christiana*, herdeira do Império Romano, este atributo não pode ser interpretado em termos absolutos, pois, como adverte Fassò, existiram comunidades independentes da *respublica christiana* e até mesmo contrárias a ela, além do que, também nesse período, a autonomia do

A tarefa de Gregório VII ensejou, ainda, um movimento definitivamente reformador do catolicismo latino, separando-o do oriental, com restauração da força do papado e renovação eclesiástica nos campos moral e estrutural, visando a “afirmar a originalidade e a supremacia da missão espiritual de que a Igreja é depositária, para colocar o padre à parte e acima do simples crente”<sup>181</sup>. Com isso, a Reforma Gregoriana fomentou uma nova consciência social caracterizada pelo senso de identidade corporativa por parte do clero, o qual, enquanto grupo, se diferenciava mais claramente dos leigos e assumia sua nova responsabilidade (missão) reformadora do mundo, diferente daquela atribuída aos leigos.

Assim, foi ratificada a superioridade das coisas espirituais sobre as temporais, garantindo a supremacia do poder eclesiástico, comissionado à salvação das almas<sup>182</sup>.

O desenvolvimento deste novo encargo implicou na mudança do significado da palavra “secular”, entendida até então como *era* ou *determinado tempo*, transmudando o seu sentido para algo negativo, alinhado ao tempo presente e ao não-espiritual<sup>183</sup>. Antagonizou-se *secular* (próprio das autoridades terrenas) ao *espiritual* (inerente aos poderes eclesiásticos), refletindo no valor atribuído à missão de cada esfera: enquanto que à temporal, secular – conduzida por leigos – seriam atreladas questões transeuntes, à espiritual competiria cuidar das coisas perenes, celestes, superiores<sup>184</sup>.

---

pensamento humano também guardava expressão FASSÒ, Guido. **Storia della Filosofia del Diritto**: II. La Età Moderna. Roma; Bari: Laterza, 2015, p. 5.

<sup>181</sup> BLOCH, Marc. **A Sociedade Feudal**. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 1987. p. 124 et seq.

<sup>182</sup> Cf. BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 38. Daniel-Rops esclarece que “Desta maneira, a distinção entre os dois poderes, cada um com o seu campo de ação próprio, esvaía-se perante a afirmação de uma diferença de dignidade e valor. O poder real recebe o seu esplendor da autoridade pontifícia, como a lua reflete o esplendor do sol’. Era uma confusão de planos extremamente grave. Para realizar essa doutrina até o fim, seria necessário realizar um governo gigantesco, ao mesmo tempo espiritual e temporal, do qual o Papa seria senhor e no qual os príncipes executariam suas decisões. [...] Uma tal concepção correspondia à lógica da alma medieval: era o resultado da fé universal e o coroamento da grande idéia de Cristandade.” (cf. DANIEL-ROPS, Henri. **A Igreja das Catedrais e das Cruzadas**. 2 ed. São Paulo: Quadrante, 2011, p. 211-212.)

<sup>183</sup> BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 137-138.

<sup>184</sup> Discorrendo a respeito dos conflitos quanto à legitimidade do exercício dos poderes temporal e espiritual e a resposta de Gregório VII, Berman assevera: “A Revolução Papal começou com essa tentativa do papado de reduzir o Sagrado e Mais Cristão Imperador – que por séculos desempenhou o papel principal na vida da Igreja – ao *status* de um simples leigo, inferior ao mais baixo dos padres. O fato de que os imperadores e reis, sendo leigos, empunhavam somente a espada secular, isto é, eram responsáveis somente por questões seculares, as coisas deste mundo, colocou-os em posição de subordinação àqueles que empunhavam a espada espiritual e eram responsáveis pelos assuntos espirituais e que “viviam ardorosamente das questões celestes”; pois os leigos eram inferiores ao clero em matéria de fé e moral, e o secular era menos valoroso que o espiritual.” (BERMAN, Harold

A mudança no significado de *saeculum* também contribuiu para a formulação de um novo senso de tempo histórico, uma nova relação entre o futuro e o passado, com destaque para a distinção – já operada anteriormente – entre “antigos” e “modernos”. Com efeito, historiadores do século XII como Hugo de São Vítor, Joaquim de Fiore e Anselmo de Havelberg olharam para a história como um progressivo movimento à frente e que culminava em seu tempo, entendido como a modernidade (*modernitas*)<sup>185</sup>.

A busca de Gregório VII por textos jurídicos visando a justificar a sua tese contrária às investidas laicas, também lançou as bases da ciência do direito canônico, dotado de autossuficiência e com potencial de ampliação a vários campos da vida eclesiástica. A partir dos esforços gregorianos, novas coleções canônicas foram desenvolvidas, visto que algumas das antigas coleções não eram concordes ao espírito da reforma, abrindo-se o caminho para o *ius novum*<sup>186</sup> e uma nova hierarquização das fontes canônicas<sup>187</sup>.

Por fim, esclarece Berman que a Reforma Gregoriana, à semelhança da Inglesa, não teria se pretendido como “revolução”, mas como “restauração”, pois a tradição vinculava o presente com aspectos de um passado remoto, objeto das restaurações que se realizariam, e não com o passado próximo<sup>188</sup>. Em razão disso, foram ignorados os escritos de teólogos e canonistas francos e germânicos dos séculos IX e X – mais recentes – e enfatizadas as lições dos Padres da Igreja, interpretadas conforme o programa político do papado, rejeitados os aportes

---

J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 139).

<sup>185</sup> BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 140-141.

<sup>186</sup> *Ius novum* consiste no intervalo da periodização da história do direito canônico, segundo o Cardeal Gasparri, compreendido desde Decreto de Graciano até o Concílio Tridentino (século XVI). O núcleo inicial de maior densificação do direito canônico é a *Concordia discordantium canonum*, mais conhecido como *Decretum* de Graciano. Escrita por volta de 1140, esta obra consiste em uma recolha de trechos da Sagrada Escritura, dos Padres da Igreja, dos concílios e decretos pontifícios analisados em seu sentido normativo (canônico) e não apenas teológico. É neste contexto em que o direito canônico autonomiza-se da teologia, embora reclame em várias matérias o diálogo com o saber teológico. Não serão raros os debates travados entre canonistas e teólogos quanto a pontos eventualmente contrastantes na normatividade eclesiástica que, repita-se, se ampara no dado teológico. Sendo o direito canônico antes de tudo “direito”, um processo social de adaptação, possui ele um potencial de mudança limitado sobretudo pela autoridade da teologia.

<sup>187</sup> FANTAPPIÉ, Carlo. **Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa**. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 99-100.

<sup>188</sup> BERMAN, Harold J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 141.

eventualmente contrários àquele. Desta revolução teria surgido o Estado moderno, distinto do antigo, sobretudo em razão do seu caráter secular<sup>189</sup>.

### 3.2 A secularização como atributo do direito moderno

#### 3.2.1 Sobre o direito e sua modernização

Adaptando-se um aforismo atribuído a Leibniz, estimado por Linneus e tantas vezes repetido por Charles Darwin em “A Origem das Espécies”, é possível afirmar: *historia non facit saltus*. A tentativa de pensar em “superação” de tempos ou eras supõe a formulação de um esquema linear de leitura dos fatos históricos a fim de compreender as experiências humanas ao longo dos tempos.

As dificuldades e ambiguidades ínsitas à demarcação periódica são sintomáticas das rupturas e continuidades que se apresentam (ou se escondem) nestas experiências epocais. Há uma tentação de se salientar no discurso histórico as marcas de ruptura, restando os de continuidade por vezes eclipsados. Isto ocorre, por exemplo, quando da fixação de “fronteiras” a dividir os “grandes tempos”. As dificuldades reveladas nesta tarefa são corolários da contingência no lidar com as complexidades das mutações/adaptações culturais, econômicas, sociais e políticas que possibilitam a percepção do “agora” e do “ontem”, assim como dos legados que unem estas duas realidades temporais e que constituem a própria história<sup>190</sup>.

Desse modo, o recurso a um exame qualitativo da complexidade do mundo – em suma, de seus processos de adaptação social a partir de materiais que o próprio passado fornece<sup>191</sup> – é uma manobra menos imprecisa do que o mero enquadramento

---

<sup>189</sup> Cf. BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 144.

<sup>190</sup> Assim, “a própria história é um conjunto de legados, pedaços de patrimônios culturais recebidos ou de algum modo absorvidos, passados de um contexto cultural a outro, de uma época a outra.” (SALDANHA, Nelson. **Filosofia, Povos, Ruínas**: Páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibán, 2002, p. 75.).

<sup>191</sup> Para Marc Bloch, o passado é um tirano que proíbe aos seus exploradores conhecer de si tudo, mas apenas a partir do que ele mesmo lhes fornece. O historiador não é, portanto, livre em sua observação histórica. Embora seja o passado um dado imodificável, o seu conhecimento é progressivo (cf. BLOCH, Marc. **Apologia da História**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 75.). Para Nelson Saldanha, “os fatos ocorridos são retidos, cobram existência e

em fixos termos (“início” e “fim”). A investigação daquilo em que consiste um ou outro período histórico goza de maior eficácia se levado em conta sobretudo aspectos de ordem cultural, econômica, social e política do que um instante ou evento isolado que supostamente sirva para “encerrar” a uma época e inaugurar outra<sup>192</sup>.

A fim de ilustrar a complexidade mencionada, tome-se da periodização clássica da história, a distinção entre Idade Moderna e Idade Média. A Idade Moderna é comumente apontada como o período histórico sucessor da “Idade Média”, ou “tempo médio” (*medium tempum*). Esta última expressão foi utilizada no século XIV pelo poeta italiano Francesco Petrarca para designar os séculos da considerada “barbárie” situada entre a Antiguidade Clássica e seus dias<sup>193</sup>. Após Petrarca, usualmente aponta-se Christoph Cellarius como utilizador de “idade média” ao mencionar o período entre o “antigo” e os “novos tempos” em *Historia tripartita* (1685) ou *Historia universalis breviter ac perspicue exposita, in antiquam, et medii aevi ac novam divisa, cum notis perpetuis*, trabalho delineador da história universal. No século XVIII, “idade média” generalizou-se em acepção pejorativa, tornando-se “lugar” fixo da periodização histórica apenas nos novecentos<sup>194</sup>.

Os conteúdos semânticos de “Idade Moderna”, “tempos modernos” ou de outros como “história nova” relacionam-se intimamente com o conjunto de sentidos, consequências e repercussões do conceito de Idade Média na medida em que a este se opõem<sup>195</sup>.

---

significação por conta de algo ou alguém que os narra, a partir do que dizem os que os presenciaram, ou o de documentos – a famosa alusão positiva ao documento pode ser repensada neste sentido. Os ‘legados’ se organizam em função dos modos de ver: vão sendo registrados como partes do passado e como porções da experiência do humano” (Idem, p. 77).

<sup>192</sup> Parece válido, no entanto, que o recurso aos recortes temporais formais, mormente enfatizando eventos – em uma compreensão diacrônica – constitui-se em estratégia à primeira vista eficaz e didaticamente recomendável.

<sup>193</sup> Sobre a necessidade da revisão da imagem preconceituosa e distorcida da Idade Média como época de trevas, injusta e bárbara, vide PERNOUD, Regine. **O Mito da Idade Média**. Lisboa: 1978. Também merecem destaques os abundantes trabalhos de Jacques Le Goff, Georges Duby e Johan Huizinga a destacar as inúmeras contribuições culturais, personagens, dinâmicas sociais e econômicas do período, por exemplo, LE GOFF, Jacques. **Para um novo conceito de Idade Média**. Tempo, trabalho e cultura no Ocidente Lisboa: Estampa, v. 1, 1980; \_\_\_\_\_. **As raízes medievais da Europa**. Petrópolis: Vozes, 2007; \_\_\_\_\_. **A Idade Média explicada aos meus filhos**. Rio de Janeiro: Agir, 2007; DUBY, Georges. **Idade média, idade dos homens: do amor e outros ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001; HUIZINGA, Johan. **O Outono da Idade Média**. São Paulo: CosacNaify, 2010).

<sup>194</sup> Cf. KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p. 271.

<sup>195</sup> “Também chama atenção que na língua alemã a palavra tempo [*die Zeit*] só é utilizada - como determinação formal genérica - para compor a palavra “*Neuzeit*” [“modernidade”], ao passo que as designações dos grandes períodos anteriores a isto renunciam: Idade Média [*Mittelalter*], Antiguidade [*Altertum*]. Poderia tratar-se de uma importante casualidade da língua, pois as

O período compreendido entre o final do século XV e o início do século XVI é o usualmente escolhido para indicar a ocorrência de eventos que marcam as características da Idade Moderna. No campo da cultura e da religião, dois movimentos (ou experiências socioculturais) foram usualmente tidos como marcos da ruptura com os *tempos médios*: o “Renascimento”<sup>196</sup> e a “Reforma Protestante”. O primeiro, alusivo às artes e letras clássicas, foi considerado, ao lado da Antiguidade, uma das épocas de brilho do gênio artístico humano; o segundo foi particularizado pela historiografia protestante como *topos fixo* de temporalização, visando a salientar os tempos das insurgências luteranas<sup>197</sup>.

Ambos os conceitos “Renascimento” e “Reforma”, para além de designarem movimentos que marcaram profundamente a sua época e os tempos futuros, são também antitéticos e assimétricos: exprimem a ideia de “novo tempo”, apresentando-se como o atual, o “moderno”, e se firmam, ao mesmo tempo, como descritivos de experiências anteriormente consolidadas e que pretendem superar<sup>198</sup>. Renascer é dar vida ao que é morto, reformar é consertar o que está falho. Há aqui ousada pretensão inovadora.

---

expressões que precederam a "idade média", *Mittelalter*, *media aetas*, *middle age*, *moyen age*, também qualificavam o tempo ou os tempos em geral: como tempos médios, *mittlere Zeiten*, *middle times*, *moyen temps*, ou anteriormente como *medium tempus*, *media tempestas*, *media tempora*. Mas logo que os tempos médios passaram a ser tratados como um período fechado em si mesmo, consolidou-se a designação que - no coletivo singular - ressaltou uma época (*aevum*, *aetas*), e não mais o tempo em geral. Assim, na determinação hoje usual dos períodos, o tempo fica reservado de preferência para as composições que servem para designar a época em que vivemos: *Neuzeit*, *modern times*, *temps modernes*, mas também a história contemporânea, *Zeitgeschichte*, *contemporary history*, *histoire contemporaine*.” (KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 270-271).

<sup>196</sup> O termo *Renascimento* ou *Renascença* atribuído ao movimento de inspiração humanista de revalorização dos aportes culturais da antiguidade foi registrado pela primeira vez por Giorgio Vasari em seu compêndio biográfico intitulado *Le vite d'É più eccellenti pittori, scultori e architettori* (1550). Todavia, “como conceito predominantemente da história da arte e da literatura, o “Renascimento” só se impôs com o Iluminismo, antes de no século XIX – por Michelet e Burckhardt – se transformar em conceito geral para um período.” (KOSELLECK, 2006, p. 272).

<sup>197</sup> “Quanto ao conteúdo, a Reforma se referia à mensagem da Sagrada Escritura, que teria sido restaurada em sua pureza, sem que só por isso se tivesse iniciado uma nova época histórica. Em toda parte o corte de época da Reforma inaugurou apenas o último período cristão, como Zedler definiu o último ‘conceito de tempo’: *Da reforma de Lutero até os nossos dias e depois* – antes que o mundo acabe. Em sentido universal também Cellarius, em 1696, faz a ‘*historia nova*’ começar com a Reforma da Igreja” (KOSELLECK, 2006, p. 272-273). Para Jacques Barzun, a Reforma Protestante de 1517 é caracterizada como a revolução que – ao transcender o ano em que Lutero se insurgiu formalmente contra a autoridade papal – inicia a Era Moderna, “dilacerando o Ocidente” (BARZUN, Jacques. **Da alvorada à decadência**: A História da Cultura Ocidental de 1500 aos nossos dias. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 24).

<sup>198</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 273-274.

Este sentido de *superação* é também salientado na caracterização da Idade Moderna e se pretende apresentar, concretamente, por processos como a passagem do eixo da experiência vivencial coletiva de pressupostos teológico-transcendentais para outros antropocêntricos e imanentistas – circunstância esta que forneceu condições ao aprofundamento do processo de separação das esferas espiritual e temporal.

Tomando o século XVI como uma base cronológica para os tempos modernos, tem-se que ele se apresenta como um período de graves mudanças em diversas searas, como na antropologia filosófica, na teologia e no conhecimento do mundo pelo homem<sup>199</sup>. Tais mutações de ideias e visões de mundo inauguram (e aprofundam) a distinção entre os tempos intermédios e o moderno, apesar das disparidades existentes entre os mais diversos pensadores modernos<sup>200</sup>.

A noção de “moderno” atribuído ao termo “idade” remete, portanto, não apenas ao “progresso” enquanto expressão do projeto da modernidade<sup>201</sup>, como também ao ocaso de um modelo. Ser moderno evoca ser “atualizado”, contraposto ao “antigo”/“ultrapassado”, fixando-se no “presente”, nas contingências da atualidade. Advirta-se, porém, que o “presente”, superável pelo “amanhã”, é, contudo, condenado a tornar-se o “ontem”. O que é tido por moderno em um dado instante está condenado

---

<sup>199</sup> Cf. KOENIGSBERGER H. G.; MOSSE, G.L.. **Europa em el siglo XVI**. Madri: Aguilar, 1974, p.3.

<sup>200</sup> Nelson Saldanha destaca que: “Ao admitir-se que a transição aos séculos chamados modernos condicionou a eclosão de uma *nova* imagem do mundo e do homem, inclui-se neste quadro a figura de uma nova vida social, desdobrada em uma nova economia e uma nova política. O pensamento filosófico crescentemente historiográfico em seus métodos e em suas necessidades, veio aprofundando (às vezes com ostensivo exagero) o tema das diferenças entre Medievo e modernidade.” (SALDANHA, Nelson. O Direito “Moderno” e a Filosofia do Direito. In: **Teoria do Direito e Crítica Histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 42).

<sup>201</sup> Koselleck destaca que o conceito moderno de história, que se afastaria das perspectivas escatológicas teológicas – por força da secularização –, nunca pode ser enxergada “a partir da própria história”, como fizeram alguns na modernidade, posto que existentes elementos de continuidade com as experiências pré-modernas. Embora a ideia de progresso não mais se vincule à expectativa do Juízo Final, “a teologia divina de outrora cai na ambiguidade do planejamento humano, o que pode ser verificado na ambivalência do conceito de progresso, que sempre tem de ser identificado ao mesmo tempo como finito e infinito, quando fora de seu campo semântico original, que remete ao espaço e ao mundo natural” (KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 131-132). Destaque-se, ainda, um apanhado do debate entre Karl Löwit e Hans Blumenberg a respeito das apropriações categoriais de elementos pré-modernos pela modernidade e o reflexo disso no discurso de legitimação de seu projeto progressista e emancipador no trabalho de SOUZA, José Carlos Aguiar de. **O Projeto da Modernidade**: autonomia, secularização, e novas perspectivas. Brasília: Liber Livro Editora, 2005.

a tornar-se, cedo ou tarde, ultrapassado (salvo se se pretender – e conseguir – tornar-se perene, eterno). “Tudo o que é antigo foi novo”, advertiu, com razão, Portalis<sup>202</sup>.

Os tempos modernos, no entanto, não podem ser havidos como resultantes de um evento isolado, *ex novo*, mas, sim, como consequência do desenvolvimento orgânico de vários campos da experiência social, dentre os quais não se exclui o direito. Quanto este, é de se considerar, preliminarmente, sua natureza propriamente “conservadora”, que o torna depositário de mentalidades pretensamente superadas por movimentos tidos por “revolucionários” ou “modernizadores”. Como bem notou Paolo Grossi, evocando a expressão consagrada por Fernand Braudel, o tempo real do direito é o de longa duração:

[...] porque é o tempo dos estratos profundos, do nível mais estável [...] Sobrevêm as revoluções, mudam os governantes e suas ideologias, nascem e morrem os homens, mas continua a permanência da mentalidade jurídica – história pesada, história lenta – penetrada nos cromossomos das gerações e escrita nas coisas.<sup>203</sup>

Tomando em apreço o pensamento jurídico moderno e continuando as reflexões empreendidas por Guido Fassò, Michel Villey sustenta que a filosofia jurídica moderna – apesar de sua considerada pobreza, se comparada à filosofia clássica – forneceu como legados à Europa: a exaltação do papel do homem, da razão e do seu agir criativo na produção do direito; a atenção ao indivíduo e de seus direitos, e também o progresso jurídico em matéria de precisão e ordem<sup>204</sup>.

Apesar disso, é de se reconhecer que o modelo medieval forneceu ao direito moderno peculiaridades que lhe caracterizam como a confiança nas forças da razão humana (laicidade) e no individualismo jurídico<sup>205</sup>.

<sup>202</sup> “*Tout ce qui est ancien a été nouveau*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 29).

<sup>203</sup> No original: “[...] *perché è il tempo degli strati profondi, del livello più stabile [...]. Avvengono le cosiddette rivoluzioni, mutano i volti dei governanti e le loro ideologie, gli uomini nascono e muiono, ma la permanenza della mentalità giuridica continua – storia pesante, storia lenta – penetrata nei cromosomi delle generazioni e scritta nelle cose*” (GROSSI, Paolo. *Storia sociale e dimensione giuridica*. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Storia sociale e dimensioni giuridica**: strumenti d’indagine e ipotesi di lavoro atti dell’incontro di studio, Firenze, aprile 26-27, 1985. Milano: Giuffrè, 1986, p. 15).

<sup>204</sup> Cf. VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. 4. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975, p. 148.

<sup>205</sup> VILLEY, 1975, p. 148. Para Villey, não se pode dizer, ter ocorrido no campo da laicidade jurídica a necessária adoção de uma visão do anti-religiosa. Afinal, vários dos filósofos jusnaturalistas – como

Segundo Fassò, o declínio da ordem jurídica medieval, ou, melhor dizendo, dos elementos característicos daquela experiência, iniciou-se em finais do século XIV, com a Escola franciscana de Oxford (de Bacon a Ockham), ao reivindicar este o valor do indivíduo no campo da doutrina jurídica. Além disso, os pensamentos de Bártolo de Sassoferrato – de reconhecer o direito à soberania das comunidades e reinos *sibi principes* – e de Marsílio de Pádua – em defesa da ideia de que a autoridade legislativa não possui base divina, mas humana – também teriam contribuído para o declínio dos elementos particularizadores do direito medieval<sup>206</sup>.

Para João Maurício Adeodato os pressupostos sociais para a moderna organização do direito são assim resumidos: (a) a pretensão de monopólio do Estado na produção de normas jurídicas, compreendido enquanto redução do direito àquilo que o Estado produz ou tolera que seja produzido; (b) a crescente importância das fontes estatais em detrimento das espontâneas e extraestatais, como o contrato e o costume jurídico, que passam a tidos como fontes complementares e subsidiárias e, (c) a relativa emancipação da ordem jurídica frente às demais ordens, a chamada diferenciação funcional<sup>207</sup>.

Nelson Saldanha enxerga a vinculação entre o legalismo e a diferenciação do direito em relação à esfera religiosa. Na modernidade secular, as vinculações às ordens divina (característica das antigas monarquias) e costumeira (própria da aristocracia feudal), são superadas com o espaço ao consensualismo e à autoridade das normas estatais<sup>208</sup>.

Enquanto no Medievo era enfatizado o papel da Escritura e do costume, no direito moderno, a lei oriunda da autoridade estatal assumiu posto central ao lado da doutrina, sobretudo nos países de tradição continental. A diferenciação das esferas normativas secular e religiosa conduziu à formulação de leis emanadas apenas pela autoridade leiga e ao formalismo jurídico, erigindo-se um direito dos juristas e não dos teólogos.

---

Locke e Pufendorf – eram também teólogos e procuravam harmonizar sua doutrina com a religião cristã. A partir do partir do século XVIII, com Espinosa, haverá uma ruptura com a ortodoxia, com o cientificismo e racionalismo a marcar o direito.

<sup>206</sup> FASSÒ, Guido. **Storia della Filosofia del Diritto**: II. La Età Moderna. Roma; Bari: Laterza, 2015, p. 7.

<sup>207</sup> ADEODATO, João Maurício. Modernidade e Direito. In: \_\_\_\_\_. **Ética e Retórica**: por uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 207-210).

<sup>208</sup> SALDANHA, Nelson. **Secularização e democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 138.

As estruturas eclesiásticas aos poucos foram absorvidas pelo corpo estatal e os juristas régios enfatizaram o papel do Estado cada vez mais forte e soberano, amparado na instância divina<sup>209</sup>. Tais processos podem ser notados sobretudo a partir Reforma Protestante e das sucessivas guerras religiosas, com o aprofundamento da distinção entre o sagrado e o profano e a confessionalização por parte dos estados beligerantes consolidada na renascida máxima *cuius regio eius religio*, utilizada na Paz de Augsburgo em 1555.

Fortalecido pelo humanismo secularizador, o Príncipe apresentou-se como capaz de enxergar a “natureza das coisas”, cristalizando sua vontade soberana na lei, instrumento capaz de expressar a vontade geral<sup>210</sup>. Frise-se que esta noção moderna de lei não teria sua legitimação social baseada em um conteúdo ou finalidade – à semelhança da vaga noção de *lex* em Santo Tomás que se mesclava no *ius* –, mas no fato de ser meramente produto formal da ação do legislador<sup>211</sup>.

A degeneração do direito comum – cada vez mais imerso em incertezas e contradições que levavam a inconveniências práticas – e a sobrevivência de costumes incompatíveis com a realidade econômica (usos) da época, igualmente marcaram o direito europeu do século XVIII, possibilitando o progresso do legalismo e a crise da pluralidade das fontes.

O jusnaturalismo moderno, dos séculos XVII e XVIII, também se apresenta como importante etapa do processo de modernização do direito, ao destacar a ideia de centralidade da produção do direito pelo e no Estado e a sua sistematização e secularização, com ênfase no direito natural. Afasta-se do velho caminho trilhado pelos pós-glosadores, do método escolástico, forjando uma ordem jurídica cuja principal referência de validade seria a razão natural da qual derivariam os direitos naturais do indivíduo.

Nesse contexto, a lei, comando posto unicamente pelo Estado, é notada como produto da razão e alçada à única ou principal fonte de obrigatoriedade jurídica, abandonando-se outras referências formais que pudessem atentar contra a estabilidade e ordenação sistemática do direito.

---

<sup>209</sup> Sobre as relações entre reafirmação da autoridade estatal a partir do século XVI e a rediscussão das questões do direito das gentes em razão de nova ordem territorial fundada no Estado, vide SCHIMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum**. Trad. Alexandre Franco de Sá, Bernardo Ferreira, José Maria Arruda e Pedro Hermílio Bôas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2014, p. 85-146.

<sup>210</sup> GROSSI, PAOLO. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 31-33, p. 93-97.

<sup>211</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 31-33.

A doutrina de abstração do elemento divino como fundamento da razão jurídica é enfatizada por Grócio no contexto de transição entre o direito natural clássico e o direito natural secularizado: o direito natural existiria ainda que se admitisse a inexistência de Deus (*etiam daremus [...] non esse Deum*)<sup>212</sup>. Há aí uma concepção de direito natural da qual são abstraídas referências ao elemento divino e aos textos revelados como meios de conhecimento. Com isso, Grócio empreende à “secularização profana da lei natural”, na expressão de Franco Todescan<sup>213</sup>. Esta tendência de fundamentar o direito na razão, tornando-se profano, racional, sistemático e subjetivista, e, pois, centrado na natureza do homem será ainda compartilhada por outros juristas como Hobbes, Pufenforf e Wolff.

O direito moderno, herdeiro do jusracionalismo, contrapõe-se, assim, às experiências do “antigo regime”: enaltece a sistematicidade, racionalidade, segurança jurídica e apoia-se no Estado, imune ao arbítrio e às tradições. Caracterizado pelo apego ao jusracionalismo e ao voluntarismo jurídico, o projeto iluminista do século XVIII opôs-se à integração com outras fontes externas ao sistema jurídico e também às interpretações dadas pela doutrina e jurisprudência das cortes enfraquecendo, com isso, a autoridade do direito romano e da tradição romano-canônica consolidada no *jus commune*<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Segundo Miguel Reale, “Grócio é um homem de transição, como que dominando duas épocas, enxertando no tronco do pensamento anterior as diretrizes do pensamento novo. O elemento novo da doutrina de nos é dado pela plena consciência que ele possui de que é autônomo o sentimento do justo, e pela idéia de que o homem é levado naturalmente a quer o que é justo, pois o justo não pode deixar de ser querido, nem mesmo por Deus” (REALE, Miguel. Hugo Grocio e sua posição na Escola do Direito Natural. In: \_\_\_\_\_. **Horizontes do Direito e da História**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 108).

<sup>213</sup> “*Il diritto naturale, com'è noto, rappresenta un'idea di antico lignaggio, che l'età greco-romana e quella medioevale avevano lasciato in legato a quel pensiero umanistico-rinascimentale che apre il cammino dal De jure belli. Tuttavia Grozio sembra ora voler liberare questo diritto naturale dall'aura sacrale di cui lo avevano progressivamente circondato Padri della Chiesa e teologi scolastici; e questo forzando in certa misura la contrapposizione con la legge divino-positiva. Il diritto naturale groziano abbandona infatti i residui volontaristici presenti nei due generi di leggi precedentemente esaminati*” (TODESCAN, Franco. **Le radici teologiche del giusnaturalismo laico: il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico del sec. XVII**. Padova: CEDAM, 2014, p. 115-116).

<sup>214</sup> Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 45-52 e DEZZA, Ettore. **Lezioni di storia della codificazione civile: Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)**. 2.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 7 et seq. A respeito das conexões entre jusracionalismo e iluminismo, Wieacker esclarece que “ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos direitos de magia, da tortura e das penas corporais” (WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 354).

A lei, máxima expressão da vontade do Estado, encontrou seu ápice de sistematização racional nos grandes trabalhos de codificação, fomentados pelos soberanos “iluminados” dos finais do século XVIII e início do século XIX. Afastado da antiga acepção de *códex*, a palavra “código” remete à ideia de estabilização do instável: algo completo, unitário, exclusivo.

As relações entre jusracionalismo e iluminismo deram ensejo à primeira leva de codificações, cujo propósito inovador era o de realizar “uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica”<sup>215</sup>. Os déspotas esclarecidos, na virada do século XVIII para o século XIX, se utilizaram da doutrina jusnaturalista para obter a redução da “irracionalidade” do direito como alcance da “felicidade dos povos” através da vontade racional contida em lei. A codificação pareceu-lhes, assim, capaz de coordenar e estabilizar o direito, eliminando-lhe as obscuridades existentes, tornando-o mais consentâneo à razão ordenadora do mundo criado<sup>216</sup>.

De acordo com Wieacker, os códigos jusnaturalistas do século XVIII são resultado de uma “transformação revolucionária”, lançando-se como “pré-projetos de futuro melhor”. Opõem-se à tradição e se lançam como sinônimos de produtos modernizadores, não se constituindo em fruto de uma tradição especializada – de juristas ou das faculdades de direito – mas de grupos políticos constituídos no entorno de estadistas experientes<sup>217</sup>. Também se destaca nestes códigos o utilitarismo secular, ao serem recusados os fins espirituais do direito, centrando-se em propósitos terrenos, em contraste com as fontes canônicas medievais<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 366.

<sup>216</sup> Cf. FASSÒ, Guido. **Storia della Filosofia del Diritto**: III. Ottocento e Novecento. Roma; Bari: Laterza, 2015, p. 6. Cite-se, por exemplo, entre as codificações de inspiração iluminista, o prussiano *Allgemeines Landrecht* (Código Fredericiano) de 1794 e o *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* da Áustria sob Maria Teresa, de 1812. Este foi considerado por Wieacker, “um código excelente”. Sua influência externa, contudo, foi superada pelo sucesso do Código Civil dos franceses, “em contrapartida, no seu domínio territorial de origem, este mostrou a sua tenaz resistência, tanto aquando da anexação da Áustria pela Alemanha nazi de 1938, como em relação aos estados herdeiros do império austro-húngaro até à actualidade” (WIEACKER, op. cit., 385-386). Destaque-se, ainda, que o ABGB permaneceu em vigor em vários territórios italianos que formariam, após a I Grande Guerra, a região de Trentino-Alto Adige e a Veneza Giulia (cf. DEZZA, Ettore. **Lezioni di storia della codificazione civile**: Il Code Civil (1804) e l’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812). 2.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 157).

<sup>217</sup> Cf. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 367-368.

<sup>218</sup> VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. 4. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975, p. 151.

### 3.2.2 Direito e secularização

O fenômeno da secularização é usualmente explicado, em termos reducionistas, como o trânsito do “sacral” ao “profano”. Seria um processo típico da modernidade pelo qual o mundo se torna “autônomo” em relação ao dado teológico. Enquanto experiência isolada, pode-se identificá-la em vários contextos na história, por se tratar, na expressão de Nelson Saldanha, de um processo de “passagem (gradativa) de contextos dominados pelo padrão teológico (instituições, valores, linguagem) para contextos marcados pelo espírito ‘leigo’, racional e latentemente crítico”<sup>219</sup>.

O conceito de secularização é resultado da confluência de várias experiências historicamente situadas: como a resultante dos câmbios entre o cristianismo e a herança greco-romana antecedente – com a distinção entre clérigos e leigos –, assim como a diferenciação medieval entre os domínios espiritual e político, cujo adensamento radical se firmará com a Revolução Francesa<sup>220</sup>.

Investigando as raízes etimológicas do termo, tem-se que, no latim clássico, *saeculum* remete à ideia de porção temporal definida: “era”, “tempo”, “geração”. Por volta dos séculos III e IV, passa a ser tido como expressão do mundo criado, suscetível a mudanças, porque presente no tempo<sup>221</sup>. As coisas seculares, assim, seriam as transeuntes, alusivas às realidades terrenas; as pessoas seculares, aquelas não consagradas à vida eclesiástica, religiosa.

O sentido primitivo de “século” e a transmutação deste em expressão designativa de um ato jurídico-político, “secularização”, evidencia que esta é uma daquelas categorias que passam a deixar de exigir tradução atualizada tendo em vista

<sup>219</sup> SALDANHA, Nelson. **Secularização e democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

<sup>220</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**: secularização, laicidade e religião civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.p. 48-49.

<sup>221</sup> “Relembre-se que no cristianismo, a palavra *saeculum* foi aplicada na *Vulgata* (São Jerônimo) para traduzir *kósmos* numa acepção negativa: o ‘momento presente’, este ‘século’, em oposição a eternidade, ao futuro – o ‘reino’ prometido por Deus. Por isso, ela virá a ser utilizada para caracterizar o mundo dos pagãos e para exprimir o gradual desfasamento, no interior do cristianismo, de duas categorias: a dos clérigos e a dos crentes” (CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**: secularização, laicidade e religião civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 49).

que os sentidos a si agregados ao longo dos tempos e em diversos campos, aproximam-se da experiência presente<sup>222</sup>.

Em acepção jurídica, secularização (*saecularisatio*) é expressão utilizada no direito canônico para designar a passagem de uma pessoa do clero regular para o clero secular (*transitus de regularis a canonicus*); isto, é, uma vez adscrito o clérigo em ordem religiosa pela profissão de votos, compromete-se ele a observar os conselhos evangélicos e viver sob regra regente da sua vida e de seus confrades, por estarem todos “fora” do mundo, fora do *século*.

Ao pretender assumir a vida clerical fora da regra de seu instituto religioso, o monge obtém, por indulto, a dispensa de seus votos e promessas e a passagem ao clero “secular”, isto é, àquele clero que está *no mundo* (processo de secularização).

Despojado de seu hábito de religioso e demais símbolos próprios da regra que um dia prometeu obedecer, o ato canônico de secularização conduz o clérigo a uma nova condição *no mundo*. Nesta acepção canônica reside o núcleo conceitual inequívoco de secularização, que permanece até o presente no direito canônico<sup>223</sup>.

O sentido de secularização se ampliou no século XVII com a *Paz de Westfália*, designando a passagem de bens dos domínios da Igreja Católica para os dos príncipes ou das igrejas reformadas. Embora esta prática já ocorresse desde o Medievo, a novidade no contexto setecentista residiu no uso do termo pelo legado francês incumbido de mediar as negociações de paz de Münster e Osnabrück a fim de pôr termo à Guerra dos Trinta Anos<sup>224</sup>.

No século XVIII, este mesmo sentido serviu para assinalar a medida política de expropriação dos bens eclesiásticos pelos soberanos ilustrados. Esta ação, mesmo

---

<sup>222</sup> Nesse sentido, não se pode deixar de citar as importantes contribuições de Koselleck por meio de seu projeto intelectual (História dos Conceitos) *Begriffsgechichte*, cujo principal escopo é o de refletir a respeito das relações entre a história dos conceitos e sua vinculação a campos da reflexão histórica. Ao lado de Koselleck, destacam-se também no exercício da *Begriffsgechichte* Hermann Lübbe e Hans Blumenberg. Lübbe produziu em 1965 um destacado trabalho no campo da história do conceito de secularização, até hoje considerado o contributo mais importante na área (LÜBBE, Hermann. *Säkularisierung: Geschichte eines ideenpolitischen Begriffs*. Freiburg: Alber, 1965).

<sup>223</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Aceleración, Prognosis y Secularización**. Valencia: Pre-Textos, 2003, p. 41-43. Vale salientar que este processo é relativo a todos os que, por votos, ingressaram em instituto religioso, de modo que pode ser realizado também pelos religiosos professos não-clérigos (ex.: monges e freiras). O vigente Código de Direito Canônico cuida da matéria no Capítulo VI do Título II, Parte III, intitulado: “Da separação dos membros do Instituto” (cânones 686 a 693).

<sup>224</sup> “*En la situación concreta de la guerra de los Treinta Años, esta designación tenía ciertamente un acento antiprotestante. Se quería impedir a los señores territoriales protestantes lo que ellos mismos llamaban ‘Reforma’: la continua confiscación de bienes de la Iglesia católica. Mediante la Paz de Westfalia se produjo sobre el suelo del Imperio alemán una situación global de tablas que fijaba rigidamente las cuotas de propiedad eclesiástica y secular.*” (KOSELLECK, Reinhart. **Aceleración, Prognosis y Secularización**. Valencia: Pre-Textos, 2003, p. 42).

em estados católicos, foi realizada em contrariedade às antigas disposições procedimentais previstas no *Corpus Iuris Canonici*. Destaca-se, nesse sentido, o proceder dos revolucionários franceses logo nos primeiros dias pós-revolucionários, ao empreenderem o confisco dos bens do clero para saldar o déficit nacional, opondo, com isso, radical e concretamente, o secular ao temporal.

A partir da Revolução Francesa, o sentido metafórico da secularização se expandiu. Os conceitos jurídico-canônico e jurídico-político, ao lado de outros como “emancipação” e “progresso”, converteram-se nos noventa em categoria hermenêutica da filosofia da história, que tentava explicar historicamente a sociedade moderna<sup>225</sup>. Isto repercutiu decisivamente para a redefinição da visão da história, afastando-a da linearidade pautada em uma escatologia cristã e, com a *secularização do mundo*, fundá-la em certa linearidade intramundana, como sugerido, com particularidades próprias, pelas escolas marxistas e positivistas.

Ao tratar do “desencantamento do mundo”, – expressão designativa, em termos reducionistas, do fenômeno que implica na perda de valor dos fundamentos religiosos e metafísicos como explicativos da realidade –, Max Weber disse que o produto final da era moderna seria o racionalismo, o individualismo e a lei sistematizada. O direito moderno, nesse contexto, teria como ponto de partida o elemento sacral e como ponto de chegada a dessacralização. Para ele, apenas no Ocidente a racionalidade jurídica se desenvolveu a ponto de se cogitar a atribuição do qualificativo “moderno” à ordem jurídica. O direito materialmente irracional é aquele para cuja produção e aplicação não há recurso a meios racionalmente controlados (como nos ordálios e consultas a oráculos), diferente do direito racional, cuja decisão é determinada por normas gerais formalmente estabelecidas<sup>226</sup>.

Weber considerou a racionalização jurídica pela generalização e a sistematização do direito como as qualidades formais do direito ocidental moderno. Pela generalização, reduzem-se as razões determinantes da solução dos problemas

---

<sup>225</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Aceleración, Prognosis y Secularización**. Valencia: Pre-Textos, 2003, p. 45. Giacomo Marramao, no mesmo sentido destaca que no início do século XIX, secularização sobre uma dilatação semântica passando a uma “categoria genealógica” que conteria o em si o sentido evolutivo da sociedade ocidental moderna: “seja em Tönnies ou em Weber – embora com acentuações profundamente diversas – ‘secularização’ indica a passagem da época da comunidade à época da sociedade, de um vínculo fundado na obrigação a um vínculo fundado no contrato, da ‘vontade substancial’ à ‘vontade eletiva’” (MARRAMAIO, Giacomo. **Poder e secularização**: as categorias do tempo. São Paulo: Unesp, 1995. p. 29-30).

<sup>226</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 13.

jurídicos a certas disposições normativas, após a uma prévia análise dos fatos com o propósito de encontrar os elementos que interessem à formação do juízo jurídico. A sistematização do direito consiste, por seu turno, no “inter-relacionamento de todas as disposições jurídicas obtidas mediante a análise, de tal modo que formem entre si um sistema de regras logicamente claro, internamente consistente e, sobretudo, em princípio, sem lacunas”<sup>227</sup>.

A racionalidade do direito seria alcançável pela passagem nas seguintes etapas teoricamente consideradas:

a revelação carismática do direito através de “*profetas jurídicos*”; - por meio da criação e aplicação empírica do direito por *honorarios* jurídicos (criação de direito cautelar e de direito baseado em precedentes) -, à imposição do direito pelo *imperium* profano e por poderes teocráticos e, por fim, ao direito sistematicamente estatuído e à “justiça” aplicada profissionalmente, na base de uma formação literária e formal lógica, por juristas doutos (juristas especializados).<sup>228</sup>

Ao analisar a realidade histórica, adverte Weber, não se vislumbra necessária observância desta ordem de racionalidade, tampouco da existência de todas estas etapas no Ocidente. As formas e graus de racionalização do direito não seriam lineares, mas variadas e condicionadas a vários outros aspectos como às relações de poder políticas e aquelas entre as autoridades teocráticas e profanas, de modo que podem-se admitir níveis de modernização do direito<sup>229</sup>. Dentre todas as áreas jurídicas, o direito civil destacar-se-ia como aquela em que há maior penetração do “direito sacro”: quer se considere diferentes espaços geográficos – na China, na Índia, em Roma, no direito islâmico, hebraico e canônico – quer os distintos campos

---

<sup>227</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 12.

<sup>228</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 144.

<sup>229</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 144.

do conhecimento juscivilístico como o direito contratual, testamentário, probatório e matrimonial<sup>230</sup>.

A trajetória da racionalização jurídica é, portanto, sob a ótica weberiana, dinâmica e processual. A secularização passa, assim, a ser entendida como um processo atrelado à racionalização que acarreta na redução do papel da religião na sociedade moderna.

### 3.2.3 Estado e fenômeno religioso: do regalismo à laicização

Após a fragilização da ideia de *Respublica Christiana*, começou a ser formulada na Europa a consciência de nacionalidade e de estados independentes. Inspirada na doutrina de Marsílio de Pádua contida no *Defensor Pacis*<sup>231</sup>, a intervenção do poder civil em assuntos eclesiásticos, quer direta (*ius in sacra*), quer indiretamente (*ius circa sacra*), lastreia-se na ideia de que a Igreja está presente no Estado (*Ecclesia in statu est*)<sup>232</sup>. À política fundada nesta ideia intervencionista, que fortalece o poder temporal em matérias eclesiásticas, dá-se o nome de regalismo.

Próprio do regime relacional entre confissões religiosas e o Estado, o regalismo caracteriza-se pela união entre o poder religioso e o poder político, com

<sup>230</sup> Cf. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 105-116. Para Weber, o direito canônico ocupa uma posição especial em relação aos demais direitos sagrados pelo seu maior desenvolvimento racional e formal ao distinguir claramente o âmbito sagrado do profano desde o seu início. O caráter racional do direito canônico teria decorrido da necessidade da Igreja se relacionar com os poderes profanos, amparando-se nas concepções de direito natural do estoicismo, nas tradições racionais do direito romano e, no início da Idade Média, nos componentes mais formais do direito germânico (Idem, p. 115).

<sup>231</sup> Na obra *Defensor Pacis* (1324), de autoria duvidosa – se da pena de Marsílio de Pádua ou de João de Jandum –, são sustentadas teses que enfatizavam o poder temporal dos príncipes sobre a autoridade religiosa, sustentando a soberania do povo e da lei civil em detrimento do poder papal. A obra, expressão do regalismo extremo, teve vários trechos censurados pelos Papas Bento XII e Clemente VI (cf. DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünemann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: *Paulinas*; Loyola, 2007, p. 316). Identifica-se no trabalho de Marsílio de Pádua uma elucubração filosófica de fundo secularizante. No trabalho *Defensor minor*, escrito por Marsílio para justificar o poder do Imperador Luís IV, o Bávaro, de julgar a causa matrimonial de João da Morávia e Margarida de Tirol, conclui aquele que ao príncipe cabe o poder de não apenas julgar a causa como conceder a dispensa de impedimento matrimonial por consanguinidade pretendida por Margarida para se casar com Luís de Brandemburgo.

<sup>232</sup> LLANO CIFUENTES, Rafael. **Relações entre a Igreja e o Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 69.

ascendência deste último, no entanto. O regalismo foi adotado em diferentes graus tanto pelas monarquias absolutistas dos séculos XVII e XVIII, como também por algumas monarquias constitucionais do século XIX, antes destas admitirem princípio da liberdade religiosa<sup>233</sup>.

Conquanto partilhe com o cesaropapismo o atributo de ascendência do poder político sobre o religioso, inexistente no regalismo a completa identificação entre o Estado e a Religião. Deve-se notar, ainda, nem sempre ser possível identificar com clareza tal diferenciação nos Estados modernos a partir do Renascimento e da Reforma Protestante, pois, como bem destacou Jorge Miranda, a concretização da laicidade do Estado demorou a se processar em alguns países europeus, além do que, em muitos destes, tanto por monarquias católicas como por protestantes<sup>234</sup>, o regime de regalismo foi adotado com tonalidades mais ou menos acentuadas.

O regalismo manifesta-se por diversas instituições como o padroado, o beneplácito (ou *exequatur*) e os recursos de força. O direito de padroado consiste no conjunto de privilégios concedidos pela Igreja a certos benfeitores e seus sucessores, destacando-se o direito de apresentação, isto é, o de indicar nomes para o exercício de certos ofícios eclesiásticos. Pelo beneplácito, obtém-se do Estado o assentimento para que normas eclesiásticas externas possam vigorar em determinada região, consistindo em importante instituição na história das relações entre a Igreja e o Estado, na Espanha, Portugal, França e mesmo no Brasil. Os recursos de força, por fim, consistem em insurgências apresentadas ao poder civil contra eventuais abusos ou desvios de tribunais e autoridades eclesiásticas<sup>235</sup>.

A pretexto de proteger a religião, com fundamento no regalismo, o Estado a mantinha subordinada, imiscuindo-se em não poucos assuntos tradicionalmente de sua alçada, assim como em outros relativos à sua organização interna.

Na França, por exemplo, a partir do século XVII, o governo procurou se justificar, fundado na “razão de Estado”, valendo-se de procedimentos de pacificação civil que passaram pela afirmação da legitimidade própria de sua autoridade sobre as

---

<sup>233</sup> MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito (Coords.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 107-110.

<sup>234</sup> MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito (Coords.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, p. 107-110.

<sup>235</sup> LLANO CIFUENTES, Rafael. **Relações entre a Igreja e o Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 69-71.

igrejas, inicialmente, baseada em mandato divino e, posteriormente, na soberania popular<sup>236</sup>.

Soberanos fiéis a tais tendências, submeteram à alçada do Estado certas matérias pertencentes à dogmática teológica, imiscuindo-se em âmbitos de tradicional competência eclesiástica visando a instaurar uma nova ordem política. Exemplos de experiências fundadas em doutrinas políticas dessa natureza vistas em vários países católicos europeus são o galicanismo e suas variantes o febronianismo e o josefismo.

O galicanismo caracterizou-se, em suma, pela extremada defesa da restrição do poder papal em favor da superioridade das decisões do agrupamento de bispos em concílios gerais (conciliarismo). Essa doutrina, desenvolvida nos Concílios de Constança (1414-1418) e de Basileia (1431-1445), foi condenada pelo Papa Pio II através da Bula *Execrabilis* em 1449. Apesar de ratificada a supremacia das decisões papais sobre os concílios também por Leão X, pela Bula *Pastor Aeternus* de 1516, consolidou-se no século XVII, em torno do absolutismo de Luís XIV, o Rei-Sol, a ideia de um nacionalismo eclesiástico. A questão sobre os poderes de nomeação de bispos pelo rei foi discutida em assembleia dos bispos franceses celebrada entre 1681 e 1682. Os prelados, subservientes ao monarca, aprovaram a "Declaração da Igreja Galicana", redigida pelo então Bispo de Meaux, Jacques Bossuet, um conjunto de quatro artigos em que são sintetizados os fundamentos da doutrina galicana, dentre os quais o que estabelece que "os reis e os príncipes, portanto, segundo a ordem estabelecida por Deus, não podem ser submetidos, nas coisas temporais, a nenhum poder eclesiástico e não podem ser depostos direta ou indiretamente em virtude das chaves da Igreja [...]"<sup>237</sup>.

O febronianismo foi uma doutrina de caráter político-eclesiástico, estabelecida na cidade de Trier no século XVIII, por Johann Nikolaus von Hontheim, de pseudônimo Febronius. A doutrina febroniana, inspirada em princípios galicanos, negava a constituição monárquica da Igreja centrada na figura do Papa, em prol de uma estrutura conciliarista. Recusa-se, ainda, o direito papal de interferir nas igrejas nacionais, que deveriam estar submetidas à jurisdição do Estado. A doutrina febroniana foi condenada em 1764 por Clemente XIII, embora posteriormente tenha

<sup>236</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**: secularização, laicidade e religião civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 229.

<sup>237</sup> DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: Paulinas; Loyola, 2007, p. 521.

influenciado muitos governantes e sido acolhida por canonistas e teólogos favoráveis à estrutura conciliarista das igrejas nacionais.

Dá-se o nome de josefismo ou josefinismo à teoria política introduzida no governo de José II, entre 1765 e 1790 nos territórios dos Habsburgos, a partir da qual foram empreendidas profundas reformas nas relações com a Igreja Católica, seguindo uma diretriz de intervenção estatal em assuntos externos desta, a pretexto de promoção do bem público. A Igreja foi tida como uma espécie de agência moral do Estado, o qual era responsável o suporte financeiro dos ministros eclesiásticos, considerados também como funcionários estatais e aos quais eram cometidas as funções de registradores de nascimentos, mortes e casamentos. As medidas reformistas de José II foram adotadas autonomamente, sem qualquer consideração às ordens da Sé Romana, fortalecendo uma igreja local independente.

Como ressalta Fernando Catroga, nos locais onde o princípio *cujus regio eius religio* prevaleceu, as experiências formuladoras de uma religião subordinada ao Soberano e ao Estado-Nação, lastreadas na concepção regalista de sacralidade do poder régio, produziram, paradoxalmente, a relativa autonomia da política em relação à esfera espiritual<sup>238</sup>.

Isso, no entanto, não pode ser entendido como um abandono do sacral em prol de um racionalismo estéril: as formas “sacrais” religiosas serão substituídas por outras miticamente civis. Corroborando com tal reflexão, Fernando Catroga assinala que “por mais racionalistas que fossem os argumentos, a luta pela vitória da laicidade também foi, em última análise, um combate de *‘foi contre foi: ou la foi religieuse, ou la foi civique’*”<sup>239</sup>.

Em trabalho divulgado nos anos de 1980, Jean Carbonnier registrava que àquela época na França preferia-se fazer o uso de *laïcisation*, em detrimento do termo *sécularisation*, de influência americana, tomando em seu trabalho *laïcité* como sinônimo de secularização.

Reputada conceito afim da secularização, laicização (laicidade) provém de *laico*, *leigo*, que, por sua vez, derivam do grego λαϊκός, de λάος (povo), apresentando

---

<sup>238</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**: secularização, laicidade e religião civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 229.

<sup>239</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**: secularização, laicidade e religião civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 269.

uma acepção oposta ao clerical, religioso<sup>240</sup>. Consiste em sentido eclesiológico, na porção dos cristãos que não fazem parte do clero e, no sentido canônico, laicização, à semelhança de secularização, designa a passagem (ou redução) de clérigos à condição de leigos.

Na França, o termo laicidade assumiu uma conotação anticlerical, sobretudo no contexto das questões educacionais do início do século XX, quando os colégios que pertenciam a congregações religiosas passaram a ser escolas públicas, proibindo-se a instrução religiosa e a declaração da laicidade da escola pública como um direito essencial e inviolável. Com efeito, o termo “laicidade” (*laïcité*) é anacrônico, só aparecendo na França no final do século XIX, sendo sequer mencionada na moderada Lei de Separação francesa de 1905, que pôs fim ao conflito entre a Igreja Católica e a III República francesa.

Apoiado em Jean Baubérot, Catroga distingue secularização e laicidade: ao passo que a secularização diz respeito à progressiva perda da pertinência social da religião nas várias esferas socioculturais, sendo, portanto, um fenômeno de longa duração, a laicização estaria adstrita aos vínculos entre a religião e certas instituições sociais, jurídicas e políticas<sup>241</sup>. Frise-se que a laicização já foi tida como o resultado final da secularização, uma visão hostil do poder secular a respeito das prerrogativas de que gozava a Igreja na sociedade europeia, marcando mais fortemente as esferas de atuação dos poderes temporal e espiritual, confinando-se este cada vez mais em um domínio puramente religioso<sup>242</sup>.

### 3.3 O jusracionalismo e a dessacralização do direito matrimonial

Embora tenha consolidado juridicamente a doutrina da sacramentalidade do matrimônio, o Concílio de Trento não enfrentou o tema da separabilidade entre

---

<sup>240</sup> Carbonnier registrava em trabalho escrito na década de 1980 que àquela época na França preferia-se fazer o uso de *laïcisation*, em detrimento de *sécularisation*, de influência americana. O autor toma em seu trabalho *laïcité* como sinônimo de secularização (cf. CARBONNIER, Jean. *La sécularisation du droit civil par le Code Civil des Français*. In: VALLAURI, Luigi Lombardi; DILCHER, Gerhard. **Cristianesimo Secolarizzazione e Diritto Moderno**. Milano: Giuffrè, 1981, p. 1007).

<sup>241</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 275.

<sup>242</sup> LAICIZATION. In: The Catholic Encyclopedia. Disponível em: <<http://www.newadvent.org/cathen/08744a.htm>>. Acesso em 10 out. 2017.

contrato e sacramento. O assunto, porém, tornou-se central nas discussões de teólogos e juristas quanto aos limites e competências dos poderes secular e eclesiástico quanto à disciplina e jurisdição do casamento.

Após o Concílio de Trento alguns teólogos católicos, como Belarmino e Sánchez, ressaltaram o reconhecimento do caráter civil do casamento ao lado de sua feição sacramental, embora tenham sempre afirmado uma visão unitária a respeito do matrimônio.

São Roberto Belarmino, na obra *Disputationes de controversiis christianae fidei*, expôs que o Estado teria o poder legislar a respeito do matrimônio por ser este um contrato “entre seres humanos”. Sendo o matrimônio dos cristãos um sacramento, ele dependeria da realidade humana antecedente: o contrato civil. O Estado poderia estabelecer requisitos de validade para o matrimônio, se a Igreja anuísse, mas possuía autoridade para reger diretamente seus aspectos sociais e patrimoniais concernentes<sup>243</sup>. À Igreja, por sua vez, restaria a exclusiva autoridade sobre os aspectos puramente espirituais. Em relação às consequências a um só tempo espirituais e temporais – como os impedimentos e as separações – o Estado teria autoridade subsidiariamente vinculada à autorização da Igreja<sup>244</sup>.

Para Tomás Sánchez de Ávila, o Estado possuiria o direito de tomar decisões em matéria matrimonial tanto como o Papa. O contrato civil seria matéria do sacramento e, portanto, era pressuposto para a elevação à realidade espiritual. Os impedimentos ao contrato civil poderiam ser estabelecidos pelo Estado desde que se baseassem no direito natural e o poder papal estaria adstrito apenas à realidade sacramental, que exigia prévio e válido contrato civil. No entanto, para Sánchez, os requisitos de validade do sacramento seriam estabelecidos pela Igreja, o que deveria ser observado pelos príncipes cristãos. Os não-cristãos, contudo, estariam

---

<sup>243</sup> “*Si Matrimonium esset solum contractus ciuilib, possent sine dubio politici Principes impedimenta constituere, personas legitimas, vel illegitimas efficiendo, sicut etiam fecerunt saepe Imperatores, praesertim Ethnici, ut paret ff. De ritu nuptiarum & C. ad legem Iuliam de adulterijs; vbi sunt multae leges de contractu Matrimonij. Tamen quia nunc apud Christianos Matrimonium est Sacramentum, & ex contractu illo ciuili Sacramentum Ecclesiae pendet, & Sacramentorum dispensatio ad Ecclesiam pertinet; ideo potestas impedimenta Matrimonij constituendi, maxime proprie ad Principem Ecclesiasticum pertinet. Ad politum autem non pertinet, nisi cum consensu, & subordinationem ad Principem Ecclesiasticum: non enim eadem potestas ad duo diuersa tribunalia aequae & immediate, & proprie pertinere potest.*” (BELLARMINI, Roberti. **Disputationes de controversiis christianae fidei**. t. 3. Parisiis: Ex officinis Tri-Adelphorum Bibliopolarum, 1608, p. 1381).

<sup>244</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 289.

evidentemente livres de observar as prescrições eclesiásticas, de modo que seus casamentos seriam todos apenas como contrato civil<sup>245</sup>.

A Reforma Protestante, que incitou a Contrarreforma católica, também forneceu significativas contribuições para o desenvolvimento da teoria do direito matrimonial secularizado, na qual a realidade natural resultante da troca de consentimentos (contrato) é desvinculada de quaisquer efeitos sobrenaturais.

Nos países protestantes, apesar da negação da sacramentalidade do casamento, sua secularização vai se processando paulatinamente: o casamento continua a ser assunto das comunidades cristãs, mas estas se vinculam à religião do Estado.

Com o aumento da influência da doutrina do jusracionalismo no século XVII, o casamento protestante passou a ser reconhecido não apenas enquanto uma instituição sagrada (não sacramental, diga-se de passagem<sup>246</sup>), como também pertencente à ordem civil, o que justifica o incremento na produção de leis estatais acerca de assuntos matrimoniais nos séculos XVII e XVIII e, por conseguinte, a grande perda do poder legislativo e judiciário da Igreja em tais assuntos.

No século XVII, a reflexão dogmática a respeito do matrimônio deixou de ser assunto de interesse exclusivo de teólogos, sendo tratado também por juristas, sobretudo os jusracionalistas, constituindo-se o direito matrimonial em relação aos seus fundamentos cristãos medievais, uma “das mais melindrosas pedras de toque da particular natureza da vigência do *jus naturale* em face do *jus divinum* como do *jus civile*”<sup>247</sup>.

Richelieu foi um dos primeiros a afirmar, com relevantes efeitos práticos, a jurisdição civil sobre o matrimônio, ao diferenciar “anulação do casamento”, relativa ao sacramento, e a declaração da invalidade do vínculo, como contrato, por ocasião

---

<sup>245</sup> SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio**. Petrópolis: Vozes, 1969, p. 289.

<sup>246</sup> “Nevertheless, the Lutheran marriage was not a sacrament since, unlike baptism and the Lord’s Supper, it was not intended to be an effective symbol of divine grace and of membership in the heavenly kingdom but was essentially, in Luther’s words, ‘an outward, physical, and secular station.’ If, owing to human sinfulness, one spouse betrayed his or her promise of fidelity by committing adultery or by desertion, the marriage—under Lutheran marriage law, and contrary to Roman Catholic marriage law—could be dissolved. At the same time, however, whereas the Roman Catholic concept of marriage placed it at a lower level of spirituality than priestly celibacy, the Lutheran concept raised it to the level of a sacred calling, instituted by God as the foundation of the family, which in turn was one of the three divinely instituted estates.” (BERMAN, Harold. **Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the western legal tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 184).

<sup>247</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 335.

da disputa a respeito da competência jurisdicional para conhecer e julgar a causa de nulidade do matrimônio entre Gastão de Orleães e Margarida de Lorena. Naquela ocasião, o rei Luís XIII atribuiu ao poder civil (Parlamento de Paris) a incumbência de decidir a respeito da causa de nulidade do casamento de seu irmão Gastão, que se casara sem o consentimento real, como exigido no Antigo Regime. Em 1634 o Parlamento reconheceu a nulidade, sob protestos do Papa contra Richelieu e o Rei, por entender ter havido, na hipótese, a invasão da jurisdição eclesiástica.

Sendo o matrimônio contrato e sacramento, a afirmada preexistência do contrato natural fundamentaria a regência de sua dimensão consensual pelo poder civil, enquanto que restaria a dimensão sacramental adstrita aos foros eclesiásticos. Em havendo violação à lei civil, tratar-se-ia de contrato nulo e, não havendo sacramento, já que a sua matéria é o contrato.

A visão natural do contrato de casamento encontra-se também presente nos trabalhos de vários filósofos jusnaturalistas. Para Hugo Grócio, ainda que os direitos locais dissessem o contrário, não se poderia proibir a poligamia, o concubinato e o divórcio, porquanto o casamento teria como fundamento natural a coincidência de vontades dos cônjuges. Para o jurista de Delft, o casamento nem seria corporação, tampouco contrato, mas uma associação geradora de direitos *in persona*<sup>248</sup>.

Os impedimentos matrimoniais, em grande parte, não encontrariam fundamento no direito natural, como a já citada poligamia e o consentimento paternal. No entanto, a capacidade racional dos nubentes, a emancipação da mulher em relação ao poder parental – pressuposto necessário à sua submissão ao poder do marido – assim como a poliandria, seriam condenáveis à luz das leis da natureza<sup>249</sup>.

Hobbes, em “O Cidadão” (*De cives*), de 1642, baseado na teoria do consensualismo adotada pelo direito canônico e nas pregações luteranas a respeito da temporalidade do matrimônio, ao tratar da necessidade de definição do sentido específico de adultério pelas leis civis, asseverou que, apesar de existir uma noção natural de adultério, caberia às leis civis qualificá-lo. Assim, o que é considerado casamento em uma sociedade, pode ser rotulado como adultério em outra. A legitimidade jurídica do casamento resultaria, portanto, não das formalidades

---

<sup>248</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 335.

<sup>249</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 336.

sacramentais, mas da lei civil, que confere força ao contrato natural de matrimônio<sup>250</sup>. Neste ponto, Hobbes redige uma nota afirmando:

Não é meu propósito discutir se o matrimônio é ou não um sacramento, no sentido em que essa palavra é utilizada por alguns teólogos. Apenas afirmo que o contrato legítimo de um homem e de uma mulher no sentido de viverem juntos – legítimo porque reconhecido pela lei civil –, seguramente constitui um casamento legítimo, pouco importando que este seja, ou não, um sacramento; mas aquela copulação que a cidade proibiu não constitui um casamento, já que pertence à essência do casamento ser um contrato legítimo.<sup>251</sup>

Evidencia-se na observação hobbesiana a cisão entre os efeitos civis resultantes do casamento, decorrentes de uma união (contrato natural) legitimada pela lei civil, dos efeitos sacramentais, sobre cuja existência – negada pelos protestantes e afirmada pelos católicos – abstém-se de discutir. Para Hattenhauer, há nesta observação de Hobbes o nascimento da teoria contratual do matrimônio de conteúdo jusracionalista. Segundo a hobbesiana teoria social secularizada, o matrimônio – a mais básica unidade social – não encontraria o seu fundamento jurídico-social na instância sacramental, da mesma forma que o Estado – que se baseia no contrato social e não se constitui instituição divina.<sup>252</sup>

A grociana secularização do matrimônio como sociedade natural sujeita à disciplina civil também foi seguida por Pufendorf, com influxos da segunda escolástica, que empreendeu a substituição da distinção entre contrato e sacramento por aquela entre contrato e instituição<sup>253</sup>. Cem anos depois de Hobbes, o racionalista Christian Wolff defendeu que os direitos e obrigações dos cônjuges resultam do contrato sobre o qual se assenta o casamento. A liberdade no matrimônio tanto existe para a união como para fazer cessar as obrigações mútuas que dele derivam<sup>254</sup>.

<sup>250</sup> Cf. HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 112-113 e 147.

<sup>251</sup> HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 374-375. Trata-se, precisamente, de nota relativa ao capítulo VI, 16, intitulado “Somente pelas leis da cidade é que conhecemos o que são o roubo, o homicídio, o adultério e a injúria”.

<sup>252</sup> HATTENHAUER, Hans. **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Ariel Derecho, 1987, p. 137.

<sup>253</sup> FANTAPPIÉ, Carlo. **Chiesa romana e modernità giuridica**. t. 1. Milano: Giuffrè, 2008, p. 459.

<sup>254</sup> HATTENHAUER, Hans. **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Ariel Derecho, 1987, p. 137.

O jusracionalismo, novel versão da filosofia social já presente na antiga tradição ocidental, conectou-se ao iluminismo, projeto filosófico que realizou uma ruptura moral e religiosa, formulando um racionalismo ético secular com profundos impactos no direito europeu.

A teoria secularizada jusnaturalista do matrimônio foi refletida na legislação sistematizada segundo as inspirações de fundo iluminista, inclusive em países católicos marcados pelo absolutismo regalista. Com efeito, as estreitas relações entre o Estado e a Igreja fizeram com que esta fosse vista aos olhos de grande parte da população como uma agência de controle social.

Os territórios italianos da Áustria em 1781 assim como em 1784 na parte austríaca dos Países Baixos (futura Bélgica), regiões nas quais, antes da Revolução Francesa, são adotadas medidas de secularização do casamento, contudo, com influxo de ideias iluministas. A tradicional disciplina do matrimônio canônico estava às portas de uma profunda crise.

Para Jemolo, o casamento civil dos Estados modernos foi introduzido primeiramente na Inglaterra de Cromwell em 1653 e nos Países Baixos em 1580, ambas regiões protestantes. Neste país, o casamento civil foi adotado como meio de regular a situação dos dissidentes religiosos em minoria, que não dispunham de organização suficiente para que fosse atribuído pelo Estado aos seus ministros a faculdade de celebrar cerimônias religiosas com efeitos civis<sup>255</sup>.

Na segunda metade do século XVIII, a concepção secular de casamento aparece em países católicos, como no Reino de Nápoles, em 1767, e em 1786 na Toscana<sup>256</sup>. O direito comum da Prússia, de 1794, procurou realizar uma síntese entre as concepções protestantes de raiz patriarcal e a teoria ilustrada do matrimônio, rechaçando a doutrina católica da procriação como finalidade do matrimônio, mantendo apenas como fim a assistência mútua.

---

<sup>255</sup> Cf. JEMOLO, Arturo Carlo. **El Matrimonio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 23. A respeito de aspectos históricos do casamento no *common law*, veja-se MARTINEZ-TORRON, Javier. **Derecho Angloamericano y Derecho Canonico**: las raíces canónicas de la “common law”. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 107-121 e também BERMAN, Harold J.. **Law and revolution, II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 352-353. Cite-se, ainda, a respeito dos resquícios da doutrina canônica medieval do matrimônio na legislação norte-americana, o trabalho de BRUNDAGE, James A. *Survivals of Medieval Sex Law in the United States and the Western World*. In: \_\_\_\_\_. **Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe**. Chicago: the University of Chicago Press, 1987, p. 611-617.

<sup>256</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 575.

### 3.4 A secularização do casamento na França: uma experiência a ser notada

Na Áustria, Itália, Espanha e Portugal, regiões em que foram recebidos os cânones e decretos tridentinos, após o *placet* da autoridade civil, o matrimônio continuou sob o controle da Igreja. Entretanto, entre teólogos e juristas de tendências galicanas, houve boa acolhida da doutrina que sustentava as prerrogativas do Estado em reger o matrimônio, submetendo a Igreja a suas concessões para, por exemplo, estabelecer impedimentos e dispensá-los.

No Sínodo de Pistoia de 1786 – patrocinado por Leopoldo II, grão-duque da Toscana como preparação da reforma da Igreja naquela região – esta e outras opiniões foram formalmente defendidas. Na contraofensiva, o Papa Pio VI, através da Constituição *Auctorum fidei* de 1794, reprovou 85 proposições deste sínodo, dentre as quais a que dizia respeitar apenas ao poder civil fixar os impedimentos matrimoniais dirimentes e que, se porventura a Igreja os estabelecesse, o faria apenas sob consenso dos príncipes (*coniventia principum*). Tal afirmação foi reputada atentatória aos direitos próprios da Igreja quanto aos cristãos, subversiva aos cânones 3, 4, 9 e 12 do Concílio de Trento, e, ao final, confirmada como herética<sup>257</sup>.

Entre os séculos XVI e XVII o casamento foi regido na França por uma legislação mista, constituindo-se o direito canônico fonte principal complementada abundantemente por ordenações reais, executadas tanto por juízes reais como por, raramente, juízes eclesiásticos<sup>258</sup>. Estas ordenações e declarações reais sobre o matrimônio prepararam o caminho para a futura secularização do matrimônio, entendida como a completa submissão deste à alçada civil<sup>259</sup>.

Segundo Bruley, na Ordenação de Villers-Cotterêts de 1539 de certa forma foram tomadas medidas secularizadoras ao ser determinado aos sacerdotes que mantivessem consigo os registros de batismos, casamentos e funerais e que tais atos religiosos, uma vez registrados, produziram todos os seus efeitos civis<sup>260</sup>.

<sup>257</sup> DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: Paulinas; Loyola, 2007, p. 584

<sup>258</sup> ESMEIN, ADHÉMAR. **Le mariage en droit canonique**. t. I. Paris: L. Larose et Forcel, 1891, p. 36-48.

<sup>259</sup> ESMEIN, ADHÉMAR. **Le mariage en droit canonique**. t. I. Paris: L. Larose et Forcel, 1891, p. 33-34.

<sup>260</sup> BRULEY, Yves. Mariage et famille sous Napoléon: le droit entre religion et laïcité. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, p. 111-126, 2012/2, p. 113.

A Ordenação de Blois, promulgada por Henrique III em 1579, como reação de parte do Parlamento contra o decreto *Tametsi*, que não fora promulgado na França, confirmou a obrigação registral dos batismos da Ordenação de Villers-Cotterêts e adaptou várias disposições tridentinas, sobretudo em relação ao matrimônio. Tratou-se de um regulamento matrimonial em parte mais rígido que as regras tridentinas, como as suas disposições de enfrentamento aos matrimônios clandestinos, ao exigir *ad validitatem* a realização dos proclamas matrimoniais e a obtenção do consentimento parental para o casamento (ponto que não foi contemplado com tal rigor no *Tametsi* e que serviu como resistência francesa ao Concílio de Trento).

Ainda segundo a *Ordonnance* de Blois, um sacerdote que assistisse ao matrimônio de um filho-famílias em desacordo com o consentimento dos seus pais, seria culpado nas mesmas penas de raptó, crime de que era acusado quem obtivesse consentimento matrimonial de menor sob autoridade alheia. Para os juristas franceses, tal exigência se baseava no direito romano e na tutela do bem público ao qual estariam subordinadas as vontades individuais dos cônjuges. Além disso, foram exigidas quatro testemunhas para assistência ao casamento, quando o decreto *Tametsi* estipulava apenas duas<sup>261</sup>.

O período compreendido entre o século XVII e a Revolução de 1789, foi marcado por intensas alterações na ordem jurídica francesa e também por certo renascimento intelectual, na expressão de André-Jean Arnaud<sup>262</sup>.

Entre os teólogos galicanos e jansenistas também se pode encontrar a distinção entre contrato e sacramento. Estando no contrato a matéria do sacramento, o Estado poderia reger o aspecto contratual. Neste ponto havia uma aproximação entre a visão galicano-jansenista e a dos protestantes. Os iluministas, por sua vez, serviram-se da teoria contratualista para justificar autoridade estatal sobre o casamento, apresentando-se também útil à fundamentação do direito à dissolução do vínculo, fragilizando os elementos justificadores da dualidade contrato-sacramento afirmada pela Igreja: a competência exclusiva e a indissolubilidade do vínculo<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> REYNOLDS, Philip. **How Marriage Became One of the Sacraments**: the sacramental theology of marriage from its medieval origins to the Council of Trent. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p.980.

<sup>262</sup> ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: R. Pichon et R. Durand Auzias, 1969, p. 6.

<sup>263</sup> BRUNET, Ana María. **La relevancia canónica del matrimonio civil a la luz de la teoría general del acto jurídico**: contribución teórica a la experiencia jurídica chilena. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2002, p. 143.

Para Robert Pothier, importante jurista francês dos setecentos e cuja doutrina esteve subjacente ao *Code* de 1804<sup>264</sup>, o matrimônio seria um contrato por conferir, tanto ao marido como à mulher, direitos de um sobre o outro, obrigando-os darem-se mutuamente no comércio carnal<sup>265</sup>. Influenciado por ideias jansenistas e galicanas, Pothier vê no contrato civil de matrimônio realidade diversa – e, portanto, separável – do sacramento, pertencente ao rol dos demais contratos da ordem política cujas leis – emanadas do poder temporal estabelecido por Deus – visam ao bem de toda a sociedade.

A autoridade civil teria, portanto, poder de fixar leis sobre o matrimônio, seus impedimentos e também formalidades *ad validitatem*<sup>266</sup>. Com isso, a doutrina de Pothier era a da dupla competência sobre o casamento, já que a qualidade sacramental não retiraria os direitos do poder temporal. A potestade eclesiástica sobre o matrimônio estava restrita à mera dimensão sacramental, sem que isso afetasse o contrato civil, salvo em optando o soberano pela admissão dos impedimentos canônicos ao contrato civil. Para Pothier, os clérigos, que devem ser os primeiros a dar exemplo de obediência às regras emanadas pelo Príncipe, não poderiam desconhecer os impedimentos civis ao matrimônio através de dispensas, sob pena de cometerem abuso de autoridade. Relativiza-se, dessa maneira, a aplicação do cânon 4 da Sessão XXIV do Concílio de Trento, que anematiza quem negar o poder da Igreja de dispensar impedimentos. Este cânon, segundo Pothier, estaria sendo observado sem exatidão pela Cúria Romana, que concederia dispensas por causas muito leves quando o Concílio determinara que estas hipóteses fossem muito raras<sup>267</sup>.

Para Pothier, o espírito do Concílio de Trento, ao não estabelecer a nulidade de matrimônios contraídos por menores sem o consentimento dos pais, pretendeu apenas combater a opinião de certos protestantes que julgavam terem os pais o direito natural de validar ou anular o casamento de seus filhos sem o consentimento. Além disso, em interpretação que deturpava o sentido das disposições tridentinas, Pothier aduziu que aquele concílio, ao declarar válidos os matrimônios dos

---

<sup>264</sup> Para Arnaud, em Pothier encontra-se o último estado da doutrina jurídica anterior ao Código Civil, sendo possível encontrar neste várias transposições de seu gênio, inclusive a relação entre a tradição jurídica e o jusracionalismo moderno (cf. ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: R. Pichon et R. Durand Auzias, 1969, p. 219).

<sup>265</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Traité du contrat de mariage**. t. 1. Paris: Debure Pere, 1781, p. 6.

<sup>266</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Traité du contrat de mariage**. t. 1. Paris: Debure Pere, 1781, p. 14-15.

<sup>267</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Traité du contrat de mariage**. t. 1. Paris: Debure Pere, 1781, p. 29-30.

filhos menores sem autorização dos pais, apenas se referia às hipóteses em que a lei civil fosse silente a respeito da nulidade<sup>268</sup>.

Pelo edito de 1787 de Luís XVI, às vésperas da Revolução, adotou-se uma ação lastreada na tolerância que fortalecia o caminho rumo à secularização total do casamento na França: admitiu-se aos acatólicos o registro do consentimento matrimonial, quer por oficial de justiça do lugar de sua residência, quer pelo pároco católico, funcionando este, em tal caso, não como ministro religioso, mas como oficial de estado civil, portanto, no exercício de uma missão puramente secular e sem dispensar um sacramento. Embora este edito não tivesse estabelecido um sistema de igualdade entre os cultos, ao não conferir efeitos legais aos casamentos celebrados pelos pastores, constituiu-se em um importante e decisivo passo rumo à secularização<sup>269</sup>. A ratificar tal parecer, Marcel Garaud diz que "a secularização dos atos de estado civil em relação aos não-católicos, efetivada pelo edito de 1787, foi realizada pela Revolução e relação a todos os franceses"<sup>270</sup>.

A secularização do direito era tida como uma conquista burguesa aprofundada em suas bases filosóficas no século XVIII e que implicou, pode-se dizer, em mais uma vitória contra o que a Igreja representava no Antigo Regime<sup>271</sup>. A mudança substancial do direito, pretendida e operada pela Revolução – satisfazendo a pretensão de ver abolidas simultânea e sistematicamente todas as leis e usos em curso no país<sup>272</sup> – se fez sentir com força em relação ao casamento.

Com a Revolução Francesa, inicia-se uma nova era para o direito de família, empreendendo, com radicalidade, aquilo que paulatinamente se desenvolvia: a completa secularização do direito matrimonial.

<sup>268</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Traité du contrat de mariage**. t. 1. Paris: Debure Pere, 1781, p. 377-378.

<sup>269</sup> Comungam desta opinião: BRULEY, Yves. Mariage et famille sous Napoléon: le droit entre religion et laïcité. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, p. 111-126, 2012/2, p. 114; ESMEIN, ADHÉMAR. **Le mariage en droit canonique**. t. I. Paris: L. Larose et Forcel, 1891, p. 46 e, ainda, LES BRAS, Gabriel. La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille. In: VACANT, A.; MANGENOT, E.; AMANN, É. (Dir.). **Dictionnaire de Théologie Catholique**. Paris: Letouzey et Ané, 1927, t. IX (segunda parte), p. 2273.

<sup>270</sup> GARAUD, Marcel. **La Révolution française et la famille**. Paris: PUF, 1978, p. 21 (tradução livre). No original: "*La sécularisation des actes de l'état civil vis-à-vis des non catholiques, accomplie par l'édit de 1787, fut réalisée par la Révolution à l'égard de tous les Français*"

<sup>271</sup> A respeito da fragilização da Igreja nos fundamentos filosóficos revolucionários, confira-se o já clássico trabalho de TOCQUEVILLE, Alexis. **O Antigo Regime e a Revolução**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 55-56.

<sup>272</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. **O Antigo Regime e a Revolução**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 199, p. 146.

No entanto, não se pode dizer que houve, a partir da revolução, linearidade no tratamento, como se a “conquista” revolucionária tivesse se plasmado confortavelmente no seio da sociedade. Na verdade, o Direito francês em matéria de direito de família enfrentou vários debates entre revolucionários e contrarrevolucionários desde o início da Revolução até a promulgação do Código Civil em 1804. Nos primeiros meses da revolução não houve grande preocupação da opinião pública quanto à reforma do casamento, embora abundassem artigos na imprensa com artigos favoráveis ao divórcio<sup>273</sup>. Constava também o divórcio dentre as pautas dos filósofos iluministas: embora defensor do casamento, Voltaire julgava que a indissolubilidade era contrária ao bom senso e à natureza. Para Rousseau, todavia, o divórcio era contrário à natureza e à razão por implicar na autorização do abandono das crianças<sup>274</sup>.

A Revolução de 1789 impactou significativamente o direito civil, ao procurar afastar toda sombra do sistema jurídico do *Ancien Régime*, em nome dos princípios de legalidade, liberdade e igualdade, por meio de várias medidas que alcançaram o seu ápice com o Código de 1804. Com efeito, a uniformização da legislação civil sob os fundamentos jusracionalistas foi incluída dentro do programa governamental e legislativo dos primeiros tempos pós-revolucionários.

A Assembleia Nacional Constituinte em 5 de julho de 1790 deliberou a respeito da necessidade de se rever e reformar as leis civis, dando aos franceses um código de lei simples, claras e conformes à Constituição<sup>275</sup>. O Ato Constitucional do regime da Convenção, datado de 24 de junho 1793, ressaltava a importância de uma codificação uniforme das leis civis e criminais<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> LES BRAS, Gabriel. La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille. In: VACANT, A.; MANGENOT, E.; AMANN, É. (Dir.). **Dictionnaire de Théologie Catholique**. Paris: Letouzey et Ané, 1927, t. IX (segunda parte), p. 2273.

<sup>274</sup> BRULEY, Yves. Mariage et famille sous Napoléon: le droit entre religion et laïcité. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, p. 111-126, 2012/2, p. 115.

<sup>275</sup> Esta deliberação foi incluída no Título II do *Décret sur l'organisation judiciaire* de 16-24 de agosto de 1790: “19. *Les lois civiles seront revues et réformées pas les législatures; et il sera fait un code general de lois simples, claires, et appropriées à la constitution*” (cf. DEZZA, 2000, p. 9). Para o texto integral do decreto citado, vide FRANÇA. *Assemblée Nationale Constituante. Décret sur l'organisation judiciaire*. In: DUVERGIER, J.B. **Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État**. t. 1. 2ed. Paris: Chez A. Guyot et Scribe, 1834, p. 310-333.

<sup>276</sup> “85. *Le Code des lois civiles et criminelles est uniforme pour tout la République*” (FRANÇA. *Convention Nationale. Acte constitutionnel et déclaration des droits de l'homme*. In: DUVERGIER, J.B. **Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État**. t. 5. 2ed. Paris: Chez A. Guyot et Scribe, 1834, p. 356).

Os legisladores revolucionários filiaram-se às concepções iluministas de que organização familiar era um reflexo da diversidade social e cultural.

A Constituição de 1791 no artigo 7º do Título II, estabeleceu o princípio de que lei apenas consideraria o casamento enquanto contrato civil. Além disso, como outra medida secularizante, os atos de registro dos nascimentos, óbitos e casamentos seriam exclusivamente controlados pelo estado do Estado. Não havia qualquer possibilidade de diálogo entre o matrimônio canônico (sacramentalmente considerado) e o casamento civil – cujos efeitos religiosos, àquela época, para além de serem desconsiderados, eram frontalmente solapados. Tratava-se de uma consequência lógica do sistema revolucionário<sup>277</sup>.

A Assembleia Legislativa Francesa em 20 de setembro de 1792 baixou decretos admitindo o divórcio e definindo suas causas, modos e efeitos<sup>278</sup>, criando órgãos públicos para realização e manutenção do registro civil<sup>279</sup>. O casamento seria contraído sem a necessária intervenção de ministro religioso, pois se realizaria perante o oficial público a quem caberia declarar, em nome da lei, que os nubentes estavam casados<sup>280</sup>.

O regime de contratualização laica do casamento e a ênfase no primado da liberdade individual contrapunham-se à velha ideia de indissolubilidade do vínculo matrimonial de modo que o divórcio foi encarado como faculdade a ser de logo conferida aos cidadãos<sup>281</sup>.

---

<sup>277</sup> LES BRAS, Gabriel. La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille. In: VACANT, A.; MANGENOT, E.; AMANN, É. (Dir.). **Dictionnaire de Théologie Catholique**. Paris: Letouzey et Ané, 1927, t. IX (segunda parte), p. 2274.

<sup>278</sup> FRANÇA. Assemblée Législative. Décret qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce. In: DUVERGIER **Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État**. t. 4. 2.ed. Paris: Chez A. Guyot et Scribe, 1834, p. 476-482.

<sup>279</sup> FRANÇA. Assemblée Législative. Décret qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens. In: DUVERGIER, *op. cit.*, p. 482-488. Marcel Garaud destaca que o divórcio estava incluído dentre as reivindicações feministas do século XVIII na França (cf. GARAUD, Marcel. **La Révolution française et l'égalité civile**. Paris: Recueil Sirey, 1953, p. 176-177).

<sup>280</sup> Assim dispunha o referido decreto na Seção IV: "6. Aussitôt après cette déclaration faite par les parties, l'officier public, en leur présence et en celle des mêmes témoins, prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies en mariage." FRANÇA. Assemblée Législative. Décret qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens. In: DUVERGIER, *op. cit.*, p. 486.

<sup>281</sup> Nesse sentido, a disposição preambular do Decreto de 20 de setembro de 1792, sobre as causas, modo e efeitos do divórcio dispunha: "L'Assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète ce qui suit" (FRANÇA. Assemblée Législative. Décret qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce. In: DUVERGIER **Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État**. t. 4. 2.ed. Paris: Chez A. Guyot et Scribe, 1834, p. 477.

O divórcio poderia ser obtido por mútuo consentimento dos cônjuges ou por demanda de um contra lastreado em um dos sete motivos elencados pela lei<sup>282</sup> ou com a mera alegação de incompatibilidades entre os cônjuges (de humor ou caráter). O divórcio seria pronunciado não pela jurisdição eclesiástica, mas pelo tribunal de família, observado um procedimento de baixa complexidade, o que levou ao seu recurso em elevados números. Aboliu-se separação canônica aceita pela legislação do Antigo Regime.<sup>283</sup>

No Consulado e Império, o direito referente ao casamento foi pensado para reger a sociedade francesa pós-revolucionária, ratificando a secularização do casamento e mantendo, apenas em parte, o divórcio que fora introduzido pela Revolução. Objetivava-se disciplinar a família para fortalecê-la. Também se pretendia buscar no contexto de crise de legitimidade do estado francês, provocada em grande parte pelas drásticas medidas revolucionárias adotadas, meios de obter o restauro da ordem e segurança no país com apoio popular<sup>284</sup>. Tal suporte foi buscado pela pretensão de fortalecer das instituições sociais, destacando-se a mais básica de todas: a família.

Após o golpe do 18 de Brumário (9 de novembro de 1799), assistiu-se na França à tentativa de mitigar os radicalismos pós-revolucionários e de também concretizar a empresa de codificação civil. O Cônsul Napoleão Bonaparte instituiu em agosto de 1800 uma comissão encarregada da redação do projeto do Código Civil, contemplando tanto juristas representantes dos *pays de droit coutumier* como dos *pays de droit écrit* e de diferentes orientações, destacando-se dentre todos Jean-Etienne-Marie Portalis<sup>285</sup>.

<sup>282</sup> Eis os motivos determinantes do divórcio elencados no decreto: demência, condenação em penas aflitivas ou infamantes, crimes, sevícias ou injúrias graves cometidas por um cônjuge contra o outro, abandono do domicílio, notória degeneração dos costumes, ausência de notícias por pelo menos cinco anos e emigração política.

<sup>283</sup> Segundo Gilissen, “uma legislação tão liberal tinha necessariamente que levar a abusos. Em Paris, houve inicialmente (anos II e III) cerca de 2500 divórcios em 7500 casamentos” (GILISSEN, 2013, p. 576.). Lynn Hunt destaca que “registraram-se quase 30 mil divórcios na França entre 1792 e 1803, mas a seguir houve um grande decréscimo, sendo o divórcio abolido em 1891” (HUNT, Lynn. Revolução francesa e vida privada. In: ARIES, Philippe; DUBY, Georges (Org.). **História da vida privada**. Trad. de Denise Bottman e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 39). E, ainda, Caenegem: “quando essa legislação entrou em vigor, o número de divórcios cresceu consideravelmente; em alguns anos, a proporção entre casamentos e divórcios chegou a ser de três para um” (CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 277).

<sup>284</sup> SAADA, Leila. Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d’État sur les question familiales. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, 2012, v. 2., p. 25-49, p. 28.

<sup>285</sup> “Seus autores eram advogados profissionais que haviam sido educados sob o *ancien régime* e tinham feito carreira como advogados ou magistrados: Fr. Tronchet, J. Portalis, F. Bigot-Préameneu

Nascido em 1746, Portalis foi educado sob o Antigo Regime, de modo a serem identificadas em seu trabalho preparatório do *Code* ideias, noções, costumes e técnicas vividos nos setecentos<sup>286</sup>. De tendência jansenista, Portalis publicou em 1770 opúsculo sobre a validade dos casamentos protestantes em que defende que o matrimônio é uma instituição de direito natural e que sua existência independe do poder religioso<sup>287</sup>. Sua opção ideológica é de moderação, a condenar o espírito do Antigo Regime e também as violentas medidas jacobinas. Seu espírito mais conservador em relação à família - resultado da postura de quem não desconhecia a relevância de certas instituições antigas - será transmitido ao *Code*, inclusive a respeito da família<sup>288</sup>.

Em seu *Discours préliminaire*, datado de 1801, é enfatizado o papel da família enquanto base da ordem da sociedade: ela se forma pelo casamento e é a “enfermaria do Estado”<sup>289</sup>. Para Portalis, a mescla das instituições religiosas e civis teria ofuscado a compreensão dos homens de seu tempo a respeito do que seria o “matrimônio em si”. A exposição de Portalis é fundamentalmente pautada no direito natural: o casamento não é uma instituição civil, tampouco religiosa, mas um ato natural que atraiu a atenção dos legisladores e que foi santificado pela religião<sup>290</sup>. A

---

e J. de Maleville. Tronchet, um notável especialista em direito consuetudinário, vinha do Norte. Portalis, o mais brilhante dos quatro, era um romanista do Sul. Era profundamente versado em filosofia e concebia o direito não apenas como uma habilidade, mas como um elemento importante no desenvolvimento social de sua época. Sua visão emerge com clareza particular em seu conhecido *Discours préliminaire*, que é a introdução ao esboço do código de 1801; aí ele expõe a filosofia do *Code civil*" (CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6).

<sup>286</sup> Para Paolo Grossi, a produção jurídica deste mundo pré-revolucionário caracterizava-se por ser: (a) “transbordante” (*alluvionale*), ao não se restringir a margens rigidamente vinculantes, admitindo-se, por exemplo, um acúmulo de sentenças e opiniões dos doutores (*opinionnes communes*); (b) “pluralista”, isto é, em conexão as forças plurais da sociedade, sem recurso a particularismos artificiais e (c) “extra estatal”, à exceção de regiões estritamente relacionadas com o exercício da soberania (vide GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 89-92).

<sup>287</sup> DEZZA, Ettore. **Lezioni di storia della codificazione civile: Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)**. 2.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 52.

<sup>288</sup> “*Commune ai componenti della commissione è anche il moderatismo ideologico, che si risolve in una convinta adesione a quel realistico e talora disincantato riformismo di matrice giusnaturalista che appare ormai vincente nei confronti dell'estremismo rivoluzionario*” (DEZZA, op. cit., p. 53).

<sup>289</sup> “*Les familles se forment par le mariage, et elles sont la pépinière de l'État.*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 46).

<sup>290</sup> “*Nous sommes convaincus que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs, et que la religion a sanctifié.*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 30).

escolha do cônjuge, a inclinação ao cumprimento dos deveres conjugais, o respeito mútuo, são ações de seres racionais e sensíveis que ultrapassam o mero desejo sexual, e, portanto, a ordem física da natureza, inserindo-se na seara do direito natural que rege particularmente os homens. Não há aí “mero encontro, mas um verdadeiro contrato”<sup>291</sup>. Este contrato, em seus efeitos naturais, seria destinado à perpetuidade (da própria espécie humana).

A admissão do divórcio pelas legislações seria uma forma de – sem ofensa aos princípios da religião – prevenir desordens funestas à sociedade derivadas da desarmonia instalada no lar e que tornam insuportável a vida conjugal. O divórcio também se prestaria a limitar as paixões e abusos, tornando-se uma questão civil que deve ser valorada mais quanto à sua conveniência prática na sociedade do que com respeito à sua moralidade<sup>292</sup>.

A fim de resolver o paradoxo derivado da natural ordenação do casamento à indissolubilidade e as mazelas das desordens familiares que reclamam medidas de proteção do corpo social, o legislador deveria ter em conta, antes, os costumes e contexto político-religioso da sociedade que representa. A adoção ou não do divórcio requereria, para Portalis, estudo e detida ponderação nestes termos. Em havendo religião dominante, seus dogmas deveriam ser conhecidos, além da forma de governo adotada no país e a maturidade da sociedade em apreço: “*toutes ces questions influent, plus qu'on ne pense, sur celle du divorce*”<sup>293</sup>.

A solução para a França do início do século XIX, que vivenciara o predomínio da religião católica e a união de instituições civis às religiosas, pressupunha a liberdade dos cultos enquanto lei fundamental e, por conseguinte, a liberdade de consciência como vinculada à faculdade de divórcio<sup>294</sup>. Embora

---

<sup>291</sup> “*Dès lors, ce n'est plus une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat.*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil.** Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 31).

<sup>292</sup> PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil.** Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 35-37.

<sup>293</sup> PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil.** Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 37.

<sup>294</sup> “*Aujourd'hui la liberté des cultes est une loi fondamentale; et la plupart des doctrines religieuses autorisent le divorce: la faculté du divorce se trouve donc liée parmi nous à la liberté de conscience.*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil.** Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 38).

deonticamente convencido pelo repúdio ao divórcio, Portalis é instado a considerar a diversidade de cultos e o temor àqueles maiores males derivados da desarmonia no lar como fatores que autorizam a necessária opção política pelo divórcio. No entanto, este deve ser disciplinado em lei em termos menos liberais se considerados aqueles até então estabelecidos pela revolução: “são necessárias leis que impeçam que o contrato mais sagrado se converta em um jogo do capricho e da inconstância ou mesmo em objeto de vergonhosas especulações de vil ganância” (tradução nossa)<sup>295</sup>.

A posição de Portalis é de tentativa de equilíbrio entre o sistema jurídico do Antigo Regime e os arroubos revolucionários, lastreado no direito natural de conteúdo racional em defesa do casamento, “*société, mais la plus naturelle, la plus sainte, la plus inviolable de toutes*”<sup>296</sup>. É nesse sentido que apresenta reservas à facilidade do divórcio por incompatibilidades de humor e caracteres, defende a estipulação de período de tempo entre o divórcio e um segundo matrimônio, além da necessidade de serem provadas as causas para a pronúncia do divórcio<sup>297</sup>.

Deve-se registrar que durante as discussões do Projeto do Código Civil, houve a celebração, em 1801, de uma Concordada entre a França e a Santa Sé a fim de restaurar o *status* do catolicismo naquele país. A Santa Sé tentou obter, durante as negociações, a restauração dos princípios católicos para o casamento na futura legislação de direito de família – fundamentalmente, a sua sacramentalidade e indissolubilidade do vínculo – o que não foi alcançado. Apesar da expressa manutenção do divórcio, o governo francês assegurou à Igreja que não pretendia ir de encontro às leis eclesiásticas, garantindo aos ministros católicos a liberdade para, inclusive, não abençoarem as uniões de pessoas divorciadas anteriormente<sup>298</sup>.

<sup>295</sup> “*Il faut qu’elles empêchent que le plus saint des contrats ne devienne le jouet du caprice, de l’inconstance, ou qu’il ne devienne même l’objet de toutes les honteuses spéculations d’une basse avidité*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 38)

<sup>296</sup> PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 42.

<sup>297</sup> Embora enfatize a necessidade de constituição de provas à causa do divórcio pretendido, Portalis reconhece os inconvenientes de se levar a juízo circunstâncias tão delicadas, daí defender que todas as causas de divórcio “*doivent être traités à huis clos, si l’on veut qu’elles le soient sans scandale*”. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier Project de Code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004. Disponível em < [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf) >. Acesso em 16 mar. 2017, p. 45.

<sup>298</sup> BRULEY, Yves. Mariage et famille sous Napoléon: le droit entre religion et laïcité. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, p. 111-126, 2012/2, p. 118.

Napoleão presidiu 57 das 102 sessões do Conselho de Estado em que foi discutido do Projeto do Código Civil. Esta participação pode ser considerada como expressão da vontade política de realização do intento codificatório, que restou, ao final, exitoso. A família foi um tema especialmente preocupante para Napoleão, sendo as suas intervenções mais frequentes neste assunto.<sup>299</sup> O Cônsul assumiu posturas conservadoras a respeito do direito de família, a partir de fundamentos seculares. Defendeu o divórcio por mútuo consentimento, embora tenha aderido à ideia da estabilidade da união matrimonial em suas primeiras intervenções sobre o casamento no Conselho de Estado quando, por exemplo, reputou válido o casamento em caso de alegado erro quanto à qualidade essencial da pessoa<sup>300</sup>.

Não houve no Código Civil dos franceses uma explícita definição do casamento como contrato, à semelhança daquela constante no título 2º, art. 7º da Constituição de 1791. As cerimônias matrimoniais religiosas, conquanto permitidas, não teriam seus efeitos reconhecidos pelo Estado, cuja autoridade – dizia-se – era exercia sobre cidadãos e não sobre crentes. A única celebração capaz de tornar a união conjugal em ato de casamento seria a civil. O oficial de estado civil, investido de verdadeiro ministério, "celebra" o casamento. Posteriormente, em querendo, as partes poderiam celebrar a união diante da igreja.

Embora se tratasse de apenas um casamento, as pessoas viam nas duas celebrações – civil e religiosa – "dois casamentos", uma maneira de secularizar retirando o primado da autoridade eclesiástica<sup>301</sup>. O princípio de anterioridade do casamento civil ao religioso, não previsto na lei de 1792, foi incluído dentre os controversos "artigos orgânicos"<sup>302</sup>. A medida teria sido tomada a pedido dos vigários

---

<sup>299</sup> Sobre as intervenções de Bonaparte em matéria familiar, cf. SAADA, Leila. Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les question familiales. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, 2012, v. 2, p. 25-49.

<sup>300</sup> SAADA, Leila. Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les question familiales. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, 2012, v. 2, p. 30.

<sup>301</sup> Cf. CARBONNIER, Jean. La sécularization du droit civil par le Code Civil des Français. In: VALLAURI, Luigi Lombardi; DILCHER, Gerhard. **Cristianesimo Secolarizzazione e Diritto Moderno**. Milano: Giuffrè, 1981, p. 1011.

<sup>302</sup> Os Artigos Orgânicos consistem no conjunto de regras para o culto público estabelecidas por ordem de Napoleão e publicados com os termos da Concordata de 1801 de inspiração galicana impostos unilateralmente pelo governo francês visando a reger o exercício dos cultos católico e protestante e nunca reconhecidos pela Santa Sé. Dos artigos orgânicos, setenta e sete eram relativos ao catolicismo e quarenta e quatro ao protestantismo. Daniel-Rops observa que, por estes artigos, Bonaparte ultrapassou os razoáveis limites de intervenção em assuntos eclesiásticos, regendo detalhes pitorescos como a definição da cor das meias de um bispo (DANIEL-ROPS, Henri. **A Igreja das Revoluções: I. Diante de novos destinos**. Trad. de Henrique Ruas. São Paulo: Quadrante, 2003, p. 126). Os Artigos Orgânicos foram ab-rogados pela Lei da Separação de 1905.

gerais de Paris visando a evitar que as pessoas unidas pelos laços religiosos julgassem estarem legalmente casadas, quando, na verdade, unidas em concubinato<sup>303</sup>. Nesta senda, o Código Penal francês de 1810 previu em seus artigos 199 e 200 severas punições para o ministro de culto que não observasse a precedência do casamento civil, celebrando o matrimônio religioso antes daquele.

O *Code* também tornou mais rígidas as condições para o divórcio, conservando, apenas em parte, a conquista revolucionária. Foram reduzidas de sete para três as suas causas justificadoras: permaneceram o adultério, os maus-tratos e as condenações a certas formas degradantes de punição. Manteve-se o divórcio por mútuo consentimento, sujeito a requisitos mais rigorosos, como a autorização dos membros da família, além de terem sido eliminados os fundamentos de incompatibilidade (de humor ou de caráter)<sup>304</sup>.

Para Bruley, a legislação do casamento e da família no Código é produto da conformação entre o direito romano e o direito consuetudinário, de inspiração secular e não religiosa, antagonizando a lei canônica à revolucionária<sup>305</sup>. Fruto do iluminismo jurídico, supera o modelo anterior ao se apropriar de seus produtos, como os costumes imemoriais, disciplinando os institutos com minudência a ponto de serem apresentados em relação a alguns deles a sua definição. Seguindo o escrupuloso programa de Napoleão, foi mais moderado que a legislação revolucionária jacobina quanto à situação da mulher na família e também nos assuntos matrimoniais, embora tenha reafirmado a natureza secular do casamento, cuja validade e eficácia seriam definidas pelo Estado.

A Restauração Bourbonica restaurou a monarquia na França, devolvendo à Igreja o controle de certas questões matrimoniais, ajustando o direito civil ao direito canônico. O divórcio foi totalmente abolido em 1816 no “interesse da religião, da moralidade, da monarquia, das famílias”. Após a queda dos Bourbons, na Revolução de julho de 1830, tentou-se restabelecer a legislação napoleônica sobre o divórcio.

Apenas em 1884, como medida de secularização das instituições provocada pela vitória do espírito secular republicano, adveio a Lei Naquet que

---

<sup>303</sup> BRULEY, Yves. Mariage et famille sous Napoléon: le droit entre religion et laïcité. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, p. 111-126, 2012/2, p. 119.

<sup>304</sup> SAADA, Leila. Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les question familiales. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, 2012, v. 2, p. 31-35.

<sup>305</sup> BRULEY, Yves. Mariage et famille sous Napoléon: le droit entre religion et laïcité. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, p. 111-126, 2012/2, p. 17.

represtinou o divórcio judicial, em certos aspectos menos progressista que o *Code*, ao não incluir, por exemplo, o divórcio por mútuo consentimento<sup>306</sup>.

O modelo de casamento civil francês foi referência para vários países e, sobretudo em sua versão pós-revolucionária, antagonizado pelas autoridades eclesiais<sup>307</sup>, principalmente quanto ao seu principal fundamento, a separabilidade entre contrato e sacramento e também, no campo político, o divórcio, um dos temas centrais vinculados à questão dos direitos civis e a respeito do qual disputaram cristãos católicos conservadores e liberais.

Nesse sentido, a Igreja procurou afirmar de maneira ainda mais contundente a dignidade sacramental do casamento cristão e sua indissolubilidade. O Papa Pio IX, no consistório secreto de 27 de setembro de 1852, dirigiu aos cardeais a alocução *Acerbissimum vobiscum*, recordando a inseparabilidade entre pacto e sacramento, condenando as opiniões que afirmavam ser o casamento cristão meramente um contrato civil, cujas questões seriam da competência de tribunais seculares<sup>308</sup>.

Mais tarde, já percebendo a derrota nas batalhas travadas contra a secularização do casamento, a Igreja reconheceu a necessidade dos fiéis obterem os efeitos civis das uniões sacramentais, para além daquilo que lhes seria fundamental, a graça sacramental. É como um “dar a César o que é dele”, ou autorizar que peçam

---

<sup>306</sup> Poderiam ser suscitados como fundamentos peremptórios para o divórcio o adultério e a condenação penal por crime infamante e como fundamento discricionário excessivos maus tratos ou injúria grave. O divórcio era compreendido enquanto sanção, de modo que, somente seria devida pensão alimentícia à mulher em sendo ela considerada inocente, fazendo com que as mulheres se constituíssem na maioria das demandantes do divórcio e das separações judiciais, ao menos a partir de 1884, segundo Anne Boigeol, Jacques Commaille e Louis Roussel (cf. BOIGEOL, Anne et alii. France. In: CHESTER, Robert (ed.). **Divorce in Europe**. Leiden: Martinus Nijhoff Social Sciences Division, 1977, p. 163-164.

<sup>307</sup> Confira-se, como exemplo do temor de implantação do casamento civil “à francesa” e de suas repercussões, a resposta do bispo português Dom Antonio Costa, publicada em 1865, às cartas publicadas por Alexandre Herculano em defesa do casamento civil em Portugal: “Não vai um passo do casamento civil ao divórcio? Não abrirá o matrimônio civil uma brecha na ordem moral e na ordem social? Cita-se de contínuo a França na questão do casamento civil. É o casamento francês que se quer? É a família francesa, como protótipo à felicidade da família portuguesa, que se deseja estabelecer? Legisladores das câmaras, deveis saber o que é a família francesa fundada pelo casamento civil. Povo português, vós ainda não o sabeis, pois o que ledes nos romances que de lá chegam, ou o que vedes traduzido nos teatros desnacionalizados, só vos dá um longe da realidade” (COSTA, Dom Antonio. **O casamento civil**: resposta ao Sr. Alexandre Herculano. Lisboa: Typ da Sociedade Typographica Franco-Portuguesa, 1865, p. 17).

<sup>308</sup> “Entre os fiéis não pode acontecer um matrimônio sem que seja ao mesmíssimo tempo um sacramento; e portanto, entre cristãos, qualquer outra união de homem e mulher gora do sacramento mesmo com sanção da lei civil, nada mais é que torpe e funesto concubinato” (DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: *Paulinas*; Loyola, 2007, p. 641)

a César o que só ele pode dar: os efeitos civis do casamento. Segundo tal linha de ação, a Sagrada Penitenciaria, no ano de 1866, “a fim de evitar penas, visando ao bem da prole e para afastar os perigos da poligamia”<sup>309</sup>, concedeu que:

os fiéis, depois que tiverem contraído matrimônio legítimo diante da Igreja, se apresentem para o ato imposto pela lei, com a intenção todavia de [...], ao apresentar-se ao oficial do governo, não fazer nada mais que realizar uma cerimônia civil<sup>310</sup>.

Leão XIII, através de vários pronunciamentos, procurou realizar a defesa da sacralidade do matrimônio cristão, que merecia ser protegido contra as insídias da modernidade. Assim, através da Encíclica *Arcanum divinae sapientiae* de 1880, empreendeu à defesa da indissolubilidade e sacralidade do casamento contra o casamento civil e o divórcio. Procurou sintetizar a doutrina matrimonial antecedente, enfatizando o ensinamento tridentino: o casamento é um contrato natural e permanente que, corrompido que foi na história, teve sua restauração para a original indissolubilidade realizada em Cristo, que elevou tal contrato à dignidade de sacramento.

Através da Encíclica *Inscrutabili Dei Consilio*, de 1878 (sobre os males da sociedade moderna, suas causas e seus remédios), tratou da necessidade de reforma dos lares cristãos, considerando ímpias as leis sobre o casamento civil por rebaixarem o sacramento à categoria de contratos civis, diminuindo-lhe a dignidade e fomentando o recurso pelos cristãos ao “concubinato legal”<sup>311</sup>.

<sup>309</sup> “*Conceditur tamen ad poenas vitandas, ob prolis bonum et ad polygamiae periculum avertendum...*” (DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: *Paulinas*; Loyola, 2007, p. 642).

<sup>310</sup> DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünermann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: *Paulinas*; Loyola, 2007, p. 642

<sup>311</sup> “16. Infelizmente, depois que leis ímpias e sem nenhum respeito pela santidade desse grande sacramento o rebaixaram à mesma categoria dos contratos civis, tem sucedido que, profanando a dignidade do matrimônio cristão, cidadãos tenham adotado o concubinato legal ao invés das núpcias religiosas; esposos têm descurado os deveres da fé que se haviam prometido, filhos têm recusado aos pais a obediência e o respeito que lhes deviam, os laços da caridade doméstica têm-se afrouxado, e, o que é bem triste exemplo e mui prejudicial aos costumes públicos, a um amor insensato muitíssimas vezes têm sucedido separações funestas e perniciosas. Impossível é, Veneráveis Irmãos, que a vista dessa miséria e dessas calamidades lamentáveis não excite o Vosso zelo e não nos induza a, com cuidado e sem tréguas, exortar os fiéis confiados à Vossa guarda a prestarem ouvido dócil aos ensinamentos que se relacionam com a santidade do matrimônio cristão, e a obedecerem às leis da Igreja que regulam os deveres dos esposos e dos filhos.” (LEÃO XIII. **Encíclica Inscrutabili Dei Consilio**. Disponível em <<http://w2.vatican.va/content/leo->

Na Encíclica *Quod Apostolici Muneris* (sobre o socialismo e comunismo, de 1878), ao tratar da sociedade doméstica, reafirmou o ideal de unidade e de indissolubilidade do casamento<sup>312</sup> e, na Epístola *Ci Siamo Grandemente* de 1879, endereçada aos Arcebispos e Bispos das Províncias Eclesiásticas de Turim, Vercelli e Gênova, Leão XIII instou os prelados a resistirem contra a legislação italiana a respeito do casamento civil, ratificando a indissolubilidade do matrimônio e condenou a doutrina a separação do matrimônio entre do contrato e sacramento<sup>313</sup>.

---

xiii/pt/encyclicals/documents/hf\_l-xiii\_enc\_21041878\_inscrutabili-dei-consilio.html>. Acesso em 10 jan. 2016).

<sup>312</sup> “22. A própria sociedade doméstica, que é o princípio e a base da cidade e do reino, ressentida e experimenta necessariamente esta virtude salutar da Igreja, que contribui para a perfeita organização e para a conservação da sociedade civil. Pois bem sabeis, Veneráveis Irmãos, que a verdadeira constituição da sociedade é baseada, segundo a necessidade do direito natural, directamente sobre a união indissolúvel do homem e da mulher e que é completada pelos direitos e deveres mútuos entre os pais e os filhos, entre os amos e os criados. Sabeis também que as doutrinas do socialismo desorganizam completamente a sociedade, porque, perdendo o apoio que lhe dá o casamento religioso, tem forçosamente de ver enfraquecer-se o poder do pai sobre os filhos, e os deveres dos filhos para com os pais.” (LEÃO XIII. **Encíclica Quod Apostolici Muneris**. Disponível em <<http://www.veritatis.com.br/quod-apostolici-muneris-leao-xiii-28-12-1878/>>. Acesso em 10 jan. 2016).

<sup>313</sup> “*Voi ben sapete peraltro, Venerabili Fratelli, come per coonestare le intrusioni del potere civile nella legislazione cristiana del matrimonio, pongasi in campo, qual portato del moderno progresso, il concetto della dissociazione del contratto dal Sacramento; sicché consideratolo isolatamente come contratto, lo si vuole in tutto assoggettare alla signoria dello Stato, lasciando alla Chiesa la sola ingerenza di una rituale benedizione. Ad accreditare poi simile teorica si ricorre all’autorità di codici stranieri, e al fatto di qualche nazione cattolica, presso cui il matrimonio è oggidì governato da una legislazione al tutto civile e laicale.*” (LEÃO XIII. **Epístola Ci Siamo Grandemente**. Disponível em <[https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/letters/documents/hf\\_l-xiii\\_let\\_18790601\\_ci-siamo-grandemente.html/](https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/letters/documents/hf_l-xiii_let_18790601_ci-siamo-grandemente.html/)>. Acesso em 10 jan. 2016)

## 4 ASPECTOS DO DIREITO MATRIMONIAL NO IMPÉRIO

### 4.1 Antecedente: a política regalista imperial

O Iluminismo nos países católicos, aliado ao padroado régio, fomentou o desenvolvimento de uma autocracia que tornou a Igreja um departamento do Estado. Medidas desta espécie foram adotadas em Portugal sobretudo sob a Secretaria de Estado dos Negócios Interiores do Marquês de Pombal, a partir de 1756<sup>314</sup>, ao adotar uma política de afirmação do poder régio sobre a autoridade papal e eclesiástica, sacralizando a soberania temporal.

Pombal foi nomeado secretário de Estado da Guerra e dos Assuntos Estrangeiros após uma temporada de serviços diplomáticos em Londres e em Viena, onde conheceu a sua segunda esposa. Graças a ela, aproximou-se da Rainha de Portugal, Maria Ana da Áustria, e, por conseguinte, do seu marido, o Rei José I.

Com o terremoto de Lisboa em 1755, Pombal assumiu um importante papel na administração real, persuadindo José I a não transferir a capital para Coimbra e tomando a frente no processo de reconstrução de Lisboa. Além disso, coube a Pombal sugerir medidas econômicas protecionistas para enfrentar o colapso econômico provocado pela queda da produção do ouro brasileiro, crise no comércio escravista e açucareiro e na exploração das minas de diamantes.

Pombal foi influenciado por ideias galicanas, episcopalistas e pela experiência jansenista francesa em curso desde o século XVII. Travestido de regalista, Pombal adotou práticas mais centralizadoras em assuntos eclesiásticos, como a reforma do ensino teológico, reordenação política das dioceses, submissão política da Inquisição na censura de livros e na disciplina da fé e, ainda, no veemente combate à autoridade papal, o que levou ao rompimento de relações diplomáticas de Portugal com a Santa Sé em 1760<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> AZEVEDO, Thales. **Igreja e Estado em tensão e crise: a conquista espiritual e o padroado na Bahia**. São Paulo: Ática, 1978, p. 206

<sup>315</sup> “A compreensão da política eclesiástica de Pombal é um momento indispensável do estudo do fenómeno pombalino. A que projecto de conjunto respondiam as diversas medidas que referimos? As interpretações divergem: alguns vêem-no influenciado pelo anglicanismo ou pelo calvinismo, ou pelo cisma jansenista de Utreque, querendo estabelecer uma Igreja nacional totalmente independente de Roma; outros consideram-no precursor (consciente ou inconsciente, consoante as

Nesse contexto, a Igreja portuguesa foi mais fortemente submetida como instrumento de ação política do Estado, ordenando-se, por exemplo, aos bispos diocesanos que concedessem dispensas de impedimentos matrimoniais sem qualquer recurso a Roma. Vale recordar quanto a este tema que o Padre António Pereira de Figueiredo, proeminente vulto do iluminismo português durante o governo pombalino, defendeu a teoria episcopalista da liberdade dos bispos diocesanos de, em caso de necessidade, dispensarem impedimentos dirimentes do matrimônio, por serem meramente de direito eclesiástico<sup>316</sup>.

No exercício da pombalina política regalista e anticlerical, a Coroa tomou para si o direito de abrir e fechar conventos e mosteiros sem a autorização dos bispos locais e de remover prelados sumariamente, sem autorização de Roma. A usurpação da autoridade religiosa também se efetivava no uso formal de epítetos reservados a pessoas sagradas pela Coroa, como na ordem de Pombal ao Arcebispo de Goa em 1774 para que o povo se referisse ao Rei de Portugal como *Santo* ou *Santíssimo* e como *Sagrado* ou *Sacratíssimo*, porquanto seria ele como que um prelado com poderes espirituais superiores, um “Ungido do Senhor”<sup>317</sup>.

A situação de atraso de Portugal e de suas colônias, segundo a interpretação de Pombal, devia-se sobretudo à ação dos jesuítas, que estariam a fomentar deliberadamente a oposição dos ameríndios no sul do Brasil às disposições do Tratado de Madrid de 1750<sup>318</sup>.

Seu antijesuitismo, contudo, era lastreado não apenas em razões políticas, mas também em outras de cunho econômico: os seguidores de Santo Inácio seriam

---

correntes) da Revolução e do liberalismo; não falta quem explique a sua política eclesiástica a partir das necessidades concretas do Estado português, dividido e feudalizado no fim do reinado de D. João V, e a necessitar de coesão e disciplina para fazer face à Espanha borbónica. Certo é que não se pode entender o pombalismo religioso fora do contexto da derivação geral das monarquias católicas, na segunda metade do século XVIII, para o estabelecimento da supremacia régia sobre a Igreja, que se chamou galicanismo na França, febronianismo na Alemanha, josefismo na Áustria, e em geral se designa por regalismo.” (SEABRA, João. A teologia ao serviço da política de Pombal: episcopalismo e concepção do primado romano na Tentativa Teológica do Padre António Pereira de Figueiredo. *Lusitania Sacra*, Lisboa, 2. Série, 7, p. 359-402, 1995, p. 360).

<sup>316</sup> Cf. FIGUEIREDO, Antonio Pereira. **Tentativa Theologica**. Lisboa: Oficina de Miguel Rodrigues, 1761.

<sup>317</sup> BOXER, Charles R. **O Império Colonial Português (1415-1825)**. Trad. de Inês Silva Duarte. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 188.

<sup>318</sup> Alexandre de Gusmão - a respeito da soberania portuguesa sobre os territórios conquistados contra os espanhóis. O intento pombalino de demarcar as fronteiras ao sul do Brasil foi contraposto pelos jesuítas espanhóis. Como anota Charles Boxer, “se bem que o próprio Pombal antipatizasse com este Tratado, a relutância, real ou pretensa, dos Jesuítas em cumprirem os seus termos nos seus territórios missionários da América do Sul enfureceu-o” (BOXER, Charles R. **O Império Colonial Português (1415-1825)**. Trad. de Inês Silva Duarte. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 185-186).

proprietários de vastas fazendas, com abundância de gado e escravos e ocultariam em suas casas muitos tesouros. Deve-se atentar, também para a circunstância de que constituírem os jesuítas uma sociedade religiosa que impõe, além da profissão dos conselhos evangélicos de pobreza, castidade e obediência, a promessa “especial obediência ao Sumo Pontífice” – o chamado “Quarto Voto” – assegurando o cumprimento atender às missões a eles confiadas pelo Papa<sup>319</sup>. O programa de ação jesuítica, portanto, era flagrantemente incompatível com as pretensões pombalinas.

A perseguição de Pombal aos jesuítas ensejou na supressão do ramo português da Companhia em 1759 por Dom José I, convencido de que os inacianos participaram de uma malograda conspiração que visava ao seu assassinato em 1758<sup>320</sup>. Após a expulsão dos jesuítas, Pombal tratou de denunciar o que considerava os males perpetrados pelos inacianos na obra intitulada “*Deducción Chronologica e Analytica*”, publicada em três volumes entre 1767 e 1768, na qual é utilizada abundante conjunto de documentos históricos e de Estado para fundamentar suas suspeitosas medidas antijesuíticas<sup>321</sup>.

No Reinado de Dom José I de Portugal, entre 1750 e 1777, realizou-se, ainda, a substituição da referência à autoridade jurisdicional pela da lei, consoante as diretrizes em voga no direito europeu, sob influências de doutrinas que propugnavam o apego ao texto dos humanistas, a sistemática do racionalismo, a funcionalização do

---

<sup>319</sup> O “Quarto Voto” consta como exigência dos que desejassem ingressar na Companhia de Jesus na Bula *Regimini militantes ecclesiae* pela qual o Papa Paulo III aprovava a sociedade de Santo Inácio e seus companheiros, os quais professaram em 1541: “*Insuper promitto specialem obedientiam summo pontifici circa missiones in bulla contentas*”. Este texto do voto, com ligeiras alterações, é proferido pelos jesuítas até os dias atuais. A respeito da história do “Quarto Voto” cf. O’MALLEY, John W. *The Fourth Vow in Its Ignatian Context: An Historical Study*. **Studies in the Spirituality of Jesuits**, Saint Louis, v. XV, n. 1, jan. 1983.

<sup>320</sup> Para Charles Boxer, “esta conspiração foi, aparentemente, obra de alguns membros da família aristocrata dos Távoras, que se ofenderam profundamente com a ligação notória que D. José mantinha com a jovem e linda marquesa do mesmo nome. As provas incriminatórias contra eles foram obtidas sob tortura e a maior parte delas são altamente suspeitas; mas Pombal aproveitou esta oportunidade para intimidar a alta nobreza através da execução pública dos Távoras mais importantes, em circunstâncias de uma barbaridade revoltante. Esta atrocidade foi seguida pela condenação ao garrote e à fogueira do velho louco jesuíta padre Malagrida, cuja execução, em 1761, em Lisboa, foi corretamente descrita por Voltaire como ‘uma combinação suprema do ridículo e do horrível!’” (BOXER, Charles R. **O Império Colonial Português (1415-1825)**. Trad. de Inês Silva Duarte. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 186-187).

<sup>321</sup> Para Charles Boxer, apesar de fundadas em muitos documentos autênticos, as interpretações pombalinas destes documentos contrariamente aos jesuítas consubstanciam expedientes forçados e conspiracionistas, comparados aos Protocolos dos Sábios de Sião. “Pode também ser considerado o equivalente setecentista dos *Pensamentos de Mao Tsé-Tung*, porquanto Pombal chegou aos extremos mais absurdos para assegurar que o livro fosse lido pelo maior número possível de pessoas em todo o Império Português.” (BOXER, Charles R. **O Império Colonial Português (1415-1825)**. Trad. de Inês Silva Duarte. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 186).

direito romano pelo *usus modernus pandectarum*, o individualismo e o contratualismo das escolas jusracionais<sup>322</sup>.

Nesse sentido, a administração pombalina foi marcada pela política de centralização do poder sob o despotismo esclarecido e pela “modernização” do direito vigente principalmente no quadro geral das fontes, através da Lei de 18 de agosto de 1769, a “Lei da Boa Razão”. Através desta lei, de inspiração iluminista, a lei e a razão foram alçadas à primazia das fontes do direito, em detrimento do *utrumque ius*. Com claro fundo humanista, as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo, recebidas nas Ordenações por serem tidas mais comumente consoantes à razão, foram reputadas pela Lei de 18 de agosto de 1769 contrárias às regras de direito natural e também às “boas razões”. Na expressão de Hespanha, ocorreu uma espécie de “golpe legislativo”, porquanto substituído o velho corpo doutrinal pela produção dogmática do *usus modernus pandectatum*<sup>323</sup>.

No campo da educação, a aceitação dos jesuítas no monopólio do ensino (*Ratio Studiorum*) e do sistema religioso, representava a deferência à superioridade do *espiritual* sobre o *temporal*, o que conflitava com o modelo regalista que se pretendia consolidar.

A fim de suplantar o modelo educacional inaciano, baseado na tradição aristotélico-tomista, Pombal realizou profundas reformas dos estudos inspiradas no trabalho do iluminista Luis Antonio Verney, que em “O Verdadeiro Método de Estudar”, criticou o método escolástico praticado na Universidade de Coimbra, exaltando o modelo experimental e empírico, construído sob a égide da razão<sup>324</sup>. As críticas de Verney, consolidadas no “Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados Jesuítas”, concluído em 1771, serviram de base aos novos “Estatutos da Universidade de Coimbra” de 1772, em que

<sup>322</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 338.

<sup>323</sup> HESPANHA, António Manuel. **A História do Direito na História Social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 75.

<sup>324</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva bem resume o programa reformista de Verney: “Aqui temos o ideário propugnado por Verney: necessidade de estudo da verdadeira fonte do Direito, que é a Filosofia, especialmente da Ética que trata do Sumo Bem; do Direito Natural e do Direito da Gentes; indispensabilidade de, antes do estudo do direito romano, conhecer a História Universal, a História Romana e a História do Direito Civil romano; aproximação do direito romano, partindo de uma visão global, tirada das *Instituições*, e separando, nitidamente, aquilo que tem utilidade actual do que não tem; urgência do estudo do direito nacional, no plano universitário. Por outras palavras, resumidoras: racionalismo, historicismo, *usus modernus* e valorização do direito pátrio” (SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do Direito Português: Fontes de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 275).

se salienta a supremacia do poder político na educação portuguesa, adotando uma postura refratária à escolástica. O poder da Igreja estaria circunscrito apenas “à vida espiritual”, não lhe cabendo imiscuir-se em atribuições do Estado.

Para Cândido Mendes, ferrenho opositor tardio do projeto pombalino e considerado uma das maiores vozes do ultramontanismo no Brasil da segunda metade do século XIX, estes Estatutos “não são propriamente um regulamento de estudos, mas um tratado das doutrinas jansenico-galicanas, que se procuravam enraizar em Portugal e seus domínios”<sup>325</sup>. Os Estatutos pombalinos seriam, ainda, reflexo do “plano infernal que causando graves danos ao sentimento cristão da família portuguesa nos dois mundos, não fez todos quantos a perversa seita meditará”<sup>326</sup>. A seita a que alude Cândido Mendes era o jansenismo, travestido sob o título de regalismo em Portugal e que teve em Pombal sua revelação e nos Estatutos seu código<sup>327</sup>.

Operada a reforma do ensino da Universidade de Coimbra, muitos dos que ali estudaram vieram para o Brasil conhecedores (e defensores) de ideias plasmadas naqueles programas de estudos. Recorde-se, a propósito, que os Estatutos do Visconde de Cachoeira confeccionados em 1825 para o Curso Jurídico do Rio de Janeiro – que não foi instalado – eram inspirados nos novos Estatutos da Universidade de Coimbra e foram adotados provisoriamente pela Lei de 11 de agosto de 1827, para reger o funcionamento dos Cursos Jurídicos de Olinda e de São Paulo.

Como destacou José Murilo de Carvalho, a maior parte dos políticos que participaram da consolidação política do sistema imperial foi formada em Coimbra. Este grupo só foi posteriormente superado, a partir da Conciliação ou mesmo após a Revolução Praieira, pela geração “brasileira”, educada nos cursos jurídicos criados em 11 de agosto 1827<sup>328</sup>. Daí se pode concluir pela relevância da escola coimbrã como difusora do pensamento iluminista no Brasil por meio dos seus egressos.

---

<sup>325</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes. **Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro**. t. 1. p. 1. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866, LIII.

<sup>326</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes. **Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro**. t. 1. p. 1. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866, LIII.

<sup>327</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes. **Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro**. t. 1. p. 1. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866, p. LIII-LIV.

<sup>328</sup> CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 65. Não se pode deixar de recordar, do Seminário Episcopal de Olinda fundado em 1800 pelo Bispo Azeredo Coutinho, como espaço formal de trânsito de ideias iluministas e que teriam servido de motor ideológico às revoluções libertárias brasileiras no início do século XIX. Antonio Vilaça, no entanto, não identifica nos Estatutos do Seminário de Olinda – escritos em Portugal no ano de 1798 pelo próprio Dom Azeredo Coutinho – disposições capazes de perturbar

As casas reais ibéricas, utilizando-se do padroado e com tendências iluministas, fizeram uso de prerrogativas de patrocinador para exercer o controle das correspondências entre as autoridades eclesiásticas locais com o Papa, relativizando, com isso, a nota de universalidade da Igreja, em prol da ideia de uma Igreja “nacional”, de inspiração galicana.

Uma vez independente o Brasil, tratou-se logo de enfrentar a questão do seu relacionamento com a Santa Sé. Confessando oficialmente o catolicismo como religião do Estado, era pretensão do Império brasileiro manter os antigos privilégios concedidos a Portugal pelo regime do padroado régio. Todavia, deveria ser enfrentada o problema da continuidade das prerrogativas do padroado na pessoa de Pedro I, Imperador do Brasil, como que um “herdeiro” das instituições da antiga metrópole. A postura do Imperador firmara-se no sentido de que o poder eclesiástico exercido pela Coroa ser-lhe-ia inerente e antecedente às concessões papais feitas à Ordem de Cristo.

A Santa Sé, de outro lado, reputava que os antigos privilégios foram especialmente concedidos às nações ibéricas tendo em vista a evangelização nos territórios conquistados. Como bem destacou Tiago Adão Lara, a discussão possuía efeitos práticos: em se tratando de privilégio, como sustentado pela Santa Sé, admitir-se-ia a derrogação ou limitação dos direitos do padroado; se derivados da própria função real, incabível seria falar em derrogação. Esta última opinião vigorava entre maioria do clero brasileiro<sup>329</sup>.

O Estado brasileiro independente conservou várias das facetas institucionais do regime monárquico português, inclusive o regime de padroado régio, assegurando ao monarca atribuições sobre assuntos eclesiásticos e tornando a Igreja, “simples braço do poder secular” ou “departamento da administração leiga”<sup>330</sup>.

Em discurso na instalação da Assembleia Constituinte de 1823, Dom Pedro I comprometeu-se a dar ao Brasil uma Constituição “que, pondo barreiras inacessíveis ao despotismo quer real, aristocrático, quer democrático, affugente a

---

decisivamente o *status quo*. Para o autor, não seria intenção de Azeredo Coutinho criar um celeiro de revolucionários, embora os estatutos do Seminário se aproximassem aos Estatutos Pombalinos de 1772, como “o repúdio do método pedagógico dos jesuítas, o repúdio da escolástica, o relevo dado às ciências, tudo pertence ao iluminismo” (cf. VILLAÇA, Antonio Carlos. **O pensamento católico no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 45).

<sup>329</sup> LARA, Tiago Adão. **Tradicionalismo Católico em Pernambuco**. Recife: FUNDAJ, Editora Massangana, 1988, p. 30.

<sup>330</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 118.

anarchia e plante a arvore daquella liberdade a cuja sombra deva crescer a união, tranquillidade, e independencia deste imperio, que será o assombro do mundo novo e velho”<sup>331</sup>. A Assembleia de 1823, foi composta, em sua maioria, por deputados oriundos de Minas Gerais (20 deputados), seguidos de Pernambuco (13 deputados), São Paulo (9 deputados), Rio de Janeiro e Ceará (ambos com 8 deputados).

Eunápio Deiró recorda que a questão da liberdade religiosa foi objeto de debates entre os constituintes, muitos dos quais reproduziam em suas intervenções doutrinas caras à Revolução Francesa<sup>332</sup>. Discutiu-se, por exemplo, o sentido, limites e consequências da adoção da “liberdade religiosa”, com pareceres não raramente contrastantes.

Para alguns, como Silva Lisboa, a liberdade religiosa viria a ser “liberdade de perjúrio e liberdade da apostasia”, não se confundindo com a “liberdade de consciência”, entendida esta como a faculdade de pensar sobre objetos religiosos e de prestar culto interno a Deus<sup>333</sup>. Os atos externos relativos ao culto público deveriam continuar a ser exercidos exclusivamente pela Igreja Católica, de modo que seu entendimento era contrário à introdução da liberdade religiosa. A animadversão de Silva Lisboa à tolerância de outros cultos baseava-se, também, na circunstância de que, àquela época, não haveria no Brasil pessoas com a “fatuidade de professar o luteranismo, o calvinismo e outras seitas dissidentes da religião católica”<sup>334</sup>.

A desconfiança de Silva Lisboa, por receio de apostasia, foi combatida por outros parlamentares, dentre os quais alguns eclesiásticos, como o Padre Venâncio Henriques de Resende que, recordando sua participação na Revolução Pernambucana de 1817, dizia que “não era dado não pugnar pelos direitos da liberdade política”<sup>335</sup>. Para Cândido Mendes, foram demonstradas na Constituinte de 1823 as primeiras reações contra a Santa Sé, nada obstante a presença de sacerdotes filiados ao clero galicano-regalista – em suas palavras “pouco ortodoxo” e

---

<sup>331</sup> BRASIL. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Assembleia Constituinte (1823). t. I. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artístico, 1874, p. 16.

<sup>332</sup> DIERÓ, Eunápio. **Fragmentos de Estudos da História da Assembléia Constituinte do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2006. (Edições do Senado Federal, v.66), p. 289-293.

<sup>333</sup> DIERÓ, Eunápio. **Fragmentos de Estudos da História da Assembléia Constituinte do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2006. (Edições do Senado Federal, v.66), p. 290.

<sup>334</sup> DIERÓ, Eunápio. **Fragmentos de Estudos da História da Assembléia Constituinte do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2006. (Edições do Senado Federal, v.66), p. 290.

<sup>335</sup> DIERÓ, Eunápio. **Fragmentos de Estudos da História da Assembléia Constituinte do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2006. (Edições do Senado Federal, v.66), p. 306.

“modelados nas reprovadas doutrinas de Coimbra” –, sobre os quais deveria recair parcela de responsabilidade pelas crises entre a Coroa e a Igreja no século XIX<sup>336</sup>.

A Constituinte do Império foi dissolvida em novembro de 1823 na “noite da agonia”, elegendo o Imperador um Conselho de Estado incumbido de redigir aquela que seria a primeira Constituição brasileira, outorgada em 25 de março de 1824.

O Catolicismo, por força do artigo 5º da nova Constituição, “continuava” a ser a religião do Império, sendo assim estabelecido o princípio constitucional da religião de Estado. Em razão disso, era a religião católica especialmente tutelada, comprometendo o Imperador, por juramento constitucional, a protegê-la (art. 103)<sup>337</sup>. Semelhante juramento também era previsto em relação ao herdeiro presuntivo (art. 106)<sup>338</sup>, ao Regente e à Regência (art. 127)<sup>339</sup>, assim como aos Conselheiros de Estado (art. 141)<sup>340</sup>. A profissão da religião católica era, ainda, requisito constitucional à nomeação como deputado, segundo disposto em no artigo 95, III, da Constituição

---

<sup>336</sup> Cândido Mendes fez notar que “entre os Eclesiásticos, os mais proximos das doutrinas Catholicas erão o Arceidiago – Romualdo Antonio de Seixas (depois Arcebispo da Bahia), e o Vigário Marcos Antonio de Sousa (depois Bispo do Maranhão). O Bispo do Rio de Janeiro D. José Caetano da Silva Coutinho, Monsenhor Vidigal e o Conego Antonio Vieira da Soledade erão, como os precedentes, Gallicanos moderados. Primavão na cohorte extrema Diogo Antonio Feijó, Miguel José Reinau, Monsenhor Pizarro, Cônego Januário da Cunha Barbosa, Antonio da Rocha Franco, José Custódio Dias e José Bento Leite Ferreira de Mello. Erão todos membros de lojas maçonicas” (ALMEIDA, Cândido Mendes. **Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro**. t. 1. p. 1. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866, p. CCCXLII, nota 2).

<sup>337</sup> “Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber” (BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em 10 abr. 2016). Jerônimo Vilella de Castro Tavares, autor do “Compendio de Direito Público Ecclesiastico autorizado para uso pelas Faculdade de Direito do Império”, lastreado no pensamento de Benjamin Constant, explicava a razão de ser dessa proteção. Para ele, “o chefe do estado tem o dever de proteger a fé; não porque a religião seja util, ou meio eficaz de promover o fim do estado, pois é ella, como um sentimento nobre e sublime, fim para si mesmo, e o estado, adoptando-a e respeitando-a, não faz mais do que garantir um dos mais sagrados direitos do homem; mas porque esta é santa e verdadeira. O estado, diz *Benjamin Const.*, deve antes proteger a religião por ser verdadeira e santa, do que por ser útil” (TAVARES, Jeronymo Vilella de Castro. **Compendio de Direito Publico Ecclesiastico para uso das Faculdades de Direito do Imperio**. 3 ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882, p. 210).

<sup>338</sup> “Art. 106. O Herdeiro presuntivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador”. (BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil).

<sup>339</sup> “Art. 127. Tanto o Regente, como a Regencia prestará o Juramento mencionado no Art. 103, accrescentando a clausula de fidelidade na Imperador, e de lhe entregar o Governo, logo que elle chegue á maioridade, ou cessar o seu impedimento”.

<sup>340</sup> “Art. 141. Os Conselheiros de Estado, antes de tomarem posse, prestarão juramento nas mãos do Imperador de manter a Religião Catholica Apostolica Romana; observar a Constituição, e às Leis; ser fieis ao Imperador; aconselhal-o segundo suas consciencias, attendendo sómente ao bem da Nação”.

Imperial, o que ensejou em várias críticas nos meios políticos nacionais, sobretudo na segunda metade do século XIX.

O direito de apresentação aos ofícios eclesiásticos foi tratado no artigo 102, II, ao se atribuir ao Imperador, dentre outros encargos, a nomeação de bispos e a provisão de benefícios eclesiásticos. Note-se que esta incumbência é mencionada enquanto direito soberano do Imperador, independente de alusão a concessões pontifícias de direitos de padroeiro, em clara tendência regalista, a provocar o impasse com a Santa Sé que apenas foi resolvido em 1828.

O padroado teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Conselho de Estado e o instrumento, que outrora serviu à Igreja como meio de favorecimento de sua ação em regiões longínquas, tornou-se elemento de sua tutela e controle. Nesse sentido, o Conselheiro Nabuco de Araújo, interpretando o art. 5º da Constituição do Império durante a Questão Religiosa, argumentou em seu voto que este artigo:

não diz que a Religião Católica Apostólica Romana *será* a religião do Estado, mas que *continuará* a ser a religião do Estado. Esta palavra *continuará* mostra bem que a religião do Estado seria, como até ahi era, isto é, como era a Religião Lusitana ao tempo da Constituição, isto é, a Religião Católica com seus dogmas, com os cânones recebidos, com as leis portuguesas respectivas. N'este pressuposto, herdámos de Portugal o *placet*, illimitado como era, o recurso á Coroa, o padroado, a lei que excluiu os Jesuítas, a lei da amortização, e as demais que constituíam o *circa sacra*.<sup>341</sup>

Quanto aos cultos, embora o artigo 5º decretasse a exclusividade do culto público católico, tolerava-se o culto doméstico ou particular de outras religiões em casas especialmente destinadas às celebrações, sem ostentar aspecto de templo. A liberdade de culto aos cidadãos era assegurada pelo art. 179, V, que assegurava que “ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica”.

O artigo 102 da Constituição do Império ainda atribuía ao Imperador a concessão do beneplácito (ou *exequatur*) às disposições eclesiásticas externas ao Brasil (como letras apostólicas e decretos conciliares).

Para solucionar o impasse diplomático relativo aos direitos do padroado régio, Dom Pedro enviou o Monsenhor Francisco Corrêa Vidigal como representante

---

<sup>341</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Terceiro (1866-1878). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 370.

brasileiro perante a Santa Sé, a fim de lograr a chancela papal à nova nação constitucionalmente estabelecida.

A Ordem de Cristo foi finalmente criada para o Brasil pela Bula *Praeclara Portugalliae* de 30 de maio de 1827, atribuindo aos imperadores do Brasil o grão mestrado perpétuo da Ordem de Cristo, de São Tiago da Espada de São Bento de Avis. Desse modo, Dom Pedro não logrou valer-se das antigas concessões papais aos reis de Portugal, sendo-lhe conferidas novas. No entanto, esta Bula foi desaprovada e rejeitada pela Câmara dos Deputados com insultos à Santa Sé, contando a rejeição com apoio de sacerdotes regalistas<sup>342</sup>

Ainda que se considere a prerrogativa de padroeiro uma concessão pontifícia, não se pode esquecer que ela, à luz de uma visão regalista, consistiu em forma de restrição dos poderes da Igreja no Império, como bem destacou Candido Mendes:

O direito do Padroado não se póde reputar liberdade de Igreja alguma, he antes uma servidão; porque Igreja sujeita a esse onus ou dependencia perde de alguma arte sua autonomia recebendo para o seu serviço empregados que ella não elegeu. A concessão do Padroado he uma *liberdade* em relação ao que frue esse direito, nunca para a Igreja obrigada à apresentação dos respectivos Beneficiados e Pontifices.<sup>343</sup>

Bispos e párocos eram tratados como empregados civis pelo Poder Executivo. Isto se dava pelo fato de ao cargo de pároco estavam anexas diversas funções civis, como a presidência de mesas eleitorais e o registro dos nascimentos, casamentos e óbitos. Nesse sentido, a lei de 22 de setembro de 1828, que extinguiu as mesas do Desembargo do Paço e da Consciência de Ordens, estabelecia, dentre outras disposições, que os benefícios eclesiásticos continuariam a ser providos mediante carta de apresentação expedida pelo Governo.

Outra medida intervencionista do poder imperial em assuntos eclesiásticos era a submissão das ordens religiosas à sua autoridade. Seguindo a política já adotada desde o período colonial e no Primeiro Reinado, em 1855, por Aviso do Ministério da Justiça, proibiu-se o ingresso de noviços naquelas ordens até que se

---

<sup>342</sup> Cf. ALMEIDA, Cândido Mendes. **Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro**. t. 1. p. 1. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866, p. CCLXIV.

<sup>343</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes. **Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro**. t. 1. p. 1. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866, p. CCXVII.

procedesse à reforma pretendida pelo Governo após acordos com a Santa Sé. Tal medida foi uma das muitas intervenções do poder temporal em assuntos eclesiais e que já integravam o cotidiano das relações entre as instituições.

Este regime regalista de relações entre a Igreja e o Estado foi aplicado de maneira bastante conflituosa durante o império, na medida em que a autoridade secular tinha a seu favor vários instrumentos de controle da estrutura eclesial e nem sempre os clérigos e mesmo os leigos se sentiram à vontade com as diretrizes imperiais em negócios eclesiais, impondo-lhes resistência.

## 4.2 O casamento como “matéria mista”: a força legal dos cânones no ordenamento jurídico brasileiro

### 4.2.1 *As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*

O direito canônico possuía uma posição de certa prevalência no direito lusitano. Como exemplos dessa prevalência pode-se citar a Lei 1ª do Livro de Leis e Posturas do Rei Dom Afonso III em 1211, a Lei 1ª das Ordenações de Dom Duarte e as Extravagantes pós Afonsinas (Assento de 06 de fevereiro de 1512)<sup>344</sup>.

A fim de fixar os limites entre os diversos ordenamentos jurídicos aplicáveis em Portugal na ausência do direito pátrio foi criado nas Ordenações Afonsinas de 1446 um método de preenchimento das lacunas do direito nacional através do chamado direito subsidiário. A primazia de aplicação era dada ao direito nacional contido nas leis do Reino, nos estilos da Corte ou em costumes antigamente utilizados.

---

<sup>344</sup> “Outrosy estabeço que as sas leys sseiam guardadas e os dereytos da sancta Egreja de Roma Conuem a ssaber que sse forem fectas ou estabeçoçadas contra eles ou contra a sancta Egreja que nom ualham nem tenham” PORTUGAL. Livro das leis e das posturas. In: SILVA, Nuno Espinosa Gomes da (org.). **Livro das Leis e Posturas**. Lisboa: Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito, 1971, p. 9. Note-se inexistir um fator heterovincularivo da autoridade estatal ao direito canônico. A supremacia deste em relação às leis civis advém de um ato de vontade do próprio rei. A respeito da temática, é oportuno o destaque feito por José Domingues quanto às controvérsias em torno do sentido de supremacia do direito canônico perante as leis reais no referido fragmento, in: DOMINGUES, José. O Braço Secular em Portugal na Baixa Idade Média (Séculos XIII-XV). **Revista de estudos histórico-jurídicos**. Valparaíso, n.38, p. 99-121, agosto 2016. Disponível em <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552016000100004&Ing=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552016000100004&Ing=es&nrm=iso)>. Acesso em 27 out. 2017. (nota 7).

Os direitos romano e canônico seriam aplicados em havendo falta de qualquer das fontes de direito nacional<sup>345</sup>. Assim, o direito subsidiário era hierarquicamente estruturado primeiramente com remissão às leis imperiais (direito romano justinianeu) se a questão não envolvesse matéria de pecado, do contrário, aplicava-se o direito canônico.

Em permanecendo a lacuna, a solução deveria ser alcançada pelo recurso às glosas de Acúrsio e às opiniões de Bártolo, desde que de acordo com a opinião comum dos doutores. Após todo esse percurso, em ainda não sendo encontrada solução nas fontes referidas, seria feita consulta ao monarca cuja resolução devia ser aplicada em futuros casos semelhantes<sup>346</sup>.

As Ordenações Manuelinas e Filipinas praticamente mantêm as mesmas regras a respeito do recurso ao direito subsidiário<sup>347</sup>. No entanto, há uma mudança no local de seu tratamento: nas Manuelinas, o direito subsidiário foi tratado no Livro II, respeitante aos direitos privilegiados, enquanto que nas Filipinas sobre ela foi versado no Livro III, que tratava do processo civil.

Para Poveda Velasco, apoiado em Braga da Cruz, esta mudança de localização revela alteração de enfoque da problemática. Enquanto que nas Ordenações Manuelinas o direito subsidiário exprimia, de certo modo, o conflito entre as jurisdições temporal e eclesiástica, nas Ordenações Filipinas foi tratado como matéria de direito adjetivo definidora de critérios de julgamento de causas pendentes<sup>348</sup>.

Considerando a posição do direito canônico no esquema sistemático das Ordenações do Reino, por se tratar de assunto que envolvia confiado à jurisdição eclesiástica, o matrimônio não foi amiúde disciplinado na compilação lusitana<sup>349</sup>.

---

<sup>345</sup> SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do Direito Português**: Fontes de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

<sup>346</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 344-347. Sobre o mesmo assunto, veja-se também em SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do Direito Português**: Fontes de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 124 e 193-206 e POVEDA VELASCO, Ignacio Maria. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 89, 1994, p. 11-67.

<sup>347</sup> Cite-se como aspecto distintivo no esquema de direito subsidiário das Ordenações Manuelinas a autoridade da glosa de Acúrsio e da opinião de Bártolo passa a submetida à não-contrariedade à opinião comum dos doutores (cf. SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do Direito Português**: Fontes de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 211-212).

<sup>348</sup> POVEDA VELASCO, Ignacio Maria. **Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 36.

<sup>349</sup> POVEDA VELASCO, 2007, p. 31 e também SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do casamento em Portugal**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 82.

Dentre as incidentais disposições das Ordenações sobre a matéria, destacam-se as relativas ao direito de meação constantes do Título XLVII do Livro II das Ordenações Manuelinas e aquela do Título XLVI do Livro IV das Ordenações Filipinas. Estas últimas ordenações, datadas do século XVI, embora resultado da reforma das Ordenações Manuelinas durante a União Ibérica<sup>350</sup>, constituem versão atualizada destas últimas, com modificações na redação e forma, no entanto, perenizam “em toda a sua estrutura, o espírito das anteriores, constituindo, verdadeiramente, uma presença da Idade Média nos tempos modernos”<sup>351</sup>. As Ordenações Filipinas confirmaram a autoridade extrínseca conferida às glosas de Acúrsio e às opiniões de Bártolo, as quais foram rechaçadas pela Lei da Boa Razão, como anteriormente referido.

Durante a regência do Cardeal Dom Henrique, após ter recebido do Papa exemplar autêntico dos decretos conciliares, fez-se publicar em 1564 os textos do Concílio de Trento, tanto em latim, como em vernáculo. Com efeito, Portugal foi uma das primeiras nações a adotar em seu corpo legislativo nacional os decretos conciliares. Pelo Alvará de 12 de setembro de 1564 recomendou-se a observância dos decretos tridentinos em todos os domínios da monarquia portuguesa, expedindo-se cartas régias aos prelados do Reino e das conquistas ultramarinas, com a remessa do volume impresso em Lisboa, contendo a bula e decretos. Além disso, estabeleceu-se que houvesse solene publicação dos decretos nas respectivas regiões para as quais foram remetidas as cartas. Finalmente, através da lei portuguesa de 8 de abril de 1569 recebeu-se e determinou-se a execução do Concílio de Trento “geral e indistintamente”.

Na América portuguesa – à semelhança da experiência em outros países, inclusive da Europa – tardou-se levar a cabo as determinações reformistas do Concílio de Trento, o que resultou em uma tardia e difícil “tridentinização”, nas palavras de Bruno Feitler e Evergton Souza<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> Embora sancionadas em 1595 por Filipe I de Portugal (Felipe II de Espanha), sua observância foi determinada após sua impressão em 1603 no reinado de Filipe II de Portugal (III de Espanha). Com o fim do domínio castelhano, as Ordenações Filipinas foram confirmadas por Dom João IV em 1643.

<sup>351</sup> BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 50, 1955, p.35.

<sup>352</sup> “A ausência de constituições diocesanas, como se pode depreender das *Queixas do Povo da Bahia*, podia ser um fator prejudicial aos interesses dos súditos que tinham alguma causa na justiça eclesiástica. Com efeito, a falta de leis e regras claras deixava a população à mercê de autoridades eclesiásticas cujo comportamento nem sempre foi ilibado” (FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo Introdutório. In: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Edusp, 2010, p. 37).

Os primeiros ensaios visando a promulgar de promulgar constituições sinodais de aplicação do Concílio de Trento remontam às iniciativas dos bispos da Bahia D. Pedro Leitão (1559-1573) e D. Constantino Barradas (1603-1618). As normas originadas de tais sínodos nunca chegaram a ser impressas e tiveram uma aplicação bastante restrita, logo caindo em desuso. Diante disso, os representantes da Igreja na América Portuguesa viram-se durante anos na contingência de se orientarem pelas Constituições do Arcebispado de Lisboa, adequando suas disposições às peculiaridades coloniais, através de decisões e práticas informais.

Na porção oriental do Império Português, no entanto, o esforço de aplicação do concílio se deu relativamente de modo rápido, havendo registro de reuniões sinodais em Goa em 1567, 1575, 1585, 1592 e 1606, derivando de algumas delas as Constituições do Arcebispado de Goa (1568)<sup>353</sup>.

O caso brasileiro difere significativamente daquele de Goa. Com efeito, tendo o primeiro bispado criado na América portuguesa estabelecido em 1551, só após 156 anos um sínodo foi efetivamente celebrado. Algumas razões dessa demora podem ser apresentadas como: o regime do padroado que impedia a aplicação de algumas disposições de Trento ao Brasil, a vasta extensão do território e o regime missionário ainda imperante nas terras americanas<sup>354</sup>. Além disso, a ausência de sínodos diocesanos e concílios provinciais dificultavam a elaboração de normas para execução das estipulações tridentinas.

As Constituições de Lisboa sobre o Concílio de Trento foram aplicáveis ao Brasil até 1707, considerando que as dioceses brasileiras eram sufragâneas à Sé de Lisboa. Isto também contribuiu em certa medida para procrastinar ainda mais o processo de adaptação das necessidades eclesiais da colônia brasileira a Trento por meio de sínodos e concílios.

Em 1676, atendendo a petição do Rei Dom Pedro II, o Papa Inocêncio XI pela bula *Inter Pastoralis Officii Curas* elevou a Sé de São Salvador da Bahia de Todos os Santos à condição arquiépiscopal e metropolitana<sup>355</sup>, justificando, com mais

<sup>353</sup> FARIA, Patrícia Souza de. Os concílios provinciais de Goa: reflexões sobre o impacto da “Reforma Tridentina” no centro do império asiático português (1567-1606). In: Topoi. **Revista de História**, v. 14, n. 27, jul./dez. 2013, p. 224-226.

<sup>354</sup> FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo Introdutório. In: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Edusp, 2010, p. 37.

<sup>355</sup> No mesmo mês da assinatura bula *Inter Pastoralis Officii Curas* (novembro de 1676) foram elevadas da condição de prelatura territorial a diocese as dioceses de Olinda (bula *Ad sacram Beati Petri sedem*) e de São Sebastião do Rio de Janeiro (bula *Romani Pontificis pastoralis sollicitudo*), sendo ambas sufragâneas à Sé Arquiépiscopal de Salvador. Também compunham o grupo de dioceses

gravidade, a necessidade de serem celebradas as reuniões sinodais<sup>356</sup>. De fato, como já mencionado, no Oriente, o Arcebispado de Goa já empreendera a reforma tridentina desde 1568 com a promulgação de suas Constituições. Nas dioceses de Angra e Funchal, igualmente sufragâneas de Lisboa, também haviam sido convocados sínodos e promulgadas as leis correspondentes.

Em 1719, o Arcebispo da Bahia e Primaz do Brasil, Dom Sebastião Monteiro da Vide, convocou o primeiro e único sínodo diocesano da América portuguesa do qual resultou a aprovação das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, “principal corpo de leis eclesiásticas não só da Igreja baiana, mas de todas as demais dioceses luso-americanas”<sup>357</sup>.

As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (doravante CPAB) não foram fruto de um concílio provincial – cuja tentativa de realização por Dom Sebastião Monteiro da Vide restou frustrada –, mas de um sínodo diocesano<sup>358</sup>, o que faria delas uma normatização inicialmente em vigor apenas da Arquidiocese da Bahia. Entretanto, após algum tempo, os bispos das dioceses sufragâneas interessaram-se pelo texto das CPAB e serviram-se delas, que mais tarde foram aplicadas em todos os bispados da América portuguesa<sup>359</sup>.

---

sufragâneas da Arquidiocese de São Salvador da Bahia os bispados africanos de São Tomé e de Angola e Congo, ambas já existentes à época.

<sup>356</sup> “No mais das vezes, as razões que levaram à procrastinação do concílio provincial estiveram relacionadas com a morte prematura dos prelados que ocuparam a Sé arquiépiscopal da Bahia. D. frei João da Madre de Deus, segundo as *Queixas*, ‘o pretendia fazer’, mas seu arcebispado durou apenas quatro anos, tendo falecido na epidemia de febre amarela que assolou a Bahia em 1686. O governo de D. frei Manuel da Ressurreição durou menos ainda: ‘ano e meio, gastando-o na averiguação dos costumes para sínodo que pretendia fazer’. O prelado morreu em 1691, durante uma visita diocesana, no seminário de Belém da Cachoeira, sendo também vítima, ao que parece, de febre amarela” (FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo Introdutório. In: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Edusp, 2010, p. 37)

<sup>357</sup> FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo Introdutório. In: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Edusp, 2010, p. 52-53.

<sup>358</sup> “Com efeito, dos bispos sufragâneos somente compareceu o de Angola, D. Luiz Simões Brandão, que estava a caminho de sua diocese. D. Francisco de S. Jerônimo, bispo do Rio de Janeiro, adoeceu e não pôde viajar, e tampouco enviou procurador ao sínodo. As dioceses de Pernambuco e São Tomé estavam em sede vacante e não enviaram qualquer representante. Frustrada a ideia de realizar um concílio provincial, o arcebispo aproveitou a presença do clero diocesano convocado e realizou no mesmo período, em junho de 1707, um sínodo diocesano, o primeiro de toda a história da América portuguesa.” (FEITLER, p. 41). Para o Sínodo foram eleitos vários Examinadores dentre os quais jesuítas (seis), beneditinos (dois), carmelitas (dois), carmelita descalço (um), agostiniano (um), franciscanos (dois) e outras dignidades eclesiásticas. O Sínodo foi celebrado em três sessões e inegável dizer que a aprovação das Constituições foi o coroamento dele.

<sup>359</sup> FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo Introdutório. In: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Edusp, 2010, p. 53. Registre-se que as Dioceses do Maranhão e do Pará se tornaram sufragâneas do Arcebispado da Bahia apenas em 1827 pela Bula *Romanorum Pontificum vigilantia*, do Papa Leão XII (placitada no mesmo ano), sujeitando-se apenas a partir de então às Constituições do Arcebispado da Bahia (cf. ALMEIDA,

O conteúdo das Constituições Primeiras tem por fontes a Sagradas Escrituras, as obras dos Santos Padres e a normativa canônica existente. Em seu arcabouço interno, é dividida praticamente em três grandes partes.

A primeira delas trata dos mistérios divinos: o Livro Primeiro trata da fé católica, da doutrina, da denúncia dos hereges, da adoração, do culto, dos sacramentos; o Livro Segundo trata dos ritos, da missa, da esmola, da guarda dos domingos e dias santos, do jejum, das proibições canônicas, dos dízimos, primícias e oblações.

A segunda parte versa a respeito da perfeição dos costumes: cuida o Livro Terceiro das atitudes e do comportamento do clero, das indumentárias clericais, das procissões, do cumprimento dos ofícios divinos, da pregação, do provimento das igrejas, dos livros de registros das paróquias, dos funcionários eclesiásticos, dos mosteiros e igrejas dos conventos; e o Livro Quarto dispõe a respeito das imunidades eclesiásticas, da preservação do patrimônio da Igreja, das isenções, privilégios e punições dos clérigos, do poder eclesiástico, dos ornamentos e bens móveis das igrejas, da reverência devida e da profanação de lugares sagrados, da imunidade aos acoutados, dos testamentos e legados dos clérigos, dos enterros, das sepulturas e dos ofícios pelos defuntos.

A terceira grande parte das CPAB alude à disciplina eclesiástica, regulando o Livro Quinto aspectos sobre as transgressões: heresias, blasfêmias, feitiçarias, sacrilégio, perjúrio, usura, etc., também sobre as acusações e das respectivas penas, a excomunhão, as suspensões, a prisão, dentre outras questões.

As Constituições do Arcebispado da Bahia fornecem modelos ideais de ação nas relações sociais. Retratam um agir cotidiano em vários aspectos regrado pela religião<sup>360</sup>.

---

Cândido Mendes. **Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro**. t. 1. p. 1. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866, p. CCLXIV).

<sup>360</sup> Por exemplo, no Título LXXIII do Livro Quinto das Constituições, que trata a respeito dos que são obrigados a ter aquelas Constituições, está disposto que: “Porquanto todos os nossos súditos estão sujeitos a nossas leis diocesanas, são obrigados a guardá-las por se dar por elas forma aos negócios assim judiciais como extrajudiciais; e, outrossim, para que melhor se cumpram e saibam o que nelas se contém em proveito de suas almas e descargos de suas consciências, e em nenhum tempo possam alegar ignorância, ordenamos e mandamos que, na nossa Sé catedral e nosso cabido, em todas as igrejas paroquiais e curadas deste nosso arcebispado haja um volume destas nossas Constituições, que se comprará por conta da fábrica de cada uma das ditas igrejas”. VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 590.

Identifica-se um cuidado para que o conhecimento dos termos das Constituições chegasse a todos, tendo em conta a sua amplitude de aplicação. Isso será fortemente observado no âmbito das relações matrimoniais.

#### 4.2.2 Aspectos do direito matrimonial canônico no direito no Império

Para Joaquim Vilella, lente da Faculdade de Direito do Recife e autor de importante trabalho sobre Direito Público Eclesiástico no século XIX, não se pode supor a absoluta delimitação entre a ordem espiritual e temporal tendo por referência apenas a materialidade e visibilidade das coisas.

A definição dos limites do poder espiritual da Igreja deve ser realizada a partir da natureza do objeto considerado<sup>361</sup>. Dentre os vários objetos submetidos ao poder da Igreja, existiriam alguns cujo interesse esta compartilha com o poder temporal: são as chamadas “matérias mistas”. E, em meio aos “objetos mistos”, o matrimônio consiste em instituição jurídica de relevo: “como sacramento, é parte espiritual, e como contracto natural ou civil, parte temporal, é objeto mixto”<sup>362</sup>.

Nesse sentido, justificava-se a necessidade de se definir os limites de atuação de ambas as esferas quanto ao matrimônio: seus efeitos patrimoniais e pessoais interessavam sobremaneira ao Estado, enquanto que à Igreja ressaltavam os reflexos espirituais da união. Vale recordar que os assentos de nascimentos, casamentos e óbitos ficavam a cargo dos párocos e a apreciação das causas matrimoniais era confiada aos bispos (por si ou por seus delegados), incumbindo aos vigários conhecer das dispensas de impedimentos para casamentos<sup>363</sup>.

A Lei de 20 de outubro de 1823 adotara como pátrias as Ordenações, leis, regulamentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis portugueses e pelos quais se governava o Brasil até 1821, incluindo-se aí as leis que admitiram as prescrições tridentinas. Estas, como anteriormente declinado, tem no matrimônio um

---

<sup>361</sup> TAVARES, Jeronymo Vilella de Castro. **Compendio de Direito Publico Ecclesiastico para uso das Faculdades de Direito do Imperio**. 3 ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882, p. 45.

<sup>362</sup> TAVARES, Jeronymo Vilella de Castro. **Compendio de Direito Publico Ecclesiastico para uso das Faculdades de Direito do Imperio**. 3 ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882, p. 45.

<sup>363</sup> Cf. NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência: I – Império**. Porto Alegre: Sulina, 1972, p. 146.

sacramento, de modo que, ao acolhê-las, o Brasil também reconhecia tal dogma, inclusive para a definição de seus requisitos de validade do casamento – mormente o atendimento à forma canônica; além do poder da autoridade eclesiástica para estabelecer os impedimentos dirimentes e desta para julgar as causas matrimoniais, dentre outras prerrogativas.

Concretizando as diretrizes tridentinas, em particular as do Decreto *Tametsi*, as CPAB continuaram a ser observadas pela Igreja no Império, ressalvadas as disposições que tivessem sido posteriormente alteradas, revogadas pelas leis imperiais ou eventualmente caído em desuso<sup>364</sup>. Dos setenta e quatro títulos do seu Livro Primeiro, sessenta e seis tratam dos sacramentos e, dentre estes, treze versam sobre o matrimônio (Títulos LXII a LXXIV, com 65 parágrafos). Estas disposições serão em grande parte aplicadas pelos tribunais eclesiásticos no Brasil, inclusive com reflexos civis até 1890, merecendo, portanto, algumas considerações a respeito de seu conteúdo.

No Título LXII, o matrimônio é definido como um contrato de vínculo perpétuo e indissolúvel, ordenado para três fins: a propagação humana; a lealdade mútua entre os casados e inseparabilidade entre os casados, representando a união de Cristo com a Igreja. Além disso, outra finalidade seria o remédio da concupiscência, segundo conselho paulino. São os ministros do sacramento os noivos, figurando o pároco como testemunha qualificada exigida pelo Concílio Tridentino para colher o consentimento, que formalizava a matéria do sacramento: o “domínio dos corpos” do marido e da esposa<sup>365</sup>.

Quanto à forma, ao menos até a Lei 1.144 de 1861, o Brasil só reconhecerá o casamento católico, segundo as formas tridentinas e das CPAB. Pelo Decreto de 03 de novembro de 1827 – com fundamento no direito de beneplácito – a Assembleia Geral mandou executar em todos os bispados e freguesias do Império, quanto à celebração do casamento, as disposições do Concílio de Trento na parte disciplinar constante da seção 24, capítulo 1º (*De reformatione matrimonii*, ou Decreto *Tametsi*)

---

<sup>364</sup> Todas as disposições dos títulos do Livro I das CPAB sobre o matrimônio, consideradas abrogadas ou revogadas dizem respeito a sanções pecuniárias, de degredo ou de prisão (Cf. APPENDICE para se mostrar em que a Constituição do Arcebispado da Bahia se acha alterada, revogada pelas Leis do Imperio, e modificada finalmente pelos uzos e costumes. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1854, p. 155).

<sup>365</sup> VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia feitas, e ordenadas pelo Ilustríssimo, e Reverendíssimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide**. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p.107.

e também o contido no Livro 1º, Título 68 §291 das CPAB<sup>366</sup>. A medida visava a combater o procedimento em alguns bispados em estabelecerem procedimentos reputados extravagantes durante a habilitação matrimonial e realizarem cobranças de altas custas.

No Brasil Colônia, em razão do regime do padroado, cabia à Mesa de Consciência e Ordens assessorar o rei no desenlace de questões que tocassem a “obrigação de sua consciência”<sup>367</sup>. Seus cinco juízes escolhidos entre clérigos e leigos, “podiam conhecer e julgar, como delegados da Sé Apostólica, quaisquer processos de cunho eclesiástico ou civil que envolvessem religiosos com privilégios de foro”<sup>368</sup>. No entanto, em relação à celebração do matrimônio e às controvérsias dele eventualmente resultantes, a matéria permanecia sob controle e competência exclusiva da administração eclesiástica, exercida sobretudo pelos bispos, coadjuvados nas comarcas eclesiásticas pelos vigários de vara e pelos párocos.

Do conhecimento do juiz de casamento excluía-se tudo o que não devesse correr no juízo contencioso, como os pedidos de dispensa de impedimentos. Os autos de casamento, de justificação e de verificação de impedimento pertenciam, contudo, ao foro gracioso<sup>369</sup>.

A fim de evitar nulidades, as CPAB alertavam para a necessidade de se observarem as formalidades anteriores à celebração do casamento. Ao juiz de casamento incumbia presidir as diligências prévias necessárias, como a oitiva dos nubentes em separado e a verificação de impedimentos por denúncias, tendo sempre em conta o direito canônico, os decretos tridentinos e as CPAB (RAEB, tít. V, §325)<sup>370</sup>.

Estes cuidados eram aplicáveis tanto em relação a livres como aos escravos, havendo, quanto a estes, disposições especiais, como a de que não poderia

---

<sup>366</sup> Cf. Decreto de 3 de novembro de 1827. Declara em efectiva observancia as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimonio. In: BRASIL. **Collecção de Leis do Império do Brazil de 1827**. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 83.

<sup>367</sup> Inicialmente instituída em 1532 por Dom João III como Mesa da Consciências e, mais tarde, com a incorporação à Coroa do Mestrado das Ordens Militares de Cristo, Santiago da Espada e São Bento de Avis, passou a ser denominada “Mesa de Consciência e Ordens”. No Brasil a Mesa foi instalada por alvará de 22 de abril de 1808 e extinta pela Lei de 22 de setembro de 1828.

<sup>368</sup> SALGADO, Graça (coord.) et al. **Fiscais e Meirinhos: A Administração no Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 114.

<sup>369</sup> REGIMENTO do Auditório Ecclesiastico do Arcebispado da Bahia. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p.72-75.

<sup>370</sup> REGIMENTO do Auditório Ecclesiastico do Arcebispado da Bahia. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p.72.

o senhor impedir o casamento, tampouco a continuidade da união, porquanto contrário a direito divino e humano, por exemplo, através da venda do escravo para lugares remotos,<sup>371</sup>.

Para a validade do casamento exigia-se idade mínima de 14 anos para os homens e de 12 para as mulheres, salvo se já tivessem discricção e disposição suficientes para suprir a ausência da idade exigida (CPAB, §267)<sup>372</sup>.

Os interessados em casar deveriam comunicar ao pároco para que se procedesse às denúncias em três domingos ou dias santos com o propósito de investigar a existência de eventuais impedimentos<sup>373</sup>. Segundo o Concílio Tridentino, as denúncias poderiam ser dispensadas ou mesmo diferidas para momento posterior ao matrimônio em casos especialmente autorizados pelo bispo<sup>374</sup>.

O Regimento do Auditório Eclesiástico do Arcebispado da Bahia (RAEB) dispunha que o juiz de casamentos quando instado à verificação da procedência de algum impedimento, deveria agir com rigor, tendo em apreço que bastaria meia prova com os requisitos legais, para que se procedesse ao impedimento, “porque muito menos prova basta para impedir o casamento antes de feito, do que depois de celebrado para se anullar” (RAEB, tít. V, §337)<sup>375</sup>.

Os impedimentos passíveis de denúncia poderiam ser dirimentes, quando reputados graves e capazes de dissolver o vínculo matrimonial, ou

---

<sup>371</sup> “[...] e fazendo o contrário pecam mortalmente, e tomam sobre suas consciências as culpas de seus escravos, que por este temor se deixam muitas vezes estar e permanecer em estado de condenação. Pelo que lhe mandamos e encarregamos muito que não ponham impedimentos a seus escravos para se casarem, nem com ameaças e mau tratamento lhes encontrem o uso do matrimônio em tempo e lugar conveniente, nem depois de casados os vendam para partes remotas de fora, para onde suas mulheres, por serem escravas ou terem outro impedimento legítimo, os não possam seguir” (CPAB, l. 1. t. LXXI, §303).

<sup>372</sup> VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia feitas, e ordenadas pelo Ilustríssimo, e Reverendíssimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide**. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p. 109-110.

<sup>373</sup> Eis a fórmula das denúncias, segundo as CPAB §269: “Quer casar N. filho de N., e de N. naturaes de tal terra, moradores de tal parte, Freguezia de N. com N. filha de N. e N. naturaes de tal terra, moradores em tal parte, Freguezia de N., se alguém souber que ha algum impedimento, pelo qual não possa haver effeito o Matrimonio, lhe mandamos em virtude de obediencia, e sob pena de excomunhão maior o diga, e descubra durando o tempo das denúncias, ou enquanto os contrahentes se não recebem; e sob a mesma pena não porão impedimento algum ao dito Matrimonio maliciosamente” (VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia feitas, e ordenadas pelo Ilustríssimo, e Reverendíssimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide**. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p. 110-111).

<sup>374</sup> Nesse sentido, cf. REGIMENTO do Auditório Ecclesiastico do Arcebispado da Bahia. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, §333, p. 74.

<sup>375</sup> REGIMENTO do Auditório Ecclesiastico do Arcebispado da Bahia. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p. 74.

impedientes, aptos a apenas impedir a celebração, sem a força dissolutiva do vínculo. As denúncias de tais impedimentos deveriam ser estimuladas pelos sacerdotes, razão pela qual as CPAB determinavam a estes que duas vezes ao ano – no primeiro domingo depois da Epifania e no primeiro depois da Páscoa – exortassem o povo a respeito de tais impedimentos, declarando, ainda, “que commetem grave pecado os que encobrem os impedimentos sabendo-os, ou denunciando-os maliciosamente, quando os não há”<sup>376</sup> (CPAB §285).

Os impedimentos impedientes nas CPAB estavam resumidos ao número de três: proibição de casamento em determinados tempos; votos simples ou de castidade e esponsais, quando alguém estava prometido em casamento com outra pessoa. Dom Manoel do Monte Rodrigues de Araújo incluía para além destes três impedimentos mais um, o impedimento *Ecclesiae vetitum*, que consistia em quaisquer outras proibições dos bispos na ocorrência de dúvida quanto à celebração de certo matrimônio, determinando-lhe o sobrestamento<sup>377</sup>.

Estes seriam impedimentos impedientes eclesiásticos. Para além deles, haveria também de se considerar outros impedimentos eventualmente postos por autoridades seculares, com o escopo de restringir a produção de determinados efeitos civis. Dada a natureza do impedimento (impediente e civil), estas proibições não teriam o condão de invalidar a celebração das nupciais. Nesse sentido Dom Manoel do Monte esclarece que

Os Principes, desde os tempos, á que nos referimos, quando tem posto, elles sós ou sem o concurso da Igreja, algum impedimento, tem-se restringido sómente aos efeitos civis do matrimonio, que sao os únicos da sua competencia, como é a legitimidade da prole, os seus direitos hereditarios, os direitos do marido e da mulher, &c., elles não tem locado na substancia do matrimonio; ou por outra, os impedimentos de Direito civil são simplesmente impedientes.<sup>378</sup>

<sup>376</sup> VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia feitas, e ordenadas pelo Ilustríssimo, e Reverendíssimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide**. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p. 116.

<sup>377</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. T. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. LXXI.

<sup>378</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. t. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. 232.

Eram impedimentos dirimentes: erro de pessoa; condição de cativo do parceiro não sabida pelo outro contraente; voto solene ou recebimento de ordens sagradas; parentesco natural (consanguinidade em linha reta e colateral até o quarto grau); parentesco espiritual (em virtude do sacramento do batismo ou da confirmação); crime de homicídio maquinado contra o ex-cônjuge da pessoa viúva com quem se pretende casar; coação; vínculo anterior não dissolvido; pública honestidade<sup>379</sup>; parentesco por afinidade (até o quarto grau); impotência perpétua para geração, anterior ao matrimônio, “por falta ou improporção dos instrumentos da copula, ou a falta provenha da natureza, arte ou enfermidade”; rapto de mulher contra a sua vontade<sup>380</sup>.

Além dessas hipóteses, haviam outras que serão adiante tratadas com maior nível de detalhes: a disparidade de religião (*cultus disparitas*), a falta de consentimento dos pais ou responsáveis para o casamento de pessoas menores e os casamentos clandestinos.

O sentido estrito do termo *cultus disparitas* designa o impedimento dirimente para casamento entre católicos e pessoas não batizadas (infiéis). Em sentido amplo, com o avanço do protestantismo, disparidade de culto passou a designar a proibição para o casamento entre católicos e hereges.

Quanto à disparidade de culto em sentido estrito, as CPAB estampavam categoricamente que “nem-um infiel pôde contrahir Matrimonio com pessoa fiel, e contraindo-o é nullo, e de nem-um efeito”<sup>381</sup> (§285, 6), consistindo, pois, em impedimento dirimente e, portanto, de difícil obtenção de dispensa.

Para o casamento com dissidentes da religião católica, considerados hereges ou cismáticos, o casamento era tido como perigoso à fé da parte fiel e da

---

<sup>379</sup> “Nasce este impedimento dos desposorios de futuro validos, e não passa hoje, depois do Sagrado Concilio Tridentino, do primeiro gráo. D’onde se algum dos contrahentes tinha celebrado validos desposorios de futuro com o irmão, irmã, filho, ou filha daquela pessoa, com quem quer casar, ainda que sejam fallecidos, ou lhe remittissem a obrigação, não podem casar com seu pai, ou mãe, irmão, ou irmã. Nasce tambem este impedimento do Matrimonio rato não consummado, ajuda que seja nullo, com tanto que não provenha a nullidade da falta do consentimento, e impede, e dirime o Matrimonio até o quarto gráo. Pelo que quando algum dos contrahentes foi casado por palavras de presente com parente do outro dentro do quarto gráo, posto que não chegassem a consummar o Matrimonio, lia entre elles este impedimento dirimente ele publica honestidade” (VIDE, 1853, p. 116).

<sup>380</sup> VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia feitas, e ordenadas pelo Ilustríssimo, e Reverendíssimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide.** São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p. 116-119.

<sup>381</sup> VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia feitas, e ordenadas pelo Ilustríssimo, e Reverendíssimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide.** São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p. 117.

prole. Tratar-se-ia de impedimento impediante, porquanto sejam batizados ambos os nubentes, a exigir licença da autoridade eclesiástica para retirar a proibição. Segundo Manoel do Monte Rodrigues, tal impediante seria “dispensável especialmente nos lugares, onde vivem misturados os Catholicos com os hereges, por virtude da tolerancia”<sup>382</sup>. Todavia, uma vez autorizada, a celebração do casamento misto se diferenciaria da ordinariamente praticada nos casamentos entre católicos<sup>383</sup>.

O impedimento de rapto não apenas contemplava a hipótese em que a mulher era raptada para fins matrimoniais contra a sua vontade. Ainda a raptada consentisse com o casamento “contradizendo-os pais ou pessoas que a tem em seu poder”<sup>384</sup> (CPAB §285, 13), ainda assim haveria impedimento para o matrimônio. Embora as CPAB enquadrem este tipo de impedimento como dirimente, tratar-se-ia de impedimento impediante, porquanto não há, na hipótese, mácula no consentimento. Evidentemente que, em sendo posta em liberdade, confirme seu consentimento. Nesse sentido, Dom Manuel do Monte procurou distinguir o rapto que gera impedimento dirimente daquele que consiste em impedimento impediante, denominado “rapto de sedução”, que “consiste em atrahir o menor para o casamento por meio de affagos e promessas, sem que o queirão ou consintão os pais ou tutores”<sup>385</sup>.

Como anteriormente salientado, apesar das opiniões de alguns padres conciliares tridentinos para que fossem nulos os casamentos de incapazes sem autorização de pais ou responsáveis, esta tese não prevaleceu, de modo que, embora válidos canonicamente estes casamentos eram considerados ilícitos por muitos estados. A resistência aos casamentos escondidos consta das Ordenações Filipinas,

---

<sup>382</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. T. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. LXV.

<sup>383</sup> Os casamentos mixtos são celebrados fóra da Igreja, ou se em algum lugar d'ella, fóra da presença de Imagens; não há nenhum rito sagrado, não há bênção; o Parocho ou Sacerdote não se reveste e nada diz ou faz do que prescreve o Ritual; e se assiste, como deve assistir, com duas ou tres testemunhas, é para preencher a fórmula ordenada pelo Concilio Tridentino para os Matrimonios validos; o Parocho entende-se o proprio da parte Catholica. (ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. t. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. 259-260).

<sup>384</sup> VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia feitas, e ordenadas pelo Ilustríssimo, e Reverendíssimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide**. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, p. 119.

<sup>385</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. T. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. 266.

liv. 5º, tít. 22, que estabeleciam sanção de perdimento de bens de fazenda contra aquele que se casasse com

alguma mulher virgem, ou viuva honesta, que não passar de vinte e cinco anos, que stê em poder de seu pai, ou mãe, ou avò, vivendo com eles em sua [sic] caza, ou stando em poder de outra alguma pessoa, com quem viver, se, consentimento de cada huma das sobreditas pessoas.<sup>386</sup>

Foi ainda estipulada para tais casos pena de deserdação aos filhos que assim casassem nas Ordenações Livro 4º, título 88 §1<sup>387</sup>, devendo ser recordadas ainda outras disposições sancionatórias como o Assento de 1º de julho de 1631<sup>388</sup> e as Leis de 19 de junho de 1775<sup>389</sup> e de 6 de outubro de 1784<sup>390</sup>.

É digno de registo a circunstância de que o pátrio poder, no direto imperial, não se extinguiu com a maioridade civil. Esta, introduzida pela Resolução de 31 de outubro de 1831, era alcançada aos vinte e um anos, quando as pessoas estariam habilitadas à prática dos atos da vida civil<sup>391</sup>. No entanto, segundo o art. 202 do texto consolidado, a condição de filho-famílias – sujeito à potestade paternal – terminava,

<sup>386</sup> PORTUGAL. Código Philippino ou Ordenações do Reino de Portugal (por Candido Mendes de Almeida, com notas philologicas, históricas e exegeticas). 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 1172.

<sup>387</sup> Cf. PORTUGAL. Código Philippino ou Ordenações do Reino de Portugal (por Candido Mendes de Almeida, com notas philologicas, históricas e exegeticas). 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 928.

<sup>388</sup> Assento CXVI da Casa da Suplicação: “A pena imposta pela Ordenação aos que casão com mulheres menores de vinte e cinco anos sem autoridade de seus Pais, ou Tutores, tem lugar, ou os casamentos sejam clandestinos, ou feitos com licença do Ordinario” (cf. ALMEIDA, Cândido Mendes. **Auxiliar Jurídico** (servindo de appendice a decima quarta edição do Codigo Phillipino ou Ordenações do Reino de Portugal). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869, p. 145).

<sup>389</sup> Cf. PORTUGAL. Código Philippino ou Ordenações do Reino de Portugal (por Candido Mendes de Almeida, com notas philologicas, históricas e exegeticas). 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, p. 1051.

<sup>390</sup> Esta lei, expressão do despotismo monárquico característico do período pombalino, empreendeu a a secularização dos esponsais, ao submeter sua celebração à jurisdição estatal, exigindo escritura pública e consentimento dos pais em favor dos contraentes filhos-famílias e menores de até vinte e cinco anos de idade. Nesse sentido, FREIRII, Pachalis Josephi Melii. **Institutionum Iuris Civilis Lusitani**. Liber I. 4. ed. Olisipone: Typographia Regalis Academiae, 1807, p. 49; LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. t. I. Pernambuco: Typographia da Viuva Roma & Filhos, 1851, p. 29 et seq; LEITE, António. **Competência da Igreja e do Estado sobre o Matrimónio**. Porto: Apostolado da Imprensa, 1946, p. 201; e POVEDA VELASCO, Ignacio. **Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 201. Para acesso ao texto integral da citada lei, cf. POVEDA VELASCO, 2007, p. 214-218.

<sup>391</sup> Cf., nesse sentido, o art. 8º da Consolidação das Leis Civis: “As pessoas são maiores, ou menores. Aos vinte e um annos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil” (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. 7)

dentre outras hipóteses, pela morte do pai (§1º), pela emancipação (§2º) e pelo casamento do filho (§3º).

Os filhos-famílias e os menores não poderiam casar sem o consentimento de seus pais, tutores, curadores, sob pena de incorrerem em pena de deserção e perda do direito de pedir alimentos (art. 101)<sup>392</sup>. Os filhos homens incorriam nas penas a arbítrio de seus pais qualquer que fosse a idade, já as filhas, apenas se casassem sem consentimento parental antes de atingidos os vinte e um anos (arts. 102 e 103). Deve-se levar em consideração que se facultava aos filhos-famílias obter a autorização do juiz de órfãos em caso de recusa de consentimento reputada sem justa causa (art. 105 da Consolidação das Leis Civis)<sup>393</sup>.

Consta também das disposições das CPAB o zelo de se evitar a celebração de casamentos com desatendimento às formalidades (casamentos clandestinos). Já na legislação portuguesa anterior ao Concílio de Trento identifica-se o repúdio a tais matrimônios. Cite-se, como exemplo, a Ordenação de 14 de julho de 1499, que, considerando a pouca eficácia social das sanções canônicas contrárias à clandestinidade, estabeleceu penas temporais severas contra os que não casassem em face da igreja, precedidos os banhos e perante clérigo autorizado<sup>394</sup>. Posteriormente ao Concílio de Trento, o Rei Dom João IV, por Lei de 13 de novembro de 1651, considerou a insuficiência das sanções eclesiásticas no combate aos casamentos clandestinos para determinar o perdimento de todos os bens de quem “contrahir matrimonio que a Igreja declarar por Clandestino, pello mesmo caso eles, e

<sup>392</sup> Cf. FREITAS. Consolidação das Leis Civis, p. 109-111. Além deste artigo, devem ser citadas outras disposições a ratificar as sobreditas sanções civis: “Art. 170. Cessa o direito dos filhos à prestação de alimentos: [...] § 5º Se casáram sem consentimento dos pais, [...] não tendo sido suprido o consentimento na forma do Art. 105” (Idem, p. 158); “Art. 982. Não podem succedêr á intestado: [...] § 8º As filhas-famílias, que incorrêrão na pena de desherdação, ou por se-têrem casado antes de vinte e cinco anos sem consentimento dos pais, ou por setêrem deshonestado.” (Idem, p. 585-589); “Art. 1016. São causas legítimas para desherdação dos descendentes por seus ascendentes: [...] § 9º Se o filho-famílias em qualquer idade, e a filha-famílias antes dos vinte e um anos, casarem sem consentimento dos pais, ou supprimento deste pelo Juiz [...]” (Idem, p. 610-611).

<sup>393</sup> “Art. 105. Recusando os Pais, Tutores, ou Curadores, consentir nos casamentos dos filhos, podem estes recorrêr aos Juizes de Orphãos; que, ouvindo de plano em termo summario aos dissentientes, e informando-se da conveniência dos casamentos; concederão, ou denegarão, as licenças; dando recurso ás partes, na forma das Leis do Processo.” (Idem, p. 112-113). Para Correia Telles, “o juiz decidia se justa a causa do dissentimento dos pais, como ‘o não ter o filho patrimonio, nem officio, com que sustente a familia, de que vai a ser chefe: ou uma desigualdade grande na qualidadÉ” (TELLES, José Homem Correia. **Doutrina das Acções**. 6 ed. aumentada por Joaquim José Pereira da Silva Ramos. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1865, p. 26).

<sup>394</sup> SYNOPSIS CHRONOLOGICA de subsídios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portuguesa mandada publicar pela Academia Real das Sciencias de Lisboa. t. I (desde 1143 até 1549). Lisboa: Academia Real das Sciencias, 1790, p. 150

os que nelle concorrerem, e intervierem, e os que do tal matrimonio forem testemunhas”<sup>395</sup>.

A profusão de regras contrárias aos casamentos clandestinos justifica-se muito provavelmente em razão do descumprimento das diretrizes controladoras anteriormente definidas, mesmo após o Concílio Tridentino. Nesse sentido, Maria Beatriz Nizza da Silva, após debruçar-se sobre processos de casamento do período colonial da Capitania de São Paulo, identifica práticas desviantes quanto à forma de casamento prescrita nas leis e nos cânones. A historiadora especula que os casamentos clandestinos tenham vigorado no Brasil pelo menos durante os séculos XVI e XVII:

Talvez mesmo, quem sabe, fosse corrente no Brasil uma prática conhecida na França do século XVII como “mariage à la Gaulmine” e que consistia no seguinte: um casal, apanhando o pároco desprevenido e diante de testemunhas, declarava-se marido e mulher e deste modo o casamento se celebrava de uma forma em que o sacerdote se via numa situação de testemunha forçada do casamento.  
<sup>396</sup>

Os casamentos eram registrados em livros próprios, conforme determinado pelo Concílio de Trento. Neles eram assentando os nomes dos casados, de seus pais e mães, dia, lugar e igreja onde se receberam como esposos, assim como os nomes das testemunhas que assistiram ao ato e do ministro oficiante, que deveriam assinar o termo. Em havendo dispensação de denúncias, tal circunstância deveria ser informada no assento, assim como a licença do pároco dos nubentes, quando este não fosse o ministro assistente (CPAB §§ 318-319).

Como exceções à publicidade exigida para o ato celebrativo matrimonial, admitiam-se os casamentos ocultos, secretos ou também chamados “casamentos de consciência”. Permitidos pela Encíclica *Satis Vobis Compertum* de Bento XVI, em 1741<sup>397</sup>, tratava, na celebração secreta do matrimônio visando a regularizar a situação

<sup>395</sup> PORTUGAL. Dom João IV. Ley, que defende os matrimônios clandestinos, sobre as penas nella contehudas. In: SOUSA, Antonio Caetano. **Provas da Historia Genealogica da Casa Real Portugueza**. t. IV. Lisboa: Regia Officina Sylviana; Academia Real, 1745, p.736-737.

<sup>396</sup> SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: T.A. Queiroz; EDUSP, 1984. p. 113.

<sup>397</sup> Para acesso ao texto do documento papal, cf. BENTO XIV. **Encíclica Satis Vobis Compertum**. Disponível em <<https://w2.vatican.va/content/benedictus-xiv/it/documents/enciclica--i-satis-vobis-compertum--i-17-novembre-1741--il-pont.html>>. Acesso em 22 dez. 2017.

de pessoas que viviam formalmente em concubinato, mas que possuíam fama de casadas.

Para evitar a “grande infâmia” resultante da celebração pública de suas bodas – já que a toda evidência eram casados – admitia-se a sua celebração secreta. Contudo, não havia em tais casos a dispensa da forma canônica (presença do pároco e de duas testemunhas), mas apenas a mitigação de elementos acidentais do processo: não havia proclamas e não se lançava assento no livro paroquial, mas em outro especialmente guardado sob chaves na Câmara Episcopal, remetendo-se ao bispo o pedido de inscrição dos nomes dos filhos frutos da união no livro secreto de batismos da Câmara Episcopal, visando à legitimação da prole<sup>398</sup>.

Uma vez consumado, não poderia ser dissolvido o matrimônio por qualquer causa. Esta é considerada pela Igreja Católica doutrina irrefragável, baseada em preceitos de direito natural e divino. A separação “total e perfeita”, entendida como aquela que dissolvia o vínculo conjugal, também chamada de divórcio em sentido estrito, não era acolhida pela legislação canônica, diversamente do divórcio em sentido lato, ou separação *quoad thorum et cohabitationem*.

Apenas se admitia o divórcio por mútuo consentimento, em caso de ingresso de um dos cônjuges em “religião aprovada pela Igreja”, quando passaria ao novo estado de vida como religioso. Do contrário, exigia-se sentença do tribunal eclesiástico para que a dissolução da sociedade conjugal produzisse seus efeitos, isentando os cônjuges do cumprimento de seus deveres de estado. Nesse sentido, o Juízo de Direito de Jaguaribe-Merim assentou em 1875 que:

não basta que os cônjuges concordem no divórcio e separação de seus bens, para que semelhante separação tenha efeito jurídico, é preciso que seja decretada por uma sentença ecclesiastica passada em julgado que os divorcie do thalamo e cohabitação – *quod thorum et cohabitationem*<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. t. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. 222.

<sup>399</sup> BRASIL. Juízo de Direito de Jaguaribe-merim, Ceará. Sentença proferida em 16 de março de 1875. In: **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-422, anno IV, set./dez., 1876, p. 420.

Em casos de divórcio com fundamento em sevícias, era necessária a “justificação prévia das premissas” no juízo eclesiástico através de processo sumário. A mulher seviciada requereria ao juiz eclesiástico a sua retirada do poder do marido e o seu depósito em casa conveniente. Em casos de urgência, tal medida poderia ser concedida antes mesmo da conclusão do processo de divórcio<sup>400</sup>.

Dentre as causas de divórcio por dissenso unilateral estavam aquelas que reuniam situações de perigo, quanto ao corpo e quanto a alma, e o cometimento de crime pelo outro cônjuge.

Como perigos ao corpo eram enquadradas a convivência incômoda e insuportável com alguém - por exemplo, com moléstia contagiosa - e as sevícias graves e culpáveis, causa mais comum dos pedidos de divórcio, segundo Dom Manoel do Monte<sup>401</sup>.

Quanto à alma, todo pecado grave excitado por um dos cônjuges contra o outro já fundamentaria o direito de separar-se, sobretudo e particularmente se tratando de heresia ou idolatria<sup>402</sup>. Segundo Beviláqua, não teria havido no direito pátrio anterior à proclamação da República a adoção destas modalidades de divórcio, embora previstas pelo direito canônico, em razão do desuso de sua prática e, também, “ pelo espírito liberal da Constituição” de 1824<sup>403</sup>.

A prática do crime de adultério, conduta reprovada pelo Evangelho, era tida como a mais grave a autorizar o divórcio perpétuo. Para que o adultério fosse considerado bastante a tal medida, exigia-se fosse culpável e formal, não se enquadrando em tais atributos quando involuntário – “como se a mulher foi violentada por alguém” –; se houve concorrência ou cumplicidade de um dos cônjuges para o

<sup>400</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito eclesiastico publico e particular**. t. III (Dos Juizos Ecclesiasticos). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1859, p. XV.

<sup>401</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito eclesiastico publico e particular**. t. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. 297. Maria Beatriz Nizza da Silva destaca que no início do século XIX assiste-se a um aumento do número de divórcios no Brasil (o levantamento da autora é realizado até 1822) e elenca algumas das explicações à época levantadas: a revolta feminina contra a reclusão e o recato, o despreparo da mulher para a sujeição e obediência ao marido e a não submissão das mulheres aos castigos físicos perpetrados pelos maridos, consistindo esta última a causa mais recorrente nos processos movidos por mulheres paulistas e analisados pela autora, a confirmar a observação feita por Dom Manoel do Monte. (Cf. SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: T.A. Queiroz; EDUSP, 1984. p. 210-211).

<sup>402</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito eclesiastico publico e particular**. t. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. 297.

<sup>403</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Tipographya de F. P. Boulitreau, 1893, p. 142.

adultério do outro; em havendo reciprocidade de parte a parte ou, ainda, quando o inocente perdoou ao outro o adultério, “ou tendo sciencia d’elle, comunica-se ao depois carnalmente com o adultero”<sup>404</sup>.

Pelo Aviso de 12 de setembro de 1835, a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça confirmou a competência do juízo eclesiástico para conhecer e julgar as causas de divórcio, ainda depois da publicação do Código de Processo Criminal, por serem estas causas, segundo sua natureza e seus fins,

meramente espirituaes, pois que só tentem a fazer annullar ou suspender, *in perpetuum*, ou *ad tempus*, o vinculo espiritual do sacramento, porque os conjuges se ligárao conforme as leis e ritos da Igreja Catholica, sobre que nenhuma ingerência póde ter a jurisdição secular<sup>405</sup>.

Pelo Aviso de 6 de abril de 1850, o Ministério dos Negócios da Justiça esclareceu que nas causas de divórcio *quoad thorum et cohabitationem*, deveria ser previamente intentada a conciliação, com vistas a evitar litígios e continuar a união conjugal, “que he conforme não só á Constituição do Imperio, e Legislação Civil correspondente, como á que rege os Bispados do Brasil”<sup>406</sup>. Nota-se que o escopo de manutenção da sociedade conjugal é referido como exigência processual fundada, primeiramente, em leis imperiais (a Constituição e legislação civil) e, por último, também nas leis eclesiásticas. A conciliação não teria cabimento, porém, nas ações de nulidade, por ser questão a respeito da qual não se admitia transação<sup>407</sup>.

---

<sup>404</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. t. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. 299.

<sup>405</sup> BRASIL. **Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brasil**: 1835. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1864, p. 206. A competência do foro eclesiástico em razão da matéria matrimonial consistia em algo há muito salientado. A Casa da Suplicação, já em 1575, assentara que, conquanto se discutisse em uma causa a respeito da meação de um marido, em havendo impugnação quanto à validade do matrimônio, competente seria o juízo eclesiástico e não o secular. Em sendo determinada a validade do matrimônio, “podião as mesmas partes tornar a requerer sua justiça sobre a fazenda, e herança de que tratavão” (Aresto XXXVII da Casa da Suplicação. In: ALMEIDA, Cândido Mendes. **Auxiliar Jurídico**. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomatico, 1869, p. 341).

<sup>406</sup> BRASIL. **Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brasil**: 1850. t. XIII. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1851, p. 34.

<sup>407</sup> BRASIL. **Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brasil**: 1850. t. XIII. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1851, p. 34.

O art. 158 da Consolidação das Leis Civis, consoante o disposto no Livro V, Título 19 das Ordenações e nos sobrecitados Avisos de 1835 e 1850, estampava que “as questões de divórcio, ou sobre nulidade do matrimônio, ou sobre separação temporária ou perpétua dos cônjuges, pertencem ao Juízo Ecclesiástico”, assim, não possuiria a jurisdição secular a respeito de tais causas qualquer poder interventivo<sup>408</sup>.

---

<sup>408</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civil**. vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. 150.

## 5 A SECULARIZAÇÃO DO CASAMENTO EM DEBATE NO IMPÉRIO

### 5.1 Os cânones em xeque: debates sobre recursos das causas eclesiásticas e impedimentos matrimoniais

Até que se desse ao Brasil a sua primeira carta constitucional, disputas travaram-se a respeito das competências eclesiásticas. É de se ressaltar, quanto ao exercício da justiça eclesiástica que, em instância inferior, havia a comarca eclesiástica presidida pelo vigário de vara, a quem competia autuar as causas a serem enviadas ao juízo eclesiástico. Em segunda instância, havia o Tribunal da Relação Metropolitana, tribunal do arcebispo que apreciava os recursos de apelo e agravos das decisões de primeira instância e aquelas a si originalmente cometidas por serem partes os bispos das dioceses sufragâneas ou membros do juízo eclesiástico<sup>409</sup>.

Diferentemente do que se pode supor, não houve uma pacífica aplicação das normas canônicas, sobretudo levando em conta o aparente conflito entre as leis eclesiásticas baixadas pelos papas e o ordenamento pátrio. Cite-se como exemplo de controvérsia dessa natureza, a discussão a respeito dos recursos das causas eclesiásticas que repercutiu ainda no Primeiro Reinado.

Em uma causa de nulidade matrimonial ajuizada por Maria Rodrigues Balbina de Almeida e Lucio Manoel Felix dos Santos Capello, o defensor dos matrimônios apelou da sentença proferida pelo Tribunal da Relação Eclesiástica para o Tribunal da Legacia (Nunciatura Apostólica). Como se tratava este de um tribunal pessoal, resumido na pessoa do Núncio Apostólico (em geral, um estrangeiro) e não havendo um no Brasil por falecimento do anterior, considerava-se inexistente este tribunal na estrutura judiciária brasileira.

Assim, a causa matrimonial em questão sequer tramitou e Maria Balbina, inconformada, representou ao Governo solicitando providências no sentido de que fosse a apelação remetida àquela corte. O Governo, diante de outros casos semelhantes ao de Balbina, encaminhou a questão à deliberação da Assembleia Geral.

---

<sup>409</sup>FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo Introdutório. In: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Edusp, 2010, p. 119.

Em 1827, as Comissões Eclesiástica e de Legislação, ouvido o Ministro da Justiça, entenderam que o Tribunal da Legacia seria sujeito ao beneplácito imperial, por se tratar de órgão pessoal. Ainda assim, seria este tribunal “antinacional por ser exercido por estrangeiros, e contra o qual já no governo passado protestou o Procurador da Coroa”<sup>410</sup>. Seria ele também “anticonstitucional por estar em oposição ao artigo 158 da Constituição do Imperio”<sup>411</sup>. Em resumo, uma apelação dirigida a este tribunal inexistente sempre seria considerada ineficaz.

As comissões sugeriram, ao final, texto de resolução determinando que as causas eclesiásticas só correriam até a segunda instância, nos tribunais de relação.

Levada ao plenário a resolução projetada, o Bispo do Maranhão, na sessão de 25 de agosto de 1827, recordou a Constituição *Dei miseratione* do Papa Bento XIV, de 1741. Nela havia a previsão de que, se o defensor do vínculo matrimonial apelasse de sentença em 2º grau proferida em autos de ação de nulidade de casamento, ainda não estariam os cônjuges livres para contrair novo matrimônio, até que houvesse julgamento do recurso<sup>412</sup>.

Diante da fala do prelado maranhense, o Deputado Almeida Torres insurgiu-se questionando a invocação de autoridade eclesiástica externa, no caso, o Papa Bento XIV. Destacou que “sugeitar-se este negocio ao Poder Pontifício he ir de encontro aos princípios geraes e os mais solidos do Direito Público Universal, e muito principalmente do nosso direito Público Particular”<sup>413</sup>. A matéria, segundo o raciocínio do deputado, não poderia ser recebida no Brasil por guardar “oposição com os nossos costumes actuaes (o que muito importa) com os princípios proclamados na nossa Constituição”<sup>414</sup>.

Na fala do Deputado Custódio Dias, também contrário à sugestão do Bispo do Maranhão, pode-se identificar a ideia galicana de separação entre contrato e sacramento. Para o deputado, sendo os ministros da religião oficial nomeados pelo chefe do poder temporal e, portanto, empregados públicos remunerados pela Nação,

---

<sup>410</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**. 1827, t. II, n.74, p. 14.

<sup>411</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**. 1827, t. II, n.74, p. 14.

<sup>412</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**. 1827, t. II, n.85, p. 13.

<sup>413</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**. 1827, t. II, n.85, p. 13.

<sup>414</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**. 1827, t. II, n.85, p. 13.

“póde existir o matrimonio como sacramento obtendo no temporal os fructos compativeis com as Leis Civis, independente de quanto he espiritual”<sup>415</sup>.

Da leitura dos anais da Câmara, percebe-se o quanto as ideias regalistas (e de inspiração galicana) predominavam em clara defesa da separação entre as dimensões civil e sacramental do matrimônio, a revelar tendência de setores do Parlamento brasileiro favoráveis aos passos de secularização do matrimônio. Estes primeiros passos se manifestam em relação aos impedimentos matrimoniais, considerados como uma matéria privativa do poder temporal.

Persistindo em sua argumentação, o Bispo do Maranhão invocou a autoridade de Pothier – reputado insuspeito de ultramontanismo –, que defendia o poder da Igreja em estabelecer os impedimentos matrimoniais:

Não só o Concilio de Trento tem decretado que a mesma Igreja podia estabelecer os ditos impedimentos; como he doutrina seguida de muitos Publicistas; entre os quaes he Monsieur *Potier*, não suspeito de máximas ultramontanas. Ainda que a Igreja tenha recebido alguns impedimentos instituídos pelos Principes Seculares, comtudo o poder temporal nada póde Legislar a respeito da espiritualidade do matrimonio, sobre bençãos e ritos de sua administração. Por isso tudo que he relativo ao Sacramento, como he a declaração de sua nulidade, dispensa dos impedimentos estabelecidos por Leis positivas, he da privativa competencia do Poder Ecclesiastico<sup>416</sup>

Neste mesmo debate em análise, há inclinação de alguns deputados pelo reconhecimento da competência do poder temporal para estabelecer impedimentos para o casamento. O Deputado Clemente Pereira, em 1827, na Câmara, ao debater sobre autoridade dos cânones do Concílio de Trento no Brasil, aduzia que esta advinha do beneplácito do poder temporal e não por força própria. Sem o beneplácito, os cânones de Trento seriam inexecutáveis. E daí concluía:

Logo, a faculdade de declarar os impedimentos do matrimonio he toda temporal, pois sem o beneplacito destes taes impedimentos não podem prevalecer, quando pelo contrario prevalecem e subsistem os impedimentos dirimentes, que o poder temporal quizer estabelecer,

---

<sup>415</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**.1827, t. II, n.85, p. 15.

<sup>416</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**.1827, t. II, n.85, p. 15.

declarando nullos os contractos de matrimônios, que forem contrahidos por tal ou tal fórma, porque não póde haver Sacramento valido quando o contrato he nullo.<sup>417</sup>

O Padre Diogo Feijó, conhecido eclesiástico regalista, defendeu a necessidade do beneplácito para uso da autoridade de Bento XIV na hipótese, e declarou, ainda, que “os Governos cansarão de soffrer invasões da Curia Romana”, ao que foi apoiado<sup>418</sup>. Após a fala de Feijó, a resolução foi aprovada nos termos pretendidos pelo Governo, sem possibilitar o recurso ao Tribunal da Legacia.

Padre Diogo Antonio Feijó, aspirante ao posto de reformador da Igreja no Brasil, desde que assumiu como deputado à Assembleia Geral pela província de São Paulo em 1826, não apenas apoiou, como que tomou para si a incumbência de ver aprovado o fim do celibato clerical no país.

Aproveitando-se da apresentação, pelo Deputado Antônio França, de proposição contrária ao celibato ofereceu Feijó, na qualidade de membro da comissão eclesiástica, em sessão da Câmara de 10 de outubro de 1827, extenso voto em separado sustentando a iniciativa de França e defendendo a competência do Estado para disciplinar questões internas da Igreja<sup>419</sup>. Sua peroração é referta em posições de duvidosa ortodoxia e que se constituem em exemplo de “exaltação nativista antirromana”, na expressão de Sérgio Buarque de Holanda<sup>420</sup>.

Considerando a resistência dos parlamentares à proposta por si defendida no voto em separado, Feijó dirigiu, em 1828, aos membros da Assembleia Geral – considerados “amigos da pátria, protetores das liberdades públicas e zelosos defensores dos direitos dos cidadãos brasileiros” – um trabalho intitulado “Demonstração da necessidade da abolição do celibato clerical pela Assembleia Geral

<sup>417</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**. 1827, t. II, n.85, p. 15.

<sup>418</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**. 1827, t. II, n.85, p. 18.

<sup>419</sup> Alguns trechos do voto podem ser citados como exemplares desta postura de tendências galicanas: “Sendo portanto um contracto natural de instituição divina, seria absurdo no estado social negar ao poder temporal a autoridade de estabelecer condições e regular a fórma de uma convenção, que mais que nenhuma outra influe na felicidade dos individuos, na tranquillidade das familias, na boa ordem, conservação e progresso da sociedade. Não se póde porém recusar á igreja a inspecção sobre este contracto, bem como sobre todas as acções humanas, não para legislar sobre elle, mas para o declarar no fóro da consciencia, contrario á lei divina, quando a ela se oppuzer.” (BRASIL. **Annaes do Parlamento Brasileiro: Camara dos Srs. Deputados** (Sessão de 1827). t. V. Rio de Janeiro: Typographia de Hyppolito José Pinto & Cia, 1876, p. 116)

<sup>420</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de (Dir.). **História Geral da Civilização Brasileira**. t. 2. v. 3. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 42.

do Brazil e da sua verdadeira e legitima competencia nesta materia”, consubstanciado em duas proposições visando ao escopo anticelibatário.

Da análise do conteúdo da obra – em consonância com o voto em separado – chama a atenção a primeira proposição que trata das relações entre o poder espiritual e temporal no campo da normatização do matrimônio. Assim estampava a primeira proposição “É da privativa competencia do Poder temporal estabelecer impedimentos dirimentes do Matrimonio, dispensar neles, e revogalos”<sup>421</sup>.

Amparado no Catecismo de Montpellier – importante obra de difusão das ideias jansenistas e galicanas em Portugal<sup>422</sup> –, o casamento é considerado na obra de Feijó como “um Contrato legítimo entre o Omem e a Mulher, que Deos tem estabelecido para a multiplicação do genero humano”.

Sendo o Estado incumbido de zelar pelos direitos dos indivíduos, caberia ao soberano regular o contrato matrimonial do qual “depende a perpetuidade da especie, a educação da prole, a paz das famílias, e porisso mesmo, a tranquillidade, seguransa e prosperidade dos Estados”<sup>423</sup>.

Pelo raciocínio de Feijó, o direito de estabelecer impedimentos dirimentes do matrimônio pertenceria regularmente ao Estado, pois são “inalienáveis e imprescritíveis à soberania de uma nação”. Negar tal direito ao soberano, ou mesmo concedê-lo a autoridade estranha e independente do poder civil (como a Igreja), seria

---

<sup>421</sup> FEIJÓ, Diogo Antonio. **Demonstração da necessidade da abolição do celibato clerical pela Assembleia Geral do Brazil**: e da sua verdadeira e legitima competencia nesta materia. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1828, p. 1.

<sup>422</sup> O Catecismo de Montpellier, impresso pela primeira vez em 1702 na Diocese de Montpellier, foi encomendado pelo bispo Joachim Colbert ao oratoriano François Aimé Pouget, condensando a doutrina cristã interpretada pelos movimentos galicano e jansenista, que propunham, respectivamente, a mitigação da influência papal sobre a Igreja local e uma doutrina da graça próxima ao luteranismo e calvinismo. O Catecismo de Montpellier foi inscrito no *Index Librorum Prohibitorum* em 1721. O também conhecido “Catecismo de Colbert” seguindo o sucesso editorial havido em França, foi bem acolhido em Portugal a partir do século XVIII durante o Reinado de D. José I, no contexto das reformas pombalinas, implicando na adoção de uma diretriz educacional opositora a Roma e aos jesuítas, os quais eram tidos, à época, como invejosos responsáveis pela inclusão do texto no *Index* (cf. VAZ, Francisco A. Lourenço. O Catecismo no discurso da Ilustração portuguesa do século XVIII. *Cultura. Revista de História e Teoria das Ideias*, Lisboa, v. X, 1998, p. 217-240; ANJOS, Juarez José Tuchinski dos. O Catecismo de Montpellier e a educação da criança no Brasil Imperial. *Cadernos de Pesquisa*, v. 46, n. 62, p. 1028-1048, ou./dez. 2016.

<sup>423</sup> FEIJÓ, Diogo Antonio. **Demonstração da necessidade da abolição do celibato clerical pela Assembleia Geral do Brazil**: e da sua verdadeira e legitima competencia nesta materia. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1828, p. p.2.

um absurdo reprovável, pois “a sociedade muitas vezes se acharia em contradição consigo mesma e uma anarquia de princípios a levaria ao precipício”<sup>424</sup>.

A prática de recorrer à Santa Sé para obtenção de dispensas de impedimentos era considerada como uma humilhação dos governos, “que tolerão, que seus súbditos vão mendigar dispensas á um Poder estranho; e á indulgencia, com que de ordinário taes grasas tem sido por este concedidas”<sup>425</sup>.

Feijó refutava os que defendiam, segundo o Concílio de Trento, a submissão do matrimônio à esfera de normatividade eclesiástica pelo argumento de ser ele sacramento. Para Feijó, o poder da autoridade secular funda-se na natureza contratual do casamento, essencialmente distinto do sacramento e, ainda que houvesse “uma só coisa, o contrato e o sacramento, nada perdeu por isso o poder temporal do seu direito sobre ele”<sup>426</sup>.

O arrazoado de Feijó enaltece, em suma, a independência entre os poderes e a completa sujeição do contrato de matrimônio às leis sociais e, na verdade, constitui-se pressuposto à sua principal intenção, que era a de ver extinto o celibato eclesiástico, canonicamente alçado à categoria de impedimento matrimonial.

A sugestão defendida pelo Padre Feijó não obteve acolhida na Assembleia. No entanto, ele não se resignou: se articulou em 1831 com o Padre Antônio Maria de Moura e outros regalistas para apresentar três projetos de reforma das leis eclesiásticas, visando a mudanças substanciais no regime dos presbitérios, nos impedimentos matrimoniais (com supressão de diversos impedimentos canônicos do matrimônio e criação de outros pela Assembleia Geral) e no sistema econômico do clero<sup>427</sup>.

A proposta foi reprovada pelo internúncio no Brasil quando Feijó assumiu a pasta da Justiça, durante a Regência. Apesar disso, ignorando tal parecer, a Comissão Eclesiástica da Câmara acatou as propostas e as encaminhou ao plenário da Câmara, que não deu prosseguimento à discussão da matéria em razão da

---

<sup>424</sup> FEIJÓ, Diogo Antonio. **Demonstração da necessidade da abolição do celibato clerical pela Assembleia Geral do Brasil:** e da sua verdadeira e legitima competencia nesta materia. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1828, p. 2.

<sup>425</sup> FEIJÓ, Diogo Antonio. **Demonstração da necessidade da abolição do celibato clerical pela Assembleia Geral do Brasil:** e da sua verdadeira e legitima competencia nesta materia. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1828, p. 2.

<sup>426</sup> FEIJÓ, Diogo Antonio. **Demonstração da necessidade da abolição do celibato clerical pela Assembleia Geral do Brasil:** e da sua verdadeira e legitima competencia nesta materia. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1828, p. 2.

<sup>427</sup> VIEIRA, Dilermando Ramos. **História do Catolicismo no Brasil:** (1500-1889). v. 1. Aparecida: Santuário, 2016, p. 190.

gravidade política de outros temas a ocupar o Parlamento brasileiro, como a tutoria do príncipe herdeiro e a peleja entre Feijó e José Bonifácio<sup>428</sup>. E, assim, prevaleceram os cânones.

## 5.2 A imigração e o problema do casamento dos protestantes nas colônias

O período compreendido entre 1822 e o início do Segundo Reinado é decisivo para a História do Brasil, caracterizando-se por ser um tempo de tensões quanto ao papel do poder político. Segundo Glaucio Veiga, recordando Frei Caneca, o Brasil neste momento, embora independente, ainda não estava constituído<sup>429</sup>.

Quanto ao desenvolvimento do direito, de sua “cultura jurídica”, a primeira metade do século XIX será marcada como um período de escassez nas produções e reflexões genuinamente brasileiras. Já a segunda metade dos oitocentos assinalará o maior desenvolvimento da cultura jurídica nacional, tanto em razão do amadurecimento da experiência do ensino jurídico inaugurado em 1827, como pelos influxos de novas ideias “modernizadoras” evolucionistas e alemãs<sup>430</sup>.

Apesar da tolerância religiosa ser prevista pela Constituição de 1824 em seu artigo 5º, o casamento religioso dos protestantes não era juridicamente reconhecido no Brasil. Com efeito, o Decreto Legislativo de 3 de novembro de 1827, ao definir o regramento do casamento no Brasil, o fez considerando-o em sua dimensão sacramental, fazendo *tabula rasa*, quanto à disciplina anterior, aplicando-se a ele as disposições do Concílio Tridentino e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia. O efeito prático imediato de tal óbice consistia no fato de a união e, por conseguinte, a prole gerada, serem juridicamente havidas como ilegítimas.

O Governo Imperial subvencionava a assistência religiosa aos colonos, no entanto – contraditoriamente, segundo Tavares Bastos –, não reconhecia a

---

<sup>428</sup> VIEIRA, Dilermando Ramos. **História do Catolicismo no Brasil: (1500-1889)**. v. 1. Aparecida: Santuário, 2016, p. 190.

<sup>429</sup> VEIGA, Gláucio. **História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife**. v. II. Recife: Editora Universitária, 1981, p. 172.

<sup>430</sup> Sobre a cultura jurídica no Brasil do século XIX, veja-se FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Florença, v. 35, n. 1, 2006, p. 339-371.

regularidade da constituição familiar dos protestantes<sup>431</sup>. O casamento dos colonos que professavam o protestantismo era realizado perante o ministro de sua confissão ou por meio de escritura não sendo, todavia, reconhecido pelo império, o que causou apreensões e reclamos perante a autoridade imperial.

Em 1854, como nota Emilia Viotti Costa, Nicolau Campos Vergueiro dirigiu ao Presidente da Província de São Paulo carta solicitando providências quanto ao casamento dos colonos evangélicos que se casavam por escritura pública e, dessa forma, não tinham os direitos matrimoniais reconhecidos<sup>432</sup>.

Thomas Davatz, colono protestante suíço que liderou em 1856 a Revolta de Ibicaba contra o senador Campos Vergueiro, relata em obra na qual denuncia as precárias condições dos colonos. Para Davatz, os preceitos constitucionais eram descumpridos pelos funcionários públicos, apesar de “a Constituição brasileira garantir a liberdade de culto e o governo imperial fazer empenho em assegurar essa liberdade”<sup>433</sup>. Poucos eram os pastores protestantes a realizar-lhes assistência espiritual. Daí a crítica que lança contra o fato de as crianças protestantes só poderem ser batizadas em templos católicos, às vezes devendo ter apenas padrinhos católicos<sup>434</sup>.

Quanto aos casamentos protestantes, Thomas Davatz relata que estes eram celebrados diante de funcionários civis e de testemunhas escolhidas pelos noivos, além disso, “todos subscrevem um contrato onde figura como condição essencial e quase primeira, que os filhos que por ventura venham a nascer do casal sejam educados na religião católica”<sup>435</sup>.

Chama a atenção no relato de Davatz a alusão ao procedimento do bispo do Rio de Janeiro, o mais alto prelado do Brasil, que declarou nulo um casamento efetuado em um templo protestante em 1857, uma vez que o matrimônio não foi

---

<sup>431</sup> BASTOS, A. C. Tavares. **Os Males do Presente e as Esperanças do Futuro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939, p. 113.

<sup>432</sup> COSTA, Emilia Viotti. **Da Monarquia à República: momentos decisivos**. 6. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999, p. 197.

<sup>433</sup> DAVARTZ, Thomas. **Memórias de um colono no Brasil (1850)**. Tradução, Prefácio e Notas de Sérgio Buarque de Holanda. São Paulo: Livraria Martins, 1941, p. 119.

<sup>434</sup> DAVARTZ, Thomas. **Memórias de um colono no Brasil (1850)**. Tradução, Prefácio e Notas de Sérgio Buarque de Holanda. São Paulo: Livraria Martins, 1941, p. 119.

<sup>435</sup> DAVARTZ, Thomas. **Memórias de um colono no Brasil (1850)**. Tradução, Prefácio e Notas de Sérgio Buarque de Holanda. São Paulo: Livraria Martins, 1941, p. 120.

celebrado segundo os cânones do Concílio Tridentino<sup>436</sup>. Trata-se incontestavelmente do caso Kerth, que muito repercutiu naquele ano de 1850.

A colona protestante bávara Margarida Kerth casou-se em 15 de novembro de 1845 com o também protestante João Schopp de acordo com as cerimônias do rito de sua religião. Posteriormente, Margarida Kerth se converteu ao catolicismo e, uma vez recebida no seio da Igreja Católica pelo bispo do Rio de Janeiro, obteve permissão para se casar com o católico Franklin Brasileiro Jansen Lima.

O Capelão-Mor, Dom Manoel do Monte concedeu em 27 de janeiro de 1857 a autorização requerida pois considerou inexistirem impedimentos para o casamento. Para tanto, julgou nula – e portanto, mero concubinato – a união anterior com o Sr. Schopp, porque “celebrado contra a fôrma do Conc. Trident. Publicado e sempre guardado neste imperio”<sup>437</sup>.

Segundo registra Ítalo Santirocchi, a decisão do bispo foi alvo de várias críticas publicadas em periódicos da época, com críticas à insegurança jurídica das famílias protestantes e defesas da instituição do contrato matrimonial civil, cuja ausência estorvaria a colonização no país<sup>438</sup>. Registram-se, também, defesas à solução oferecida na hipótese. Na segunda página da edição de 18 de fevereiro de 1857 do Jornal do Commercio do Rio de Janeiro, o jornalista Francisco Raposo de Almeida fez publicar uma coluna a respeito da “Questão Kerth” na seção “Publicações a Pedido”. O jornalista, assinando como “R. de A.” registra a curiosidade pública manifestada pela imprensa nacional sobre o caso, cuja solução, no seu entender, teria sido acertada e em consonância com os cânones e a teologia católica.

Nada obstante a solução *de lege lata*, o articulista reconhece o poder do Estado – e a necessidade – de serem regulados os direitos civis provenientes do ato matrimonial, sendo favorável à adoção do casamento civil segundo o projeto do Ministro da Justiça, que levaria o país “a largos desenvolvimentos”, arrematando seu parecer: “Se em presença da hypothese Kerth, a imprensa, e com ella o publico,

---

<sup>436</sup> DAVARTZ, Thomas. **Memórias de um colono no Brasil (1850)**. Tradução, prefácio e notas de Sérgio Buarque de Holanda. São Paulo: Livraria Martins, 1941, p. 120.

<sup>437</sup> GELZER, Heinrich (ed). **Protestantische Monatsblätter Für Innere Zeitgeschichte**. v. 10. Gotha: Justus Berthes, 1857, p. 50-51.

<sup>438</sup> SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. **Questões de Consciência: os ultramontanos no Brasil e o regalismo do Segundo Reinado (1840-1889)**. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 349.

compartilha a necessidade de uma lei civil que regule os matrimonios heréticos ou mixtos, nós também sentimos essa necessidade”<sup>439</sup>.

O caso “Caso Kerth” não apenas repercutiu no país, mas também no exterior: seria escandalosa a decisão de um prelado católico em conceder, na prática, o divórcio relativo a uma união protestante, principalmente porque não se tratava de um caso isolado, mas da realidade de muitos protestantes no país<sup>440</sup>.

Sendo os cânones do Tridentino aplicáveis aos matrimônios, a sua consequência seria pela nulidade de todos os casamentos dos acatólicos.

### 5.2.1 O projeto de casamento civil de João Maurício Wanderley (1847)

Casamento de protestantes com católicos era impedimento. Tratava-se, no entanto, de impedimento dispensável pelo próprio Papa através de concessões especiais (*breves*). Entre os finais do século XVIII até meados do XIX, foram expedidos três *breves* visando a conceder aos bispos o direito de dispensar o impedimento de disparidade de culto. Em 1796 o Papa Pio VI baixou o “Breve dos 25 anos”, conferindo limitado número de dispensas de impedimento matrimoniais de direito pontifício, sob determinadas condições<sup>441</sup>. Este breve foi renovado em 1822 pelo Papa Pio VII e, após pressões do governo brasileiro, também em 1848, mas sempre para um número limitado de casos.

Os primeiros dos breves pontifícios pelos quais se concediam aos prelados brasileiros facultades de conceder dispensas de certos impedimentos foram enviados em circunstâncias de sensíveis dificuldades na relação (e comunicação) entre Roma

<sup>439</sup> ALMEIDA, Francisco Manuel Raposo de. A Questão Kerth. **Jornal do Commercio**, Rio de Janeiro, 18 fev. 1858. Publicações a Pedido, p. 2.

<sup>440</sup> O caso foi citado em várias obras europeias, como em *L'Église et la Morale* de autoria de Charles Potvin, sob o pseudônimo “Dom Jacobus”, na qual a decisão do bispo consistia na autorização de bigamia, já que nenhum tribunal declarara o divórcio do casamento anterior (JACOBUS, [Dom]. **L'Église et la morale**. 2. ed. Bruxelles: Typographie et Lith. de J. van Buggenhoudt, 1858, p. 154).

<sup>441</sup> “1ª – Prometter, a parte acatholica, sob juramento, consentir na educação da prole de um e de outro sexo na religião católica; 2ª – Da mesma maneira, não impedir a parte catholica no livre exercício da sua religião; 3ª Ser admoestada a parte catholica da sua grave obrigação de procurar, quanto em si estiver, a conversão da parte acatholica.” (BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza. **Commentario á Lei n. 1144 de 11 de setembro de 1861 e subsequente legislação sobre casamento de pessoas que não professam a religião do Estado**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 16).

e o Brasil. No de 1796, para além da distância entre os prelados brasileiros e a autoridade pontifícia concedente, a Revolução Francesa e as Guerras Napoleônicas também complicavam os contatos com a Europa.

Quanto ao Breve de 1822, renovando as concessões anteriores, o Brasil se encontrava inserido no contexto de emancipações políticas do continente americano e não havia em território brasileiro representante pontifício, justificando, com isso a especial concessão pontifícia aos bispos locais<sup>442</sup>. Segundo Santirocchi, “outras questões também influíram na renovação das concessões, entre as quais o fato do território brasileiro ser pouco povoado, existindo, naturalmente, muitos casamentos entre parentes e, praticamente, não havendo outra religião além da católica”<sup>443</sup>.

Com o fim do prazo de concessões definido para o ano de 1847, o governo brasileiro procurou obter novas faculdades de dispensas, principalmente em razão do aumento do fluxo migratório de protestantes para o Brasil que criava condições para que aumentassem as uniões matrimoniais entre pessoas de diversas religiões.

Após a tentativa de Feijó em extinguir o celibato eclesiástico no Brasil, afrontando a autoridade dos cânones matrimoniais, o casamento canônico tornou a estar na berlinda apenas em 1847 com a primeira proposta parlamentar sobre casamento civil, apresentada em 7 de agosto daquele ano pelo Deputado João Maurício Wanderley, Barão de Cotegipe, do Partido Conservador.

Pode-se cogitar que este projeto foi apresentado com o intuito de pressionar a Santa Sé para que renovasse a concessão de dispensa de impedimentos matrimoniais de direito pontifício, já que o Breve de 1822 se extinguia exatamente em 1847 e, pelo menos deste 1845, o governo brasileiro pressionava Roma por concessões mais amplas que as anteriores<sup>444</sup>.

O projeto Wanderley, composto de doze artigos, dispunha pela continuidade da aplicação dos cânones aprovados pelo Império em relação ao

---

<sup>442</sup> SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. **Questões de Consciência**: os ultramontanos no Brasil e o regalismo do Segundo Reinado (1840-1889). Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 344-345

<sup>443</sup> SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. **Questões de Consciência**: os ultramontanos no Brasil e o regalismo do Segundo Reinado (1840-1889). Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 345.

<sup>444</sup> Ítalo Santirocchi é quem afirma que em 12 de novembro de 1845, o Comendador Moutinho, representante brasileiro junto à Santa Sé pleiteou a renovação e ampliação das faculdades concedidas pelo Breve de 1822, pretendendo uma renovação por tempo ilimitado. Após interessas conversações, em 17 de março de 1848 foi baixado outro Breve com duração de vinte e cinco anos (cf. SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. **Questões de Consciência**: os ultramontanos no Brasil e o regalismo do Segundo Reinado (1840-1889). Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 344-346).

casamento de católicos (art.1º), exigindo-se, no entanto, para a produção de efeitos civis, a precedência dos “atos do estado civil” à celebração religiosa (art. 2º). Tais atos seriam lavrados por oficiais civis, tabeliães de notas ou escrivães de paz (art.3º).

O projeto pretendia estabelecer uma espécie de secularização da habilitação matrimonial ao determinar que o escrivão, após ter lançado em registro privativo a publicação dos banhos (art. 4º)<sup>445</sup>, leria as peças do processo de habilitação na presença de quatro testemunhas e receberia “declaração das partes de que ellas promettem solemnemente celebrar seu casamento á face da Igreja segundo as formulas prescriptas pelo concílio tridentino e mais leis canonicas aprovadas pelas do império” (art. 5º). Após isso, o escrivão forneceria cópia duplicata dos autos para ser entregue ao pároco que oficiaria a cerimônia, o qual remeteria cópia do registro do ato religioso ao escrivão (art. 6º).

O projeto do Barão de Cotegipe enfatizava sobremaneira os efeitos civis do ato, sobrepondo as formalidades legais às canônicas. Com efeito, no artigo 7º repetia-se textualmente o que poderia ser inferido da leitura do artigo 2º, no sentido de que o desatendimento às formas prescritas implicaria no não reconhecimento de efeitos civis, “tanto em relação aos contrahentes como aos seus filhos”, devendo o “parrocho [...] disto mesmo avisal-os quando elles pretendão casar-se sem as formalidades referidas”. A única exceção à formalidade civil seria o casamento *in articulo mortis*, conforme o parágrafo único do mesmo artigo 2º.

Pela leitura de outras regras do texto projetado por João Maurício Wanderley, alcança-se a valorização dos efeitos civis com menor importância às disposições eclesiásticas. Assim, pelo Projeto Wanderley, a nulidade matrimonial por defeito de forma canônica não atingiria os direitos civis dos esposos em razão da válida habilitação perante o tabelião ou escrivão de paz. Esta solução tinha “como se tal nulidade não existisse, se houve precedencia das formalidades prescriptas na presente lei” (art. 10).

Esta ideia, aplicada ao casamento católico, pressupõe a separação entre contrato e sacramento, aspecto não definido pela doutrina do Concílio de Trento, mas fundamental à secularização do casamento. Pelo Projeto Wanderley, a nulidade do sacramento não se comunicaria ao contrato.

---

<sup>445</sup> Para acesso ao texto integral do Projeto Wanderley, veja-se o Anexo A.

Quanto aos acatólicos, o projeto contemplava que as formalidades civis ali estabelecidas deveriam ser postas em prática pelo escrivão, que remeteria as cópias dos autos ao ministro oficiante (art. 8º).

O projeto ainda previa um sistema de registro de nascimentos, batismos e óbitos feitos de modo misto, “pelos parochos e ministros das parochias e communhões, conjunctamente com as autoridades civis em ordem a que se possa ter delles pleno conhecimento sem dependencia da autoridade ecclesiastica” (art. 11) e sancionava com pena de multa o pároco ou ministro religioso que desatendesse às disposições ali fixadas, sem prejuízo das perdas e danos a serem reclamadas pelos prejudicados (art. 10).

Da análise dos Anais da Câmara dos Deputados no ano de 1847, para além da referência à apresentação da proposta na sessão de 7 e agosto de 1847, não consta qualquer outra referência à discussão da temática no Parlamento.

Nesse contexto, por meados de 1850, assiste-se no Brasil ao aumento de impasses entre a Santa Sé e o Governo Imperial, inclusive quanto à questão dos casamentos mistos, com os primeiros projetos de lei pela institucionalização do casamento civil e aprofundamento dos debates a respeito valor jurídico da doutrina matrimonial canônica lastreada no Concílio de Trento.

### *5.2.2 O Caso Catarina Scheid no Conselho de Estado (1854)*

Em 26 de dezembro de 1847, Catarina Scheid, colona alemã protestante da cidade de Petrópolis, de 22 anos, casou-se com Francisco Fagundes, português e católico. Seu casamento foi celebrado por um ministro protestante, sem licença da autoridade da Igreja. Passado um ano de seu casamento, Catarina foi abandonada por seu companheiro, que passou a viver “em mancebia” com outra mulher no Cantagalo, inclusive já tendo gerado prole. Consultado o cura protestante de Petrópolis, este teria orientado Catharina a procurar as autoridades judiciais, porquanto, na Alemanha, estas seriam as competentes para as causas matrimoniais,

cabendo ao ministro protestante apenas declarar a dissolução do vínculo após o julgamento da autoridade competente<sup>446</sup>.

Seguindo a orientação do ministro de sua religião, Catarina apresentou ao Diretor da Imperial Colônia de Petrópolis questionamento a respeito de sua situação, pretendendo novamente casar-se. O Diretor da Colônia de Petrópolis julgou por bem solicitar esclarecimentos ao cura dos colonos evangélicos, J. D. Hoffman, sobre os casos de anulação de casamentos evangélicos e mistos segundo a sua religião.

Em resposta, no ano de 1853, o cura dos evangélicos de Petrópolis esclareceu que sua igreja admitia o desfazimento do casamento em caso de adultério ou mal-intencionado abandono – como na hipótese de Catarina –, punindo-se a parte culpada com a impossibilidade de contrair novas núpcias. No entanto, as questões matrimoniais deveriam ser resolvidas nos tribunais civis e a igreja luterana só reconhecia a dissolução do matrimônio por estes apreciada<sup>447</sup>.

O Bispo do Rio de Janeiro, Dom Manoel do Monte (Conde de Irajá) – Capelão-mor do Imperador e respeitado eclesiástico – consultado pelo vice-presidente da Província naquele mesmo ano, considerou o casamento de Catarina como clandestino canônica e civilmente: sendo o matrimônio no Brasil sujeito às disposições tridentinas, os efeitos civis esperados dependiam do atendimento às formalidades eclesiásticas. Esta regra, de acordo com o Capelão-Mor, se aplicaria de modo geral, isto é, “sem nenhuma distinção de casamentos entre catholicos, ou mixto entre o catholico e o herege, ou mesmo entre dous hereges, uma vez que casem em paiz sujeito á lei do tridentino”<sup>448</sup>.

Dado que a troca de consentimentos foi feita perante pastor evangélico, sem licença por disparidade de culto e, portanto, desatendendo à forma canônica, o Conde de Irajá emitiu parecer pela nulidade do casamento de Catarina Scheid e Fernando Fagundes. Como consequência, deveriam ser tomadas as medidas derivadas da nulidade, autorizando os supostos cônjuges a legitimamente contrair novas núpcias<sup>449</sup>.

---

<sup>446</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Primeiro (1813-1857). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 294.

<sup>447</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 6.

<sup>448</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 8.

<sup>449</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Primeiro (1813-1857). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p.

A solução do Capelão-Mor, ao fim e ao cabo, impossibilitava a Catarina casar-se novamente, já que, por não haver divórcio formalmente reconhecido por um tribunal secular – exigência de sua religião –, permanecia ela casada e não poderia contrair novo matrimônio. Seu ex-companheiro católico, todavia, estava livre para casar-se novamente, uma vez que, para o direito objetivo brasileiro e para o direito canônico, ele nunca estivera realmente casado, pois sua união com Catarina desatendeu às regras prescritas pelo Concílio Tridentino. Este estado de coisas revelava a flagrante insegurança jurídica dos evangélicos casados com católicos.

O Diretor da Colônia, então, dirigiu ao Imperador pedido de solução do impasse e que tinha o potencial de alcançar outros tantos casamentos mistos existentes em Petrópolis, para cuja celebração não houve pedido de licença da autoridade competente.

A pretensão de Catarina subiu à Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça e o Imperador solicitou à Seção de Justiça do Conselho de Estado parecer sobre a controvérsia. Os Conselheiros Paulino José Soares de Souza (Visconde do Uruguai), Miguel Calmon du Pin e Almeida (Marquês de Abrantes) e Caetano Maria Lopes Gama (Visconde de Maranguape) consideraram não ter havido matrimônio para Francisco, posto que as leis brasileiras “não supõe separação entre o contracto e o sacramento. O matrimonio é originalmente um contracto, mas consagrado pela religião, e por ella elevado á dignidade de sacramento”<sup>450</sup>. Assim, prevaleceu a força da doutrina da inseparabilidade entre contrato e sacramento, mantendo-se o parecer do Conde de Irajá.

Quanto à específica pretensão de Catarina, esta não foi aceita. Sustentaram os conselheiros que as leis brasileiras não reconheciam o casamento protestante sequer como contrato, dada a sobredita inseparabilidade. Ainda que ainda fosse reconhecido o seu casamento, não poderia ser dissolvido por adultério, como aventado, em razão da exigência de constituição de sua prova nos tribunais eclesiásticos. E isto não seria cabível para o divórcio vincular, mas para a separação de mesa e de coabitação, o que não era pretendido por Catharina<sup>451</sup>. Concluiu a

---

294. Continua Nabuco a narrativa informando que: “Pela parte de Francisco, que era católico, acrescentava D. Manoel do Monte, se fosse ele que o requeresse, ‘eu não poria dúvida em abreviar as formas, declarando livre o mesmo Francisco para contratar outro casamento’ (Ibidem).

<sup>450</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p.10.

<sup>451</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869,p. 11.

Sessão por não tomar qualquer providência quanto à pretensão apresentada por serem “as nossas leis e estylos (...) inteiramente defectivos”<sup>452</sup>.

Apesar de não deferirem o pleito de Catharina Scheid, os conselheiros reconheceram que os acatólicos no Império viviam uma situação desagradável e incerta em relação aos direitos civis que resultam do casamento e filiação.

A preocupação lançava-se principalmente tendo em conta ser isto impeditivo à realização do “maximo e urgentíssimo interesse”<sup>453</sup> de atrair colonos estrangeiros, muitos dos quais não professavam a fé católica. Reputavam estar o país ainda restrito “á antiga e intolerante legislação portugueza, feita para Portugal, e para colonias, cujos portos até o principio deste seculo permanecerão fechados ao commercio estrangeiro”<sup>454</sup>.

Os conselheiros também se preocupam em apresentar na consulta um estudo de legislação comparada quanto à matéria, tendo por referência a legislação dos “países mais civilizados”, como a Inglaterra e os Estados Unidos. Nestes países, haveria a distinção entre os elementos contratual, religioso e ritual: “é o contracto, independentemente da parte religiosa, que produz os efeitos civis”<sup>455</sup>.

A autoridade de Portalis também é invocada com explícitas notas liberais: “os magistrados illustrados reconhecirão que ellas [as instituições civis e religiosas] podião ser separadas. [...] Proclamada a liberdade dos cultos, foi então possível secularizar a legislação”<sup>456</sup>. A secularização do casamento para fins de ampliação dos direitos civis era entendida pelos conselheiros como um corolário da liberdade dos cultos: “Que importa que a constituição tolere o culto protestante, se não damos garantias aos direitos civis que resultão de seus casamentos?”<sup>457</sup>.

---

<sup>452</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 12.

<sup>453</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 12

<sup>454</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 12

<sup>455</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 13.

<sup>456</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 14.

<sup>457</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 14.

Para os conselheiros, a existência de religião de Estado não seria óbice à regulação dos direitos civis matrimoniais dos acatólicos, recordando o edito francês de 1787 (Édito de Tolerância) dos finais do Antigo Regime, “porquanto ha muita identidade entre o estado em que se achava então a legislação da França e aquella em que se acha presentemente a nossa”<sup>458</sup>. A França do Antigo Regime era considerada mais tolerante que o Brasil de meados do século XIX.

Os direitos à legitimação do matrimônio e dos filhos eram entendidos como “sagrados”, dos quais resultavam importantes efeitos. A solução estaria na “secularização do matrimônio como contrato, a separação deste do sacramento, de modo que os seus efeitos civis fossem independentes da parte religiosa [...] seria um remédio completo, que faria desaparecer os inconvenientes ponderados, sem ofender o mais levemente a religião”<sup>459</sup>.

A seção do Conselho de Estado, no entanto, não se animava a propor a medida de secularização pois esta exigiria “uma reforma, para a qual não estamos preparados, nas nossas leis e habitos”<sup>460</sup>. Os óbices se encontrariam, sobretudo, no cânon 12 do Concílio de Trento sobre a submissão das causas matrimoniais à jurisdição eclesiástica e na discutida questão da separação do contrato e sacramento:

Seria necessário que a nova legislação dispuzesse sobre os impedimentos, direito que muitos theologos sustentão ser exclusivo da igreja, com o fundamento de que, sendo a casamento um sacramento e um contracto que tem effeitos espirituaes, somente pôde depender do poder ecclesiastico; doutrina com a qual as nossas leis e costumes vão de acordo<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 15.

<sup>459</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 17-18.

<sup>460</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 18.

<sup>461</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 18.

Ao final, os conselheiros recomendaram ao Imperador a regulação dos casamentos dos protestantes e os mistos, com atribuição dos mesmos efeitos civis conferidos aos dos católicos e regulação de seu registro e prova, assim como o registro do nascimento dos filhos de acatólicos e a regulação do exercício e da administração dos cultos tolerados<sup>462</sup>.

A partir de então, o matrimônio passou a ser amplamente discutido na esfera pública, gerando discussões que envolveram principalmente o parlamento brasileiro, a Igreja Católica e a imprensa.

A partir do caso Catarina Scheid e da necessidade de se aumentar a imigração no Brasil tornou muito forte a discussão sobre a necessidade do casamento civil. Era notável a situação de insegurança jurídica vivida pelos acatólicos. Insegurança essa que só foi sanada com o advento da república, com a imediata e radical aplicação dos ideais secularizadores.

### **5.3 Os casamentos mistos e acatólicos no Conselho de Estado: Projeto de Nabuco de Araújo (1855) e a Emenda de 1856**

Insatisfeito com a solução dada pelo Conselho de Estado ao Caso Catarina Scheid, o então Ministro dos Negócios da Justiça, Nabuco de Araújo, apresentou em 1855 relatório à Assembleia Geral posicionando-se favoravelmente à tutela dos direitos civis dos colonos, sobretudo após a Lei Eusébio de Queiroz de 1850, pela qual tinha sido abolido o tráfico internacional de escravos para o Brasil.

Para ele, o escândalo provocado pelo caso Scheid não poderia continuar. Assim, exigia Nabuco providências legislativas visando a “dar existência legal a essas famílias, garantir os direitos civis dos esposos, dos filhos, como pertencentes à comunhão brasileira, da qual não podem estar alienados por causa da religião que seguem”<sup>463</sup>. Para Nabuco de Araújo, o ideal seria atribuir efeitos civis tanto aos

---

<sup>462</sup> BRASIL. Conselho de Estado. Consulta de 27 de Abril de 1854. In: \_\_\_\_\_. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p., p. 19-20.

<sup>463</sup> BRASIL. Repartição dos Negócios da Justiça. Relatório de 1855. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 20.

casamentos mistos como aos dos protestantes: “O remedio do mal é aplainar as dificuldades e tornar faceis esses casamentos”<sup>464</sup>.

Caso não viesse da Santa Sé a “dispensa infinita e não limitada no impedimento *cultus disparitas*, como o exige o interesse da colonização”<sup>465</sup>, seria necessária a adoção de medidas legais com claro resultado secularizador do casamento, como a distinção do casamento protestante e do misto como civil e religioso, com precedência daquele a este mesmo que não se verificasse o religioso.

Para Nabuco, embora não fosse celebrado o casamento religioso, existiria o contrato, capaz de conferir legitimidade ao estado das coisas, regularizando, com isso, as uniões tidas por concubinárias. Em todo o caso, porém, deveria ser resguardada a indissolubilidade para a parte católica no casamento misto.

No relatório de Nabuco também foi ressaltada como imperiosa a providência a atribuição de competência dos tribunais civis para apreciação das causas matrimoniais dos protestantes, porquanto inexistentes tribunais para julgar tais causas<sup>466</sup>.

Todas estas ideias foram sistematizadas sob um projeto de lei redigido em 1855 e apresentado no mesmo ano ao Conselho de Estado<sup>467</sup>. Restrito aos casamentos mistos e de evangélicos, projeto não tratava do casamento entre pessoas sem religião ou entre pessoas de religiões outras que não protestantes, constituindo-se claramente em medida voltada ao incentivo da imigração estrangeira.

O projeto Nabuco é restrito a apenas dois artigos. Nele há uma fundamental distinção de dois tipos de casamentos: religioso e civil (art. 1º, *caput*). O casamento católico, não tratado no projeto, continuaria intocado, já que segundo a doutrina católica ele é contrato e sacramento, derivando seus efeitos civis da recepção dos cânones pela lei brasileira.

O princípio da precedência do casamento civil é acolhido no projeto: o ministro que não a observasse estaria incurso no art. 247 do Código Criminal do

---

<sup>464</sup> BRASIL. Repartição dos Negócios da Justiça. Relatório de 1855. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 20.

<sup>465</sup> BRASIL. Repartição dos Negócios da Justiça. Relatório de 1855. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 20.

<sup>466</sup> BRASIL. Repartição dos Negócios da Justiça. Relatório de 1855. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 20-21.

<sup>467</sup> Para acesso ao texto integral do projeto, vide Anexo B.

Império<sup>468</sup>. Mesmo não havendo celebração religiosa, o contrato civil de casamento surtiria todos os efeitos civis do casamento canônico (art. 1º, §2º).

Não se admite, no projeto Nabuco, o divórcio vincular no casamento misto, que continuaria a ser regido pelo divórcio canônico em relação a ambas as partes, sem importar em dissolução do vínculo quanto à parte evangélica (art. 1º, §4º). As causas seriam julgadas pelo juízo eclesiástico quanto à parte católica, embora a nulidade do “contrato” de casamento misto só pudesse ser pronunciada por juízes e tribunais civis (art. 1º, §6º). Para os casamentos evangélicos – e em relação à parte evangélica nos casamentos mistos – a competência para as causas de nulidade e divórcio seriam atribuídas à jurisdição civil (art. 1, §3º).

Eusébio de Queiroz, que à época estava no Conselho de Estado, apresentou parecer com emenda substitutiva ao trabalho de Nabuco, propondo o casamento por contrato civil para todos os que não professassem a religião do Império (art. 1º)<sup>469</sup>. Esta era uma medida simbolicamente mais secularizante que a proposta de Nabuco, que apenas incluía o casamento civil como espécie dos casamentos misto e de protestantes, ao lado do casamento religioso. Além disso, tinha o condão de possibilitar o casamento entre pessoas não cristãs, já que o projeto não mais referia especificamente a “protestantes” ou “evangélicos”.

Na proposta substitutiva há outras diferenças em relação ao projeto de abril de 1855. Neste havia a obrigatoriedade de o casamento civil preceder o religioso, sob pena de prisão; pela emenda, em se tratando de casamento misto, o casamento em face da Igreja poderia ser realizado antes do civil, em preferindo os contraentes, com produção de efeitos civis. Os requisitos de nulidade e de divórcio, nesse caso, seriam regulados pelas normas canônicas e se aplicariam inclusive ao cônjuge acatólico (art. 1º, §2º).

O projeto ainda remete às normas do Código Civil Francês, em seu Título 6º) como aplicáveis “para regular os impedimentos, nulidades, divorcios, e forma da celebração dos casamentos, como contratos civis” (art. 1.º, § 4º). Segundo os conselheiros, com a adoção do direito francês, “aproveitaremos a experiência de uma grande nação, e evitaremos quanto é humanamente possível o perigo das duvidas,

---

<sup>468</sup> “Art. 247. Receber o Ecclesiastico, em matrimonio, a contrahentes, que se não mostrarem habilitados na conformidade das Leis. Penas - de prisão por dous mezes a um anno, e de multa correspondente á metade do tempo.” (BRASIL. **Código Criminal do Império**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)> Acesso em 13 fev. 2017).

<sup>469</sup> A íntegra da emenda substitutiva pode ser consultada no Anexo C.

que se suscitão na aplicação de leis novas, e que obrigão a interpretações e explicações *post factum*<sup>470</sup>.

Quanto aos casamentos mistos ou acatólicos contraídos de boa-fé antes da promulgação da lei resultante da aprovação do projeto, seriam estes considerados ratificados para os efeitos civis, como se houvessem sido contraídos na forma prescrita, salvantes os casos em que houvessem impedimentos (art. 3º, *caput*). Considerando o caso Scheid, facultava-se obter a dissolução dos anteriores casamentos religiosos até um ano contado da publicação da lei, desde que permitisse a religião. Após este período, tais casamentos seriam tidos como indissolúveis.

O Visconde de Maranguape apresentou voto em separado pelo qual defendia a redução do casamento a puro contrato, dispensando a exigência de qualquer intervenção eclesiástica. Para ele, não deveria haver diferentes exigências para católicos e protestantes, pois permaneceria a dependência daqueles em relação à Santa Sé, quando os protestantes poderiam obter os efeitos civis por mero contrato.

Para o Conselheiro Maranguape, a solução ideal seria determinar a todos, em igualdade de direitos a observância do casamento civil<sup>471</sup>.

O Imperador, após apreciar o projeto de Nabuco e os votos no Conselho de Estado, externou seus pendores liberais e secularizantes do casamento, com simpatia ao modelo francês codificado. Segundo Joaquim Nabuco, constava entre os papéis de Nabuco de Araújo a opinião de Dom Pedro II nestes termos:

A unica doutrina, que me parece logica em todas as suas partes, é a doCodigo Civil Francez, que só dá effeitos civis ao contracto civil de casamento, e por consequencia faz preceder o casamento religioso por aquelle, separando assim o que compete ao poder civil regular do que pertence ao fôro da consciencia individual.<sup>472</sup>

---

<sup>470</sup> BRASIL. Repartição dos Negócios da Justiça. Consulta de 11 de fevereiro de 1856. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiásticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p.38.

<sup>471</sup> BRASIL. Repartição dos Negócios da Justiça. Consulta de 11 de fevereiro de 1856. In: **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios ecclesiásticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p.54.

<sup>472</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Primeiro (1813-1857). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 300.

Nota-se nas intervenções do Conselho de Estado o receio em aprofundar as tensões com a Igreja Católica, embora procurasse resguardar os interesses dos acatólicos, daí a conservação dos efeitos civis dos casamentos dos católicos pela mera celebração religiosa e a abertura aos casamentos dos protestantes por contrato civil. Os casamentos mistos, contudo, permaneciam um ponto nodal de difícil desate, sobretudo pelas dificuldades impostas pela Igreja Católica para a concessão das dispensas de impedimentos *cultus disparitas*. A questão daí por diante será entregue ao Parlamento.

#### 5.4 O Projeto de Diogo Pereira de Vasconcelos (1858)

Em 19 julho de 1858, o então Ministro da Justiça Francisco Diogo Pereira de Vasconcellos apresentou o projeto do governo de casamento civil para as pessoas que não professassem a religião católica, contemplando-se algumas correções e modificações propostas no Conselho de Estado.

Em seu discurso preliminar à proposta, o Ministro Vasconcelos ressaltou a necessidade de alteração da legislação matrimonial pátria, seguindo os exemplos de outras nações católicas que estabeleceram o casamento civil, para melhorar a condição dos “morigerados homens que imigraram ao Brasil” e ansiavam pela legitimação de suas famílias, afastando a pecha de concubinato, e também de sua prole<sup>473</sup>.

Composto de seis artigos, o projeto contempla o casamento civil eufemisticamente como “contrato civil”, distinto da união religiosa católica, sacramental. Nota-se a opção de não referir a termos que denotem a secularização, embora esta, de fato, estivesse a se processar.

Alfredo d’Escragnolle Taunay, ao comentar o texto do projeto, reconhece-lhe os méritos e observa que se perdeu naquela ocasião a oportunidade de se empreender a secularização do casamento<sup>474</sup>. Na verdade, as medidas a serem adotadas no projeto constituem-se em ações secularizadoras do casamento, embora

---

<sup>473</sup> BRASIL. **Annaes do Parlamento Brasileiro**: Câmara dos Srs. Deputados (Sessão de 1858). t. III. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve e Comp., 1858, p. 186.

<sup>474</sup> TAUNAY, Alfredo d’Escragnolle. **Casamento Civil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886, p. 28.

não de modo não completo, isto, é, tornando o casamento civil uma opção para todos, conforme propusera o Conselheiro Maranguape.

Trata-se de um projeto mais brando no intento secularizador. Não contempla o princípio de precedência, ao admitir que ao contrato civil poderá seguir-se o ato religioso, se este não tiver sido antes celebrado (art. 1º) e o casamento misto não é submetido à necessidade de celebração por contrato civil para produção de seus efeitos (art. 2º).

A indissolubilidade é explicitamente prevista como decorrência da celebração do contrato civil, “seguido da comunicação dos esposos” (art. 3º). Quanto à jurisdição para as causas matrimoniais dos contratos civis de casamentos, o projeto contemplou a autorização regulamentar do Governo para tanto e também para a estruturação do registro civil dos casamentos e nascimentos dos filhos oriundos das uniões matrimoniais ali tratadas.

Na Fala do Trono da abertura dos trabalhos legislativos da Assembleia Geral em 1859, o Imperador manifestou sua preocupação quanto ao tema do casamento civil dos colonos: “A moral publica, e o futuro da colonisação exigem providencias sobre os effeitos dos casamentos não regulados pela actual legislação”<sup>475</sup>. Os deputados, em resposta ao Imperador, assim se manifestaram:

A camara dos deputados pensa com Vossa Magestade Imperial, que a moral publica, a paz das familias e o bom exito de uma immigração industriosa e morigerada exigem a decretação de disposições legislativas sobre os effeitos dos casamentos não regulados pelo actual regimen, e promette a Vossa Magestade Imperial o seu leal concurso, para que seja preenchida essa lacuna da nossa legislação; assim como para firmar com precisão e efficacia as muitas obrigações e direitos entre os colonos e proprietarios de terras.<sup>476</sup>

Remetida a proposta às comissões de Justiça Civil e Negócios Eclesiásticos, estas emitiram parecer em 8 de agosto de 1859, com percuciente análise da proposta do governo.

Presumindo a boa-fé de todos os que celebraram casamentos em desconformidade às prescrições tridentinas, as comissões presumiram a boa-fé dos

---

<sup>475</sup> BRASIL. Assembleia Geral. **Fallas do Throno desde o anno de 1823 até o anno de 1889**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889. p. 536.

<sup>476</sup> BRASIL. Assembleia Geral. **Fallas do Throno desde o anno de 1823 até o anno de 1889**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889. p. 542.

contratantes e optaram por declarar subsistentes as uniões quer escrituradas, quer contraídas em rito religioso.

A respeito do casamento dos acatólicos, as comissões tiveram por bem secularizá-lo, ou seja, entregar sua regência ao poder temporal, já que não era considerado sacramento. Este seria “o único remédio possível”, visto que a mera aceitação dos casamentos segundo as regras cultuais obrigaria o legislador, no entender da comissão, a ordenar os cultos acatólicos<sup>477</sup>. Nisso todos os membros das comissões concordaram.

Quanto aos casamentos mistos, houve intenso e difuso debate nas comissões. Em resumo, entendeu-se pela manutenção do *status quo*, sob pena de ferir o dogma religioso, recomendando ao Governo contentar-se com as concessões da Santa Sé em relação ao impedimento de disparidade de culto. Frise-se que naquele ano a Santa Sé realizou modificações no Breve de 1848 pelo Breve *Faecipuis gravilasque causis*, aumentando o número de casos de dispensas de casamento misto em 30 casos por ano para cada bispo<sup>478</sup>.

A proposta do Governo impunha, ainda, “a indissolubilidade como condição essencial ao casamento civil”<sup>479</sup>. Embora a comissão reconhecesse que muitas das “seitas dissidentes” repudiavam a doutrina da indissolubilidade do vínculo, o divórcio *a vinculis* era entendido como ideia contrária aos costumes e crenças nacionais:

Se uma lei a estabelecesse, essa lei degradaria aos olhos da nação o contrato nupcial, e em nome da moral publica, da dignidade da mulher, e da segurança da familia, a sua revogação teria imediatamente reclamada com força irresistível<sup>480</sup>.

Houve um deputado que declarou negar o voto a qualquer medida que declarasse os enlaces acatólicos legítimos e iguais aos matrimônios católicos. Outro julgava melhor não legislar sobre a matéria, e que “se alguma cousa se quizesse fazer a favor dos dissidentes, convinha consultar a Santa Sé, porque os protestantes, embora rebeldes, estão sujeitos as leis da Igreja”<sup>481</sup>.

<sup>477</sup> BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza. **Commentario á Lei n. 1144 de 11 de setembro de 1861 e subsequente legislação sobre casamento de pessoas que não professam a religião do Estado**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 46.

<sup>478</sup> SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. **Questões de Consciência: os ultramontanos no Brasil e o regalismo do Segundo Reinado (1840-1889)**. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 355.

<sup>479</sup> BRASIL. Anais da Camara dos Deputados. Sessão em 8 de agosto de 1859, p. 57.

<sup>480</sup> BRASIL. Anais da Camara dos Deputados. Sessão em 8 de agosto de 1859, p. 58.

<sup>481</sup> BRASIL. Anais da Camara dos Deputados. Sessão em 8 de agosto de 1859, p. 58.

Ao final, as comissões concordaram com o andamento do projeto, apresentando-lhe emenda substitutiva.

Em 2 de agosto de 1860 entraram em discussão estas propostas na Câmara dos Deputados. Travou-se um debate ardoroso no Parlamento, tornando-se salientes pelas suas ideias acanhadas e contrárias ao projeto alguns dos signatários do próprio parecer de 1859, aos quais se uniram outros deputados.

O projeto de Vasconcellos foi emendado e modificado profundamente.

Assim que posta em segunda discussão a proposta do governo, em 11 de agosto de 1860, Jeronimo Vilella manifestou sua preocupação com a seriedade do tema:

Sr. presidente, a questão que nos vai ocupar é talvez a mais séria e a mais grave de que tem de tratar o parlamento brasileiro. Joga com os interesses sociaes e os principios religiosos, é até certo ponto da competencia de ambos os poderes, espiritual e temporal, empenha a razão esclarecida e a consciência de cada um de nós.<sup>482</sup>

Em 14 de agosto de 1860 foi encerrada a segunda discussão das emendas, iniciando no dia 21 a terceira. Um deputado mostrou a necessidade de que algumas emendas obtivessem um alcance mais lato do que as primitivas explicando inclusive o modo de interpretação das palavras conforme os costumes e prescrições.

Aprovado na sessão de 24 de agosto de 1860, o projeto foi remetido ao Senado, onde foi declarado extensivos os efeitos civis aos casamentos celebrados na forma da lei do Império, das pessoas professassem religião diferente da do Estado, fora ou dentro do Império, segundo o costume ou prescrições das religiões respectivas, obrigando-se o governo a regular o registro e provas desses casamentos e o dos nascimentos e óbitos de acatólicos. Em 11 de setembro de 1861 promulgou-se o Decreto n. 1144.

---

<sup>482</sup> BRASIL. **Annaes do Parlamento Brasileiro**: Camara dos Deputados (Sessão de 1860). t. 1. Rio de Janeiro: Tipographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & C., 1860, p. 140.

## 5.5 A oposição de Braz Florentino e a polêmica com Kornis de Totvárád

No contexto de discussão proposta enviada pelo governo Imperial à Câmara, o lente da Faculdade de Direito do Recife, Braz Florentino Henriques Sousa publicou em 1856, como análise daquela proposta um livro com pouco mais de 300 páginas intitulado *O Casamento Civil e o Casamento o Religioso*. Neste trabalho são declinadas as razões de sua enfática rejeição à proposta do governo de regular os casamentos mistos, retirando-os da disciplina canônica. A proposta é tomada, em suma, por anticatólica e anticonstitucional.

Para o Braz Florentino, em “O Casamento Civil e o Casamento Religioso”, de 1859, a proposta do Governo sem observância dos regulamentos da Igreja iria de encontro aos direitos desta assim como à Constituição do Império, que designou o catolicismo como religião oficial. A argumentação do lente da Faculdade de Direito do Recife consistia, como bem ressaltou Glaucio Veiga, numa defesa do cumprimento do art. 5º da Constituição do Império.

A obra é estruturada em um prólogo, três partes tratando de princípios gerais sobre o casamento (o casamento como contrato e como sacramento), a análise dos seis artigos da proposta e uma conclusão.

Tratando do casamento como contrato, Braz Florentino ocupa-se fundamentalmente em objetar várias passagens da teoria matrimonial de Portalis, base doutrinária utilizada por todos os projetos tendentes a repelir a religião do casamento<sup>483</sup>. O casamento, para Braz Florentino é, ao mesmo tempo civil, religioso e natural, de acordo com a doutrina do Aquinate. Sendo religioso, é sacramento porquanto elevado por Cristo à ordem sobrenatural, segundo destacado por inúmeros teólogos e concílios. Entretanto, contrariando a doutrina do Conde de Irajá – Dom Manoel do Monte – não se poderia admitir separar, entre cristãos, o contrato do

---

<sup>483</sup> “Seria com effeito notável contradicção tolerar todas as religiões (aindaque [sic] somente com seu culto domestico) não consentindo que os dissidentes sejam perseguidos por suas crenças religiosas [...] e ao mesmo tempo reduzir essa classe de indivíduos á dura alternativa de profanarem pro meio de conversões simuladas um Sacramento em que não acreditam, afim de poderem casar-se em face da Igreja, ou ficarem privados do precioso direito de serem esposos e pais legitimos, não podendo gerar senão bastardos, etc., etc.” SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **O casamento civil e o casamento religioso**. Recife: Typographia Academica de Miranda & Vasconcelos, 1859, p. 98.

sacramento do matrimônio, embora tal se pudesse conceber quanto aos casamentos entre infiéis<sup>484</sup>.

Quanto ao projeto do Governo, a oposição de Florentino não se voltava para o artigo 1º, que contemplava o casamento civil entre os acatólicos. Parecia-lhe uma pretensão natural do Estado querer legitimar os casamentos dos seus súditos acatólicos. O principal ponto de controvérsia voltava-se sobretudo contra o artigo 2º do Projeto e os seguintes, que lhe seriam corolários. Por aquele, prescrevia-se a hipótese de celebração de casamento civil para católicos, quando pretendessem casar-se com um acatólico, ou seja, nos casamentos mistos. A medida iria de encontro à potestade jurisdicional exclusiva da Igreja sobre os casamentos de seus fieis<sup>485</sup>.

Chama a atenção no comentário de Braz Florentino ao artigo 3º do Projeto, que tratava da indissolubilidade do vínculo, prestando assentimento à opinião dos que, no extremo oposto a Braz – ou seja, na posição secularizante – defendiam ser o divórcio vincular consequência necessária da secularização e, portanto, contraditória a disposição do artigo 3º.

Fundando seus argumentos sobretudo em bases religiosas, Braz Florentino não admitia que uma proposta que instituísse o casamento civil para os católicos (extraíndo-lhe a nota religiosa) pudesse sustentar, ao mesmo tempo a indissolubilidade. E tampouco para os protestantes, apesar de não acolherem o dogma da indissolubilidade<sup>486</sup>.

É apresentada, ainda, insurgência contra a ratificação dos casamentos mistos contraídos por escritura pública antes da publicação da lei que seria resultante da aprovação do projeto. O argumento legal, baseado na *bona fide*, desagrada a Braz Florentino, para o qual os católicos que se casaram valendo-se de escrituras públicas não estariam de boa-fé. Com muito esforço dever-se-ia confessar que estariam a cometer erro grosseiro, ou em culpa grave, tais católicos que julgavam poder casar

---

<sup>484</sup> SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **O casamento civil e o casamento religioso**. Recife: Typographia Academica de Miranda & Vasconcelos, 1859, p. 68-69.

<sup>485</sup> SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **O casamento civil e o casamento religioso**. Recife: Typographia Academica de Miranda & Vasconcelos, 1859, p. 112-215.

<sup>486</sup> “O divórcio ou a dissolubilidade do vínculo conjugal não é uma crença, como bem diz o visconde de Bonald, mas uma acção social, isto é, domestica em seu principio e publica em seus efeitos, como o casamento e como o homem mesmo. Ora, se esta acção é incontestavelmente immoral e funesta á sociedade, o Estado tem não só o direito, senão lambem a obrigação de proscree-la até por meio da sancção penal.” (SOUZA, Braz Florentino Henriques de, p. 226-227). Este complexo tema, que será fartamente debatido sobretudo após o advento da lei do casamento civil de 1890 e durante o século XX até a admissão do divórcio no Brasil, representa importante momento do amadurecimento das ideias sobre a secularização do casamento.

com um protestante por escritura pública: “e sabe-se que: *culpa lata dolo aequiparatur*. Erros que taes não podem, não devem ser attendidos nem pelo magistrado nem pelo legislador”<sup>487</sup>.

Fervoroso católico, Braz Florentino, “católico de crenças arraigadas” como disse dele Clóvis Beviláqua, insurgiu-se, em resumo, contra o casamento civil<sup>488</sup>. Restringiu o seu olhar na exposição da matéria ao conjunto doutrinário da Igreja Católica, recusando polemizar com quem não partilhasse das mesmas ideias<sup>489</sup>.

Coube a Carlos Kornis de Totvárád apresentar-se como contraditor de Florentino, com o trabalho “Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza”. Totvárád, que se dizia “ex-lente de Direito Criminal da Universidade de Pest na Hungria” publicou robusta obra em 1860 confrontando de maneira coesa e coerente a doutrina de Florentino, traçando estudo sistemático dos dispositivos da Constituição Imperial e suas repercussões quanto aos poderes da Assembleia Legislativa Geral de reger o casamento no Brasil.

Totvárád declara-se católico, embora *livre pensador*<sup>490</sup>. Concebe o matrimônio como um ato de direito natural, cujo fim, além da procriação e educação

<sup>487</sup> SOUZA, Braz Florentino Henriques de, p. 237.

<sup>488</sup> “As suas ideias, certamente, não são liberais; eram, porém as da Igreja Católica, expostas com clareza e desassombro. Olhadas à distância dos sessenta e sete anos que nos separam do livro agora considerado, as ideias nele expendidas apresentam a pátina das coisas antigas; mas sente-se bem, ainda hoje, que é uma convicção forte que fala; que aqueles pensamentos são irradiações de uma sólida inteligência, que se temperou na meditação e no estudo. BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, p. 471.

<sup>489</sup> A propósito, veja-se o seguinte parágrafo do Prólogo da obra sob análise: “Para aviso do leitor benévolo, cumpre-nos agora declarar-lhe que os nossos principios, na discussão em que vamos entrar, não podem ser outros senão os principios do Evangelho, visto como abertamente e sem o menor pejo professamos a doutrina da Igreja Catholica *em todos os seus pontos*, e com a veneração devida a todos os seus Pontifices. Se pois alguém houver que não pense inteiramente conosco n’esta parte (*non omnes obediunt Evangelio*), esse pode desde já depor o nosso opúsculo, forrando-se ao trabalho de ler-nos, pois que muito provavelmente nos não encontraremos, por mais ilógicos que sejamos” (SOUZA, Braz Florentino Henriques de, p. 10-11).

<sup>490</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 3. Segundo Augusto Sacramento Blake, Kornis de “Totvárád” – assim está grafado no Dicionário Blake –, nascido na Hungria, era brasileiro por naturalização. Teria feito os estudos filosóficos e teológicos para seguir vida eclesiástico, mas acabou se tornando lente de direito criminal da Universidade de Pest. Após ter fugido da Hungria, por ter tomado armas contra as forças austríacas invasoras – o que lhe teria rendido a condenação na pena capital – Kornis de Totvárád foi para a América do Norte e chegou ao Brasil em 1851. Instalou-se no Rio de Janeiro e onde montou uma oficina de daguerreotipo. Anistiado pelo governo húngaro, retornou ao seu país em 1862. Dentre as suas numerosas publicações em húngaro, português e latim, destacam-se aquelas sobre a temática do matrimônio no Império do Brasil: “O casamento civil, ou os direitos do poder temporal em negocios de casamento”, em 2 volumes, de 1858 e 1859; “Os negocios de matrimonio no império do Brazil”, de 1860; “Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino”, de 1860; “Reflexões sobre a emenda substitutiva” (do ministro Paranaçuá), publicada com “Os paradoxos do discursos pronunciado pelo Sr. Dr. Villela Tavares na sessão de 11 de agosto de 1860” de 1861 (cf. BLAKE, Augusto Victorino

da prole, como defendido por Florentino, é a partilha da do destino em comum (*Consortium omnis vitae*) também seja finalidade do casamento<sup>491</sup>.

Desenvolvendo esse raciocínio, ao longo de sua obra, Totvárád advoga que a monogamia, a indissolubilidade do vínculo e o consentimento mútuo para fim do casamento são as condições que constituem a essência do matrimônio. Sendo, pois, o casamento um ato de direito natural, não deve caber ao Estado e nem à Igreja determinar tais condições.

A união monogâmica, a indissolubilidade do vínculo e o consentimento mutuo para o fim do casamento, são as condições, que constituem a essência do matrimônio; estatuir sobre tais condições, não é do direito nem do Estado nem da Igreja; porque esses poderes são chamados não a transtornar, mas sim a garantir e proteger a essência e a existência do matrimônio, procurando aumentar o bem dos seus resultados naturais, por certos fins auxiliares.<sup>492</sup>

Segundo Totvárád, por conseguinte, as condições do casamento civil e religioso são meramente acidentais e, dessa maneira não são antagônicos, pois objetivam cada um uma finalidade diferente. Diante disso, o casamento civil é um ato independente do *cidadão*; e o casamento religioso é um ato total, indivisível e independente do membro de qualquer Igreja. Constituir-se-iam em realidades independentes entre si, cujas condições não poderiam ser opostas<sup>493</sup>.

O autor da Refutação defende que a intervenção da Igreja em negócios matrimoniais resulta da sacramentalidade do ato com propósitos meramente espirituais, enquanto que ao poder temporal incumbe reger aspectos inerentes à sua missão, justificando-se aí o exercício da proteção ao “exercício do direito natural de casar-se”<sup>494</sup>. Assim, as condições de legitimidade das famílias, os efeitos civis do

---

Alves Sacramento. **Diccionario Bibliographico Brasileiro**. v. 2. Rio de Janeiro: imprensa Nacional, 1893, p. 78-79).

<sup>491</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 15.

<sup>492</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 226.

<sup>493</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 88.

<sup>494</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 82.

matrimônio e as condições sob as quais a tal respeito se pretende e se dá garantia e proteção, devem ser as mesmas e idênticas para todos os cidadãos sem exceção<sup>495</sup>.

TotvÁrad defende, em suma, que de um lado, a instituição do casamento civil não tem a aptidão de menosprezar a missão da Igreja, visto que a sua missão é diferente da dos deveres do Estado, e, por outro, assevera não existir dispositivo na Constituição do Império que seja impeditivo à celebração de casamentos outros que não os católicos<sup>496</sup>.

Quanto à natureza da norma do art. 5º da Constituição do Império, se considerada constitucionalmente material, nos termos do art. 178 da mesma Constituição, o ato de contratar matrimônio perante ministro acatólico seria um direito político derivado da tolerância aos demais cultos, não alterável por lei ordinária.

O art. 5º da Constituição, ao admitir outros cultos, com a única restrição de serem celebrados em casas sem forma exterior de templo, também teria admitido a essencial celebração dos atos religiosos com iguais garantias para católicos e acatólicos. Portanto, se a Constituição quisesse que a intervenção do ministro acatólico não deveria ser admitida para o contrato matrimonial – como admitia para o sacerdote católico – deveria tê-lo declarado explicitamente como fez em relação à forma exterior do culto<sup>497</sup>.

Caso se sustentasse que o art. 5º da Constituição era apenas norma formalmente constitucional, ainda assim seria admitida a validade e eficácia civil do matrimônio perante ministros acatólicos, porquanto “a lei, que define as condições e consequencias de tal acto, deve ser igual e a mesma para todos os cidadãos, porque, o §13 do art. 179 da Constituição diz que ‘a lei será igual para todos, quer proteja, quer castiguÉ”<sup>498</sup>.

---

<sup>495</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 162-163

<sup>496</sup> “A Constituição política do Brasil, decretando excepcionalmente, pelo § 3º do art. 95, que aquelles que não professão a religião catholica apostolica romana, têm de sofrer diminuição no gozo de um dos exercicios políticos, não podendo elles figurar na sociedade civil como deputados da assembléa geral; por essa excepção ella declarou implicitamente, que fóra desse caso, explicita e especialmente marcado, a qualificação religiosa, ou a religiosidade individual, não terá nenhuma influencia, na determinação do estado civil do cidadão e no gozo e exercicio dos direitos quer naturaes, quer civis.” (TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 113)

<sup>497</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 98.

<sup>498</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 97-98.

Como bem destacou Gláucio Veiga, pela Constituição do Império, as religiões não católicas não foram “admitidas” – como sustentava Kornis de Totvárád – , mas “toleradas”. Desse modo, não havia espaço para adoção de um Direito Público Eclesiástico Protestante, tampouco para reconhecer a igualdade dos cultos protestantes ao lado do Catolicismo, quando a própria Constituição estabelecia a desigualdade<sup>499</sup>.

Kornis de Totvárád pode ser considerado como o jurista de mais profícua produção relativa à temática do casamento civil no contexto da discussão do projeto de casamento de acatólicos enviado pelo governo. Com efeito, após a sua polêmica – não replicada – com Braz Florentino, o professor húngaro ainda escreveu reuniu em um volume publicado em 1861 as “Reflexões sobre a Emenda Substitutiva” do Ministro Paranaguá, que fora apresentada em 11 de agosto de 1860 na Câmara e também “Os paradoxos do Discurso” contra a fala pronunciada pelo Deputado Jerônimo Villela de Castro Tavares, lente de Direito Público Eclesiástico da Faculdade de Direito do Recife<sup>500</sup>.

Considerou-se que, em relação aos casamentos mistos, não sendo pródiga a Igreja Católica na concessão das dispensas de impedimento por disparidade de culto.

Seria uma consequência do princípio constitucional da tolerância religiosa, que, segundo a comissão, já se achava “nos hábitos e caracter da população, como senão talvez em outros tempos e lugares”. A medida era também considerada um

---

<sup>499</sup> VEIGA, Gláucio. **História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife**. v. 7. Recife: Atregrafi, 1993, p. 201.

<sup>500</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Reflexões sobre a Emenda substitutiva apresentada sob os auspícios do Illm. e Exm. Sr. J. L. da Cunha Paranaguá**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Eduardo & Henrique Lemmert, 1861. Além dos trabalhos até então referidos, Kornis de Totvárád outras produções sobre a temática do casamento civil e as publicou sob o título “O Casamento Civil ou Direito do poder temporal em negócios de casamento”, composta de três partes, uma jurídico-histórica, em que apresenta argumentos de direito natural, costumes e leis matrimoniais históricas para refutar as teses do Deputado Monsenhor Pinto de Campos; uma teológico-histórica, com argumentos do Evangelho, das epístolas, dos escritos da Patrística e teólogos e a terceira, consubstanciada no texto da Refutação a Braz Florentino. Em mensagem ao leitor, Totvárád procura justificar o seu conhecimento do assunto: “Para mim a questão não é nova. Presenciei a sua animada discussão durante uma serie de annos, na Hungria, minha terra natal; por isso julguei-me habilitado para este trabalho, pois que tinha a occasião de adquirir a respeito, não só conhecimentos theoricos, por um estudo consciencioso e bem prolongado, mas tambem conhecimentos praticos, pelo contacto com a vida politica de differentes povos do mundo civilisado. (TOTAVARAD, Carlos Kornis. **O casamento civil ou o direito do poder temporal em negocios de casamento**. Parte Primeira (Juridico-Historica). Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1858, p. ix).

remédio contra o “escandalo dos concubinatos, e o que ainda é pior os casamentos nulos, que atribuição a inocência e a boa fé”<sup>501</sup>

## 5.6 Decreto n. 1.144 de 1861 sobre o casamento de acatólicos: o fim da exclusividade dos cânones

O movimento de diversidade de religiosa no Brasil condicionou os já referidos embates entre a Igreja, defensora da força dos cânones, e o Estado, pretendente regulamentador de alguns matrimônios, cujo resultado parcial foi o Decreto n. 1.144, promulgada em 11 de setembro de 1861, cuja ementa estampava

Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na fôrma das leis do imperio, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados ao registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzão efeitos civis.<sup>502</sup>

Embora elogiada por representar o fim do exclusivismo canônico, a citada lei foi alvo de críticas, sobretudo por ainda centrar a competência na esfera religiosa.

Os casamentos dos acatólicos seriam reconhecidos em seus efeitos civis apenas se celebrados pelos pastores das religiões toleradas segundo seus ritos.

Assim, permaneceriam sem efeitos jurídicos as escrituras públicas de casamento lavradas naquelas localidades em que não existissem tais ministros, o que era uma prática recorrente, já que para os protestantes a mera união civil gozava de licitude, por não lhes ser o casamento um sacramento.

A alusão ao “costume ou as prescrições” das religiões dos nubentes cuidava-se, nas palavras de Taunay, de um “zelo religioso” fruto da concessão do

---

<sup>501</sup> TOTVÁRAD, Carlos Kornis. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860, p. 58.

<sup>502</sup> BRASIL. **Decreto n. 1.144 de 11 de setembro de 1861**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>>. Acesso em 22 fev. 2016.

Estado “a idéas meramente convencionaes e que, de modo algum, podiam satisfazer as crenças e a consciencia dos ultramontanos”<sup>503</sup>.

Para Lafayette, o Decreto n. 1.144 “fez, é verdade, uma concessão, mas impoz uma clausula tirannica: – exigiu – que os ditos casamentos ó fossem recebidos como validos quando celebrados conforme os usos e prescripções das religiões dos contraentes. Que horror ao casamento civil!”<sup>504</sup>.

Com referência aos “pastores de religiões toleradas”, reconhecidos pelo Governo para a prática do ato religioso, Tavares Bastos reclamava:

é manifesto que essa falta de sacerdotes é commum no Brasil, e o será principalmente sempre que os contrahentes residirem longe das colonias do Estado ou das grandes cidades, onde unicamente ha alguns ministros dos cultos dissidentes. Assim, em qualquer provincia do interior, em quasi todas ellas, ou não se celebrarão casamentos acatholicos pela falta de pastores, ou os que se celebrarem expõem-se á nulidade e ás suas atrozes consequências. Portanto, a lei de 1861, em grande numero de casos, será mais um embaraço á immigração, do que um favor; uma lei que illude, que tem na sua letra a formula da liberdade, mas encerra em essencia uma tyrania, é odiosa.<sup>505</sup>

A alusão contida no art. 1º, §4º da lei aos impedimentos da legislação canônica recebida no Império como óbice à celebração dos casamentos de acatólicos também desagradava a Tavares Bastos. Para os casamentos mistos – não incomuns nas colônias em que haviam famílias de diversas religiões – continuaria a ser exigida a submissão aos procedimentos canônicos, inclusive o pedido de dispensa de impedimento de *cultus disparitas*. Para Bastos, a solução ideal seria aquela sugerida no Projeto Nabuco:

A providência que cumpre tomar é, portanto, a seguinte: distinguir no casamento dos não-catholicos e no misto o acto civil e o religioso; que aquelle preceda a este, e seja logo seguido de effeitos civis, ainda que

<sup>503</sup> TAUNAY, Alfredo d'Escragno. **Casamento Civil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886, p. 29.

<sup>504</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgilio Maira & Comp., 1918, p. 348.

<sup>505</sup> BASTOS, A. C. Tavares. **Os Males do Presente e as Esperanças do Futuro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939, p. 114.

se não verifique o religioso, sendo todavia indissolúvel pela parte catholica, ou por ambos os contraheentes.<sup>506</sup>

Deve ser notado, ainda, o silêncio a respeito do “casamento civil”, com o evidente propósito de não ferir suscetibilidades na relação com a Santa Sé, com a qual o Governo negociava desde 1858 uma concordata em que seriam contempladas as dispensas de impedimentos matrimoniais<sup>507</sup>.

Também não trata o decreto das pessoas que não professavam qualquer religião algo que impedia, concretamente, o casamento dos ateus e agnósticos.

Para Lafayette Rodrigues Pereira, a Lei de 11 de setembro de 1861 “foi um ensaio tímido e contradictório”<sup>508</sup>. Era ela defectiva por ter, como já exposto, estabelecido requisitos para a celebração do casamento por ministros ou pastores qualificados e também por ter deixado o casamento misto sob a tutela da lei canônica. Uma nova lei era imperiosa<sup>509</sup>.

A despeito de tais lacunas, o Decreto n. 1.144 de 1861 é considerado, repita-se, importante marco na história da secularização do casamento no Brasil pois, ao contemplar outras hipóteses de casamento para além da canônica, submete-as mais fortemente à jurisdição estatal. Para Antonio Herculano Bandeira Filho, “apesar de defectiva em relação às necessidades do país e ao espírito de nossas instituições políticas, veio [a lei] quebrar o círculo de ferro estabelecido pela legislação anterior”<sup>510</sup>.

Para Martinho Garcez, conhecido defensor do divórcio vincular após o advento da República, a instituição do casamento de acatólicos no Brasil pelo Decreto

<sup>506</sup> BASTOS, A. C. Tavares. **Os Males do Presente e as Esperanças do Futuro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939, p. 115.

<sup>507</sup> Cf. SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. **Questões de Consciência: os ultramontanos no Brasil e o regalismo do Segundo Reinado (1840-1889)**. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 353.

<sup>508</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgílio Maira & Comp., 1918, p. 347 (Nota I).

<sup>509</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgílio Maira & Comp., 1918, p. 347-348. Eis as diretrizes consideradas ideais para Lafayette quanto à regulamentação do casamento civil, inspiradas no Código Seabra: “1ª Que os casamentos entre catholicos continuem á ser celebrados pela forma estabelecida na igreja catholica; 2ª Que os casamentos entre as pessoas não catholica e o mixto (entre parte catholica e acatholica) sejam celebrados por escriptura publica, como meros contractos civis. Casamento catholico para os catholicos; casamento civil para os acatholicos: eis em substancia o sistema da lei portuguesa consagrado no código civil” PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgílio Maira & Comp., 1918, p. 348.

<sup>510</sup> BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza. **Commentario á Lei n. 1144 de 11 de setembro de 1861 e subsequente legislação sobre casamento de pessoas que não professam a religião do Estado**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 19.

n. 1.144 de 1861 consistiu no "primeiro passo tímido [...] para secularizar o casamento, isto é, tirá-lo da igreja católica e entregá-lo à autoridade civil"<sup>511</sup>.

A regulamentação desta lei veio quase cinco anos depois, pelo Decreto 3.069 de 17 de abril de 1863, destacando-se os alguns aspectos:

a) Os casamentos de acatólicos celebrados fora do Império independeriam de registro, exigindo-se apenas a prova por documentos autênticos que indicassem o rito observado ou as leis do país em que ocorreram as núpcias;

b) Também independeriam de registro os casamentos celebrados antes da Lei de 1.144/1861, desde que apresentadas provas por certidões dos ministros de ter ocorrido a cerimônia religiosa, que dependia a eficácia civil. Mesmo que lavrada escritura pública, apresentado instrumento de contrato de casamento ou tenham vivido os contraentes em estado de casado, os efeitos não seriam extensíveis. Por extensão legal, a vinculação entre contrato e "sacramento" (realidade apenas reconhecida pelos católicos) por analogia permanecia aplicável aos acatólicos;

c) A partir do Decreto 1.144/1861 os casamentos de acatólicos deveriam ser celebrados em ato religioso de acordo com as prescrições da própria religião, por ministro oficial, dependendo de registro para a obtenção dos efeitos civis;

d) Competência do juiz de direito do domicílio conjugal ou do cônjuge demandado, observando-se no processo o observado até então no juízo eclesiástico, inclusive com nomeação de curador do vínculo matrimonial (art. 9º)

e) Competência do Governo para dispensar os impedimentos nos mesmos casos do matrimônio católico, harmonizando-se os costumes e prescrições das religiões com o casamento católico.

No capítulo IV do Decreto 3.069 de 1863 foram estabelecidas as condições para que os pastores das religiões toleradas pudessem praticar atos com efeitos civis, destacando-se o necessário registro do ministro eleito ou nomeado perante o Governo.

Registram-se, após os citados decretos, várias dificuldades relativas à implementação do modelo estabelecido, a exigir do Governo intervenções complementares para aperfeiçoamento da nova disciplina matrimonial. Como, por exemplo, consta no Relatório de 1869 do Conselho de Estado defesa pelo Ministro de Justiça de que o casamento dos que não professassem a religião do Estado se desse

---

<sup>511</sup> GARCEZ, Martinho. **Do Direito da Família**: segundo o Projecto de Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1914, p. 9-10.

por “ato civil”, sem prejuízo de se recorrer à cerimônia religiosa, visto que em alguns lugares não havia o ministro religioso exigido pelo Decreto n. 1.144 de 1861. Esta seria uma forma de combate ao concubinato por deficiência na legislação<sup>512</sup>.

---

<sup>512</sup> BRASIL. Conselho de Estado. **Consultas do Conselho de Estado sobre negócios ecclesiasticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, p. 22-23. Taunay ainda registra outras intervenções do Executivo no sentido de aperfeiçoar o tratamento da matéria (cf. TAUNAY, Alfredo d’Escagnolle. **Casamento Civil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886, p. 72-73).

## 6 O CASAMENTO CIVIL NO DIREITO PROJETADO NO IMPÉRIO

### 6.1 Outros projetos de lei sobre o casamento civil

#### 6.1.1 *Projetos de 1867, 1870 e 1875*

Em 1867, o deputado liberal Tavares Bastos apresentou projeto de lei tratando dos casamentos mistos, visando a suprir as lacunas deixadas pela Lei 1.144, instaurando o casamento misto para todas as confissões religiosas.

Seu projeto era composto de apenas quatro artigos<sup>513</sup>. O primeiro estampava: “O casamento, sendo um dos contrahentes catholicos e o outro não sendo, póde ser contrahido por meio de escriptura publica”. O casamento tornar-se-ia indissolúvel em havendo a “comunicação dos esposos” (art. 1º§1º). Dava-se às partes, no entanto, a oportunidade de celebrarem o casamento misto perante a Igreja Católica, submetendo-se, assim, à disciplina canônica e aos estorvos necessários à obtenção da dispensa exigida (art. 1º §2º). Este projeto não progrediu.

Após três anos, um grupo de deputados apresentou novo projeto, cujas linhas centrais não se afastavam do projeto de Tavares Bastos<sup>514</sup>, não constando registros de seus debates. De modo semelhante agiu o Deputado Alencar Araripe em 1875, seguindo semelhantes diretrizes dos projetos anteriores<sup>515</sup>.

#### 6.1.2 *Projeto Nabuco de Araújo (1866)*

O Ministro Nabuco de Araújo anunciou na Câmara, em sessão do dia 23 de março de 1866, um novo projeto referente “aos casamentos civis de católicos com acatólicos”, incluído dentre as reformas que julgava necessárias ao país. Mais uma

---

<sup>513</sup> Para acesso á íntegra do Projeto, vide o Anexo G.

<sup>514</sup> Para acesso á íntegra do Projeto, vide o Anexo H.

<sup>515</sup> Para acesso á íntegra do Projeto, vide o Anexo I.

vez salientava o casamento como a forma de constituir família e a opção política para sanar a urgência do país “que carece de braços”, referindo-se aos imigrantes<sup>516</sup>.

Para Joaquim Nabuco, o Imperador desejava logo o casamento civil, assumindo posição mais liberal que a do próprio projeto Nabuco, lançando notas à margem desse projeto original cujo espírito seria o de “alargá-lo, de equiparar a religião católica a qualquer outra”<sup>517</sup>. Merecem ser aqui trazidas as notas do Imperador a que refere Joaquim Nabuco e são por ele transcritas:

Assim à margem do §1º. do Art. 1º, “Fica entendido que, se as partes preferirem celebrar o casamento misto ante a igreja católica, o poderão fazer independente do contrato civil que esta lei autoriza” ele escrevia, sublinhando as palavras *ante a igreja católica*: “ou segundo outra qualquer religião”. Onde Nabuco, cujo espírito era conformar-se ao at. 5º da Constituição, empregava as palavras “ou na forma de alguma religião tolerada”, ele emendava: “na forma de qualquer religião”. Algumas das emendas do Imperador traziam a concisão das leis, outras, porém, eram em direito redundantes. Assim abaixo do projeto ele lembra: “Legitimação por subsequente casamento civil, “o que estava compreendido na expressão do Art. 1º todos os efeitos civis *que* resultam do casamento celebrado conforme as leis e costumes do império. Onde o projeto dizia: “Este casamento, seguido da comunicação dos esposos, é indissolúvel” ele acrescentava: “Quando não haja nulidade”, o que estava implícito.<sup>518</sup>

Embora o projeto estabelecesse a indissolubilidade do vínculo, Teixeira de Freitas discordou do projeto de Nabuco de 1866, entendendo ser mais oportuno desenvolver e não derrogar a Lei 1.144 de 1861 e o seu regulamento, a fim de fazer depender do ato religioso a validade dos casamentos. Teixeira de Freitas, que não aceitava um casamento não religioso, sequer se importava com o óbice do matrimônio aos ateus e deístas que repugnassem a união religiosa: “a sociedade nada perderá com o celibato d’esses entes excepcionaes”<sup>519</sup>.

<sup>516</sup> Annais 23 de março de 1866, p. 77.

<sup>517</sup>NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Segundo (1857-1866). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 378.

<sup>518</sup>NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Segundo (1857-1866). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 378-379 (nota 2).

<sup>519</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Segundo (1857-1866). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 380.

Este projeto de 1866, embora anunciado, nunca foi oficialmente apresentado, por oposição do Presidente do Conselho de Estado, Silveira Silveira Lobo, por temer que a medida levasse à dissolução do Gabinete. Segundo Joaquim Nabuco, “na prática seria o casamento civil franco, excluindo somente os noivos que não quisessem nem um nem outro alegar a condição de católico perante o juiz para celebrarem seu contrato”<sup>520</sup>.

### 6.1.3 Projeto Saldanha Marinho (1879)

Joaquim Saldanha Marinho, um dos maiores líderes maçônicos nos anos finais do século XIX, atuou fortemente na Questão Religiosa, publicando diversos artigos em jornais sob o pseudônimo Ganganelli com ataques ao catolicismo ultramontano.

Para Saldanha Marinho, a secularização do casamento consistia em uma pauta urgente e, citando Portalis, era da opinião de que a discussão deveria ser pautada tão somente nos Direitos do Homem, deixando-se de lado questões religiosas:

A secularização, pois, do direito regularizador do casamento, o estabelecimento do princípio de sujeita-lo somente à lei civil, consagrando assim a separação da Igreja do Estado, é o que poderá constituir a independência do poder temporal: "A lei, disse-o Portalis, que não pode forçar as opiniões religiosas dos cidadãos, não deve considerar para o casamento senão os direitos do homem"<sup>521</sup>

Há tempos se declarara Marinho opositor ao matrimônio segundo as disposições conciliares tridentinas, as quais lhes pareciam obstáculos à migração para o Brasil.

---

<sup>520</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Segundo (1857-1866). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 378.

<sup>521</sup> MARINHO, Joaquim Saldanha. **A Igreja e o Estado**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. et Const. de J.C. de Villeneuve, 1873, p. 225.

Em 3 de setembro de 1873, ele manifestara sua indignação com a demora do governo na aprovação do casamento civil, lançando reclamações contra os ministros “alegres e prazenteiros” que deixaram encerrar os trabalhos sem apresentarem medidas de salvação do país, como a igualdade dos cultos, chave de imigração para o país e que estaria “trancada pelo matrimônio tridentino”<sup>522</sup>.

Quando deputado à Assembleia Geral Legislativa pela Província do Amazonas, Saldanha Marinho cuidou logo de apresentar projetos liberais contrários aos influxos do poder eclesiástico sobre as questões temporais. Dizia-se “representante de homens livres, independentes e patriotas”<sup>523</sup>. Membro do Partido Liberal, em fevereiro de 1879, Saldanha Marinho reassumiu o assento na Câmara, de onde esteve afastado desde 1868, e logo no início de sua atuação, apresentou projeto de lei visando a extinguir o Conselho de Estado. No seu entender, este era uma corporação imprestável que resguardava todas as arbitrariedades do Poder e que deveria ser extinto como já fora anteriormente pelo Ato Adicional de 1834<sup>524</sup>. Antecipava ele a sua agenda de atuação, proclamando, em discurso na sessão de 10 de fevereiro de 1879, que a salvação do Brasil passava por “combater o obscurantismo, as ideias retrógradas, sustentar o que pode trazer a felicidade pública”<sup>525</sup>.

Sua inclinação liberal e antirreligiosa o moveu a apresentar requerimentos de interpelações ao Ministro Leôncio de Carvalho sobre os mais variados assuntos da pauta liberal, como a separação Igreja e Estado.

Na sessão do dia 12 de fevereiro de 1879, Saldanha Marinho afirmou em discurso existir no país perturbação da paz das famílias pela “ação indébita de um clero insidioso, tresloucado e audaz”<sup>526</sup> em razão de uma incompreensão das disposições constitucionais de 1824 a respeito do poder eclesiástico derivada da inércia do Governo Imperial.

---

<sup>522</sup>MARINHO, Joaquim Saldanha. **A Igreja e o Estado**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. et Const. de J.C. de Villeneuve, 1873, p. 419

<sup>523</sup>MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p. VI.

<sup>524</sup>MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p. 3 et seq. O Projeto de Saldanha Marinho pretendia ripristinar o art. 32 do Ato Adicional, que fora revogado pela Lei 234 de 23 de Novembro de 1841, pela qual foi recriado o Conselho de Estado.

<sup>525</sup>MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p. 2

<sup>526</sup>MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p. 6.

Dentre os vários pontos levantados por Marinho, considerava ele que o Poder Moderador procurava estabelecer uma média entre liberais e conservadores no tocante à regulação de certos aspectos da vida civil dos acatólicos: “com a maior habilidade ele procura *adiantar* os conservadores e *atrasar* os liberais”<sup>527</sup>. Essas questões consistiam na ausência do registro civil, que não estaria sendo levado em prática, embora existente a Lei do Registro Geral; e na aprovação do casamento civil, que seria uma exigência do interesse público dos brasileiros. A intervenção de Marinho foi apoiada por Rui Barbosa e outros deputados<sup>528</sup>.

A lei do casamento civil parecia a alternativa ideal à oficialização dos casamentos dos acatólicos, visto que o Governo dizia não ter meios de executar plenamente o registro civil no país, obrigando os escrivães a lavrarem escrituras de casamentos. Marinho, que era presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, apresentou na sessão de 19 de fevereiro de 1879, projetos na linha dos temas por ele suscitados nos debates dos dias anteriores: casamento civil, registro civil e secularização dos cemitérios.

No debate, continuam Saldanha Marinho e seus apoiadores a ressaltar que mesmo povos católicos e “civilizados” já consagravam o casamento civil em seus códigos por não se tratar de matéria relativa à religião: cuidava-se de um contrato cujos efeitos civis prevaleciam. Ao final dos debates, encaminhou interpelação ao Ministro Leôncio de Carvalho figurando como as três primeiras questões aspectos concernentes a direitos civis em matéria religiosa e casamento:

1º Qual o pensamento do Governo relativamente à liberdade plena de cultos, e igualdade de direitos políticos dos cidadãos brasileiros, sem embargo de suas profissões religiosas?

2º Qual a razão por que o Registro civil de casamentos, nascimentos e óbitos não está em execução em todo o Império?

3º Qual a intenção do Governo em relação à urgente adoção de Lei que estabeleça e regule o casamento civil?<sup>529</sup>

<sup>527</sup> MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p. 8.

<sup>528</sup> MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p. 8.

<sup>529</sup> MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p. 10.

Saldanha Marinho desejava não apenas a aprovação do casamento civil, mas uma reforma assegurando a liberdade de cultos e a igualdade dos direitos políticos sem embargo da profissão religiosa.

O Ministro Leôncio de Carvalho, presente na sessão de 17 de fevereiro de 1879, ao responder à afirmação de Marinho de que a lei do casamento civil seria um golpe mortal contra o poder do clero, afirmou que “se o casamento civil mata tudo, como S.Ex. acaba de dizer, basta o casamento civil.”<sup>530</sup>. O Governo admitia a adoção do casamento civil, mas impunha restrições aos outros aspectos da reforma pretendida.

O Projeto foi encaminhado às Comissões de Constituição e Poderes e Justiça Civil, onde ficou por muito tempo à espera de deliberações. Saldanha Marinho insistiu para que fosse dado andamento aos projetos por ele apresentados e não poucas vezes foi à tribuna exigir celeridade na aprovação da medida. Em resposta às interpelações, o Ministro Leôncio de Carvalho expressou tratar-se a adoção do casamento civil uma necessidade, embora não tenham sido reputadas urgentes<sup>531</sup>. Com efeito, nos Relatórios e Sinopses dos Trabalhos da Câmara relativos aos anos de 1879 e 1880, consta que o projeto Saldanha Marinho sobre o casamento civil, apresentado em 19 de fevereiro de 1879, conquanto remetido no mesmo dia para as comissões de constituição e poderes e justiça civil, ainda se encontrava pendente de parecer<sup>532</sup>.

As críticas de Saldanha Marinho contra o casamento chamado por ele “tridentino” fundava-se também na cobrança elevada de custas no processo de dispensas. Em debate na Câmara no dia 17 de fevereiro de 1879 discursava Marinho:

O casamento tridentino entre nós é apenas o canal por onde se esvai o dinheiro do Brasil para Roma, além do que fica nas algibeiras dos reverendíssimos comissários. Não há tabela que regule; cada indivíduo conforme suas possibilidades ou mesmo a sua posição

---

<sup>530</sup> MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p. 23.

<sup>531</sup> MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p. 80.

<sup>532</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório e Synopse dos Trabalhos da Câmara dos Srs. Deputados**: na 1ª e 2ª Sessão do Anno de 1879. Rio de Janeiro, 1880, p. 87; BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório e Synopse dos Trabalhos da Câmara dos Srs. Deputados**: na 1ª e 2ª Sessão do Anno de 1880. Rio de Janeiro, 1881, p. 156.

social, há de pagar a sua dispensa pelo que se exige na ocasião; se não pagar, não casa.<sup>533</sup>

A sua aguerrida atuação na Câmara em favor de medidas secularizantes consistia na execução do projeto da ala republicana do Partido Liberal e da maçonaria brasileira, conforme se pode ler em uma elogiosa referência feita à sua pessoa em discurso proferido pelo Major Antonio Lázaro de Oliveira Leitão, publicado no Boletim do Grande Oriente do Brasil em 1892 (já após as medidas secularizadoras pela República):

E foi, atendendo a tão justos princípios, que esse erudito e muito sábio Irmão [Joaquim Saldanha Marinho], convicto de seu dever, apresentou no parlamento nacional os projetos necessários para separação da igreja do Estado: para a liberdade de cultos, para a instituição do casamento civil, para a secularização dos cemitérios, e finalmente para a instalação do registro civil, que tudo hoje possuímos, graças à perseverança de tão preclaro e distinto Maçon.<sup>534</sup>

Composto de trinta artigos, o Projeto de Saldanha Marinho pode ser considerado o mais secularizador de todos os apresentados no Império, sendo também o segundo mais extenso deles<sup>535</sup>.

Na sua proposta estava prevista a completa secularização do casamento, sem qualquer admissão de efeitos ao casamento religioso. Logo em seu primeiro artigo, seu caráter secularizador, ao afirmar, à semelhança da Constituição francesa de 1791, que o casamento é um contrato que só seria regulado pela legislação civil.

Pela proposta de Saldanha Marinho, o casamento seria realizado perante oficial civil, após formalidades prévias de averiguação de impedimentos – dentre os quais se encontrava a condenação por adultério (art. 3º, 5º), os quais deveriam ser denunciados por escrito (art. 10).

<sup>533</sup> MARINHO, Joaquim Saldanha. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880, p.19. Frise-se que, à época deste discurso já existia o reconhecimento do casamento de acatólicos pela Lei de 11 de setembro de 1861.

<sup>534</sup> BOLETIM DO GRANDE ORIENTE DO BRASIL. Rio de Janeiro, Tipografia Hildebrandt, n.6, a. 17, ago. 1892, p.89-95, p. 227.

<sup>535</sup> Para acesso à íntegra do projeto, vide o Anexo J

O projeto adotava, ainda, a doutrina francesa da precedência, sancionando, com pena de três meses a dois anos de prisão, aquele que tivesse realizado o casamento “em nome da religião seja qual for esta” sem que se lhe fosse sido mostrado documento que provasse a existência do contrato matrimonial civil, nas formas da lei (art. 27).

A competência para julgar as causas de divórcio e de nulidade do casamento passaria ao juízo cível, ainda que os cônjuges após o ato civil tivessem comparecido a qualquer igreja ou templo para oficializar a cerimônia religiosa (art. 28).

Apesar da radicalidade secularizadora do Projeto e também de seu autor, deve-se atentar para o fato de que a proposta não admitia a dissolução do vínculo por divórcio. Na verdade, havia clara alusão no projeto para a circunstância de que o casamento civil seria indissolúvel, salvo em caso de nulidade (parágrafo único do art. 1º). O divórcio perpétuo, mencionado no projeto, consistia na mera separação de corpos e de bens e poderia fundar-se em causas semelhantes às aquelas previstas no direito canônico (adultério da mulher e adultério com escândalo público do homem, condenação a pena perpétua e sevícias graves) ou mesmo por mútuo consentimento.

Certamente em razão de seu extremismo, o Projeto Saldanha Marinho não avançou, assim como os anteriores.

#### 6.1.4 *Projeto Antunes Maciel (1884)*

Em seu discurso de abertura dos trabalhos legislativos da Assembleia Geral do ano de 1884 o Imperador, tratando das matérias consideradas prioritárias para deliberação naquele ano incluiu entre elas as leis sobre receita e despesa, reforma judiciária e reorganização municipal e o casamento civil indissolúvel e facultativo<sup>536</sup>.

O projeto de resposta à fala do Imperador, formulado pela Câmara dos Deputados, embora não tenha entrado em discussão, louvava o esforço do Governo

---

<sup>536</sup> “Confio que decretareis em tempo as leis da receita e despesa, que ultimareis o projeto da reforma judiciária e prestareis desvelada atenção aos que vos serão apresentados acerca da reorganização municipal e da administração das províncias, e aos relativos à instrução pública e ao casamento civil indissolúvel e facultativo”. BRASIL. Assembleia Geral. **Fallas do Throno desde o anno de 1823 até o anno de 1889**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889, p. 822.

Imperial em favorecer a imigração de colonos para o Brasil e consignava o compromisso do esforço daquela casa em aprovar as propostas, dentre as quais, a do casamento civil<sup>537</sup>.

O Ministro do Interior do Gabinete Lafayette, deputado Francisco Antunes Maciel (Barão de Cacequi), comissionado pelo Imperador, apresentou então à Câmara, em 7 de maio de 1884, projeto de lei sobre o casamento civil.

O projeto do Governo era constituído por 34 artigos – mais extenso de todos os apresentados durante o período monárquico – sem qualquer definição a respeito do casamento, mas ressaltando-o como um contrato, embora tomasse emprestado aspectos próprios do direito matrimonial canônico<sup>538</sup>. Com efeito, o seu art. 1º dispunha que ao casamento celebrado por escritura pública lavrada por oficial do registro civil, com assinatura dos contraentes e de duas testemunhas do sexo masculino, seriam atribuídos os mesmos efeitos do matrimônio contraído na forma do Concílio Tridentino.

Além disso, salvo em caso de nulidade, o casamento, tal como o casamento canônico, seria indissolúvel<sup>539</sup>, cometendo ilícito penal de poligamia o que se casasse sem dissolução de casamento anterior (art. 29).

Constava no projeto de lei, ainda, um rol de impedimentos, dentre os quais constava: existência de vínculo matrimonial não dissolvido, civil ou religioso (art. 3º, 4º); exigência de publicação de edital de proclamas (art. 7º) e formalidades quanto às denunciação de impedimentos (art. 9º).

O divórcio era admitido apenas enquanto separação de toro e habitação (art. 21) e poderia cessar por mútuo consenso das partes (art. 25).

---

<sup>537</sup> O texto do projeto de “Voto de Graças” foi apresentado em Sessão da Câmara de 15 de maio de 1884. Cf. BRASIL. Assembleia Geral. **Fallas do Throno desde o anno de 1823 até o anno de 1889**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889, p. 823-825.

<sup>538</sup> As menções ao casamento como contrato estão presentes em 10 dos 34 artigos do projeto como, por exemplo, no art. 17, que versava sobre o regime supletivo de bens: “Art. 17. O casamento reputar-se-á feito sob a cláusula da comunhão de bens, sempre que outro regime não for estabelecido por escritura pública, lavrada anteriormente e a que se fará referência no contrato matrimonial.” BRASIL. **Anais da Câmara dos Srs. Deputados do Império do Brazil**. Quarta Sessão da Décima Oitava Legislatura. v.1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1884, p. 44.

<sup>539</sup> Segundo o projetista, “produzirá todos os efeitos civis que decorriam do matrimônio contraído na forma do Concílio de Trento o casamento que, de acordo com as disposições da presente lei, for celebrado por meio de escritura pública, lavrada por oficial do registro civil e assinada pelos contraentes e duas testemunhas pelo menos, ambas varões. O casamento assim celebrado será indissolúvel, salvo o caso de nulidade.” (BRASIL. **Anais da Câmara dos Srs. Deputados do Império do Brazil**. Quarta Sessão da Décima Oitava Legislatura. v.1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1884, p. 43).

O projeto do Imperador pode ser lido, à primeira vista, como uma medida moderada por não macular as propriedades essenciais do casamento canônico: a unidade e a indissolubilidade. No entanto, há no projeto várias disposições potencialmente complicadoras das relações entre as esferas civil e eclesiástica, na medida em que aquela mitiga as prerrogativas desta última em questões de natureza matrimonial.

A proposta era de um casamento civil indissolúvel e facultativo. A “faculdade” mencionada não dizia respeito apenas à liberdade de se casar ou não no âmbito civil, mas a de obter os efeitos civis de qualquer casamento celebrado no Império. Tendo por fundamento a distinção entre contrato e sacramento (separação esta repudiada pela Igreja), segundo o art. 16 do projeto, o casamento canônico não mais teria reconhecidos *ipso facto* seus efeitos civis concedidos pela autoridade estatal.

Exigia-se, para tanto, o cumprimento dos requisitos dos artigos 3º (relativo a impedimentos) e 6º (requisitos da declaração escrita a ser apresentada ao oficiante), além de deverem os nubentes católicos informar ao oficial do registro local e hora da cerimônia para que este pudesse comparecer a fim de assistir ao ato em “lugar conveniente”. Findo o ritual religioso, o oficial certificaria o ocorrido e o termo seria assinado pelo sacerdote celebrante e por quatro testemunhas (art. 16, 3º e 4º). As normas do art. 16 do texto projetado, ao subordinarem os efeitos civis do matrimônio canônico à autoridade civil, constituem-se evidentes medidas secularizadoras.

Outro artigo que merece destaque e que contrariava os interesses da Igreja era o relativo à promessa de casamento, a qual, segundo o art. 28 do projeto, era considerada nula, independente de denominação ou forma, o que atingia os esponsais canônicos. O projeto repete a “violência” contra oficiantes religiosos vista no Projeto Saldanha Marinho ao também adotar a doutrina da precedência, estabelecendo que todo o que realizasse ato matrimonial sem que se lhe fosse apresentada a prévia escritura contratual seria punido com pena de um a três anos de prisão (art. 30).

Como consequência do exclusivismo do poder civil no controle dos meios de atribuição de efeitos civis aos casamentos, o juízo cível também neste projeto era considerado como o “competente para conhecer e julgar das causas de divórcio e de nulidade do casamento, ainda que a celebração do contrato tenha seguido qualquer ato ou cerimônia de caráter religioso” (art. 33). O Governo apertava o passo na marcha da secularização.

Para pressionar o adiantar da medida, a Sociedade de Central de Imigração apresentou ao Parlamento, naquele mesmo ano, pedido de adoção de leis “liberais e generosas” que servissem a atrair e facilitar o estabelecimento de imigrantes como a do registro civil, do imposto territorial e do casamento civil obrigatório<sup>540</sup>.

O projeto foi remetido às Comissões reunidas de Justiça Civil e Negócios Eclesiásticos, que emitiram parecer favorável à proposta, considerando-a conciliadora dos interesses entre o Estado e a Igreja, instituições que não poderiam “ceder de pretensões emergentes de suas qualidades orgânicas”. Por um lado, permitir-se-ia a legitimação de várias famílias, por outro, respeitaria a conveniência política da tolerância do casamento católico, “sem ofender direitos nem da soberania social, nem do cidadão”. Em todo o caso, o projeto é elogiado por manter a indissolubilidade, sem inovar quanto aos impedimentos matrimoniais, e por conter disposições “usadas em todos os povos cultos”<sup>541</sup>. Embora com parecer favorável, o projeto não foi convertido em lei.

#### 6.1.5 Projeto Matta Machado (1887)

Em 24 de maio de 1887, já nos estertores do Império, o Deputado mineiro João da Matta Machado apresentou novo projeto sobre o casamento civil, dotado de vinte artigos. Sabedor dos entraves ao andamento das proposições semelhantes no Parlamento, Matta Machado submete o projeto como uma matéria de estudo, considerando que também no Senado se discutia a questão.

Matta Machado defendeu o casamento civil como uma necessidade social, sobretudo por ser medida de abertura ao “elemento estrangeiro”. Colocava-se, porém, a favor de sua modalidade facultativa, revelando uma posição moderada, visto serem

---

<sup>540</sup> O texto integral desta representação datada de 3 de junho de 1884 está transcrita em em BRASIL. **Anais da Câmara dos Srs. Deputados do Império do Brazil**. Quarta Sessão da Décima Oitava Legislatura. v.2. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1884, p. 12-13.

<sup>541</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Srs. Deputados do Imperio do Brazil**: Primeira Sessão Ordinária da Décima Nona Legislatura. v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885, p. 135.

registrados reclamamos de alguns parlamentares pelo casamento civil obrigatório e de outros pelo exclusivo religioso<sup>542</sup>.

Segundo Matta Machado:

O catholico verdadeiro e convencido, nunca acreditará que o casado civilmente esteja casado legitimamente; ainda que elle seja obrigado a fazel-o, ainda que elle tambem se tenha casado civilmente, antes de receber as benções da igreja por força de lei: só se reconhece legitimamente casado depois do acto religioso. <sup>543</sup>

O projeto não é inovador, inclusive há transcrições do Projeto de Código Civil de Felício dos Santos, na parte do processo de casamento. Trata-se de um projeto que aparenta buscar o consenso em meio às tensões políticas entre o Estado e a Igreja e que há muito se arrastava também na seara do direito matrimonial. O casamento civil deveria ser decretado, sem ofender ou fazer violência aos sentimentos católicos dos brasileiros, assim pensava Matta Machado.

O projeto, composto de vinte artigos, trata, como dito, do casamento civil facultativo, quando os pretendentes não quiserem ou não puderem contrair casamento segundo o rito religioso (art. 2º)<sup>544</sup>. Não se registram no projeto maiores inovações dignas de nota. Sua diretriz é a de facilitação do controle pelo Estado das uniões conjugais, respeitando os efeitos civis do casamento religioso, católico ou não. Nesse sentido, o artigo 1º do projeto determinava o aviso prévio do ato religioso pelo pároco ou outro ministro de religião reconhecida pelo Império, como constava no Projeto Maciel.

Também não era admitido o divórcio por mútuo consentimento das partes, devendo a ação de divórcio ser processada e julgada no juízo civil, com a intervenção do agente do ministério público (art. 20). O projeto foi silente a respeito das causas autorizadoras do divórcio.

---

<sup>542</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Srs. Deputados do Imperio do Brazil:** Sessão de 24 de maio de 1887, p. 119.

<sup>543</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Srs. Deputados do Imperio do Brazil:** Sessão de 24 de maio de 1887, p. 119.

<sup>544</sup> A íntegra do projeto de lei consta no Anexo L.

## 6.2 O casamento secularizado nos projetos de Código Civil do Império

### 6.2.1 O Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas

As Ordenações Filipinas conservaram-se aplicáveis na parte de direito privado no Brasil até o século XX, quando da entrada em vigor do Código Civil. Diferentemente de Portugal, mais próximo às ideias liberais e à experiência de codificação francesa, o Brasil assumiu uma posição diferente no desenvolvimento de suas instituições de direito privado<sup>545</sup>. Mais atrelado às tradições e tendo que solucionar sérias questões político-sociais, as tentativas da reputada urgente codificação da legislação pátria não tiveram sucesso durante o século XIX e particularmente durante o regime monárquico, fracassando as três tentativas empreendidas.

A legislação civil no Brasil dos novecentos era extremamente complexa, abundando diversos tipos de atos legislativos, para além do recurso às Ordenações mediadas pelos juriconsultos apoiados no Digesto, a constituir um amontoado desordenado de normas. Como expedientes redutores dessa complexidade eram usuais publicações consolidadoras do direito até então produzido e vigente, como são os casos da edição por Cândido Mendes das Ordenações Filipinas e a Consolidações das Leis Civis de Teixeira de Freitas, oficialmente encomendada pelo Governo Imperial em 1855, e que por muitos anos fez as vezes de Código Civil, na expressão de Joaquim Nabuco<sup>546</sup>.

---

<sup>545</sup> Cf. BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 50, 1955, p. 52. Para o autor, “o direito privado português apresentava-se, assim, nas vésperas da promulgação do Código Civil de 1867, como a ‘resultante’ duma sobreposição ou estratificação de três camadas de correntes doutrinárias, correspondentes a outras tantas épocas históricas, bastante diferenciadas umas das outras, mas conciliadas entre si, com bastante perfeição técnica, pelo esforço e engenho de algumas gerações de juristas: — Primeiramente, o fundo tradicional ou escolástico, formado pelas Ordenações, pela legislação extravagante anterior a meados do século XVIII, e pela massa imponente dos tratados dos nossos velhos praxistas. E m seguida, o contributo da época jusnaturalista, formado pela legislação da segunda metade do século XVIII e pelas inovações doutrinárias introduzidas, à sombra dela, pelos juristas. E, finalmente, a legislação liberal, de inspiração individualista, e a avalanche dos preceitos importados dos Códigos estrangeiros, a título de direito subsidiário” (BRAGA DA CRUZ, 1955, p. 56).

<sup>546</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Primeiro (1813-1857). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 341.

Nas 240 páginas da Consolidação das Leis Civis são expostos, com profundidade, os pressupostos metodológicos, práticos e econômicos da codificação. A parvidade da produção intelectual jurídica brasileira no século XIX, entendida como a ausência de doutrina que mais estude o direito pelas leis do que pela interpretação dos praxistas foi objeto de críticas por Freitas<sup>547</sup>.

A sua intenção, quando dos acertos com o Governo Imperial a respeito do seu trabalho como projetista, era a de que houvesse um “Código Geral” – semelhante à parte do Digesto intitulada *de verbore significatione* – a fim de que fossem apresentados os preceitos comuns à legislação pátria como um todo, à parte dos códigos especiais, nos quais não haveria definições, segundo o velho adágio. A proposta de Freitas além de ser inovadora, para o contexto brasileiro, também valorizava o rigor analítico do direito como um todo, para além dos meros reflexos práticos de cada instituição em separado. Neste ponto revela-se uma severa divergência entre Freitas e o Governo: este pretendia um código de feição mais prática e acessível diversamente dos planos de trabalho de Freitas, reputados por José de Alencar prematuros, apesar de relevarem as “altas faculdades do author, e sua opulenta litteratura jurídica”<sup>548</sup>.

A elaboração do Esboço do Código Civil e da antecedente Consolidação das Leis Civis constituiu-se em um momento de avanço da ciência do direito privado no século XIX a ponto de, embora apenas ter se concretizado a codificação civil em 1916, usualmente destacarem-se as várias tentativas de sua realização enquanto um *processo* de codificação.

A maturidade e esmero do trabalho de Teixeira de Freitas no Esboço representam uma relevante página da história do direito civil brasileiro, a ponto de Pontes de Miranda reconhecer-lhe o mérito ao afirmar que tal trabalho daria ao Brasil o melhor Código Civil do século XIX, no entanto, “a mediocridade circundante rejeitou”<sup>549</sup>.

Teixeira de Freitas pode ser considerado o mais proeminente civilista do período imperial, com acentuadas contribuições para a ciência do direito fundadas em

---

<sup>547</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. VIII.

<sup>548</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório do Ministerio da Justiça de 1868**. Rio de Janeiro: Typ; Progresso, 1869, p. 110.

<sup>549</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. XXIII.

profunda análise das instituições, com significativas inovações, sobretudo em considerando o estado da arte à época.

O Esboço teve como uma das referências principais o trabalho de Savigny, muitas vezes citado por ele, contribuindo para a reformulação de conceitos e aumento do plano da Consolidação<sup>550</sup>.

Em dezembro de 1858 o Imperador autorizou a contratação de jurisconsulto à escolha do Ministro da Justiça para confeccionar um projeto de Código Civil do Império. A opção recaiu sobre Teixeira de Freitas, autor da aprovada Consolidação das Leis Civis de 1855, e que foi contratado em 1859 para realizar a tarefa a ser concluída no prazo de três anos.

O “Esboço de Código Civil”, como era assim denominado por Teixeira de Freitas, foi aos poucos sendo publicado para facilitar a crítica dos juristas contemporâneos<sup>551</sup>. Os primeiros livros do Esboço foram publicados em 1860, todavia, após prorrogações e desentendimentos vários na comissão composta para examinar o projeto de Freitas, sua obra restou inacabada.

O casamento foi tratado no Esboço em seu Livro II, Secção II (Dos direitos pessoais nas relações de família), Título I. As regras relativas à celebração foram reunidas no Capítulo II e as que dizem respeito à extinção da sociedade conjugal nos Capítulos IV (Do divórcio, e da separação judicial de bens), V (Da dissolução do casamento) e VI (Da nulidade do casamento).

Para fins de indicação dos tipos de casamentos, Teixeira de Freitas adotou como critério principal distintivo a circunstância de serem católicos os nubentes. Ainda que estes tivessem se casado no exterior “por simples contrato civil” e sendo ao menos um deles brasileiro, o casamento só produziria efeitos civis no Brasil, se fosse celebrado novamente perante a Igreja (art. 1.259).

A redação do Esboço de Teixeira de Freitas é de certo modo contemporânea às discussões do projeto do governo sobre o casamento de acatólicos, do qual resultou a Lei n. 1.144 de 1861. Contempla o Esboço três tipos de

---

<sup>550</sup> MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas**: o jurisconsulto do Império. 2. ed. rev. e aum. Brasília: Cegraf, 1983, p. 351 et seq.

<sup>551</sup> Em mensagem de Teixeira de Freitas “Ao Público” é manifestada a sua sincera abertura às críticas: “Em um Código Civil há matéria vastíssima, assuntos variados, ao quilate de todas as inteligências, e todos portanto podem auxiliar-me na feliz execução desta empresa patriótica; com a discussão dos princípios que forem mais versados, e os outros com esses reparos e advertência mínimos que não são para desprezar. O essencial é que cada um o faça em boa fé, que não procure exceder-se, que não se esforce em vão por parecer o que não for.” (MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas**: o jurisconsulto do Império. 2. ed. rev. e aum. Brasília: Cegraf, 1983, p. 206).

casamentos de acordo com as formas de sua celebração: (a) casamentos à face da Igreja Católica, quando ambos os nubentes fossem católicos; (b) casamentos com autorização da Igreja Católica e, (c) casamentos sem autorização da Igreja Católica<sup>552</sup>.

O casamento à face da Igreja consistia no casamento canônico, quando ambos os nubentes fossem católicos. Caso um dos nubentes fosse acatólico – embora cristão – tratar-se-ia de hipótese de casamento misto que, segundo o Esboço, poderia ser autorizado ou não pela Igreja Católica. Na primeira hipótese, ter-se-ia o casamento misto com a concessão de dispensa por disparidade de culto, nos termos canônicos, submetendo-se a celebração às praxes da Igreja (art. 1.273). Na segunda hipótese, tratar-se-ia de casamento misto sem autorização da Igreja, considerado ao lado do casamento de acatólicos como casamento civil (art. 1.275).

Segundo o Esboço, a celebração do casamento canônico (à face da Igreja Católica e misto com autorização) seguiria as formas e solenidades prescritas pelo Concílio Tridentino e pelas constituições em vigor no Império (art. 1.261). Os impedimentos matrimoniais canônicos e o poder da autoridade eclesiástica de dispensá-los eram reconhecidos (art. 1.263).

Dispensava-se, segundo a prática consolidada no Império, a exigência de autorização a ser dada pelo bispo ou pelo seu delegado para que o pároco pudesse receber o consentimento dos contraentes, em sendo ambos do mesmo bispado, e fosse ao menos um deles paroquiano seu (art. 1.262).

A acusação criminal fundada do trânsito em clandestinidade dos casamentos canônicos dependeria da sentença da jurisdição eclesiástica, transitada em julgado (art. 1.272).

Nota-se no projeto o respeito à orientação do Concílio de Trento no sentido de não considerar inválidos o casamento de incapaz sem o consentimento de seu pai (art. 1.267). Apesar disso, havia disposição que proibia o casamento desses menores, sob pena de poderem ser deserdados e de ficarem privados de pedir alimentos ao genitor (art. 1.264, 2º). Também era criminalizada a conduta do sacerdote que colheu o consentimento do incapaz nas circunstâncias referidas. Tratam-se de regras sem

---

<sup>552</sup>Na Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas não contemplou o casamento de acatólicos – por evidente razão –, já havendo referência à Lei 1.144 de 1861 em nota da 3ª edição da obra (cf. FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civil**. vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. 104, nota 2).

cunho inovador, em sintonia com o tratamento conferido à matéria no direito brasileiro e lusitano, mesmo anterior a Trento.

A única regra de tendência secularizadora encontrada dentre os dispositivos que tratam do casamento canônico é a contida no art. 1.270, que trata da instituição de registro público específico para estes casamentos celebrados à face da Igreja.

Aos casamentos mistos sem autorização da Igreja e os casamentos de acatólicos eram aplicadas as mesmas regras. Estas eram modalidades de casamento entre acatólicos, com exigência de cerimônia religiosa. Foi proibido casamento “entre cristãos e pessoas que não professarem o cristianismo”<sup>553</sup> (art. 1.277, 2º).

No mesmo sentido da Lei n. 1.144 de 1861, o Esboço contemplava que as cerimônias seriam conduzidas por ministro ou sacerdote devidamente autorizado e perante duas testemunhas (art. 1.297), impossibilitando, assim, o casamento por escritura pública e o casamento de pessoas que não professassem religião.

O divórcio no projeto consistia “unicamente na separação pessoal dos casados, e conseqüente separação de seus bens, sem que o vínculo matrimonial seja dissolvido”<sup>554</sup> (art. 1.379). Era considerado, ao lado do direito de pedir a separação judicial de bens, um direito subjetivo irrenunciável<sup>555</sup>.

Não se permitia no direito projetado por Teixeira de Freitas a separação por mútuo consentimento, porquanto o divórcio, ao lado da validade ou nulidade de casamento e as qualificações pessoais da família não eram tidas como objetos de transação (arts. 1.380 e 1.199, 2º). A mera separação de corpos não produzia efeitos jurídicos quanto ao estado civil ou o regime de bens dos cônjuges, exigindo-se a sentença do juízo competente (art. 1.380).

Para os casados canonicamente (à face da Igreja, ou misto com autorização desta), seria competente para decretar o divórcio o juízo eclesiástico, tendo por referência as causas estabelecidas nos cânones recebidos no Império (art. 1.381).

---

<sup>553</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 474.

<sup>554</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 503.

<sup>555</sup> Segue o teor do art. 1.378: “É livre aos cônjuges requerer divórcio, ou tão somente separação judicial de seus bens, se os autorizar alguma das causas declaradas neste Código. Proíbe-se que a renúncia desta faculdade seja estipulada nos contratos de casamento (artigo 1.243)” (Ibidem).

Todavia, quanto aos efeitos civis do divórcio – “a saber, de todos os seus efeitos em relação às pessoas dos cônjuges, à criação e educação dos filhos, e aos bens da sociedade conjugal”<sup>556</sup> (art. 1.382) –, a competência de conhecimento e execução era reservada ao juízo cível (art. 1.385).

Também cabia a este determinar a aplicação de medidas provisórias mesmo para as causas em trâmite no juízo eclesiástico. Estas consistiam em medidas de proteção aos filhos, à mulher e aos bens do casal (em benefício da esposa) decretáveis pelo juiz após justificação de sevícias ou causas outras do divórcio, sem citação do outro cônjuge e fundadas em receio de demora (art. 1.388 e 1.380).

Para os casados sem autorização da Igreja, o juízo competente para apreciar as causas de divórcio seria o juízo comum do domicílio conjugal (art. 1.387), cujas sentenças proferidas não transitariam para impedir a reconciliação do casal (art. 1.395), o que revela o zelo pela manutenção e restabelecimento do vínculo conjugal.

Em se tratando da dissolução do casamento religioso, somente poderia ser decretada pelos tribunais eclesiásticos em caso de morte e de hipóteses reconhecidas nos cânones recebidos no Império (art. 1.419).

A respeito dos casamentos sem autorização da Igreja, além do falecimento, estabelecia o projeto, como hipótese de dissolução, a conversão do cônjuge não cristão ou não católico ao Catolicismo, “se esse cônjuge tiver sido recebido em novo casamento pela Igreja Católica” (art. 1.420, 2º)<sup>557</sup>. Neste caso, a celebração do novo casamento (canônico) operaria *ipso facto* a dissolução do primeiro casamento. Cuidasse da chamada dissolução do casamento em favor da fé. Esta é uma hipótese cara ao direito canônico e que foi transposta por Teixeira de Freitas para o texto de seu projeto sem maiores restrições.

Percebe-se, no texto de Teixeira de Freitas, um projeto fortemente inclinado ao rígido reconhecimento dos cânones e da autoridade da Igreja em matéria matrimonial, o que lhe atraiu críticas, sobretudo pelo fato de já serem discutidas medidas de tendência secularizadora do casamento.

Kornis de Totvárád apresentou-se como opositor de Freitas. O polemista húngaro, que já tinha atacado anteriormente a obra “O Casamento Civil e o

---

<sup>556</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 504.

<sup>557</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: Esboço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 515.

Casamento Religioso” de Braz Florentino, assim como a emenda do Ministro Paranaguá de 1858 e o discurso de Jeronimo Villela pronunciado em 1861, lançou-se neste mesmo ano em polêmica, tendo como assunto central a questão matrimonial no Esboço.

Kornis Totvárád, que era colunista contumaz do jornal *Correio Mercantil*, lançou nas edições dos dias 8, 10 e 11 de agosto de 1861 do jornal críticas voltadas basicamente contra o tratamento conferido à celebração do casamento e seus efeitos jurídicos. Os rebates de Teixeira de Freitas foram prontamente veiculados nos exemplares do periódico *Diário do Rio de Janeiro* que circularam nos dias 9 e 10 de agosto de 1861<sup>558</sup>.

Totvárád opôs-se às diferenças entre os casamentos contidas no Esboço, afirmando que, para Freitas, o caráter e os efeitos jurídicos seriam variáveis e se modificariam a depender da crença religiosa e conforme a diversidade da maneira de celebração. Desse modo, aponta o crítico, só seria admitido o caráter de indissolubilidade do vínculo em referência aos matrimônios celebrados com autorização e interferência da Igreja; aos outros só se reconheceriam os efeitos chamados civis.

A possibilidade da dissolução do vínculo dos casamentos dos acatólicos não era tida por Totvárád, naquele contexto, uma “conquista” – como se poderia supor – mas uma espécie retrocesso. A irresignação e edificação argumentativa do jurista húngaro cingia-se, em suma, na oposição à hipótese de dissolução do vínculo matrimonial dos não católicos prevista no Esboço no art. 1.420, 2º do Esboço. Por ela, admitia-se que em havendo conversão de um dos esposos ao catolicismo, ser-lhe-ia facultado obter a dissolução do seu primitivo casamento através da celebração de novas núpcias segundo os ditames do direito canônico.

Para Totvárád, Teixeira de Freitas “inventou” uma espécie de celebração de “quase matrimônio”, como meio de aliciar os protestantes e os sectários das outras religiões para o catolicismo. Assim, a disposição consistiria em um “favor piedoso e moralizador em troca de conversão para o catholicismo”<sup>559</sup> que implicaria no abandono de famílias constituídas, absolvendo o cônjuge convertido de suas obrigações como

---

<sup>558</sup> Merece destaque a circunstância de que, à época, o “principal redactor” do *Diário do Rio de Janeiro* era o liberal Joaquim Saldanha Marinho.

<sup>559</sup> TOTVARAD, Carlos Kornis de. O casamento no sentido do Esboço do Código Civil escripto pelo Sr. Dr. Augusto Teixeira de Freitas. **Correio Mercantil, e Instructivo, Politico, Universal**, Rio de Janeiro, 8 ago. 1861, Publicações a Pedido, p. 3.

genitor ou esposo, resultantes da união anteriormente celebrada sob o pálio legal. A proposta de Freitas seria contraditória, pois previa, ao mesmo tempo, um “matrimônio legítimo dissolúvel a arbítrio”, uma “*quadratura circuli* no estado matrimonial”<sup>560</sup>.

Nas edições do Jornal Diario do Rio de Janeiro de 09 e 10 de agosto de 1861, Teixeira de Freitas veiculou sua refutação às ideias do jurista húngaro. Julgando que o seu trabalho não degradaria a católicos tampouco a protestantes, Freitas surpreendeu-se com a “primeira agressão” vinda logo do lado do protestantismo e tratou, em tom irônico, de contrapor-se ao seu opositor criticando-lhe a escrita truncada e coligindo lições comezinhas de conceitos jurídicos com vistas a diferenciar efeitos jurídicos dos efeitos civis do casamento.

Segundo Teixeira de Freitas, os efeitos jurídicos englobariam os efeitos de natureza religiosa (previsíveis por qualquer culto religioso), além dos resultantes do ato jurídico casamento, regulados pelo poder temporal. Teixeira de Freitas esclareceu que a unidade e indissolubilidade são caracteres do matrimônio e não seus efeitos e que “não há um só dos efeitos civis do casamento, que o Esboço recuse aos casados sem autorização da igreja catholica”<sup>561</sup>. As formas celebrativas seriam apenas expressões exteriores, constitutivas do casamento, mas que não possuiriam o condão de atribuir-lhe efeitos: “os efeitos aparecem depois de existir a causa. É dada a causa, os efeitos são sempre os mesmos”<sup>562</sup>.

Assim, para Teixeira de Freitas, as diferentes formas de celebração do casamento contempladas no Esboço não interfeririam em seus efeitos civis. Mas ainda restava necessário enfrentar a acusação de Kornis de Totvárád de que, em síntese, o art. 1.420, 2º do Esboço estabelecia uma exceção à indissolubilidade para fomentar a conversão ao catolicismo.

Teixeira de Freitas ponderou que os casamentos mistos foram tratados em separado a fim de incluir tanto as hipóteses em que as partes o celebravam perante a Igreja Católica – após obtenção da dispensa do impedimento *cultus disparitas* – como aquela outra possibilidade para os que não quisessem contrair núpcias diante do

---

<sup>560</sup> TOTVARAD, Carlos Kornis de. O casamento: réplica à resposta do Sr. Dr. Augusto Teixeira de Freitas, publicada no Diario do Rio de Janeiro de 9 de agosto. **Correio Mercantil, e Instructivo, Político, Universal**, Rio de Janeiro, 10 ago. 1861, Publicações a Pedido, p. 3.

<sup>561</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. \_\_\_\_\_. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diario do Rio de Janeiro**, p.1, 10 ago. 1861.

<sup>562</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. \_\_\_\_\_. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diario do Rio de Janeiro**, p.1, 10 ago. 1861.

ministro do culto católico ou não tivessem de obter a dispensa do impedimento. Para estes últimos casos, estariam os nubentes em pé de igualdade com os acatólicos<sup>563</sup>.

Quanto à dissolução do casamento pelo posterior casamento canônico do cônjuge convertido ao catolicismo, Teixeira de Freitas inicialmente esclarece que:

[...] o projecto não diz que a simples conversão do conjuge não catholico seja uma causa da dissolução do casamento. Não se calunie o projecto. A causa da dissolução do casamento nesta hypothese está no facto do segundo casamento do cônjuge convertido, colisão de que não podemos sahir, se não, ou dando coexistência aos dous casamentos, ou dando existência só a um deles.<sup>564</sup>

Neste ponto, é preciso reconhecer em Teixeira de Freitas um arguto conhecedor da disciplina canônica matrimonial e seus reflexos práticos, fazendo constar no Esboço uma proposta harmônica entre as leis e os cânones.

Com efeito, a Igreja Católica reconhecia – como reconhece – a possibilidade da dissolução do matrimônio em alguns casos, como no casamento rato e não consumado, quando um dos cônjuges pretende ingressar em ordem religiosa e na hipótese de casamento contraído entre acatólicos, quando um deles se converte à Igreja Católica. Nesse sentido, é oportuno trazer a lição de Dom Manuel do Monte, o Conde de Irajá, importante autoridade do direito canônico no Brasil Imperial:

*Da dissolubilidade de alguns matrimonios.* — É mister distinguir o Direito natural *absoluto* do que é *hypothetico*; porque, se conforme ao primeiro, o matrimonio é indissolúvel, conforme ao segundo, elle é dissolúvel em alguns casos; numerão-se os dous seguintes, de que se trata n'este lugar. 1.º *O matrimonio legitimo (o dos infieis ainda consummado dissolve-se, quando um dos conjuges se converte à fé e o outro recusa acompanhá-lo.* Esta proposição é apoiada nos santos canones (*Capp. Quanto e Gaudemus, de divort.*), como os expõem Laucelloti, cujas palavras se citão. Tracta-se ao depois das condições ou fórmulas, com que se fará o divorcio em tal caso, segundo a opinião commum dos AA. 2.º *O matrimonio (o dos Christãos), rato sómente e não consummado, dissolve-se quando uma das partes professa em religião approvada pela Igreja.* A prova d'esta proposição é clarissima

<sup>563</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. \_\_\_\_\_. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diário do Rio de Janeiro**, p.1, 9 ago. 1861.

<sup>564</sup> \_\_\_\_\_. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diário do Rio de Janeiro**, p.1, 10 ago. 1861.

no Trident. (Sess. 24 de matrim. can. 6). Apontão-se as condições ou fórmulas, com que houvera lugar o divórcio no presente caso. Fora das duas hypotheses referidas, nenhuma outra é geralmente aceita; porque está n'esse caso aquella que alguns Theologos e Canonistas adoptão, mas outros não, isto é, que o Papa pôde dispensar no matrimonio rato dos Catholicos.<sup>565</sup>

Teixeira de Freitas, assim, levou em conta a possibilidade católica de dissolução do casamento de infiéis por conversão de uma das partes, não havendo em tal caso o impedimento canônico para novas núpcias. Sendo o Catolicismo religião oficial e não havendo restrição do Império a esta doutrina canônica – note-se que ela foi citada pela maior autoridade oficial em direito eclesiástico do Império, o Conde de Irajá –, aberta estava a possibilidade dessa circunstância ocorrer, gerando um conflito. A regra do art. 1.420, 2º contemplava a hipótese, não como nulidade, mas como dissolução, produzindo o casamento efeitos até a data em que esta se processasse.

Nesse sentido, Teixeira de Freitas expressou no dia 10 de agosto de 1861 sua surpresa com a contestação em favor da indissolubilidade vinda de alguém supostamente seguidor do protestantismo e justificou sua opção:

Um culto que admite o divórcio com o effeito de dissolver o vinculo matrimonial, sendo causas delle o *adulterio* de um dos conjuges e a sua *deserção maliciosa*, não pôde estranhar que a legislação de um paiz catholico declare dissolvido o casamento, dado o caso de realizar-se essa *deserção maliciosa* pelo ponto mais que significativo de contrahir a cônjuge um segundo casamento. O facto desse conflicto pôde existir, o poder civil não pôde evita-lo, e cumpria regularizar uma tal situação, removendo a causa que a faria imoral. Entre negar effeitos civis ao segundo casamento da igreja catholica, e declarar não dissolvido o primeiro casamento, este último expediente é o melhor, já que vai de acordo com uma das causas do divórcio da igreja protestante.<sup>566</sup>

Quanto aos efeitos em relação aos filhos – recorde-se que Kornis de Totvárád acusava o Esboço de legitimar o descumprimento dos deveres naturais decorrentes da paternidade –, Freitas respondeu ao seu contraditor:

<sup>565</sup> ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. T. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858, p. LIV.

<sup>566</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diário do Rio de Janeiro**, p.1, 10 ago. 1861.

Tranquillise-se o antagonista, examine bem o que tão precipitadamente condemnára; e quando se publicar a continuação do projecto, elle verá também, como acerca dos mais efeitos do casamento, que as relações entre pais e filhos são reguladas uniformemente, sem distinguir-se crenças religiosas.<sup>567</sup>

Com efeito, a parte do Esboço sobre as relações paterno-filiais estava contemplada no título seguinte do casamento (Título II – Da paternidade, maternidade e filiação), sem distinções no tratamento a depender das crenças religiosas.

Curioso notar que à época em que se travou esta discussão entre Freitas e Kornis de Totvárád, discutia-se no Senado o projeto sobre casamentos mistos. O jornal Diário do Rio de Janeiro, de 10 de agosto de 1861, registrou como notícia da primeira página – além da continuação da resposta de Teixeira de Freitas a Kornis de Totvárád –, uma suma do debate do dia anterior, assim concluindo:

Se a nossa constituição reconheceu a liberdade dos cultos, impoz *ipso facto* ao estado da obrigação de manter validos os contractos, quaisquer que eles sejam entre todos os membros da familia brasileira, embora sectarios de religiões differentes. As declarações pretenciosas e exageradas dos que defendem com intolerancia a mais moderada das religiões, que aliás ninguem ataca, são nocivas e mal cabidas. Hoje deve continuar essa discussão.<sup>568</sup>

Assim, não se pode cogitar, tampouco afirmar, que Teixeira de Freitas era alheio aos debates coetâneos a respeito dos casamentos mistos, de acatólicos e mesmo do casamento civil. Pelo contrário: ele afirma conhecer da emenda apresentada pelo Conselheiro Paranaguá e explicita que não adota seus termos no Esboço. Também confessa ter lido as refutações de Kornis de Totvárád àquela emenda e chegado à conclusão de que tal irresignação era um “imenso envolvero de palavras que não estava a digestão feita sobre o que se deve entender por *efeitos civis do casamento*; a ponto de se calumniar também aquella emenda”<sup>569</sup>.

<sup>567</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diário do Rio de Janeiro**, p.1, 10 ago. 1861.

<sup>568</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diário do Rio de Janeiro**, p.1, 10 ago. 1861.

<sup>569</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diário do Rio de Janeiro**, p.1, 9 ago. 1861.

Quanto ao casamento civil, a posição de Teixeira de Freitas era muito clara: “O casamento não é só um contrato, o *Esbôço* abomina a instituição do casamento, chamado *civil*. Em caso nenhum prescinde do elemento religioso, qualquer que seja a seita dos nubentes”<sup>570</sup>. O principal argumento para estorvar a adoção do casamento civil para todos e como “simples contrato” seria, no entender de Freitas, a Constituição de 1824, que adotou uma religião do Estado.

Assim, fica claro que o projeto de Teixeira de Freitas era mais conservador em termos de secularização do casamento que as demais propostas existentes à época, ao não apresentar inovações, como se discutia no Parlamento.

A sua amizade com Nabuco de Araújo não implicou em necessário contágio de ideias, pelo menos no que diz respeito às tendências mais liberais e secularizadoras. Prevaleceram as regras já coligidas na Consolidação das Leis Civis e a força dos cânones reconhecidos pelas leis do Império.

### 6.2.2 O Projeto Nabuco de Araújo (1872)

Após a frustrada tentativa de elaboração do projeto de Código Civil por Teixeira de Freitas, o governo imperial contratou o Ministro da Justiça o Conselheiro Nabuco de Araújo para assumir a empresa em 1872.

Nabuco faleceu em 1878, antes de terminar de concluir sua tarefa de projetista. Redigiu apenas 118 artigos do título preliminar e 182 da parte geral do seu projeto Código Civil, não contemplando, assim, normas de direito de família.

Apesar disso, é possível extrair da leitura dos vários discursos de Nabuco, tanto no Senado como no Conselho de Estado, que ele considerava a adoção do casamento civil como providência não incompatível com a religião católica. Para ele, a questão “gravíssima” e que deveria ser reservada ao Código Civil era “se há necessidade de substituir a forma de casamento que temos, destruindo nossos hábitos, e ferindo as consciências”<sup>571</sup>.

---

<sup>570</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diário do Rio de Janeiro**, p.1, 10 ago. 1861.

<sup>571</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Terceiro (1866-1878). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 402.

Para Nabuco de Araújo, católico e liberal, o casamento canônico era o mais perfeito, porém, a política exigia a adoção de medidas úteis, embora menos perfeitas. Seguindo a linha da defesa da liberdade de consciência, já esposada em seus relatórios do Conselho de Estado em 1854, 1855 e 1866, Nabuco defende que não se poderia deixar de tutelar cidadãos de todas as crenças, em um país que, nada obstante professasse religião de estado, permitia outros cultos<sup>572</sup>.

Segundo Joaquim Nabuco, em carta escrita a Francisco Octaviano de Almeida Nabuco de Araújo esboçara sua intenção de incluir no Código Civil o casamento civil e facultativo, além da secularização das questões de estado<sup>573</sup>.

### 6.2.3 O Projeto Felício dos Santos (1881)

Com o falecimento do Conselheiro Nabuco de Araújo, Joaquim Felício dos Santos o sucede no processo de elaboração do Código Civil. Teria ele sido alçado a tal incumbência por indicação do então Ministro da Justiça Lafayette Rodrigues Pereira<sup>574</sup>.

---

<sup>572</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Terceiro (1866-1878). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 402. Merece ser recordado, ainda, o parecer de Nabuco de Araújo apresentado ao Conselho de Estado em 13 de maio de 1873 a respeito da validade dos casamentos de católicos. A legação da Alemanha apresentou em abril daquele ano reclamação ao governo contra um padre católico que assistiu aos matrimônios de duas alemãs da Colônia de São Leopoldina e que já eram casadas anteriormente com protestantes. Em seu parecer, que foi aprovado pelo Imperador, Nabuco invoca as disposições do Decreto n. 3.069 de 1863, que não teria sido observado na hipótese, além disso, considera a doutrina da indissolubilidade dos matrimônios dos infiéis por direito natural e a inaplicabilidade do privilégio em favor da fé, mesmo havendo a conversão ao catolicismo. Ainda que se admitisse a dissolução *quod vinculum*, diz Nabuco que seria necessária a prévia interpelação da parte infiel para abraçar a fé ou para coabitar pacificamente sem ofensas ao Criador, o que não fora observado no caso. Entendeu-se, assim, pela indissolubilidade dos casamentos protestantes das alemãs e a prática de crime de poligamia, com reflexos contra o padre católico (cf. BRASIL. Secretaria dos Negócios do Império e Estrangeiros. **O Conselho de Estado e a política externa do Império**: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros: 1871-1874. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: FUNAG, 2009, p. 269-278).

<sup>573</sup> NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Terceiro (1866-1878). Rio de Janeiro: Garnier, 1899, p. 402 (nota 1).

<sup>574</sup> Apesar de correntemente considerar que o jurista mineiro Felício dos Santos teria “se oferecido” para continuar a redação do projeto, Patrícia Regina Gomes indaga se a oferta não teria partido do também mineiro Ministro Lafayette, com o qual mantinha Felício dos Santos laços de amizade, apesar de crítico da Monarquia, da qual supostamente não esperava favores (in: GOMES, Patrícia Regina M.M.C. Pensamento e ação de Joaquim Felício dos Santos: um Projeto de Código Civil Oitocentista. 2014. 232 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, SP. 2014, p. 89-95).

Em 1881, Felício dos Santos apresentou seus “Apontamentos para o projecto de Código Civil Brasileiro” ao Ministério dos Negócios e da Justiça. Nomeada comissão temporária pelo Governo para avaliar o trabalho, esta emitiu parecer contrário, embora ressaltasse o valor e o potencial de compor um projeto definitivo, após revisão<sup>575</sup>.

A comissão foi convertida e permanente e era composta por Lafayette Rodrigues, Joaquim Ribas, Justino de Andrade, Coelho Rodrigues e Ferreira Viana, além do próprio Felício dos Santos. Após desfalques sofridos pela comissão já no início do funcionamento noticia Beviláqua que Felício dos Santos teria se sentido desprestigiado, dela se retirando<sup>576</sup>. Felício dos Santos então apresentou sua proposta diretamente à Câmara dos Deputados como Projeto de Código Civil em março de 1882<sup>577</sup>. Em 1886, com as saídas dos Conselheiros Justino de Andrade e Joaquim Ribas, foi dissolvida definitivamente a comissão constituída pelo Governo<sup>578</sup>.

Felício dos Santos, conhecido por suas posições republicanas, era partidário da separação entre a Igreja e o Estado. Já em seus *Apontamentos* haviam ideias como a da igualdade da mulher solteira em relação ao homem no gozo de direitos civis e direitos outros não reconhecidos à mulher casada pela legislação de então.

A família era considerada categoria afeita à Parte Geral, no capítulo sobre as pessoas naturais. No artigo 91 do projeto, família era compreendida enquanto “o complexo de indivíduos que neste código são considerados como parentes”, e estes como “os ascendentes e descendentes em qualquer grau e os colaterais até o décimo grau” (art. 93). O artigo 92 também considerava família o conjunto de pessoas

---

<sup>575</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 82; BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v.1 Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1980, p. 18-19.

<sup>576</sup> Coelho Rodrigues, observador mais próximo aos fatos e integrante da comissão, na introdução histórica de seu Projecto, afirma que a comissão “ficou dissolvida, de facto, desde a organização do Gabinete de 24 de maio de 1883 e, de direito, pelo Aviso de 27 de Fevereiro de 1886, expedido pelo Senador Ribeiro da Luz, então Ministro da Justiça do 20 de agosto [...] com a possível imparcialidade” (RODRIGUES, Antonio Coelho. **Projecto do Codigo Civil precedido da Historia Documentada do mesmo e dos anteriores**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & C., 1897, p. IV).

<sup>577</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**: do Dr. Joaquim Felicio dos Santos precedido dos actos officiaes relativos ao assumpto e seguido de um aditamento contendo os apontamentos do Codigo Civil organizados pelo Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882.

<sup>578</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v.1 Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1980, p. 19.

determinadas, parentes ou não, que vivessem na mesma casa, ou em diversas, sob a dependência de um pai de família.

Na Parte Especial do projeto, a família figurou como primeiro título do livro primeiro, dedicado às “pessoas em particular”.

Da análise dos artigos 635 a 736 do Projeto, compreendidos no capítulo intitulado “Do casamento” extraem-se algumas linhas disposições a revelar aspectos de secularização do casamento.

Para Felício dos Santos, em seu projeto o casamento “não precisa ser definido, porque não ha quem ignore o que elle seja”<sup>579</sup>. Além disso, o casamento não é considerado contrato, já que aquele “é o acto jurídico, pelo qual uma ou mais pessoas reciprocamente, ou de uma só parte, se obrigão a dar, fazer ou não fazer alguma cousa”<sup>580</sup>. Comentando o próprio projeto, Felício dos Santos em várias oportunidades enfatiza que “o casamento não é um contrato”<sup>581</sup>. Embora se baseie em vontades de duas pessoas, não seria o matrimônio centrado nos interesses individuais dos cônjuges (como ocorrem nos contratos), mas nos interesses mais elevados da sociedade.

O rechaço à vinculação da natureza contratual ao matrimônio é reflexo de uma concepção de casamento como instituição fundante da família, a qual pertence não aos indivíduos, mas à sociedade. Assim se expressava o projetista ao comentar a primeira disposição de seu projeto de Código Civil a tratar do casamento:

É certo que do casamento resultão as mais importantes obrigações reciprocas; mas não nascem de um contracto. São obrigações impostas e creadas pela lei, simplesmente pela lei. Si nascessem de um contrato, poderião as partes renuncia-las. Contrahido o casamento, os cônjuges se sujeitarão a ellas.

A lei creando direitos e impondo obrigações não teve em vista o interesse dos conjuges; mas o interesse da família, dos filhos, da

<sup>579</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 27.

<sup>580</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 27.

<sup>581</sup> Veja-se, por exemplo, ao comentar a respeito da validade do casamento do louco contraído durante intervalo de lucidez (art. 666 do Projeto): “Já vimos que o casamento não é um contrato, e por conseguinte não deve ser regulado pelas regras deste” (SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 52). Advirta-se que Felício dos Santos faz uso da expressão “contrato de casamento” em seus comentários ao Projeto com o objetivo de designar o pacto antenupcial.

moralidade e ordem pública. A família, que se vai formar pelo casamento, pertence á sociedade [...] <sup>582</sup>

O Projeto considera duas formas lícitas de casamento: o casamento religioso e o casamento civil (art. 635<sup>583</sup>). Para Felício dos Santos, os embates ocorridos no parlamento e entre os juristas a respeito do casamento civil e religioso é questão de mera formalidade, devendo ser remetida à lei civil a regulação das condições do casamento, com vistas à salvaguarda da ordem e moralidade públicas. A forma é o que menos importa:

Case-se o protestante, o catholico, o chinez, o musulmano, o idolatra conforme o rito de sua religião; celebre-se o casamento sem violação das regras geraes sobre impedimentos definidos pela lei: tal casamento deve ser respeitado. Si o turco vier estabelecer-se no Brazil, casado com duas mulheres, a lei civil brasileira só dará effeito ao primeiro casamento; os filhos nascidos do segundo serão considerados espurios, mas a lei brasileira reconhecerá o primeiro casamento celebrado conforme o rito mulsumano. <sup>584</sup>

Apesar dessa abertura formal, Felício dos Santos reconhece que “nenhuma religião tem melhor regulado o casamento que a religião catholica, que nella reconhece um sacramento”<sup>585</sup>. Apesar disso, o Projeto em muitos pontos se afasta da disciplina canônica. Estampa em seu artigo 640 que “a lei religiosa define e regula as condições e effeitos espirituaes do casamento, a lei civil define e regula as condições e effeitos temporaes delle”<sup>586</sup>. Assim, há a nítida separação entre os poderes na regência de uma mesma instituição. O rol de impedimentos definido no projeto é bem menor que aquele canônico, visto não serem abrangidos nele os impedimentos

---

<sup>582</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 28.

<sup>583</sup> “Art. 635. – É lícito a qualquer pessoa casar-se conforme o rito de sua religião, ou pela forma estabelecida na lei civil.” (SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 27).

<sup>584</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 28.

<sup>585</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 28.

<sup>586</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 33.

impedientes, como o de disparidade de culto. O impedimento de votos religiosos também não é incluído no Projeto, pois a promessa firmada pelo sacerdote perante a Igreja não pode ser considerada obrigatória perante a lei civil<sup>587</sup>. Ainda assim, aquela que se casou com outrem cujos votos ou estado religioso lhe impediam de casar, poderia requerer a anulação do casamento em todo o tempo (art. 670)<sup>588</sup>.

Os efeitos civis da nulidade do casamento religioso são submetidos ao juízo civil, já que, embora existente o juízo católico, “as seitas dissidentes não têm juízo organizado”<sup>589</sup>.

Aos que não tinham religião, ou não quisessem casar segundo o rito religioso, poderiam contrair núpcias pela forma civil (art. 641), provando-se o casamento por escritura pública (art. 642). Em caso de anulação, a ação deveria ser intentada perante o juízo cível (art. 655).

A anulação era, ao lado da morte de um dos cônjuges, as únicas hipóteses de dissolução do casamento. Não contempla o Projeto Felício dos Santos o divórcio vincular, mas apenas o de separação de pessoas e bens. Segundo o autor do projeto, mirando a experiência francesa, o divórcio vincular admitido no *Code* “foi logo abolido na França depois da restauração [...] como contrario aos costumes modernos, aos dogmas religiosos e interesses da sociedade civil”<sup>590</sup>. O divórcio vincular é rechaçado pelo projetista não apenas por razões de natureza religiosa. Segundo Felício dos Santos, a indissolubilidade matrimonial, embora declarada “pela religião católica e por qualquer outra, não exclue [...] que também na ordem natural e civil existão motivos bastantes graves para ser assim declarado”<sup>591</sup>. A indissolubilidade do vínculo matrimonial é destaca como exigência “no interesse da família e dos filhos, da paz e

---

<sup>587</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 58.

<sup>588</sup> “Si um sacerdote se casar conforme a lei civil, o casamento produzirá todos os seus efeitos legaes, como si fôsse contrahido por qualquer outra pessoa. Em consequencia seus filhos serão havidos como legitimos, sujeitos ao patrio poder e com direito á sua sucessão, como herdeiros legitimarios. [...] Será, sem duvida, repugnante aos nossos costumes o casamento de um ministro catholico, que renega seus votos e menospreza o juramento de prestado de guardar castidade. Mas ao legislador cumpre principalmente atender aos interesses temporaes, aos interesses da família e dos filhos, sobre os quaes não deve recahir a culpa dos pais” (SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 58).

<sup>589</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 33.

<sup>590</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 51.

<sup>591</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 51.

da ordem social”<sup>592</sup>, a repudiar a visão voluntarista atrelada à noção de contrato que poderia justificar o “distrato”.

As hipóteses de divórcio – não-vincular, repita-se – foram taxativamente previstas no art. 716 do Projeto: (a) prática de adultério por qualquer dos cônjuges; (b) ofensas graves praticadas na pessoa ou honra do outro; (c) escrúpulo por casamento com pessoa vinculada por votos solenes; (d) erro sobre qualidade da pessoa; (e) abandono voluntário do outro. Não foi admitido o divórcio por mútuo consentimento, seguindo, neste ponto, o direito canônico e os fundamentos de moralidade e ordem pública a reger o casamento (art. 721)<sup>593</sup>. Ao restringir os pleitos de divórcio às cinco citadas hipóteses, foi Felício dos Santos foi mais rigoroso que a disciplina canônica, que ainda admitia outras hipóteses de separação<sup>594</sup>.

---

<sup>592</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 52.

<sup>593</sup> Nesse sentido, Felício dos Santos, em comentário ao art. 721 do Projeto, afirma que os princípios de moralidade e ordem pública fundamentam a união conjugal e a indissolubilidade do vínculo: “nem uma nem outra podem ficar a arbitrio das partes. Ha interesses sociaes e de grande monta, e interesses da familia, sobre os quaes a lei deve providenciar” (SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 109).

<sup>594</sup> “Os canonistas ainda enumerão outras causas de divorcio além das do projecto; mas o divorcio é um grande acontecimento na vida conjugal, que não só rompe a vida commum, como produz graves consequencias em relação aos bens, e não se deve facilita-lo multiplicando suas causas. O projeto, neste espirito, restringe muito o direito de requerer o divorcio limitando as suas causas, e reduzindo-as somente a cinco, que são as encerradas no art. 716” (SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885, p. 109).

## 7 A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E AS PRÁTICAS DE SECULARIZAÇÃO DO CASAMENTO

### 7.1 O Decreto n. 181 de 1890: do casamento civil obrigatório no Brasil

Em 9 de dezembro de 1889, o deputado positivista Demétrio Ribeiro apresentou projeto para abolir a união entre a Igreja e o Estado, exprimindo uma reivindicação do movimento republicano. Este projeto foi, contudo, alterado e apresentado por Rui Barbosa ao Conselho de Ministros, o qual o aprovou por unanimidade, 7 de janeiro de 1890, passando a ser o Decreto 119-A. Deste decreto, destaca-se o artigo 4º, que determinava a extinção do padroado, pondo fim a uma conturbada relação secular entre a Igreja e o Estado e que foi aplaudida por muitos eclesiásticos.

Com a Lei da Separação, chegava o tempo oportuno da secularização almejada, princípio motriz da política de reforma dos costumes e das instituições.

Esta lei teria sido discutida por Rui Barbosa com o Bispo Dom Macedo, seu antigo professor na Bahia, o que teria contribuído para que não houvesse, ao menos nos primeiros tempos da República, uma abrupta separação. Com efeito, o art. 6º do Decreto 119-A determinou que o governo continuaria a prover a sustentação dos ministros católicos e subvencionaria as cadeiras dos seminários por um ano, deixando livre aos Estados decidirem manter ministros católicos ou de outro culto. O benefício ficava restrito, porém aos então funcionários eclesiásticos com “direitos adquiridos de estabilidade, oriundos da natureza do cargo ou fundados no título de sua nomeação”<sup>595</sup>

Esperava-se, todavia, uma postura colaborativa da Igreja com o novo regime. Sendo ela depositária dos registros dos principais atos relativos ao estado civil dos cidadãos até o fim do regime monárquico, a governo republicano obrigou os párocos para que fornecessem certidões dos atos cujos registros estavam sob sua posse, sob pena de serem coagidos a tanto por meio de ação de exibição<sup>596</sup>.

---

<sup>595</sup> Aviso-Circular do Ministro dos Negócios da Justiça, em 12 de março de 1890.

<sup>596</sup> Nesse sentido, veja-se o Aviso de 13 de Janeiro de 1892 da lavra do Ministério dos Negócios do Interior, confirmando ao governo do Estado do Piauí “que os párocos podem passar certidões dos

Com isso, abriu-se a possibilidade para a adoção de várias medidas secularizantes almeçadas por setores liberais, republicanos e positivistas e cujo andamento encontrava óbices no art. 5º da Constituição do Império, como a matéria do casamento. Consoante visto, já havia no Parlamento uma abertura à completa secularização do casamento, entendida como a sua completa submissão, formal e materialmente à disciplina estatal.

Ao casamento civil, porém, foi reservada uma disposição normativa especial, que grande parte do clero católico não aceitou com a mesma facilidade com que aplaudira a separação da Igreja.

Em 24 de janeiro de 1890 foi publicado o Decreto 181 o qual somente considerava válidos, a partir de 24 de maio de 1890, os matrimônios celebrados de acordo com as suas disposições. Realizava-se, dessa maneira, o intuito secularizador com maior vigor. Para Almachio Diniz, “secularizou o matrimônio, e fortaleceu as causas do divórcio, á plena luz do direito civil, com o repúdio completo do direito canônico, já morto pela separação da Igreja do Estado”<sup>597</sup>.

Coelho Rodrigues, autor do texto do decreto, teria ponderado ao Ministro da Justiça que o casamento civil obrigatório não poderia ser admitido no Brasil sem violação da liberdade de consciência, pois a religião oficial impunha o dado religioso como dogma e um governo provisório não deveria tocar neste ponto em uma nação católica e de cujos votos este dependia<sup>598</sup>.

Ou seja, apesar de instaurada uma nova ordem política, Coelho Rodrigues atentava para o fato de que a sociedade brasileira era majoritariamente religiosa, consistindo esta circunstância ponto deveras sensível.

Os reformadores republicanos, contudo, não teriam levado em conta a advertência de Rodrigues e aboliram o culto oficial. Segundo Coelho Rodrigues, eles encontraram resistência no General Deodoro da Fonseca e em Rui Barbosa, que somente teriam cedido à proposta após a aceitação de alguns bispos ao projeto do decreto 119-A de 1890 “fato que só há três anos ouvi contestar, à primeira vez, pelo

---

atos relativos ao estado civil dos cidadãos (nascimentos, casamentos e óbitos) e cuja atestação lhes competia, de conformidade com as leis anteriormente em vigor; e, si se recusarem a fazê-lo, devem ser coagidos a exhibir os livros em juízo, mediante a ação competente” (O DIREITO. Revista Mensal de Legislação Doutrina e Jurisprudência. v. 61, a. XXI (maio a agosto de 1893), Rio de Janeiro: Imprensa Mont’Alverne, 1893, p. 161

<sup>597</sup> DINIZ, Almachio. **Tratado de Theoria e Praxe do Divorcio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1916, p. 31.

<sup>598</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. **A República na América do Sul ou, um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos**. Brasília: Senado Federal, 2016, p.52.

conselheiro Andrade Figueira, na discussão do projeto de Código Civil, perante a comissão da Câmara dos Deputados, mas parece confirmado pela Pastoral Coletiva de 19 de março de 1890<sup>599</sup>.

O Decreto 181 de 1890 estabeleceu os procedimentos de habilitação matrimonial perante o oficial civil, lista de impedimentos e aspectos da celebração do ato civil. Uma vez celebrado validamente o casamento, este só se dissolveria pela morte de um dos cônjuges (art. 93). O divórcio apenas autorizaria a separação perpétua dos corpos, cessando o regime de bens “como se o casamento fosse dissolvido” (art. 88), permitindo-se, todavia, a reconciliação dos separados a qualquer tempo (art. 89).

As causas justificadoras de divórcio permaneciam praticamente as mesmas do direito anterior: adultério, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar por dois anos contínuos e também mútuo consentimento, quando fossem os cônjuges unidos em casamento há mais de dois anos (art. 82).

As causas matrimoniais também passariam à competência da jurisdição civil a partir desta última data, assegurando-se, contudo, a continuidade do curso regular das causas matrimoniais pendentes no foro eclesiástico (art. 109).

Em resposta ao Decreto de 7 de janeiro de 1890, os bispos brasileiros publicaram em 19 de março de 1890, a primeira Pastoral Coletiva da República na qual condenavam alguns dispositivos da nova legislação, quais sejam: a) a obrigatoriedade do ato civil antes do casamento religioso; b) a plena laicização dos cemitérios; c) a inelegibilidade dos clérigos; d) o impedimento de os religiosos votarem nas eleições; e) a proibição do ensino religioso nas escolas públicas e, f) a conservação das leis referentes aos bens de “mão-morta”.

O principal redator da Carta Pastoral foi D. Macedo Costa, que, junto com D. Vital, foi condenado e preso pelo governo Monárquico, no acontecimento que ficou conhecido como a “Questão dos Bispos”.

Quanto à liberdade eclesiástica garantida pelo Decreto de 7 de janeiro de 1890, afirmaram os prelados que se deve “reconhecer que, tal qual está redigido o decreto, assegura à Igreja Católica no Brasil certa soma de liberdades como ela nunca

---

<sup>599</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. **A República na América do Sul ou, um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos**. Brasília: Senado Federal, 2016, p.52.

logrou no tempo da monarquia”<sup>600</sup>. Ao estatuir o art. 1º do Decreto que o Governo Federal não poderia expedir leis, regulamentos ou atos administrativos sobre religião, a Igreja estava livre “daquela emaranhada rede de *alvarás, leis, consultas, resoluções, avisos e regulamentos*, em cujas malhas trazia o ministério do Império embaraçada a ação episcopal e paroquial na direção e governo das coisas religiosas”<sup>601</sup>. Desse modo, entendiam os bispos que finalmente estava “derrogada toda a opressiva legislação do antigo estado *regalista, pombalino, josefista*, que tantaspeias trazia à livre ação da autoridade eclesiástica”<sup>602</sup>.

Quanto ao matrimônio, com base na liberdade de culto e no direito das confissões religiosas de “regerem-se segundo a sua fé”, previstos nos artigos 2º e 3º do decreto de separação, afirmou-se na Pastoral Coletiva que a legislação matrimonial do Concílio de Trento, cujas constituições dogmáticas e disciplinares fazem parte do princípio da fé católica, permaneceriam vigorando plenamente, seja em relação ao modo de celebrar o casamento, seja em relação às causas matrimoniais. Assim, o casamento civil não substituiria o “único e verdadeiro casamento, que é o religioso”. A doutrina da Igreja quanto à inseparabilidade entre contrato e sacramento quanto ao casamento foi também reafirmada<sup>603</sup>.

Uma vez que o decreto reconheceu a liberdade de cada um professar particular e publicamente sua crença, asseveraram os bispos ser direito dos cristãos, frente ao governo civil, só considerar como válido o contrato matrimonial celebrado na Igreja. O católico poderia, contudo, prestar-se à formalidade do *casamento civil*, a fim de regular a herança dos filhos, mas deveria ter em mente que o verdadeiro casamento é celebrado perante Deus, segundo as prescrições da Santa Igreja<sup>604</sup>.

A postura adotada pela Igreja é de, ao mesmo tempo, reafirmar o dogma e tentar de conciliação com a nova ordem política estabelecida.

---

<sup>600</sup>PASTORAL COLETIVA DE 1890. In: RODRIGUES, Anna Maria Moog Rodrigues (org). **A Igreja na República**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981, p. 39.

<sup>601</sup>PASTORAL COLETIVA DE 1890. In: RODRIGUES, Anna Maria Moog Rodrigues (org). **A Igreja na República**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981, p. 39.

<sup>602</sup>PASTORAL COLETIVA DE 1890. In: RODRIGUES, Anna Maria Moog Rodrigues (org). **A Igreja na República**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981, p. 41.

<sup>603</sup>PASTORAL COLETIVA DE 1890. In: RODRIGUES, Anna Maria Moog Rodrigues (org). **A Igreja na República**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981, p. 41.

<sup>604</sup>“Podeis prestar-vos à formalidade do *casamento civil*, para regular a herança de vossos filhos, mas sabendo bem que só contradiz verdadeiro Matrimônio quando celebrais o ato religioso perante Deus e a vossa consciência, segundo as prescrições da Santa Igreja Católica” PASTORAL COLETIVA DE 1890. In: RODRIGUES, Anna Maria Moog Rodrigues (org). **A Igreja na República**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981, p. 41.

Em que pese as tentativas conciliatórias, registraram-se resistências às novas medidas secularizantes como, por exemplo, aquela empreendida por Antonio Conselheiro e seus acólitos, vistos por Machado de Assis como militantes românticos, adeptos da vida livre, piratas aventureiros<sup>605</sup>. Seriam eles pessoas fartas da vida social e pacata, a vida regrada pelas novas leis republicanas, que regulavam o amor na casa do pretor (casamento civil) e a sepultura numerada (cemitérios secularizados)<sup>606</sup>.

Esta resistência se processou também com o apoio do clero como medida de afirmação de convicção religiosa e de protesto, com amparo no parágrafo único do art. 108 do Decreto 181 que facultava a celebração do matrimônio civil em momento posterior ou anterior à celebração civil.

Diante da notícia da oposição ao casamento civil, o Governo Provisório baixou em 26 junho de 1890 o Decreto n. 521 proibindo a celebração do casamento religioso antecedente ao civil (art. 1º) e revogando, por conseguinte, o parágrafo único

---

<sup>605</sup> Em crônica publicada em da coluna dominical “A Semana” do jornal Gazeta de Notícias de 22 de julho de 1894, Machado de Assis manifesta seu ressabiado quanto aos relatos oficiais sobre Canudos: “Os dous mil homens do Conselheiro, que vão de villa em villa, assim como os clavinoteiros de Belmonte, que se mettem pelo sertão, comendo o que arrebatam, acampando em vez de morar, levando moças naturalmente, moças captivas, chorosas e bellas, são os piratas dos poetas de 1830. Poetas de 1894, ahi tendes materia nova e fecunda. Recordai vossos pais; cantai, como Hugo, a canção dos piratas [...] Crêde-me, esse Conselheiro que está em Canudos com os seus dous mil homens, não é o que dizem telegramas e papeis públicos. Imaginais uma legião de aventureiros, galantes, audazes, sem officio nem beneficio, que detestam os calendários, os relógios, os impostos, as reverencias, tudo o que obriga, alinha e apruma. São homens fartos d’esta vida social e pacata, os mesmos dias, as mesmas virtudes. Não podem crer que o mundo seja uma secretaria de Estado, com o seu livro do ponto, hora de entrada e de sahida, e desconto por faltas. O próprio amor é regulado por lei: os consórcios celebram-se por um regulamento em casa do pretor, e por um ritual da casa de Deus tudo com a etiqueta dos carros e casacas, palavras symbolicas, gestos de convenção. Nem a morte escapa á regulamentação universal; o finado há de ter velas e responsos, um caixão fechado, um carro que o leve, uma sepultura numerada, como a casa em que viveu... Não, por Satanaz! Os partidarios do Conselheiro lembraram-se dos piratas românticos, sacudiram as sandálias á porta da civilização e sahiram á vida livre” (ASSIS, Machado de. *A Semana. Gazeta de Notícias*, Rio de Janeiro, p.1, 22. jul. 1894).

<sup>606</sup> Em Antonio Conselheiro pode-se identificar uma personificação da resistência da sociedade católica dos Oitocentos, monarquista e fiel ao modelo religioso tridentino, à República, tida como “pecado mortal de um povo” e “triumfo do Anticristo”. Se a República era a Revolução, “Canudos era a Vendaia”, disse Euclides da Cunha, ávida por guerrear contra as novas instituições (cf. CUNHA, Euclides. *Os Sertões*. In: SANTIAGO, Silviano (Coord.). *Intérpretes do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002, p. 332). Em algumas prédicas divulgadas em Canudos, escritas e copiadas por Euclides da Cunha, é possível notar o repúdio à nova lei do casamento civil e a esperança no retorno de Dom Sebastião restaurador da antiga ordem: “Garantidos pela lei/ Aquelles malvados estão/ Nós temos a lei de Deus/ Elles têm a lei do cão// Bem desgraçados são elles/ Pra fazerem a eleição/ Abatendo a lei de Deus/ Suspendendo a lei do cão// Casamento vão fazendo/ Só para o povo illudir/ Vão casar o povo todo/ No casamento civil!/[...] D. Sebastião já chegou/ E traz muito regimento/ Acabando com o civil/ E fazendo o casamento.// O anticristo nasceu/ Para o Brasil governar/ Mas ahi está o Conselheiro/ Para deles nos livrar!// Visita vem nos fazer/ Nosso rei D. Sebastião./ Coitado daquele pobre/ Que estiver na lei do cão” (CUNHA, Euclides. *Os Sertões*. In: SANTIAGO, Silviano (Coord.). *Intérpretes do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002, p. 333).

do art. 108 do Decreto 181 e demais disposições em contrário (art. 5º). Eram elencados como *consideranda* da medida decretada:

Que ao principio de tolerancia consagrado no decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, que permite indifferentemente a celebração de quaesquer cerimoniaes religiosas antes ou depois do acto civil, tem correspondido uma parte do clero catholico com actos de accentuada opposição e resistencia á execução do mesmo decreto, celebrando o casamento religioso e aconselhando a não observancia da prescripção civil;

Que, por este modo, não só se pretende annullar a acção do poder secular, pelo desrespeito aos seus decretos e resoluções, como ainda se põe em risco os mais importantes direitos da familia, como são aquelles que resultam do casamento;

Que o casamento, em virtude das relações de direito que estabelece, é celebrado sob a protecção da Republica;<sup>607</sup>

O decreto também estipulava contra o ministro religioso que desobedecesse a ordem, pena de seis meses de prisão e pagamento de multa correspondente à metade do tempo preso, além da dobrada pena para casos de reincidência. A ação penal era considerada natureza pública, competindo a denúncia ao promotor público ou a qualquer do povo (art. 3º, §2).

Esta medida era claramente inspirada na legislação francesa, em particular o artigo 199 do Código Penal Francês de 1810, que punia com multa de dez a cem francos todo ministro de culto que procedesse às cerimônias religiosas de um matrimônio de sem que houvesse sido comprovada a realização de ato anterior por oficial do estado civil.

Cuidava-se de uma contravenção considerada como desordem causada à ordem pública pelos ministros de culto capaz de comprometer o estado civil das pessoas. No direito penal francês codificado em 1810, a *cerimônia religiosa* era considerada distinta do *ato jurídico* que lhe deve anteceder. Embora juridicamente reconhecido (e existente) apenas um casamento, em razão dessa forçada dualidade de instâncias, a ideia mais corrente no senso comum dos franceses foi, como

---

<sup>607</sup> BRASIL. **Decreto nº 521, de 26 de Junho de 1890**. Prohibe cerimoniaes religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sancção penal, processo e julgamento applicaveis aos infractores. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-521-26-junho-1890-504276-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 05 jun. 2016.

destacou Carbonnier, a de que se tratariam de dois casamentos, em uma interpretação de pluralismo jurídico *avant la lettre*<sup>608</sup>.

Assim, a retirada do primado da autoridade religiosa e conseqüente enfraquecimento do senso da unicidade celebrativa matrimonial consistiria em uma outra maneira de realizar (ou aprofundar) a secularização – como acertadamente salienta Carbonnier, comentando o processo de secularização francês<sup>609</sup>. Este mesmo espírito secularizante moveu a contraofensiva do Governo brasileiro.

## 7.2 O casamento na Constituição de 1891

Em 1890, o Apostolado Positivista do Brasil enviou proposta de modificações ao Projeto de Constituição apresentado pelo Governo. As modificações sugeridas iriam ao encontro dos ensinamentos de Augusto Comte e corresponderiam, àquilo que julgavam os positivistas serem as necessidades atuais do povo brasileiro<sup>610</sup>. Queixavam-se da demora na decretação da separação da Igreja do Estado, recordando que, desde 1869, os liberais monarquistas reclamavam garantias que se completariam com a separação, embora medidas correlatas, como o casamento civil, a liberdade dos cultos e a secularização dos cemitérios já tivessem sido parcialmente adotadas pelos ministros e câmaras do Império<sup>611</sup>.

Vale ressaltar que os positivistas não enxergaram na República uma nova realidade política que implicara em novel e completa ruptura a respeito relações entre

<sup>608</sup> CARBONNIER, Jean. La sécularization du droit civil par le Code Civil des Français. In: VALLAURI, Luigi Lombardi; DILCHER, Gerhard. **Cristianesimo Secolarizzazione e Diritto Moderno**. Milano: Giuffrè, 1981, p. 1011.

<sup>609</sup> Nas palavras do próprio autor: “*Ainsi, d’un côté une acte juridique, de l’autre rien que des cérémonies. Arrière-pensée persistante: il y a en somme un seul mariage. Mais le public ne prit pas garde à ces finesses de rédaction, sans doute parce qu’il ne voulait pas de l’idée. Et sans trop y réfléchir, on s’habitua à parler d’un double mariage: vous vous mariez à la mairie, puis, s’il vous plaît, vous vous mariez à l’église. Deux mariages, l’un après l’autre, c’est encore une manière de séculariser, en élevant la primauté à l’autorité ecclésiastique.*” (In: CARBONNIER, Jean. La sécularization du droit civil par le Code Civil des Français. In: VALLAURI, Luigi Lombardi; DILCHER, Gerhard. **Cristianesimo Secolarizzazione e Diritto Moderno**. Milano: Giuffrè, 1981, p. 1011).

<sup>610</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Congresso Constituinte da República de 1890 (Apêndice)**. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais\\_Republica/1890/1890%20Ap%C3%AAndice.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1890/1890%20Ap%C3%AAndice.pdf)>. Acesso em 10 mar. 2017.

<sup>611</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Congresso Constituinte da República de 1890 (Apêndice)**, p. 20.

Estado e a Igreja, pois o Governo Imperial já processara isto, embora com o propósito de “sofismar as tendências liberais da nação”<sup>612</sup>.

A Comissão do Congresso eleita para emitir parecer sobre o Projeto de Constituição submetido pelo Governo Provisório entendia que a exigência e precedência do casamento civil às cerimônias religiosas, prevista no art. 75, §4º do texto projetado pelo Governo Provisório, se justificava por ser o casamento civil um novo instituto, devendo a lei acautelar os interesses de terceiros e a boa-fé dos cônjuges.

Todavia, atenta à circunstância de que a medida importava em uma restrição da liberdade individual, a Comissão entendeu que deveria ela cessar “desde que tenha penetrado na consciência popular a convicção de que perante a lei só o casamento civil forma e legitima a família e confere direitos civis”<sup>613</sup>, devendo a disposição sobre a precedência constar em texto de lei, segundo a faculdade do Legislativo, e não na Constituição, onde deveria apenas ser consagrado o princípio do exclusivo reconhecimento do casamento civil.

Para o deputado Tosta, que julgava que o Projeto da Constituição era ateu<sup>614</sup>, o decreto que criminalizava o sacerdote oficiante das núpcias sem que os nubentes tivessem provado a realização prévia do casamento civil, constituía-se em um atentado contra a consciência católica e contra a soberania da Igreja<sup>615</sup>. Deveria ser levada em conta a maioria católica do povo brasileiro, compelida a resolver, em consciência, o conflito “de obedecer antes ao Estado do que a Igreja, ou vice-versa”<sup>616</sup>. Entendia o deputado, ainda, que o Estado deveria atribuir os efeitos civis ao casamento católico.

---

<sup>612</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Congresso Constituinte da República de 1890 (Apêndice)**, p. 20.

<sup>613</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Sr. Senadores** (Sessões Preparatórias da Constituinte de 1890). v. 1. Disponível em <[http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais\\_Republica/1890/1890%20Livro%204.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1890/1890%20Livro%204.pdf)>. Acesso em 10 mar. 2017, p. 81.

<sup>614</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Congresso Constituinte da República de 1890 (Apêndice)**, p. 62.

<sup>615</sup> “É contra a consciência, porque o católico não considera legítimo o casamento civil, que para ele é um concubinato condenável; o católico só reconhece o casamento sacramento instituído por Cristo. Conseqüentemente, quando se estabelece a obrigação do casamento civil antes do religioso, impondo-se ao católico a fórmula: -Recebo a vós F... por minha legítima mulher, atenta-se contra o princípio democrático da liberdade de consciência (*não apoiados*), porque o católico não pode considerar legítima a mulher que sua consciência de crente diz ser uma concubina.” BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Congresso Constituinte da República de 1890 (Apêndice)**, p. 64.

<sup>616</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Congresso Constituinte da República de 1890 (Apêndice)**, p. 64.

Nesse mesmo sentido, o Deputado era da opinião de que os casamentos entre católicos deveriam continuar a ser regidos pelo direito canônico, ao passo que os casamentos mistos e entre acatólicos seriam celebrados enquanto contratos civis por escritura pública<sup>617</sup>. Ou seja, pretendia retornar ao estado da legislação anterior à República.

Na Reclamação do Episcopado Brasileiro dirigida ao Chefe do Governo Provisório 1890, os bispos criticaram a manutenção da obrigatoriedade do casamento civil no Projeto Constitucional, sendo, ainda, contraditório, por, ao mesmo tempo, enaltecer a liberdade religiosa e obrigar a precedência do contrato civil ao casamento<sup>618</sup>. Como efeito da Reclamação, foi aprovada a emenda que excluía a necessária precedência do casamento civil à cerimônia religiosa (§4º do art. 72), restando prejudicadas as demais emendas apresentadas ao artigo<sup>619</sup>.

Foram também rejeitadas as emendas do deputado Casimiro Junior, que queria ver incluída no art. 72 a expressão “sendo permitido o divórcio”<sup>620</sup>, e do Deputado Leopoldo Bulhões, pela qual se incluía o seguinte texto: “o laço conjugal dissolver-se-á pelo divórcio nos casos que a lei prescrever”<sup>621</sup>.

Desse modo, após a Constituição de 1891, o Governo, através do Aviso Circular de 15 de abril de 1890, entendeu pela liberdade de escolha da celebração estabelecida pelo art. 72, §4º e 7º, em detrimento da doutrina da precedência, de base francesa.

Campos Salles – então Senador, e que fora Ministro da Justiça à época da edição dos Decretos nºs. 181 e 521, ambos de 1890 – aborrecido com Aviso Circular de 15 de abril de 1890, apresentou projeto de lei em 1891 com o propósito de “restabelecer o verdadeiro principio do regimen do casamento civil, tal como elle se acha instituído na Republica”<sup>622</sup>. Subindo à tribuna do Senado, discursou em 13 de

---

<sup>617</sup> “Eu leio de novo o parecer da comissão para o Congresso ver que a comissão confessa ingenuamente que o casamento civil obrigatório importa restrição à liberdade individual, além de estar mal aceito e repudiado pelo país inteiro BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Sr. Senadores** (Sessões Preparatórias da Constituinte de 1890). v. 1, p. 376.

<sup>618</sup> Cf. RECLAMAÇÃO do Episcopado Brasileiro dirigida ao Exm. Sr. Chefe do Governo Provisório. **O Apostolo**, Rio de Janeiro, p. 1, 13 ago. 1890.

<sup>619</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Sr. Senadores** (Sessões Preparatórias da Constituinte de 1890). v. 1, p. 128.

<sup>620</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Sr. Senadores** (Sessões Preparatórias da Constituinte de 1890). v. 1, p. 443.

<sup>621</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Sr. Senadores** (Sessões Preparatórias da Constituinte de 1890). v. 1, p. 445

<sup>622</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Senado Federal** (Primeira Sessão da Primeira Legislatura). v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p 233.

junho de 1891 contra a ação do Governo de “legislar por meio de atos” e também contra a resistência ao moderno casamento secularizado:

Todos conhecem a tendência que cada vez mais se acentua na sociedade moderna: uma vez secularizado o direito, secularizado o casamento, todas as nações cultas vão compreendendo a necessidade de estabelecer meios e modos coercitivos, para que a cerimonia civil seja praticada antes da celebração de qualquer acto religioso. Assim está na legislação da França, da Hollanda, da Alemanha e da Suíça. [...]

Para Campos Salles, a tolerância religiosa teria limites e era preciso combater a resistência ao casamento civil, restabelecendo o verdadeiro princípio do regime republicano e atendendo à necessidade social, mantendo os termos do Decreto 521 de 1890<sup>623</sup>.

### **7.3 A indissolubilidade do vínculo matrimonial no Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues (1893)**

No “Manual do Súdito Fiel ou Cartas de um lavrador à sua Majestade o Imperador sobre a questão do elemento servil”, Coelho Rodrigues colige um conjunto de 12 cartas ao imperador por ele escritas e publicadas algumas no *Jornal do Commercio* e outras no *Jornal do Brazil* tratando a respeito da reforma da escravidão e sobre os percalços pelos quais passavam os senhores de escravos.

O Imperador era considerado o principal responsável pela ascensão da tese abolicionista e o Súdito Fiel lhe apresentava conselhos para afastar-se da tomada de decisões deslegitimadoras do poder senhorial capazes de instabilizar a ordem social, tidas e havidas por Rodrigues como abusos<sup>624</sup>.

---

<sup>623</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Senado Federal** (Primeira Sessão da Primeira Legislatura). v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p 238.

<sup>624</sup> Na “introdução” do *Manual do Súdito Fiel*, Coelho Rodrigues redige texto ao leitor defendendo não se tratar o texto de uma apologia à escravidão, tampouco um trabalho de fundo abolicionista. Confessa ele que “criado no meio de escravos e como senhor de escravos, não tenho à escravidão esse horror cômico e simulado, de que se mostram tão possuídos os conversos recentes do abolicionismo

Na Terceira Carta, o Súdito Fiel dialoga com o delegado do termo e com vigário após um almoço festivo. Ao término do almoço, o vigário confessa ao Súdito Fiel certa decepção com a monarquia e simpatia com a república: “A Bíblia também é republicana. Se ainda não sabia, leia o cap. 8º do 1º Liv. dos Reis”<sup>625</sup>.

A simpatia de Coelho Rodrigues com a República não significou necessária aderência sua às medidas secularizantes. Em texto intitulado “Retrospecto”, Coelho Rodrigues insurgiu-se contra os efeitos da República na América do Sul, chegando à conclusão de que a experiência era “deprimente, para não dizer desesperadora”<sup>626</sup>, por, inclusive, adotar as medidas forçadas como a “família civilizada pelo casamento contrato, pelo divórcio fácil, apesar de proibido” e a “precedência do casamento civil ao religioso”<sup>627</sup>. O autor da lei do casamento civil ainda criticou a Constituição de 1891 que “proibiu o casamento religioso em um país católico”<sup>628</sup>.

Em 1893 Coelho Rodrigues apresentou ao Governo o seu “Projecto de Código Civil Brasileiro”, concluído antes do prazo final de três anos previsto em julho

---

imperial, não; combato-a mais por convicção do que por zelo, e prefiro que ela continue mais algum tempo a que acabe proximamente, por uma luta, em todo o caso perigosa, e pode bem ser que sangrenta” Cf. RODRIGUES, Antônio Coelho. **Manual do súdito fiel, ou, cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil**. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884, p. 9-10.

<sup>625</sup> Idem, p. 39. Este capítulo citado corresponde ao 1º Livro de Samuel nas edições modernas da Bíblia, seguindo a tradição hebraica e não a numeração da *Septuaginta*. Neste capítulo é relatado o pedido das autoridades de Israel para que Samuel escolhesse um rei que lhe sucedesse. O Senhor Deus determinou a Samuel que alertasse ao povo quanto aos muitos direitos do monarca e que lhes fosse dado o que pediam, pois, o próprio Deus fora rejeitado como rei. Este trecho foi utilizado pelos republicanos como fundamento teológico de rechaço ao regime monárquico. Vide, como exemplo do manejo dessa passagem do Antigo Testamento, o jornal O Liberal do Pará do dia 6 de janeiro de 1870 em cuja primeira página estava a citada passagem bíblica estava transcrita, acompanhada do seguinte comentário “Assim se manifestou Deos, pela boca de Samuel, a respeito da realeza: a realeza é o despotismo, é a espoliação, é a desgraça de um povo. E si, não obstante, persistem em querel-a, no dia do clamor Deos não os livrará de um mal por elles mesmos procurado. Hoje, os que nos fallam em nome de Deos, os Samueis inspirados, os *mestres exclusivos da verdade*, inculcam que é *divino* o direito dos reis, e que em retribuição, ainda muito áquem dos benefícios e favores que nos fazem em espoliar-nos, *moriatur pro rege nostro*. A contradicção e palpavel. É Deos que se contradiz?!... Ou é o interesse teocrático, que fala conforme as occasiões?;...” (LIBERAL do Pará. Belém do Pará: [s.n.], p. 1, 6 jan. 1870) (grifos como no original).

<sup>626</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. **A República na América do Sul ou, um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos**. Brasília: Senado Federal, 2016, p. 87.

<sup>627</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. **A República na América do Sul ou, um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos**. Brasília: Senado Federal, 2016, p. 88.

<sup>628</sup> No capítulo a acerca dos “Defeitos e efeitos negativos da Constituição”, Coelho Rodrigues assim refere sobre a primeira Constituição republicana recentemente promulgada: “aboluiu o culto oficial da religião do povo quase unânime, deixando impresso na nossa bandeira, no *Diário Oficial* e nas nossas leis o cunho de outra, parece uma paródia daquela; – proibiu casamento religioso num país católico; e, para obrigar os padres ao serviço militar, desnaturalizou os que se escusassem dele, alegando motivo de *crença religiosa*” (cf. RODRIGUES, Antônio Coelho. **A República na América do Sul ou, Um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos**. Brasília: Senado Federal, 2016, p. 56).

de 1890, quando incumbido de tal tarefa. Em sua Exposição de Motivos, Coelho Rodrigues diz que teve a ideia de autorizar a dissolução do vínculo em caso de adultério, mas que recuou diante "dos progressos, que tem feito o divorcio em França, e mesmo em Génève, para onde foi transportada a lei *Naquet* e onde constou-me, quando lá estive ultimamente, já existir uma mulher de 25 annos, casada ou já divorciada pela terceira vez!"<sup>629</sup>. Segundo Coelho Rodrigues, "o melhor é não deixar no nosso código a porta aberta ao amor libertino"<sup>630</sup>. Assim, mantém ele a coerência com o que estabelecera no projeto da lei de casamento civil, reconhecendo, ainda, o esforço dos positivistas em evitar a adoção daquilo que denominava "Naquetismo"<sup>631</sup>.

No art. 1.823 do seu projeto, o casamento legítimo é definido como "a união indissolúvel e perpetua e entre um homem e uma mulher, desimpedidos para constituírem família, concordada e celebrada na conformidade da lei civil". Nota-se, aí, a expressa referência à lei civil como legitimadora do casamento e a indissolubilidade como nota fundamental da instituição.

Quanto às formalidades do casamento, o projeto filia-se ao que já era até então praticado, sobretudo considerando que fora o próprio Rodrigues o autor da lei de casamento civil então em vigor.

Coelho Rodrigues introduziu no artigo 1.914, §1º a ignorância do estado civil ou religioso como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, que tornava anulável o casamento (art. 1.913).

As regras da dissolução do casamento e divórcio (arts. 2.096 a 2.118) são constem em praticamente as mesmas constantes do Decreto 181 de 1890 (arts. 80 a 94), com desenvolvimento de alguns dispositivos, sem, contudo, repercussões de maior vulto.

---

<sup>629</sup> RODRIGUES, Antonio Coelho. **Projecto do Codigo Civil precedido da Historia Documentada do mesmo e dos anteriores**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & C., 1897, p. 37.

<sup>630</sup> RODRIGUES, Antonio Coelho. **Projecto do Codigo Civil precedido da Historia Documentada do mesmo e dos anteriores**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & C., 1897, p. 37.

<sup>631</sup> "Posso dizel-o sem suspeita de parcialidade, porque o positivismo religioso não me é nada sympathico. Pelo contrario, apesar de não ser bom catholico, em sentido ultramontano, ainda não pude perdoar-lhe a afronta que dez à religião da quase unanimidade dos brasileiros, abolindo o culto oficial e substituindo o lemma romano – *in hoc signo vinces* – o seu característico – *ordem e progresso* [...]" RODRIGUES, Antonio Coelho. **Projecto do Codigo Civil precedido da Historia Documentada do mesmo e dos anteriores**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & C., 1897, p. 38.

## 7.4 Primeiras propostas divorcistas

Em 20 de junho de 1893, o deputado Érico Marinho da Gama Coelho apresentou um projeto de lei de casamento civil composto de doze artigos. Foi esta primeira proposição divorcista apresentada no Parlamento brasileiro. Entendendo que o Decreto Legislativo editado pelo Governo Provisório era incongruente e que necessitava de reparos pelo Congresso, a proposta de Érico Coelho propunha alterar algumas disposições do Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890.

Em síntese, apontou que o decreto era uma lei manca, sendo incongruente com a conquista do casamento civil. Isto porque, se, por um lado, permitia a separação de corpos e de bens, por outro lado, proibia que os “foragidos do casamento” pudessem constituir novas famílias legítimas<sup>632</sup>.

Em debate acerca da precedência do casamento civil sobre o católico, apontou que se deveria considerar o casamento em esferas distintas. Defendendo o casamento civil, mas sendo contrário à sua obrigatoriedade, dizia Érico Coelho que “quem não quizer contrahir casamento na forma da lei, não deve ficar inibido de casar pela graça de Deus”<sup>633</sup>.

Para Érico Coelho a indissolubilidade do casamento temporal seria um fetiche, não havendo maiores em debates quanto a esta perspectiva<sup>634</sup>. Para o Deputado Badaró, o projeto de Coelho trazia a “novidade” do divórcio o qual, “si não é contemporaneo do casamento, precede-o de algumas semanas”<sup>635</sup>.

No art. 8.º do Projeto estava estampado que: “considera-se dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges ou pela sentença de divórcio”. O art. 9.º trazia uma lista das hipóteses em que era possível haver divórcio, dentre as quais o “mútuo consentimento dos cônjuges” e a “esterilidade absoluta do casal, decorridos 10 anos do casamento, a pedido do cônjuge aparentemente apto para gerar, e manifesta de qualquer modo a inaptidão do outro”. A ação fundada na esterilidade não

---

<sup>632</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Deputados** (Terceira Sessão da Primeira Legislatura). v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, p. 327.

<sup>633</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Deputados** (Terceira Sessão da Primeira Legislatura). v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, p. 327.

<sup>634</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Deputados** (Terceira Sessão da Primeira Legislatura). v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, p. 326.

<sup>635</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Deputados** (Terceira Sessão da Primeira Legislatura). v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, p. 331.

teria lugar se fosse intentada pelo homem em face da mulher com mais de 40 anos na época em que contraiu o casamento, ou pela mulher em face do homem maior de 50 anos na referida época<sup>636</sup>. A proposta de Érico Coelho foi rejeitada na Câmara, sendo renovada a pretensão divorcista no Senado em 1896, pela Comissão de Legislação e Justiça do Senado, através de substitutivo ao Projeto Leite e Oiticica, sem sucesso.

Destaca-se, ainda, a proposta do Senador sergipano Martinho Garcez, para quem o casamento civil no Brasil chegou "castrado, por que lhe tiraram o seu complemento que é o divórcio a vinculo e com a palavra divórcio apenas estabeleceram o desquite, menos nobre e digno do que era pelas disposições da igreja catholica"<sup>637</sup>.

Sua atuação no Senado e sua obra "Pelo Divórcio" são considerados como o pontapé inicial da luta pelo divórcio no Brasil. Segundo Gelson Fonseca, o grande mérito de Garcez foi o de, apesar das iniciativas anteriores, conseguir levar o tema do divórcio ao debate público em termos mais robustos, suscitando, inclusive, intensos debates com Rui Barbosa<sup>638</sup>.

Este confronto de ideias teve início a partir da discussão projeto de lei tratando da dissolução do casamento pelo divórcio, inclusive por mútuo consentimento dos cônjuges, apresentado em 19 de julho de 1900 por Garcez<sup>639</sup>.

Na oportunidade da discussão do projeto no Senado, em 30 de julho de 1900, o Senador Pe. Alberto Gonçalves recordou que a Câmara repelira a ideia do divórcio quatro anos, não havendo reclamos da população em favor da medida, no que foi apoiado por Rui Barbosa, que julgava ser aquele "o sentimento geral do paiz"<sup>640</sup>.

O debate entre Rui Barbosa e Garcez desenvolve-se longamente a ponto de tergiversarem ambos sobre os fundamentos bíblicos e sociais da indissolubilidade conjugal. Para Rui Barbosa, "a dissolubilidade do casamento tem por fim favorecer a

---

<sup>636</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Deputados** (Terceira Sessão da Primeira Legislatura). v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, p. 331-333.

<sup>637</sup> GARCEZ, Martinho. **Do Direito da Família**: segundo o Projecto de Codigo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1914, p. 10.

<sup>638</sup> FONSECA, Gelson. **Divórcio para os não católicos**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958, p. 76.

<sup>639</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Senado Federal** (Primeira Sessão da Quarta Legislatura). v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, p. 260.

<sup>640</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Senado Federal** (Primeira Sessão da Quarta Legislatura). v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, p. 271.

constituição de outro. A polygamia sucessiva é o que o divorcio significa”, ao que Garcez redargui: “a indissolubilidade do vinculo conjugal não é só contraria á natureza humana, ao direito e á liberdade individual [...] é também contraria á justiça; porque sendo o divorcio um remédio aos casaes infelizes [...] não é licito ao Estado negal-a”<sup>641</sup>.

Nesta data, Rui Barbosa pronuncia um extenso discurso que não consta dos Anais do Senado daquele ano, tampouco em seu Apêndice. Rui fez publicar na imprensa à época vários arrazoados contra o divórcio, expondo o estado da questão no Senado, sobretudo a aprovação da matéria em 1ª discussão<sup>642</sup>. Em um desses artigos, publicado em 5 de agosto de 1900, Rui Barbosa vaticinava em tom irônico:

Os divorcistas estão menos longe da vitória do que os seus antagonistas pretendem, e que alguns anos mais de persistência nesta reivindicação subversiva da felicidade dos nossos lares bastarão, para nos inscrever, macaqueadores satisfeitos do protestantismo germânico e da impiedade francesa, no rol dos povos civilizados da poligamia ocidental.<sup>643</sup>

Dentre as causas determinadas do divórcio do Projeto Garcez figuravam como absolutas, por exemplo: adultério de um dos cônjuges, sevícias e injúrias graves, abandono da mulher pelo marido e do marido pela mulher durante dois anos consecutivos; e como relativas, a demência ou loucura irremediável de um dos cônjuges, condenação de um dos cônjuges a 10 anos ou mais de prisão, dentre outras.

As causas absolutas, quando provadas, determinariam a dissolução do casamento, ao passo que as relativas só implicariam na dissolução quando o juiz tivesse absoluta convicção da impossibilidade de coabitação conjugal (art. 4º). Não havendo essa convicção, o juiz se limitaria a proferir a separação dos corpos. Passados dois anos em separação de corpos, insistindo os cônjuges, ou um deles, no

<sup>641</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Annaes do Senado Federal** (Primeira Sessão da Quarta Legislatura). v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, p. 271.

<sup>642</sup> Estes artigos foram reunidos pela Fundação Casa de Rui Barbosa no tomo IV do volume XXVII de suas Obras Completas, (cf. BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. v. XXVII 1900. t. IV. Rio de Janeiro: 1975).

<sup>643</sup> BARBOSA, Rui. O Divórcio no Senado. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. v. XXVII 1900. t. IV. Rio de Janeiro: 1975, p. 279.

pedido de divórcio, o juiz o decretaria, se durante esse tempo não tivesse havido reconciliação entre os cônjuges, mesmo que temporária (art. 5º).

Após a segunda discussão, foi encaminhado para a Comissão de Justiça e Legislação do Senado a qual, em 19 de agosto de 1903 emitiu o Parecer nº 103, requerendo que o processo fosse remetido à Comissão Especial do Código Civil, já que o assunto poderia neste ser incluído, o que foi aprovado<sup>644</sup>.

## 7.5 Uma secularização ainda incompleta(?): os debates a respeito do divórcio vincular e o Projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua

### 7.5.1 *Natureza do casamento civil e divórcio no pensamento de Clóvis Beviláqua*

Para Clóvis Beviláqua, autor do projeto que se converteu no primeiro Código Civil brasileiro, o casamento civil é - a rigor e simplesmente - aquele celebrado e reconhecido exclusivamente pelo Estado. Esta doutrina seria adotada “pela maioria dos povos cultos” como corolário da secularização do direito. Além disso, tratava-se de “uma imperiosa necessidade que já se acha quase completamente traduzida em facto”, dizia o autor em 1896<sup>645</sup>.

No seu entender, o casamento civil consistiu no Brasil em consequência necessária da separação dos poderes espiritual e temporal<sup>646</sup>. O direito francês – além dos fatos e doutrina posteriores ao Código de Napoleão, “mãe fecunda de vasta prole”<sup>647</sup> – teria tomado como ponto de partida do movimento de secularização do casamento que “vae avassalando o direito civil moderno”<sup>648</sup>. Assim, de maneira definitiva, este processo teria ocorrido pela completa dissociação – no campo da lei estatal – dos elementos contratual e o sacramental do casamento. Diante disso, afirma Clóvis Beviláqua que:

<sup>644</sup> BRASIL. Senado Federal. **Relatorio do Presidente do Senado Federal (1905)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906, p. 16.

<sup>645</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa e C<sup>a</sup> – Editores, 1896. p. 114.

<sup>646</sup> Cf. BEVILAQUA, Clovis. **Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Tipographya de F. P. Boulitreau, 1893, p. 105.

<sup>647</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa e C<sup>a</sup>, 1896, p. 116.

<sup>648</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa e C<sup>a</sup>, 1896, p. 116.

Tendo a religião por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o christianismo elevado este acto á categoria de um sacramento, ainda hoje ha juristas que se arreceiam do declaral-o um contracto. Mas, como era impossivel manter hoje no direito definitivamente secularizado, esse exotismo de sacramento, dizem que é um *acto*<sup>649</sup>.

Amparando-se na classificação dos contratos de Enrico Cimbali, o casamento seria, a um só tempo, *pessoal* e *social*, pois une e integra os cônjuges por toda a vida e produz efeitos que ultrapassam as partes, alcançando terceiros por intermédio do casal. Tratar-se-ia de um contrato semelhante aos demais, tendo por objeto e sujeitos as pessoas dos cônjuges, que criam direitos e obrigações mútuas, com finalidades de interesse social, sendo causa geradora e mobilizadora da existência humana<sup>650</sup>.

Não poderia subsistir, no entanto, necessária associação entre a natureza contratual do casamento e o divórcio, dado que as obrigações resultantes da avença não seriam transitórias<sup>651</sup>. Assim, o casamento:

Não se confunde com outros contractos, por seu objecto, por seus fins, por sua natureza social, que domina o arbítrio dos indivíduos: mas é o resultado do accôrdo de duas vontades, que, livremente, concorrem para a criação de direitos e deveres recíprocos, direitos e deveres em relação á prole, direitos e deveres para com a sociedade<sup>652</sup>.

Para Clóvis, o Decreto de 24 de janeiro de 1890 empreendeu à secularização do direto “em suas attinencias com o casamento” e, embora não tenha admitido o divórcio vincular, reconheceu outras causas para separação conjugal

---

<sup>649</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa e C<sup>a</sup>, 1896. p. 27. Esta ideia de casamento como contrato é ainda assimilada por Beviláqua em textos posteriores, como no “Em Defesa ao Projeto de Código Civil”, sendo, ainda ratificada em seus “Comentários ao Código Civil de 1916”, em que afirma: “O casamento é uma contracto. Não têm fundamento os escrúpulos daquelles juriconsultos, que se recusam a ver, no casamento, essa feição contratual, que certamente não existia nos rudes tempos primitivos, porém que se lhe não pode negar, desde que tomou por base o consenso dos cônjuges, desde que estes, livremente, assumiram os encargos decorrentes da sua união” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v.2. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1980 (Edição Histórica), p. 518).

<sup>650</sup> BEVILAQUA, Clovis. Problema do Divórcio. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org). **Escritos Esparsos de Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995, p. 48.

<sup>651</sup> BEVILAQUA, Clovis. Problema do Divórcio. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org). **Escritos Esparsos de Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995, p. 47.

<sup>652</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v.2. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1980 (Edição Histórica), p. 518.

perpétua<sup>653</sup>. A não aceitação do divórcio *a vinculis* no decreto teria se lastreado em elevadas razões como a “respeitabilidade com que é cercada a família brasileira, a honestidade vulgar de nossas patrícias, [e] os costumes de nosso povo”<sup>654</sup>.

Já em 1893, Clóvis assinalava que a questão do divórcio lhe parecia um ponto muito sensível, em invocar, para tanto, razões de cunho religioso:

É uma questão certamente melindrosa esta. Com a simples separação, cria-se uma situação legal que, além de impor um injusto constrangimento ao cônjuge inocente, impellerá os separados a contrahirem relações ilícitas e a procrearem filhos extra-matrimoniaes o que importa numa perturbação da moralidade e da vida social. Por outro lado, acenar com o divórcio, na aceção lata da palavra, é provocar talvez desuniões frequentes que ainda mais profundamente dissolverão a coesão das famílias se da sociedade, em geral<sup>655</sup>.

À época, não parecia fácil a Clóvis decidir qual das instituições deveria ser escolhida, se a separação ou o divórcio a vínculo, embora afirmasse ter acertado o legislador ao não criar “artificialmente uma perigosa instituição que não era pedida

<sup>653</sup> É importante frisar que Clóvis utiliza as expressões “divórcio no sentido amplo”, “divórcio à moda romana” e “divórcio propriamente dito” para designar o divórcio vincular, extremado-o, assim, da “separação de corpos” e do divórcio canônico *quoad thorum et cohabitationem*. Nesse sentido, veja-se o manejo desses diversos termos na obra “Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado”, abundantemente citada neste capítulo (Cf. BEVILAQUA, Clovis. **Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Tipographya de F. P. Boulitreau, 1893, p. 132 e 144.). Este trabalho de Beviláqua foi publicado em 1893 com o propósito de suprir a falta de compêndios que pudessem ajudar o alunado no estudo da comparação das leis brasileiras com as estrangeiras. Clóvis Beviláqua fora nomeado em 1891 lente da recentemente criada cadeira de Legislação Comparada na Faculdade de Direito do Recife, de modo que esta obra de 1893 revela o pensamento de um jovem professor transmitido em suas aulas aos estudantes da 3ª série do curso de Ciências Sociais da Faculdade de Direito do Recife no final do século XIX. Clóvis procura traçar um quadro histórico e comparativo de vários institutos fundamentais de direito privado, no seu sentir, “os mais grossos pilares sobre os quaes se arrima a construção jurídica”, sem, contudo, deter-se amiúde sobre o conteúdo de tais instituições, objeto de outras disciplinas. (BEVILAQUA, Clovis. **Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Tipographya de F. P. Boulitreau, 1893, p. 142, p. 2). Dos vinte e um capítulos da obra, nove são dedicados ao direito de família, desde os esponsais (capítulo XIII) até a tutela e curatela (capítulo XXI). No capítulo XIX, dedicado exclusivamente ao instituto do divórcio, consigna-se breve registro histórico da sua existência entre os mais variados povos da antiguidade, como os hindus, os gregos e os hebreus, até o direito romano canônico, com suas influências sobre a denominada “primeira fase do direito pátrio”, compreendida como aquela anterior à proclamação da República, além da comparação com legislações de outros países.

<sup>654</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Tipographya de F. P. Boulitreau, 1893, p. 142. É de se notar que esta afirmação *ipsis litteris* será reafirmada por Clóvis Beviláqua em outras oportunidades, inclusive quando dos debates na Câmara a respeito do divórcio vincular no Código Civil.

<sup>655</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Tipographya de F. P. Boulitreau, 1893, p. 142.

pelas necessidades sociaes”<sup>656</sup>. Isto ainda lhe provocava a reflexão em 1896 quando publicou seu *Direito de Família*. Nele, Clóvis consigna *ipsis verbis* que:

Não é fácil decidir qual das duas instituições, a separação de bens e o divórcio, deve ser preferida, em razão simplíssima de que os problemas sociaes se não devem resolver em abstracto, mas, sempre, em vista das condições e das necessidades moraes, intellectuaes, physicas e econômicas do povo ou dos povos a que vae ser aplicada a solução dada.<sup>657</sup>

Deve-se recordar que neste período – finais do século XIX – já se encontravam em discussão no Parlamento o projeto de lei de Érico Marinho favorável ao divórcio vincular, a exigir do jurista-professor a tomada de posição a respeito de um tema tão delicado.

Tendo, então, que escolher por um dos dois caminhos, a solução teórica de Clóvis era a seguinte: permitir o divórcio em casos graves e taxativamente limitados pela lei, proibindo o cônjuge culpado de contrair novas núpcias<sup>658</sup>. Este recurso ao divórcio, contudo, somente lhe parecia oportuno quando inequivocamente exigidas pelas circunstâncias sociais do país, não sendo este o caso do Brasil de então, segundo o seu parecer.

Dessa forma, a concepção teórica de Beviláqua a respeito do casamento e dos direitos dos cônjuges tem que, embora estes sejam livres para casar, não possuiriam liberdade para dissolver o vínculo, visto estarem em apreço não apenas os seus próprios interesses, como também os de outras pessoas e os da sociedade em geral. Nota-se, portanto, um enfoque contratual do casamento fundado não em premissas individualistas e voluntaristas, mas em uma eticidade de fundo organicista e inspirado em Spencer:

Estudando as varias formas da família, achou effectivamente Spencer que a evolução dos typos familiaes está em correlação com a evolução da intelligência e do sentimento; que as relações domesticas mais

---

<sup>656</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Tipographya de F. P. Boulitreau, 1893, p. 142.

<sup>657</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa & C<sup>a</sup>, 1896, p. 356.

<sup>658</sup> Cf. em BEVILAQUA, Clovis. **Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Tipographya de F. P. Boulitreau, 1893, p. 143 e também em BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa & C<sup>a</sup>, 1896, p. 356, p. 358-359.

elevadas, sob o ponto de vista ethico, são também as mais elevadas sob o ponto de vista biológico e sociológico.<sup>659</sup>

Pela visão organicista comungada por Beviláqua, a família constituía uma célula vital da sociedade, a exigir especial proteção contra as patologias que prejudicariam o todo orgânico, daí a necessidade de se conservar o contrato matrimonial que a família encerra<sup>660</sup>.

A ampla liberdade para o divórcio também deveria ser combatida porque assim como haveriam pessoas predestinadas para o crime, existiriam também outras vocacionadas ao divórcio, as quais, com o tempo, após sucessivas dissoluções, poderiam se tornar incorrigíveis<sup>661</sup>.

Clóvis Beviláqua reconhecia, ao final, que a discussão a respeito do divórcio transcenderia os limites do jurídico, alcançando os domínios da moral, da sociologia, do direito, dos costumes e mesmo da educação<sup>662</sup>. Daí que as posições a respeito da indissolubilidade do vínculo matrimonial poderiam ser várias a depender de certas visões mundo e, em particular, da própria sociedade.

### 7.5.2 *O divórcio no Projeto Beviláqua*

Clóvis Beviláqua foi convidado em 1899 pelo então Ministro da Justiça, Epiácio Pessoa, para contribuir com a quinta tentativa de codificação do direito civil brasileiro. Uma vez aceito o convite, Beviláqua apresentou em outubro daquele ano o projeto daquele que seria o Código Civil de 1916.

Em que pese ter Clovis Bevilaqua defendido em trabalhos anteriores, como visto, uma eventual hipótese de divórcio – em casos graves e limitados pela lei – não

<sup>659</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa & C<sup>a</sup>, 1896, p. 4.

<sup>660</sup> BEVILAQUA, Clovis. Problema do Divórcio. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org). **Escritos Esparsos de Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995, p. 49. Em semelhante tônica organicista, Almachio Diniz sustentava que “desfeito o matrimonio em absoluto está desfeita, consequentemente, a instituição familiar. [...] O fim da materia é a desagregação molecular. O fim das sociedades ocorre fatalmente pela desagregação familiar.” (DINIZ, Almachio. **Tratado de Theoria e Praxe do Divorcio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1916, p. 53).

<sup>661</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa & C<sup>a</sup>, 1896, p. 359-360.

<sup>662</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v.2. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1980 (Edição Histórica), p. 743.

ousou ele sugerir mudanças no tratamento de uma matéria tão complexa e sobre a qual abundavam convergências e divergências<sup>663</sup>. Para Pontes de Miranda, há aí contismo atenuado em Beviláqua, a divisá-lo de outros contemporâneos da Faculdade de Direito do Recife que tiveram contato com as doutrinas materialistas e defenderam o divórcio vincular no Congresso<sup>664</sup>.

Não são percebidas contradições entre o pensamento do professor de 1893, autor de “Lições de Legislação Comparada” e o projetista de 1899. Pelo contrário: como jurista, na condução de sua cátedra, Clóvis pôde expressar a razoabilidade da alternativa do divórcio, ainda que em termos vagos, ressaltando não achar preparada a sociedade brasileira para tanto e, sequer, necessária a medida.

Quando lhe foi dada a oportunidade de sugerir um novo rumo na questão, em 1899, entendeu ainda não estarem satisfeitas as condicionantes que reputava ideais para o divórcio.

Assim, a indissolubilidade do vínculo conjugal figurou ostensivamente no Projeto Primitivo no artigo 377 que estabelecia: “O divorcio não dissolve o vinculo matrimonial, mas autoriza a separação dos cônjuges e faz cessar o regime dos bens, como si o casamento fosse dissolvido”. Também se repete a mesma ideia no artigo 385: “O casamento válido só se dissolve por morte de um dos cônjuges” e no parágrafo único do artigo 394, que dispunha: “O vinculo conjugal é perpetuo e indissolúvel, e só se rompe pela morte de um dos cônjuges [...]”<sup>665</sup>.

Confrontado em relação às suas posições anteriores durante os debates do projeto na Câmara dos Deputados, Clóvis assim se justificou:

Si eu tivesse de decidir theoreticamente o assumto, fal-o-hia, como o fiz, em meu livro de *Direito das Familias*; acharia o divorcio possível em casos gravísimos, taxativamente limitados na lei; mas, considerando a nossa situação, conhecendo, como presumo conhecer, um pouco a

<sup>663</sup> Afirmava Clóvis: “É que alguns pedem remedios geraes, embora violentos, para casos particulares, sem duvida pungitivos, e outros propõem soluções abstractas para um problema social que, como todos os seus congenes, deve ser resolvido em vista das condições e das necessidades moraes, intellectuaes, physicas e economicas do grupo social que se tem em vista.” (BEVILAQUA, Clóvis. **Em Defeza do Projeto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906, p.97-98.)

<sup>664</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 6.

<sup>665</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos á sua elaboração. v. 1. Rio de Janeiro, 1917, p. 144; 313.

nossa sociedade, acho que o legislador brasileiro não o deve decretar no momento presente<sup>666</sup>.

A ameaça à organização social é o mote principal da argumentação de Beviláqua a fundamentar seu rechaço ao divórcio. No “Em Defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro”, publicado em 1906 com respostas às críticas ao projeto, Clóvis sustentou que o divórcio vincular facilitaria o “incremento das paixões animais”, com prejuízos aos laços familiares e à organização social, com recuo do estado moral da sociedade para “poligamia sucessiva, que, sob a forma de poliandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto”<sup>667</sup>.

No tocante aos filhos, estes seriam privados da atmosfera do lar, onde recebem a primeira educação e é lhes talhado o caráter<sup>668</sup>. O erro do divórcio residiria, ainda, no egoísmo que o fundamenta, sobretudo em considerando o divórcio fundado em incompatibilidade de gênios ou mesmo “porque, desvanecidos os arroubos dos primeiros tempos, outro amor tenha surgido”<sup>669</sup>.

É de se notar, uma vez mais, que Clovis Bevilaqua não lançava mão de argumentos ético-religiosos para sustentar a sua posição, procurando construir uma exposição sob o ponto de vista sociológico-jurídico. Nesse sentido, faz lembrar a secularização do direito, argumentando:

Tal é certamente, a doutrina tradicional da igreja, ensinada por suas maiores figuras representativas. Por isso mesmo, não concebo como haja católicos favoráveis ao divórcio. Mas a questão não deve ser colocada nesse terreno, tanto porque o nosso direito é, radicalmente, leigo, quanto porque os motivos de ordem religiosa são estranhos à minha organização mental. Pondo a questão no campo do direito, vejo que se levantam duas objeções principais contra a indissolubilidade do matrimônio. Uma invoca a liberdade humana, que o vínculo matrimonial constrange, se lhe atribuem a perpetuidade. Pretende a outra que do caráter contratual do casamento resulta, necessariamente, a possibilidade do distrato. Se resulta do concurso das vontades, pela mesma causa se lhe há de por termo<sup>670</sup>.

<sup>666</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 654.

<sup>667</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Em Defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906, p.97-98.

<sup>668</sup> BEVILAQUA, Clovis. Problema do Divórcio. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org). **Escritos Esparsos de Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995, p. 44.

<sup>669</sup> BEVILAQUA, Clovis. Problema do Divórcio. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org). **Escritos Esparsos de Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995, p. 45.

<sup>670</sup> BEVILAQUA, Clovis. Problema do Divórcio. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org). **Escritos Esparsos de Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995, p. 46-47.

Combatendo o argumento da liberdade para o divórcio vincular, não reputa argumento válido, já que ela é limitada pelas necessidades que se impõem da coexistência humana:

A questão, portanto, não é saber se a liberdade exige que os casamentos se possam dissolver segundo o arbítrio, o capricho, ou as tendências poligâmicas de cada um; o que devemos indagar é se essa liberdade incondicionada é, ou não, perturbadora, dissolvente da organização social; se favorece, ou não, os fins culturais da humanidade<sup>671</sup>.

Portanto, no sentir de Beviláqua, a indissolubilidade se faz relevante pelos efeitos que produz na vida coletiva e pela imediata transformação que esta lhe imprime, assimilando como energia criadora de novos elementos sociais. A evolução das civilizações mostraria que o divórcio é um retrocesso, porquanto contrário à tendência de aperfeiçoamento da disciplina sexual, com vistas à moralidade e dignidade que se fixam na monogamia indissolúvel: “é a marcha da dispersão da para a unidade, do caos para o cosmos, da animalidade originária para a socialização espiritual”<sup>672</sup>.

### *7.5.3 As discussões acerca do divórcio na Comissão Revisora e na Comissão Especial da Câmara dos Deputados.*

Recebido o Projeto Primitivo pelo Governo, este solicitou pareceres de juristas quanto ao projeto, e organizou uma Comissão Revisora que se reuniu no ano de 1900 para examiná-lo.

Na 13ª reunião, realizada em 11 de maio de 1900, sob a presidência de Epitácio Pessoa, Francisco de Paula Lacerda de Almeida tentou incluir dentre os impedimentos matrimoniais o voto de castidade dos religiosos, pois, mesmo tendo

---

<sup>671</sup> BEVILAQUA, Clovis. Problema do Divórcio. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org). **Escritos Esparsos de Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995, p. 47.

<sup>672</sup> BEVILAQUA, Clovis. Problema do Divórcio. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org). **Escritos Esparsos de Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995, p. 50.

havido a separação Estado e Igreja, a Constituição reconhecia os cultos do país, além de violar os sentimentos de moralidade o casamento de clérigos. Barradas e Olegário Herculano rechaçaram a proposta por se tratar de matéria de direito canônico e estar o casamento secularizado<sup>673</sup>.

Na 19ª reunião, realizada em 4 de junho de 1900, a Comissão aprovou a substituição dos artigos 380 e 381 do Projeto Primitivo pelo texto do que passaria a ser o artigo 394. A matéria conjugada dizia a respeito às hipóteses de dissolução da sociedade conjugal (morte, nulidade do casamento e sentença de divórcio), com a ressalva do parágrafo único, segundo o qual “o vínculo conjugal é perpetuo e indissolúvel, e só se rompe pela morte de um dos conjuges; não sendo applicavel a este caso a presumpção de que trata o art. 10 da parte geral”<sup>674</sup>.

O Presidente da República Campos Salles encaminhou, no dia 17 de novembro de 1900, o Projeto Revisto do Código Civil ao Congresso Nacional<sup>675</sup>. Uma vez recebido o Projeto, diversos pareceres foram enviados ao Parlamento, por solicitação do 1º secretário da Câmara dos Deputados. De todos, apenas o da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro; o do Superior Tribunal de Justiça do Maranhão e o do Desembargador Lima Drummond abordaram a questão do divórcio e da indissolubilidade do vínculo conjugal.

O parecer da Comissão Especial, no título denominado “Principais Ideias Vencedoras”, traz especial destaque para o que chamou de “*magna vexatoque* questão do divorcio<sup>676</sup>”. Esta foi apontada como a mais solene de todas as discussões travadas no seio da comissão, com participação fervorosa de vários oradores, deputados, membros ou não da comissão, advogados, magistrados e professores de Direito que estiveram presentes e contribuíram com o debate.

O parecer da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro criticou a manutenção do divórcio por mútuo consentimento, afirmando ser lamentável sua inclusão no projeto, por aparelhar abusos como fraudes contra credores e a coação

---

<sup>673</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos á sua elaboração. v. 1. Rio de Janeiro, 1917, p. 380.

<sup>674</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos á sua elaboração. v. 1. Rio de Janeiro, 1917, p. 410.

<sup>675</sup> O Projeto Revisto, assim como as mensagens de Campos Salles e de Epitácio Pessoa, podem ser encontrados em BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 159 e segs.

<sup>676</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. v. 8. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 35.

do marido para que a mulher possa aderir à separação. Além disso, elogiaram o fato de o projeto repelir o divórcio<sup>677</sup>. Em resposta, Clóvis sublinhou haver no parecer confusão entre o divórcio romano, *a vinculo*, e o divórcio canônico, ou simples separação de pessoas e de bens: só mediante essa confusão poderia se explicar o posicionamento dos fluminenses<sup>678</sup>.

O Supremo Tribunal de Justiça do Maranhão, em seu parecer, entendeu que a questão do divórcio se mostrava mais social do que jurídica. Portanto, “a dissolução do vínculo conjugal é uma consequência lógica e necessária do divórcio entre os cônjuges, dadas as causas que determinam este - de impossibilidade de vida comum”<sup>679</sup>. Consideravam que separar os corpos, partilhar os bens, dividir os filhos e até proibir a mulher condenada na ação de divórcio de usar do nome do marido, mas conservar indissolúvel o laço que ligava os cônjuges, seria uma “triste reminiscência do regime theológico social e que não se compadece com a instituição do casamento civil, modelada, pela orientação da organização política”<sup>680</sup>.

Entendiam, portanto, que deveria haver ostensivo rigor no processo de divórcio, que seria admitido apenas em causas gravíssimas, mas que, uma vez decretado, produziria o rompimento do vínculo matrimonial<sup>681</sup>. Esta posição aproximava-se em muito da ideia de Clóvis, apresentada em seus escritos mais antigos. Não há, contudo, registro de respostas de Clóvis a tal parecer.

Pelo parecer do Desembargador Lima Drummond, do Instituto dos Advogados, foi defendida a posição do Projeto Revisto, concordando com a indissolubilidade do vínculo conjugal.<sup>682</sup>

Em sessão de 26 de julho de 1901, foi nomeada pelo Presidente da Câmara dos Deputados a Comissão Especial, composta por 21 membros (além dos convidados), encarregada de elaborar um parecer sobre o Projeto Revisto enviado pelo Poder Executivo. A matéria foi dividida entre diferentes membros, ficando o

---

<sup>677</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 41.

<sup>678</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 620.

<sup>679</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 103.

<sup>680</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 103.

<sup>681</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 103.

<sup>682</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 356.

deputado piauiense Anísio de Abreu responsável pela análise e relatório dos artigos 218 a 411<sup>683</sup>.

Das atas dos trabalhos da Câmara consta que, no dia 05 de agosto de 1901, dentre as várias emendas enviadas, uma delas, de autoria do Deputado Moreira Alves, propunha o rompimento do vínculo conjugal pelo divórcio:

Suprîma-se o paragrapho unico do art. 394, e accrescente-se ao art. 396, o seguinte:

Paragrapho unico. O divorcio rompe o vinculo conjugal, sendo extensiva esta disposiçãõ aos casos já julgados por occasiãõ de ser promulgada a presente lei<sup>684</sup>

No dia 08 de novembro de 1901 teve lugar a 22ª reunião da Comissão Especial, estando presentes os membros Seabra, F. Tolentino, Sá Peixoto, Arthur Lemos, Luiz Domingues, Anísio de Abreu, Frederico Borges, Tavares de Lyra, Camillo de Hollanda, Teixeira de Sá, Sylvio Romero, José Monjardim, Oliveira Figueiredo, Sá Freire, Benedicto de Souza, Hermenegildo de Moraes, Alencar Guimarães e Rivadavia Corrêa. A reunião contava, ainda, com a presença dos convidados: Clovis Beviláqua, Coelho Rodrigues, Andrade Figueira, Alencar Araripe, M. F. Correia, Gabriel Ferreira, Solidonio Leite, Carlos Perdigão, Fabio Leal e Salvador Muniz.

Da análise das atas nota-se a coerência de Clóvis Beviláqua quanto aos fundamentos de defesa da indissolubilidade do vínculo no Projeto do Código Civil, além de se poder conhecer as bases sobre as quais os membros da Comissão discutiram quanto à adoção ou rejeição daquela posição do projetista, inclusive quanto às relações desta com a secularização do casamento.

Na ordem do dia estava incluída a discussão do parecer de Anísio de Abreu a respeito dos arts. 218 a 411 da Parte Especial do Projeto. O Relator Anísio de Abreu aceitou todas as emendas do Deputado Adolpho Gordo tendentes à adoção do divórcio, inclusive a que suprimia o parágrafo único do artigo 394, em uniformidade com as demais regras sobre o divórcio com dissolução de vínculo<sup>685</sup>.

---

<sup>683</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 5.

<sup>684</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 704.

<sup>685</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 837.

Iniciadas as discussões e votação na Comissão Especial, o Sr. M. F. Corrêa iniciou a defesa da indissolubilidade do vínculo com argumentos de cunho religiosos. Leu, inclusive, trecho da encíclica do Papa Leão XIII que apontava as consequências funestas, na sociedade e nas famílias, da adoção do princípio do divórcio. Para Corrêa, o matrimônio persegue um fim social de união de um homem e uma mulher, e de realização da sociedade, não se devendo mudar nada do que diz respeito ao casamento civil<sup>686</sup>.

Em seguida, Andrade Figueira se pronunciou totalmente avesso o divórcio vincular. Em longo discurso em defesa da indissolubilidade do vínculo, apontou aquele como uma “peste” danosa à sociedade, fruto da instituição do casamento civil e da percepção do casamento como contrato e não como instituição. Vaticinou que “a questão do divórcio renascerá enquanto o casamento civil fôr obrigatório”<sup>687</sup>.

Observou, ainda, que, muito embora se tenha iniciado uma cruzada pela destruição do casamento pela via legislativa, o Senado, àquela altura, já havia rejeitado dois projetos nesse sentido e a Câmara dos Deputados outros dois. Além disso, a população resistiu à implementação do casamento civil, evitando este e continuando a casar-se perante a Igreja, o que demonstraria uma clara resistência da sociedade em aceitar o divórcio.

Em seu discurso, Andrade Figueira ainda sustenta que seria uma inverdade afirmar que casamento civil foi estabelecido no Brasil por um decreto do Governo Provisório e adotado pela Constituição da República, visto que o casamento que sempre existiu, segundo as prescrições da Igreja, foi em todo o tempo regulado pela lei civil. Para ele, casamento civil seria aquele regulado pelas leis civis e celebrado pela autoridade que a lei civil indicar.

Sob seu olhar, portanto, o casamento é uma instituição, um dogma, uma instituição jurídica, é uma instituição moral, e é, sobretudo, uma instituição social. “Social, porque, sem o casamento, não há família, sem família não há população, sem população não há soberania, não há Estado, não há exercito, não há armada”<sup>688</sup>.

---

<sup>686</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 564-568.

<sup>687</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 568-569.

<sup>688</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 572.

A admissão do divórcio, em seu sentir, criaria espaço para a poligamia sucessiva. Frisou que, mesmo nos países em que o divórcio era admitido, os contraentes o faziam na intenção de sua perpetuidade. Assim, se um homem e uma mulher contraíssem casamento por tempo determinado, tal união seria nula. Arrematou bradando que um contrato de tal espécie seria tudo, menos casamento, ao que foi acompanhado por Coelho Rodrigues, que exclamou: seria “locação de serviços”<sup>689</sup>.

Coelho Rodrigues, autor da lei do casamento civil e convidado da Comissão, afirmou que não considerava o casamento um contrato, nem ato religioso, nem ato civil, mas um fato jurídico necessário à conservação e ao aperfeiçoamento da espécie. Além disso, também se tratava de um ato natural, que precedeu a todas as leis e religiões positivas, e que há de subsistir, com elas ou sem elas e apesar delas, enquanto a humanidade existir<sup>690</sup>.

Além destes oradores, defenderam a indissolubilidade do vínculo, o Sr. Gabriel Ferreira; M. F. Correia, que cuidou de apontar incongruências na afirmação de Anísio de Abreu de que casamento civil tinha como um corolário lógico o divórcio; Gadelha Mourão, que confessou se opor à adoção do divórcio por motivos de confissão religiosa; e Lima Drummond, que iniciou seu discurso afirmando que não invocaria argumentos teológicos, nem se referiria ao direito canônico ou aos evangelistas na defesa da indissolubilidade do vínculo conjugal, e que não admitiria o divórcio com rompimento de vínculo, considerando que a separação de corpos já serviria de remédio aos males que se pretendem remediar com o divórcio.

Iniciando o coro dos que defenderam o divórcio com rompimento do vínculo conjugal, Fausto Cardoso defendeu o divórcio afirmando: “quando é o amor que une um homem e uma mulher não há lei que os separe, mas quando é o ódio que os desune, não há também lei que os ajunte”<sup>691</sup>.

Em resposta aos defensores da indissolubilidade do vínculo conjugal, Anísio de Abreu, que subscreve o parecer em discussão, apontou que os autores ensinam e os exemplos demonstram que o divórcio seria corolário lógico do

---

<sup>689</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 573.

<sup>690</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 592.

<sup>691</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 595.

casamento civil, assim como seria lógico que o divórcio não pode ser admitido nos países onde seja instituída a união da Igreja e do Estado<sup>692</sup>.

Clóvis Bevilacqua, respondendo aos argumentos levantados por Anízio de Abreu, disse não estar convencido de que o divórcio era uma consequência fatal do casamento civil, tampouco da concepção contratualista. Não parecia a Clóvis exata essa afirmação, pois considerava o casamento seria um verdadeiro contrato dotado de todos os elementos constitutivos: o acordo das partes e a vontade declarada para a produção de efeitos jurídicos, amparando-se, para tanto, na doutrina de Cimbali<sup>693</sup>.

O Deputado Adolpho Gordo, combatendo os argumentos do Conselheiro Correia apontou que a questão:

não affecta de modo algum o dogma religioso, não impõe o divorcio aos que se acham casados perante a Igreja Catholica, não determina que os que receberem a benção perante o altar, e que se acham separados, devam contrahir novo casamento, ficando dissolvido o antigo vinculo, assim como não obriga os ministros do culto catholico, como os de qualquer outro, a casarem de novo, os esposos divorciados<sup>694</sup>.

Concluiu Adolpho Gordo a sua exposição com a leitura do parecer de Antônio Coelho Rodrigues em que este defendia a dissolução do vínculo pelo divórcio, ao que foi “muito felicitado”, como registram os Anais:

Ninguem póde negar o facto da existência de muitos casaes cuja convivencia tornou-se impossivel, nem sustentar que a autoridade publica possa *manu militari* obrigar a viverem juntos os conjuges que se tornarem irreconciliaveis e muito menos negar que essa convivência, ainda que pudesse ser imposta á força, seria uma fonte de corrupção e aviltamento para a prole, de vergonha para a família de ambos, de escandalos para a sociedade e de perigos para a ordem publica. Estas palavras foram escriptas pelo illustrado Sr. Coelho Rodrigues, que tão adversário agora se manifesta em relação á instituição do divorcio<sup>695</sup>.

<sup>692</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 596.

<sup>693</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 652.

<sup>694</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 607.

<sup>695</sup> Projecto do Código Civil Brasileiro: Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p. 615.

Em meio aos debates, foi apresentada uma solução intermediária, que contemplaria a dissolução do vínculo matrimonial em apenas duas hipóteses (para além da morte de um dos cônjuges): no caso de adultério e no de tentativa de morte de um dos cônjuges pelo outro, com a ressalva de não poder o cônjuge culpado contrair novas núpcias, em ambas as circunstâncias. A proposta, no entanto, segundo os registros dos trabalhos da Comissão, não avançou. Consoante constam dos registros dos trabalhos:

A Comissão, em sua maioria, está convencida de que o divorcio, no classico sentido dissolução completa do vinculo conjugal, não encontraria apoio em nossos habitos e tradições; não moralisaria a família; não seria urna solução conveniente a certos males que porventura possam acometter a esta ultima; poderia ser um fermento de desmoralisação, facilitando aos máos os meios de pôr em pratica os seus desregramentos e aos infelizes outros ensejos da verem renovadas as suas desventuras<sup>696</sup>.

Por fim, concluídos os debates e o presidente da Comissão colocou a questão do divórcio para votação como questão preliminar na ordem do dia da reunião extraordinária de 19 de novembro de 1901. Uma uma vez afastado o divórcio, estaria prejudicada a deliberação a respeito das emendas sobre os casos em que ele seria admitido.

Antes de submeter o tema à deliberação dos pares, o Presidente da Comissão pediu a palavra a fim de justificar o seu voto. Embora tenha anteriormente se posicionado em favor de um projeto de divórcio em trâmite na Câmara, julgava ele que teria, como legislador, “o direito de colocar os meus sentimentos acima dos sentimentos da pátria, manifestados por essas reclamações aqui vindas contra o divorcio”<sup>697</sup>. O seu entendimento era, portanto, contrário à admissão do divórcio quanto ao vínculo.

---

<sup>696</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projecto do Código Civil Brasileiro: Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados**. v. 8. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 35.

<sup>697</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro: Trabalhos relativos a sua elaboração**. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 607, p. 743.

O Deputado maranhense Luiz Rodrigues, pediu a palavra pela ordem para lançar um último reforço em proveito da proposta, repetindo máximas divorcistas por todos já conhecidas, como a seguinte:

tenho o divorcio como uma consequencia irrecusavel da secularisação do casamento. Só a fé na indissolubilidade do sacramento póde explicar e manter a indissolubilidade do casamento. [...] o divorcio é uma necessidade social indeclinável [...] o divorcio já supõe a familia dissolvida<sup>698</sup>.

O Deputado José Monjardim se declarou contrário ao divórcio, frisando ser isento de qualquer sugestão religiosas, tendo o casamento meramente como um contrato *sui generis*.

O relator da matéria, Deputado Anisio de Abreu, cuja opinião já era por todos conhecida, apenas salientou que Portalis não preferia a separação de corpos ao divórcio, como suscitara Lima Drummont ao citar o projetista francês.

Posta a questão preliminar em discussão, responderam *sim*, aprovando o divórcio, os deputados Sá Peixoto, Arthur Lemos, Anisio de Abreu, Camillo de Hollanda, Sylvio Romero, Sá Freire, Hermenegildo de Moraes e Benedicto de Souza.

Votaram *não*, rejeitando o divórcio, Luiz Domingues, Frederico Borges, Tavares de Lyra, Teixeira de Sá, Seabra, José Monjardim, Oliveira Figueiredo, Azevedo Marques, Alfredo Pinto, Alencar Guimarães, Francisco Tolentino e Rivadavia Correia<sup>699</sup>.

Assim, a indissolubilidade do vínculo do casamento secularizado foi mantida no Código Civil.

---

<sup>698</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 607, p. 746.

<sup>699</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, p. 607, p. 747.

## 8 CONCLUSÕES

A pretensão inaugural da pesquisa foi a de empreender um estudo histórico-jurídico sobre o processo de secularização do casamento no direito civil brasileiro até o Código Civil de 1916. Após as considerações desenvolvidas ao longo do trabalho, o exposto conduz, ainda, às seguintes conclusões de maior ênfase, sem prejuízo de outras já elencadas ao longo do texto:

1. O direito de família, como qualquer área do direito, é mutável, porém, com mais lentidão, daí a necessidade de se compreender e ler o direito matrimonial no Brasil – historicamente situado – tendo em conta a miríade de circunstâncias sociais, políticas, religiosas e mesmo econômicas. Assim, pode-se melhor compreender tanto o sentido da produção jurídica e as escolhas tomadas, evitando-se um juízo preconceituoso e pouco sistemático a respeito do passado.

2. A legislação canônica sobre o casamento enfrentou na história três diferentes posições em relação ao direito secular: uma fase de desenvolvimento paralelo, com independência das esferas; uma segunda fase, em que o direito secular foi suplantado pelo religioso, vigorando este como regente das relações matrimoniais na Europa cristã; e a terceira, nos tempos modernos, com a secularização do casamento, caracterizada pelo retorno à primeira posição, com separação entre as esferas de regência, secular e religiosa.

3. O século XI foi marcadamente decisivo para o matrimônio no Ocidente, no âmbito da Reforma Gregoriana, quando fixado como matéria canônica. A partir de então, tem início uma secular história de intervenção da Igreja no regimento, estrutura e governo da relação entre homem e mulher, fixando-se sua potestade exclusiva da Igreja em matéria matrimonial tanto no campo legislativo, como no jurisdicional.

4. Com o protestantismo, a vinculação entre a ordem espiritual e civil do matrimônio sofre duro ataque, sobretudo com a doutrina luterana do casamento, que não o via como um sacramento, embora se tratasse de união abençoada por Deus. A doutrina dos dois reinos de Lutero produz o secularismo que fundamentará a separação entre o sistema legal secular da religião.

5. O desapego ao *mos italicus* na interpretação das fontes romanas do direito comum, assim como a busca por uma *ratio* conforme a natureza, ignorando o dado religioso, teológico, como pretendido pelo jusracionalismo, é um relevante

instante do processo relacional direito-religião no Estado moderno e que levará ao processo moderno de secularização. O jusracionalismo aproveitou os aportes da doutrina protestante, ignorando a dimensão sacramental do matrimônio e enfatizando a sua essência à luz do direito natural e, sobretudo, enquanto um contrato.

6. Na França, assim como em outros locais da Europa, não houve a imediata recepção do Concílio Tridentino. No contexto da pluralidade religiosa no território francês, isto serviu ao realce do casamento como uma matéria de extrema relevância para o Estado. A intervenção deste na regulação de aspectos sobre a capacidade dos nubentes e a relativa aos impedimentos matrimoniais funda-se na doutrina que distingue contato e sacramento e vê, no contrato, apenas a matéria do sacramento, legitimando o poder civil a legislar sobre o matrimônio.

7. Os movimentos revolucionários da Europa no final do século XVIII, influenciados pelo iluminismo, marcam o início do aprofundamento, nos países católicos, da ruptura das relações entre a Igreja e o Estado.

8. A Revolução Francesa empreendeu à aplicação extremada dos fundamentos jusracionalistas que tomavam o casamento como simples contrato, sem a sacramentalidade. Afastada a esta e a nota de indissolubilidade, o casamento tornou-se um negócio privado. Assim, admitido o divórcio quanto ao vínculo por mútuo consentimento, assim como a ampla competência do Estado para julgar causas matrimoniais e estabelecer os impedimentos dirimentes. Nota-se que no Brasil haverá a passagem por praticamente todos esses processos e muitas das discussões permearão a contenda pela progressiva secularização do casamento que se realizará paralelamente ao debate da codificação civil e que em grande medida teve o seu momento de solução com o advento da República e a institucionalização do casamento civil.

9. O direito canônico foi recebido no Brasil por força da lei secular, o que revela certo desprestígio no terreno jurídico-formal da autoridade eclesiástica, sobretudo tendo-se em conta a política regalista e o estatalismo jurídico próprio da modernidade jurídica ocidental, à qual não era alheio o direito brasileiro de então, sobretudo por influxo da herança iluminista pombalina.

10. Sendo o século XIX referto em contendas acerca do papel temporal da Igreja e ingerências da autoridade estatal em questões eclesiásticas, o casamento figura no regime monárquico brasileiro, sob a Constituição de 1824, como uma questão debatida com vias à secularização. Com efeito, ao consagrar a Constituição

de 1824 a tolerância aos cultos acatólicos, abriu-se a possibilidade de discussão da aplicação da política de tolerância religiosa para fins de reconhecimento jurídico das uniões matrimoniais não necessariamente sujeitas à tutela eclesiástica. E nisto já se operou certa secularização.

11. No Brasil, podem ser identificados como antecedentes à secularização do direito matrimonial, a doutrina regalista de inspiração iluminista herdada das reformas pombalinas e a discussão a respeito da competência da Igreja para estabelecer impedimentos; exigência da forma canônica e do consentimento dos pais para o casamento de filhos menores, além dos aportes teóricos que fundamentavam a distinção entre contrato e sacramento.

12. A política de imigração fomentada pelo Brasil forneceu condições para que o debate a respeito da secularização do casamento no Brasil se avolumasse. A Constituição de 1824 em seu artigo 5º, ao reconhecer a tolerância dos cultos diversos da religião oficial, serviu de fundamento para a abertura do Estado Brasileiro ao reconhecimento dos direitos civis de imigrantes acatólicos no âmbito familiar. O direito ao casamento – ou ao reconhecimento dos efeitos civis dos casamentos acatólicos – foi tema pautado com destaque em meados do século XIX, sobretudo após o Caso Catarina Scheid no Conselho de Estado.

13. Assim, identificam-se como passos dessa denominada “marcha” de secularização: a questão relativa à autoridade do Estado para estabelecer impedimentos matrimoniais, os casamentos mistos entre católicos e protestantes e as primeiras discussões a respeito do casamento civil, que culminarão em sua adoção nos primeiros instantes da República.

14. Com o amadurecimento da doutrina civilista brasileira no século XIX assiste-se também aos debates quanto ao tema do casamento civil demonstrando que o Brasil já se preparava para adotá-lo. Apesar dos esforços do Governo Imperial, o casamento civil não foi instituído no Império. Republicanos o incluíram dentre as suas plataformas políticas, o que foi realizado dentre as primeiras ações do governo provisório republicano, sem, contudo, a adoção do divórcio vincular.

15. Embora a teoria institucionalista do casamento tenha sido forjada para ressaltar-lhe a dignidade em termos seculares, e que poderia até mesmo ser interpretada como uma perspectiva diversa da uma acepção patrimonialista com a qual poderia se confundir pela associação a noção de "contrato", nem sempre ela foi defendida por juristas antidivorcistas. A separação entre contrato e casamento foi uma

operação útil à secularização, a qual não consistiu em automática admissão do divórcio vincular. Mesmo entre os contratualistas houve os que inadmitiam a resilição bilateral ou unilateral do vínculo de matrimônio, como Teixeira de Freitas, Coelho Rodrigues e Clóvis Beviláqua, assim como contratualistas favoráveis ao divórcio, como Martinho Garcez.

16. Não se pode atribuir a secularização do casamento no Brasil à ação de um jurista ou fixá-la definitivamente em um momento legislativo. Para uma compreensão mais profunda do fenômeno e de suas implicações na história do direito civil brasileiro, é preciso ter em conta as suas condicionantes e seus percalços formativos.

17. Assim, a Emenda Constitucional 66, que aboliu o óbice temporal para o divórcio no Brasil, deve ser entendida não como medida fundante de uma nova instituição jurídica ou empreendedora de uma significativa cisão na tradição jurídica brasileira.

Por fim, considerando os caminhos trilhados pelo casamento na história do direito ocidental, com particular destaque para a experiência brasileira até o início do século XX, no contexto das discussões sobre o conteúdo do Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, é possível identificar que a secularização do casamento não se constitui ação instantânea, mas é produto de uma série de processos políticos envolvendo a Igreja e o Estado como instâncias produtoras do Direito.

Como contribuição ao enfrentamento do tema proposto e, por conseguinte, à solução do problema em que centrado o presente trabalho, sugere-se um esquema descritivo – aberto a complementações e críticas – da processual secularização do casamento, levando em conta aspectos da evolução da instituição do casamento no Brasil (até 1916) e elementos outros colhidos da experiência compartilhada no Ocidente.

Estes processos podem ser agrupados e identificados em três searas: teórica, legislativa e institucional.

Na seara *teórica* podem ser agrupadas sinteticamente as perspectivas teorias que pretendem formular a quiddidade ou “natureza jurídica” do casamento, partindo das que identificam no casamento (canônico) um sacramento às que ignoram esta atribuição, conferindo-lhe outras sem aportes religiosos, como “instituição” ou meramente “contrato”.

No âmbito *legislativo* são contempladas as diferentes soluções quanto à competência dos poderes civil e eclesiástico a respeito dos casamentos envolvendo pessoas católicas.

No campo denominado *institucional* são agrupadas diversas medidas concretas que consubstanciam, de modo progressivo – mas não necessariamente adotadas ou rigidamente ordenadas nas experiências jurídicas – as opções políticas visando a ampliar a força regulamentar do Estado em matéria matrimonial, com tendências a esvaziar materialmente o direito dos aportes da secular teoria matrimonial canônica.

Frise-se que o esquema apenas contempla os casamentos que alcançam a ordem sobrenatural reivindicada pela Igreja Católica, ou seja, entre católicos, ou ao menos que uma das partes seja católica (casamento misto).

### **Campo teórico**

#### *Identidade entre contrato e sacramento*

a) Concepção do casamento como contrato e sacramento (inseparáveis).  
Ex.: Braz Florentino, Pio IX (*Syllabus*), Leão XIII (*Arcanum*).

b) Concepção do casamento como contrato e sacramento (separáveis).  
Ex.: Van Espen, Pothier, Pascoal José de Melo Freire, Alexandre Herculano, Dom Manoel do Monte, Carlos Kornis de Totvárád.

#### *Desconsideração da sacramentalidade*

a) Concepções do casamento como contrato, sem considerá-lo sacramento (Lutero, Hobbes, Pontes de Miranda).

b) Casamento como contrato e instituição (civil)

c) Casamento como apenas instituição (Lafayette)

Campo legislativo (competências em matéria de administração e dissolução do matrimônio, excluindo-se os efeitos extrínsecos civis)

a) Competência exclusiva da Igreja (por direito próprio e exclusivo)

b) Competência cumulativa do Estado e da Igreja (divisão de atribuições, *matérias mistas*), com primazia do Estado: regalismo

c) Competência exclusiva do Estado sobre os casamentos, entendendo-se o casamento religioso como realidade à parte do mundo jurídico

### **Campo institucional**

#### *Medidas secularizantes (todas adotadas pelo poder civil)*<sup>700</sup>

Não está incluído o casamento civil para os acatólicos porquanto sobre estes a Igreja Católica não reclama jurisdição<sup>701</sup>.

a) Imposição de impedimentos matrimoniais dirimentes;

b) Determinação das qualidades do consentimento manifesto pelas partes, como o dos filhos menores;

c) Prescrição de forma necessária da celebração matrimonial (definição do sentido de clandestinidade matrimonial) e estabelecimento de sanções pelo seu descumprimento;

d) Criação de registros civis de casamentos;

e) Criação de regime facultativo para o casamento civil de católicos, ou para os casamentos mistos, com ou sem previsão de regra de indissolubilidade para as partes católicas;

f) Casamento civil obrigatório e consequente poder exclusivo dos tribunais seculares para julgar causas matrimoniais;

g) Divórcio vincular, com exigência de prévia separação quanto ao toro e coabitação

h) Divórcio vincular flexível (modelo jacobino).

---

<sup>700</sup> Poder-se-ia contemplar, ainda, em nível teórico outros aspectos como as finalidades do casamento, mas esta tarefa não pareceu central ao enfrentamento da problemática, embora não se ignore a sua utilidade para a compreensão do adensamento da secularização. Além disso, a imersão nesta temática exige o aprofundamento no estudo do pensamento jurídico, com maior análise das diferenças e semelhanças entre o produto do trabalho de doutrinadores do que das opções político-legislativas. De todo o modo, esta investigação pressupõe o debate a respeito de eventual acolhimento da natureza sacramental pela lei ou resquícios dessa adoção.

<sup>701</sup> Frise-se existir controvérsia a respeito, vide LEITE, Antonio. **Competencia da Igreja e do Estado sobre o Matrimônio**. Porto: Apostolado da Imprensa, 1946. p. 82-86.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e Direito. In: \_\_\_\_\_. **Ética e Retórica**: por uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.

AHRENS, Enrique. **Historia del Derecho**. Trad. de Francisco Giner e Augusto G. de Linares. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1945.

ALFONSO EL SABIO. **Las Siete Partidas**: Seleccin. Barcelona: Linklingua, 2009.

ALMEIDA, Cândido Mendes. **Auxiliar Jurídico** (servindo de appendice a decima quarta edição do Codigo Phillippino ou Ordenações do Reino de Portugal). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomatico, 1869.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro**. t. 1. p. 1. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866.

ALMEIDA, Francisco Manuel Raposo de. A Questão Kerth. **Jornal do Commercio**, Rio de Janeiro, 18 fev. 1858. Publicações a Pedido, p. 2.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

AMERIO, Romano. **Iota Unum**: estudio sobre las transformaciones de la Iglesia Católica en el siglo XX. Madrid: Criterio Livros, 2003.

APPENDICE para se mostrar em que a Constituição do Arcebispado da Bahia se acha alterada, revogada pelas Leis do Imperio, e modificada finalmente pelos uzos e costumes. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1854.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012.

ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues de. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. T. II (Das Cousas Ecclesiasticas). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1858.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito ecclesiastico publico e particular**. t. III (Dos Juizos Ecclesiasticos). Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C<sup>a</sup>, 1859.

ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: R. Pichon et R. Durand Auzias, 1969.

ASSIS, Machado de. A Semana. **Gazeta de Notícias**, Rio de Janeiro, p.1, 22. jul. 1894.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AZEVEDO, Thales. **Igreja e Estado em tensão e crise: a conquista espiritual e o padroado na Bahia**. São Paulo: Ática, 1978.

BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza. **Commentario á Lei n. 1144 de 11 de setembro de 1861 e subsequente legislação sobre casamento de pessoas que não professam a religião do Estado**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. v. XXVII 1900. t. IV. Rio de Janeiro: 1975.

BARZUN, Jacques. **Da alvorada à decadência: A História da Cultura Ocidental de 1500 aos nossos dias**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BASTOS, A. C. Tavares. **Os Males do Presente e as Esperanças do Futuro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

BAUDOT, Denis. **L'inséparabilité entre le contrat et le sacrement de mariage: La discussion après le Concile Vatican II**. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1987.

BEDOS-REZAK, Brigitte. Secular Administration. In: MANTELLO, F.A.C; RIGG, A.G. **Medieval Latin: An Introduction and Bibliographical Guide**. Washington: The Catholic University of America Press, 1996, p. 195-229.

BELLARMINI, Roberti. **Disputationes de controversiis christianae fidei**. t. 3. Parisiis: Ex officinis Tri-Adelphorum Bibliopolarum, 1608.

BENTO XIV. **Encíclica Satis Vobis Compertum**. Disponível em <<https://w2.vatican.va/content/benedictus-xiv/it/documents/enciclica--i-satis-vobis-compertum--i--17-novembre-1741--il-pont.html>>. Acesso em 22 dez. 2017.

BERMAN, Harold J. Comparative Law and Religion. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

\_\_\_\_\_. **Law and revolution, II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v.2. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1980 (Edição Histórica).

\_\_\_\_\_. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa & C<sup>a</sup>, 1896.

\_\_\_\_\_. **Em Defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

\_\_\_\_\_. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

\_\_\_\_\_. **Problema do Divórcio**. In: BOMFIM, B. Calheiros (Org). *Escritos Esparsos de Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995.

\_\_\_\_\_. **Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Typographya de F. P. Boulitreau, 1893.

BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. **Diccionario Bibliographico Brasileiro**. v. 2. Rio de Janeiro: imprensa Nacional, 1893.

BLOCH, Marc. **A Sociedade Feudal**. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 1987.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Diritto e secolarizzazione**: Dallo Stato moderno all'Europa unita a cura di Germinello Preterossi. Bari: Editori Laterza, 2010.

BOLETIM DO GRANDE ORIENTE DO BRASIL. Rio de Janeiro, Tipografia Hildebrandt, n.6, a. 17, ago. 1892, p.89-95.

BOXER, Charles R. **O Império Colonial Português (1415-1825)**. Trad. de Inês Silva Duarte. Lisboa: Edições 70, 1969.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 50, p. 32-77, 1955.

BRASIL. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Assembleia Constituinte (1823). t. I. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artistico, 1874.

\_\_\_\_\_. **Annaes do Senado do Império do Brazil**: Primeira Sessão em 1867. v. 4. Rio de Janeiro: Typographia do Correio Mercantil, 1867.

\_\_\_\_\_. Assembleia Geral Legislativa **Annaes do Parlamento Brasileiro**: Camara dos Deputados (Sessão de 1860). t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & C., 1860.

\_\_\_\_\_. Assembleia Geral Legislativa. **Annaes do Parlamento Brasileiro**: Camara dos Srs. Deputados (Sessão de 1858). t. III. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve e C., 1858.

\_\_\_\_\_. Assembleia Geral Legislativa. **Annaes do Parlamento Brasileiro**: Camara dos Srs. Deputados (Sessão de 1827). t. II. Rio de Janeiro: Typographia de Hyppolito José Pinto & Cia, 1875.

\_\_\_\_\_. Assembleia Geral Legislativa. **Annaes do Parlamento Brasileiro**: Camara dos Srs. Deputados (Sessão de 1827). t. V. Rio de Janeiro: Typographia de Hyppolito José Pinto & Cia, 1876.

\_\_\_\_\_. Assembleia Geral Legislativa. **Fallas do Throno desde o anno de 1823 até o anno de 1889**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Srs. Deputados do Imperio do Brazil**: Primeira Sessão Ordinária da Décima Nona Legislatura. v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Codigo Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Codigo Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Codigo Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos a sua elaboração. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**. 1827, t. II, n.74.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados à Assembleia Geral Legislativa do Imperio do Brasil**. 1827, t. II, n.85.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**: do Dr. Joaquim Felicio dos Santos precedido dos actos officiaes relativos ao assumpto e seguido de um aditamento contendo os apontamentos do Codigo Civil organizados pelo Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1902.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. v. 6. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1902.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. v. 8. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Relatório e Synopse dos Trabalhos da Câmara dos Srs. Deputados**: na 1ª e 2ª Sessão do Anno de 1879. Rio de Janeiro, 1880.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Relatório e Synopse dos Trabalhos da Câmara dos Srs. Deputados**: na 1ª e 2ª Sessão do Anno de 1880. Rio de Janeiro, 1881.

\_\_\_\_\_. **Código Criminal do Império**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)> Acesso em 13 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brasil**: 1835. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1864.

\_\_\_\_\_. **Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brasil**: 1850. t. XIII. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1851.

\_\_\_\_\_. **Collecção de Leis do Império do Brazil de 1827**. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Sr. Senadores** (Sessões Preparatórias da Constituinte de 1890). v. 1. Disponível em <[http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais\\_Republica/1890/1890%20Livro%204.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1890/1890%20Livro%204.pdf)>. Acesso em 10 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Annaes do Congresso Constituinte da República de 1890 (Apêndice)**. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais\\_Republica/1890/1890%20Ap%C3%AAndice.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1890/1890%20Ap%C3%AAndice.pdf)>. Acesso em 10 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Annaes da Camara dos Deputados** (Terceira Sessão da Primeira Legislatura). v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Annaes do Senado Federal** (Primeira Sessão da Primeira Legislatura). v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Annaes do Senado Federal** (Primeira Sessão da Quarta Legislatura). v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900.

\_\_\_\_\_. Conselho de Estado. **Consultas do Conselho de Estado sobre negocios eclesiásticos**. t. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175 de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 10 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em 05 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 521, de 26 de junho de 1890**. Prohibe cerimoniaes religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sancção penal, processo e julgamento applicaveis aos infractores. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-521-26-junho-1890-504276-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 05 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 1.144 de 11 de setembro de 1861**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>>. Acesso em 22 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 7.107 de 2010.** Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm)>.

Acesso em 5 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2016.** Disponível em <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2016\\_v43\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2016_v43_informativo.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2017

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Relatório do Ministerio da Justiça de 1868.** Rio de Janeiro: Typ; Progresso, 1869.

\_\_\_\_\_. Secretaria dos Negócios do Império e Estrangeiros. **O Conselho de Estado e a política externa do Império:** Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros: 1871-1874. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: FUNAG, 2009.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Relatorio do Presidente do Senado Federal (1905).** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.

BRULEY, Yves. Mariage et famille sous Napoléon: le droit entre religion et laïcité. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, p. 111-126, 2012/2.

BRUNET, Ana María. **La relevancia canónica del matrimonio civil a la luz de la teoría general del acto jurídico:** contribución teórica a la experiencia jurídica chilena. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2002.

BRUNDAGE, James A. **Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe.** Chicago: the University of Chicago Press, 1987.

\_\_\_\_\_. **Medieval Canon Law.** London: Routledge, 1995.

\_\_\_\_\_. **The medieval origins of the legal profession:** Canonists, Civilians and Courts. Chicago: The University Chicago Press, 2008.

CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós:** estudos sobre o Direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

CANTON, A. Bernardez. **Curso de Derecho Matrimonial Canonico.** 3.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

CAPARELLI, Julio César. **Manual sobre o matrimônio no Direito Canônico.** São Paulo: Paulinas, 1999.

CARNEIRO JÚNIOR, Renato Augusto. **Religião e Política: a Liga Eleitoral Católica e a participação da Igreja nas eleições 1932-1954**. 2000. 147p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal de Paraná, Curitiba, 2000.

CARBONNIER, Jean. La sécularization du droit civil par le Code Civil des Français. In: VALLAURI, Luigi Lombardi; DILCHER, Gerhard. **Cristianesimo Secolarizzazione e Diritto Moderno**. Milano: Giuffrè, 1981.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. O Divórcio após a Emenda Constitucional 66/2010 e a questão da culpa pelo rompimento do vínculo no Brasil. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. **A Modernização do Direito Civil**. v. II. Recife: Nossa Livraria, 2012, p. 235-248.

CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CHADWICK, Owen. **The secularization of the european mind in the nineteenth century**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

CHESTER, Robert (ed.). **Divorce in Europe**. Leiden: Martinus Nijhoff Social Sciences Division, 1977.

COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofia del Derecho**. Trad. castellana de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961.

\_\_\_\_\_. Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas). In: GONZÁLEZ, María del Refugio (Comp.). **Historia del Derecho (Historiografía y metodología)**. México: Instituto Mora; Universidad Autónoma Metropolitana, 1992, p. 47-91.

COLLANTES, Justo. **A fé católica: documentos do Magistério da Igreja das origens aos nossos dias**. trad. De Paulo Rodrigues. Rio de Janeiro: Lumens Christi; Anápolis: Diocese de Anápolis, 2003.

COMTE, Auguste. **Cours de philosophie positive**. v. V. Paris: Bachelier, 1841.

CONSELHEIRO, Antonio. **Apontamento dos preceitos da Divina Lei de Nosso Senhor Jesus Cristo, para a Salvação dos Homens**. São Paulo: É Realizações, 2017.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. Orientações Pastorais sobre o Matrimônio aprovadas pela Assembléia Geral Extraordinária (Itaici, 18 a 25 de abril de 1978). Disponível em: <[https://www.liturgiacatolica.com/pluginAppObj\\_431\\_19/doc-12-CNBB-Orientacoes-Pastorais-sobre-o-Matrim-onio.pdf](https://www.liturgiacatolica.com/pluginAppObj_431_19/doc-12-CNBB-Orientacoes-Pastorais-sobre-o-Matrim-onio.pdf)>. Acesso em 10 ago. 2016.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**. v. 1 (Introdução Direito Matrimonial). 5.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

CORPUS IURIS CANONICI. Editio lipisensis secunda post Aemilii Ludouici Richteri curas. Lipsiae: Officina Bernhardi Tauchnitz, 1879. Pars Prior.

CORPUS IURIS CANONICI. Editio lipisensis secunda post Aemilii Ludouici Richteri curas. Graz: Akademische Druck u. Verlagsanstalt, 1959. Pars Secunda.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. Rio de Janeiro, Livros Caderno, [s.d].

COSTA, [Dom] Antonio. **O casamento civil**: resposta ao Sr. Alexandre Herculano. Lisboa: Typ da Sociedade Typographica Franco-Portuguesa, 1865.

COSTA, Emília Viotti. **Da Monarquia à República**: momentos decisivos. 6. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COSTA FILHO, Venceslau. **Um código “social” e “impopular”**: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916). 2013 246f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **La Cité Antique**. Paris: Hachette, 1927.

CUNHA, Euclides. Os Sertões. In: SANTIAGO, Silviano (Coord.). **Intérpretes do Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DANIEL-ROPS, Henri. **A Igreja das Catedrais e das Cruzadas**. 2 ed. São Paulo: Quadrante, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Igreja das Revoluções**: I. Diante de novos destinos. Trad. de Henrique Ruas. São Paulo: Quadrante, 2003.

DENZINGER, Heinrich; HÜNNERMAN, Peter. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. Traduzido com base na 40ª edição alemã (2005) aos cuidados de Peter. Hünemann, por José Marino Luz e Johan Konings, São Paulo: Paulinas; Loyola, 2007.

DEZZA, Ettore. **Lezioni di storia dela codificazione civile**: Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812). 2.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

DICCIONÁRIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (Edición del Tricentenario). Madrid, Real Academia Española, 2017. Disponível em: <<http://dle.rae.es/?id=7m5DIRx>>. Acesso em 10 jun. 2017.

DIENI, Edoardo. **Tradizione “juscorporalista” e codificazione del matrimonio canônico**. Milano: Giuffrè, 1999.

DIERÓ, Eunápio. **Fragmentos de Estudos da História da Assembléia Constituinte do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2006. (Edições do Senado Federal, v.66).

DINIZ, Almachio. **Tratado de Theoria e Praxe do Divorcio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1916.

D'ORS, Álvaro. **Derecho Privado Romano**. 10 ed. Pamplona: Eunsa, 2004.

DUBY, Georges. **Matrimonio medievale**: Due modelli nella Francia del XII secolo. Trad. de Daniela Benelli. Milano: Il Saggiatore, 2013.

ESMEIN, A. **Le mariage en droit canonique**. t. I. Paris: L. Larose et Forcel, 1891.

FANTAPPIÈ, Carlo. **Chiesa romana e modernità giuridica**. t. 1. Milano: Giuffrè, 2008.

\_\_\_\_\_. **Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa**. Bologna: Il Mulino, 2011.

FARIA, Patrícia Souza de. Os concílios provinciais de Goa: reflexões sobre o impacto da “Reforma Tridentina” no centro do império asiático português (1567-1606). In: *Topoi. Revista de História*, v. 14, n. 27, p. 218-238, jul./dez 2013.

FASSÒ, Guido. **Storia della Filosofia del Diritto**: II. La Età Moderna. Roma; Bari: Laterza, 2015.

\_\_\_\_\_. **Storia della Filosofia del Diritto**: III. Ottocento e Novecento. Roma; Bari: Laterza, 2015.

FEIJÓ, Diogo Antonio. **Demonstração da necessidade da abolição do celibato clerical pela Assembleia Geral do Brazil**: e da sua verdadeira e legitima competencia nesta materia. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1828.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX**: uma análise histórico-jurídica. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

FEITLER, Bruno; SOUZA, Evergton Sales. Estudo Introdutório. In: VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia**. São Paulo: Edusp, 2010.

FIGUEIREDO, Antonio Pereira. **Tentativa Theologica**. Lisboa: Officina de Miguel Rodrigues, 1761.

FRANCA, Leonel. **O divórcio**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1955.

FRANÇA. Assemblée Nationale Constituante. Décret sur l'organisation judiciaire. In: DUVERGIER, J.B. **Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État**. t. 1. 2ed. Paris: Chez A. Guyot et Scribe, 1834.

FRANÇA. Assemblée Législative. Décret qui determine les causes, le mode et les effects du divorce. In: DUVERGIER **Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État**. t. 4. 2.ed. Paris: Chez A. Guyot et Scribe, 1834.

\_\_\_\_\_. Assemblée Législative. Décret qui determine le mode de constater l'état civil des citoyens. In: DUVERGIER, J.B. **Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État**. t. 4. 2ed. Paris: Chez A. Guyot et Scribe, 1834.

\_\_\_\_\_. Convention Nationale. Acte constitutionnel et déclaration des droits de l'homme. In: DUVERGIER, J.B. **Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État**. t. 5. 2ed. Paris: Chez A. Guyot et Scribe, 1834

FRANÇA, Hécio Madeira. À História do Direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, n. 10, p. 146-154, 2004.

FREIRII, Pachalis Josephi Melii. **Institutionum Iuris Civilis Lusitani**. Liber I. 4. ed. Olisipone: Typographia Regalis Academiae, 1807.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

\_\_\_\_\_. **Código Civil: Esbôço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

\_\_\_\_\_. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diario do Rio de Janeiro**, p.1, 9 ago. 1861.

\_\_\_\_\_. O casamento: breve resposta ao Sr. Dr. Carlos Kornis de Totvárád. **Diario do Rio de Janeiro**, p.1, 10 ago. 1861.

FONSECA, Gelson. **Divórcio para os não católicos**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Florença, v. 35, n. 1, 2006, p. 339-371.

GARAUD, Marcel. **La Révolution française et la famille**. Paris: PUF, 1978.

\_\_\_\_\_. **La Révolution française et l'égalité civile**. Paris: Recueil Sirey, 1953.

GARCEZ, Martinho. **Do Direito da Família**: segundo o Projecto de Codigo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1914.

GAUDEMET, Jean. **Il matrimonio in occidente**. Torino: SEI, 1989.

\_\_\_\_\_. *Morale, droit et histoire du droit*. **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**: Kanonistische Abteilung, Viena, v. 83, n. 1, p. 12-21, 1997.

GELZER, Heinrich (ed). **Protestantische Monatsblätter Für Innere Zeitgeschichte**. v. 10. Gotha: Justus Berthes, 1857.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

GLÜCK, Federico. **Comentario alle Pandette**. Libro XXIII. Trad. Raffaello D'Ancona. Milano: Società Editrice Libreria, 1898.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958.

GOMES, Patrícia Regina M.M.C. **Pensamento e ação de Joaquim Felício dos Santos**: um Projeto de Código Civil Oitocentista. 2014. 232 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, SP. 2014.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Introduzione al Novecento giuridico**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

\_\_\_\_\_. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007.

\_\_\_\_\_. **Scritti canonistici**. Milano: Giuffrè, 2013.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Ariel Derecho, 1987.

HERCULANO, Alexandre. **Estudos sobre o casamento civil**: por ocasião do opúsculo do Sr. Visconde de Seabra sobre este assumpto (Primeira Série). Lisboa: Typographia Universal, 1866.

HESPANHA, António Manuel. **A História do Direito na História Social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

\_\_\_\_\_. **Cultura Jurídica Européia**: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HILDEBRAND, Dietrich von. **Cavalo de Tróia na Cidade de Deus**. trad. de J. Tarcisio Leal. Rio de Janeiro: Agir, 1971.

HOLANDA, Sérgio Buarque de (Dir.). **História Geral da Civilização Brasileira**. t. 2. v. 3. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

\_\_\_\_\_. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUNT, Lynn. Revolução francesa e vida privada. In: ARIES, Philippe; DUBY, Georges (Org.). **História da vida privada**. Trad. de Denise Bottman e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

IGLESIAS, Juan. **Direito romano**. Trad. da 18 ed. espanhola, por Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JACOBUS, [Dom]. **L'Église et la morale**. 2. ed. Bruxelles: Typographie et Lith. de J. van Bugghoudt, 1858.

JEMOLO, Arturo Carlo. **El Matrimonio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

JHERING, Rudolf von. **O Espírito do Direito Romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trad. de Rafael Benaion. v. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

KADZIOCH, Grzegorz. **Il ministro del sacramento del matrimonio nella tradizione e nel diritto canonico latino e orientale**. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1997.

KAMAS, Juraj. **The Separation of the Spouses with the Bond Remaining**: Historical and Canonical Study with Pastoral Applications. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1997.

KOENIGSBERGER H. G.; MOSSE, G.L.. **Europa em el siglo XVI**. Madri: Aguilar, 1974.

KOSELLECK, Reinhart. **Aceleración, Prognosis y Secularización**. Valencia: Pre-Textos, 2003.

\_\_\_\_\_. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

\_\_\_\_\_.; GADAMER, Hans-Georg. **Historia y hermenêutica**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997.

JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LARA, Tiago Adão. **Tradicionalismo católico em Pernambuco**. Recife: FUNDAJ, Editora Massangana, 1988.

LEÃO XIII. **Encíclica Inscrutabili Dei Consilio.** Disponível em <[http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_21041878\\_inscrutabili-dei-consilio.html](http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_21041878_inscrutabili-dei-consilio.html)>. Acesso em 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Encíclica Quod Apostolici Muneris.** Disponível em <<http://www.veritatis.com.br/quod-apostolici-muneris-leao-xiii-28-12-1878/>>. Acesso em 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Epistola Ci Siamo Grandemente.** Disponível em <[https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/letters/documents/hf\\_l-xiii\\_let\\_18790601\\_ci-siamo-grandemente.html/](https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/letters/documents/hf_l-xiii_let_18790601_ci-siamo-grandemente.html/)>. Acesso em 10 jan. 2016.

LE GOFF, Jacques. Histoire Medievale et Histoire du Droit: un dialogue difficile. In: GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensioni giuridica:** strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro atti dell'incontro di studio, Firenze, aprile 26-27, 1985. Milano: Giuffrè, 1986, p. 23-63.

LEITE, António. **Competência da Igreja e do Estado sobre o Matrimónio.** Porto: Apostolado da Imprensa, 1946.

LES BRAS, Gabriel. La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille. In: VACANT, A.; MANGENOT, E.; AMANN, É. (Dir.). **Dictionnaire de Théologie Catholique.** Paris: Letouzey et Ané, 1927, t. IX (segunda parte), p. 2123-2317.

LIBERAL do Pará. Belém do Pará: [s.n.], 6 jan. 1870.

LLANO CIFUENTES, Rafael. **Novo Direito Matrimonial Canônico.** Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Relações entre a Igreja e o Estado.** 2 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil:** famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LORDELLO, Josette Magalhães. **Entre o Reino de Deus e o dos Homens:** a secularização do casamento no Brasil do século XIX. Brasília: UnB, 2002.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro.** t. I. Pernambuco: Typographia da Viuva Roma & Filhos, 1851.

LUTERO, Martinho. **Obras Seleccionadas.** v.5. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1995.

\_\_\_\_\_. **Obras Seleccionadas.** v.6. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1996.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização**: as categorias do tempo. São Paulo: Unesp, 1995.

MARTINEZ-TORRON, Javier. **Derecho Angloamericano y Derecho Canonico**: las raices canonicas de la "common law". Madrid: Editorial Civitas, 1991.

MARINHO, Joaquim Saldanha. **A Igreja e o Estado**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. et Const. de J.C. de Villeneuve, 1873.

\_\_\_\_\_. A Maçonaria (Secção Dogmática). **Boletim do Grande Oriente do Brasil**. Rio de Janeiro, Tipografia do Grande Oriente do Brasil, n.3, a. 7, mar. 1878, p. 89-95.

\_\_\_\_\_. **Discursos proferidos na Camara dos Senhores Deputados nas Sessões de 1879**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1880.

MARONGIU, Antonio. Un'inquietante ipotesi americana intorno ai Dictatus Papae. **Rivista di storia del diritto italiano**, Roma, v. LX, p.5-12, 1987.

MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas**: o juriconsulto do Império. 2. ed. rev. e aum. Brasília: Cegraf, 1983.

MELO, Américo Brasiliense de Almeida e. **Os programas dos partidos e o 2.º Império**, primeira parte, exposição de princípios. p. 160 e ss. São Paulo: Typ. de Jorge Seckler, 1878.

MENCHI, Silvana Seidel. **Marriage in Europe**: 1400-1800. Toronto: University of Toronto Press, 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito (Coords.). **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa**. São Paulo: LTr, 2011, 106-124.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2009.

\_\_\_\_\_. A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 90, 1995, p. 3-47.

MONCADA, L. Cabral de. O problema metodológico na ciência da história do direito português. In: **Estudos de História do Direito**. v.II. Coimbra: Acta Universitatis, 1949.

MONTEIRO, Patrick Corrêa. **O Anteparo do Sagrado**: A Liga Eleitoral Católica e o princípio da indissolubilidade do casamento na Constituição de 1934. 2016.

99p.Dissertação (Mestrado em História Social) - Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal Fluminense, Niterói. 2016.

\_\_\_\_\_. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Primeiro (1813-1857). Rio de Janeiro: Garnier, 1899.

\_\_\_\_\_. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Segundo (1857-1866). Rio de Janeiro: Garnier, 1899.

\_\_\_\_\_. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo**: sua vida, suas opiniões, sua época por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo Terceiro (1866-1878). Rio de Janeiro: Garnier, 1899.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência: I – Império**. Porto Alegre: Sulina, 1972.

O DIREITO: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-422, anno IV, set./dez., 1876.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi!. A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco**, Recife, v. 13, p. 299-330, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. **Em torno a Galileu**: esquema das crises. Trad. e introd. de Luiz Felipe Alves Esteves. Petrópolis: Vozes, 1989.

\_\_\_\_\_. Historia como sistema. In: \_\_\_\_\_. **Obras Completas**. t. VI (1941-1946). 6. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1964, p. 11-50.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PASTORAL COLETIVA DE 1890. In: RODRIGUES, Anna Maria Moog Rodrigues (org). **A Igreja na República**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgilio Maira & Comp., 1918.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. t. VII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

PORTUGAL. Livro das leis e das posturas. In: SILVA, Nuno Espinosa Gomes da (org.). **Livro das Leis e Posturas**. Lisboa: Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito, 1971.

PORTUGAL. Código Philippino ou Ordenações Do Reino De Portugal (por Candido Mendes de Almeida, com notas philologicas, históricas e exegéticas). 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

POTHIER, Robert Joseph. **Traité du contrat de mariage**. t. 1. Paris: Debure pere, 1781.

POVEDA VELASCO, Ignacio Maria. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 89, 1994, p. 11-67.

\_\_\_\_\_. **Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.  
PRODI, Paolo. Suggestioni (da H.J. Berman) per lo studio del ruolo del diritto papale tra medio evo ed età moderna. In: **Nuovi moti per la formazione del diritto**: Atti del Convegno internazionale (Roma 1987). Padova: Cedam, 1988, p. 93-103.

PUGLIESE, Giovanni; STIZIA, Francesco; VACCA, Letizia. **Istituzioni di Diritto Romano**. Turim: Giappichelli, 2012.

RADIUS, Emilio. **Storia del matrimonio**. Verona: Martello, 1971.

REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Horizontes do Direito e da História**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

RECLAMAÇÃO do Episcopado Brasileiro dirigida ao Exm. Sr. Chefe do Governo Provisório. **O Apostolo**, Rio de Janeiro, p. 1, 13 ago. 1890.

REGIMENTO do Auditório Ecclesiastico do Arcebispado da Bahia. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853.

REYNOLDS, Philip. **How Marriage Became One of the Sacraments**: the sacramental theology of marriage from its medieval origins to the Council of Trent. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

\_\_\_\_\_; WITTE JR., John. **To Have and to Hold**: marrying and its documentation in Western Christendom, 400-1600. New York: Cambridge University Press, 2007.

REYNOLDS, Susan. **Fiefs and Vassals**: The Medieval Evidence Reinterpreted. Oxford: Oxford University Press: 1994.

ROBLEDA, Olis. **El matrimonio em derecho romano**: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970.

RODRIGUES, Antônio Coelho. **A República na América do Sul ou, Um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos**. Brasília: Senado Federal, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual do subdito fiel, ou, cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil.** Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884.

\_\_\_\_\_. **Projecto do Codigo Civil precedido da Historia Documentada do mesmo e dos anteriores.** Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & C., 1897.

SAADA, Leila. Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les question familiales. **Napoleonica. La Revue**, n. 14, 2012, v. 2, p. 25-49.

SÁENZ, Alfredo. **La Cristiandad:** Uma realidade histórica. Pamplona: Fundación Gratis Date, [s.d.].

SALDANHA, Nelson. **História das ideias políticas no Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2001.

\_\_\_\_\_. **Secularização e democracia:** sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito e Crítica Histórica.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SALGADO, Graça (coord.) et al. **Fiscais e Meirinhos:** A Administração no Brasil Colonial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

SANTA SÉ; ITÁLIA. **Concordato fra La Santa Sede e L'Italia.** Disponível em: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-lateranensi\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. **Questões de Consciência:** os ultramontanos no Brasil e o regalismo do Segundo Reinado (1840-1889). Belo Horizonte: Fino Traço, 2015.

SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario.** Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1885.

SANTOS JUNIOR, A. Ferreira dos. **O Desquite:** estudo theorico e pratico no direito brasileiro. 2 ed. revista por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

SAVIGNY, F. K. von. **Sistema del Derecho Romano Actual.** t. II. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879.

SCHILLEBEECKX, Edward. **O matrimônio.** Petrópolis: Vozes, 1969.

SCHULZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico.** Trad. de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

SEABRA, João. A teologia ao serviço da política de Pombal: episcopalismo e concepção do primado romano na Tentativa Teológica do Padre António Pereira de Figueiredo. **Lusitania Sacra**, Lisboa, 2. Série, n. 7, p. 359-402, 1995.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: T.A. Queiroz; EDUSP, 1984.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do casamento em Portugal**. Lisboa: Universidade Católica, 2013.

\_\_\_\_\_. **História do Direito Português: Fontes de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

SILVEIRA, Alípio. **O divórcio vincular nas legislações de hoje**. São Paulo: [s.n.], 1972.

SKINNER, Quentin. Interpretation and the understanding of speech acts. In: \_\_\_\_\_. **Visions of Politics: Regarding Methods**. v. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 103-127.

SOUSA, Antonio Caetano. **Provas da Historia Genealogica da Casa Real Portuguesa**. t. IV. Lisboa: Regia Officina Sylviana; Academia Real, 1745.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **O casamento civil e o casamento religioso**. Recife: Typographia Academica de Miranda & Vasconcelos, 1859.

SOUZA, José Carlos Aguiar de. **O Projeto da Modernidade: autonomia, secularização, e novas perspectivas**. Brasília: Liber Livro Editora, 2005.

SYNOPSIS CHRONOLOGICA de subsídios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portuguesa mandada publicar pela Academia Real das Sciencias de Lisboa. Lisboa: Academia Real das Sciencias, 1790. t. I (desde 1143 até 1549).

TALAMANCA, Mario. **Istituzioni di Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1990.

TAUNAY, Alfredo d'Escragno. **Casamento Civil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.

TAVARES, Jeronymo Vilella de Castro. **Compendio de Direito Publico Ecclesiastico para uso das Faculdades de Direito do Imperio**. 3 ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882.

TELLES, José Homem Correia. **Doutrina das Acções**. 6 ed. aumentada por Joaquim José Pereira da Silva Ramos. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1865.

THE CATHOLIC ENCYCLOPEDIA. Disponível em: <<http://www.newadvent.org/cathen/08744a.htm>>. Acesso em 10 out. 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis. **O Antigo Regime e a Revolução**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

TODESCAN, Franco. **Le radici teologiche del giusnaturalismo laico: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico del sec. XVII**. Padova: CEDAM, 2014.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Contra os Gentios**. v. 2. trad. de d. Odilão Moura. Porto Alegre: 1996.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. v. 5 (Suplemento). trad. de Alexandre Correia. São Paulo: Ecclesiae, 2016.

TÔRRES, João Camillo de Oliveira. **A Democracia Coroada: Teoria Política do Império do Brasil**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1964.

TOTAVARAD, Carlos Kornis. **O casamento civil ou o direito do poder temporal em negócios de casamento**. Parte Primeira (Juridico-Historica). Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1858.

\_\_\_\_\_. O casamento no sentido do Esboço do Código Civil escripto pelo Sr. Dr. Augusto Teixeira de Freitas. **Correio Mercantil, e Instructivo, Politico, Universal**, Rio de Janeiro, 8 ago. 1861, Publicações a Pedido, p. 3.

\_\_\_\_\_. O casamento: réplica à resposta do Sr. Dr. Augusto Teixeira de Freitas, publicada no Diário do Rio de Janeiro de 9 de agosto. **Correio Mercantil, e Instructivo, Politico, Universal**, Rio de Janeiro, 10 ago. 1861, Publicações a Pedido, p. 3.

\_\_\_\_\_. **Refutação da doutrina do Dr. Braz Florentino Henriques de Souza**. Rio de Janeiro: Livraria Universal de E. & H. Laemmert, 1860.

VACANT, A.; MANGENOT, E.; AMANN, É. (Dir.). **Dictionnaire de Théologie Catholique**. Paris: Letouzey et Ané, 1927, t. IX (segunda parte).

VEIGA, Glaucio. **História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife**. v. 1. Recife: Editora Universitária, 1981.

\_\_\_\_\_. **História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife**. v. 7. Recife: Atergrafi, 1993.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia feitas, e ordenadas pelo Ilustríssimo, e Reverendíssimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide**. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853.

\_\_\_\_\_. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

VIEIRA, Dilermando Ramos. **História do Catolicismo no Brasil: (1500-1889)**. v. 1. Aparecida: Santuário, 2016.

VILLAÇA, Antonio Carlos. **O pensamento católico no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. Trad. de Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977.

\_\_\_\_\_. **La formation de la pensée juridique moderne**. 4. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975.

\_\_\_\_\_. **Philosophie du droit**: définitions et fins du droit. 2 ed. Paris: Dalloz, 1978.

VIOTTI DA COSTA, Emília. **Da Monarquia à República**: Momentos decisivos. 6. ed. São Paulo:Unesp, 1999.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v.2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

## **ANEXO A – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO JOÃO MAURÍCIO WANDERLEY EM 7 DE AGOSTO DE 1847**

Art. 1.º O casamento entre catholicos continuará a ser celebrado na conformidade do concilio tridentino e mais disposições canonicas approvadas pelas leis do imperio.

Art. 2.º São essencialmente necessarios e devem preceder á celebração do casamento, para que este possa produzir os effeitos civis, tanto em relação aos esposos como aos seus filhos, os actos do estado civil.

Estes actos deverãõ conter os nomes, cognomes, idades, naturalidades, profissões e domicilios dos esposos, e bem assim os de seus pais.

Art. 3.º Os tabelliães de notas e os escrivães de paz são competentes para lavrar em livros para este fim, destinados aos actos do estado civil.

Art. 4.º Antes da celebração de qualquer casamento, á requisição das partes contractantes, será affixada na porta da igreja matriz por espaço de 15 dias uma declaração de que N. e N. pretendem contrahir matrimonio e no fim do dito prazo o escrivão certificará em como a declaração foi affixada e o termo expirou; o que será lançado n'um registro privativo, e delle se extrahirá copia para ser apresentada ao tabellião ou escrivão do domicilio dos contantes, quando ambos ou algum delles o tenham em outro lugar.

Art. 5.º Em dia prefixo depois da publicação acima referida, o escrivão em presença de quatro testemunhas lerá as peças respectivas, e receberá a declaração das partes de que ellas promettem solemnemente celebrar seu casamento á face da igreja segundo as fórmulas prescriptas pelo concilio tridentino e mais leis canonicas approvadas pelas do imperio; do que lavrará logo um auto assignado pelas partes e testemunhas.

Art. 6.º O escrivão dará aos contractantes cópia em duplicata do auto, para ser apresentada ao parochio que tiver de proceder á celebração do casamento. O parochio, depois de preencher as formalidades canonicas, celebrará o casamento; e ficando com uma das cópias, attestará ao pé da outra a celebração do casamento, indicando o dia, mez e anno, e os nomes das testemunhas, e a remetterá ao competente escrivão, o qual, accusando a recepção, tomará nota á margem do auto original.

Art. 7.º Sem preencherem-se as formalidades acima prescriptas, o casamento não produzirá efeitos alguns civis, tanto em relação aos contrahentes como aos seus filhos; e o parochio deverá disto mesmo avisal-os quando elles pretendão casar-se sem as formalidades referidas.

Paragrapho unico. Estas formalidades são dispensadas nos casamentos feitos *in articulo mortis*.

Art. 8.º Qualquer que seja a religião dos contractantes, serão postas em pratica as formalidades perante o escrivão; a declaração será afixada na porta do edificio que servir para o culto, ou em lugar publico; e as cópias do auto serão apresentadas ao ministro que fizer o casamento.

Art. 9.º Em caso de contravenção ao disposto na presente lei, o parochio ou ministro soffrerá uma multa de 100 a 300\$, além da acção de perdas e damnos que fica competindo ás partes, quando não fórem avisadas das disposições acima referidas.

Art. 10. No caso de nullidade do matrimonio por falta de qualquer formalidade religiosa, todos os direitos dos esposos e filhos serão os mesmos, quanto ao civil, como se tal nullidade não existisse, se houve precedencia das formalidades prescriptas na presente lei.

Art. 11. O governo dará um regulamento marcando o modo pratico da escripturação dos livros pelos escrivães, como tambem providenciará para que os registros dos nascimentos, baptismos e obitos sejam feitos pelos parochio e ministros das parochias e communhões, conjunctamente com as autoridades civis em ordem a que se possa ter delles pleno conhecimento sem dependencia da autoridade ecclesiastica.

Art. 12. Ficão revogadas todas as leis e disposições em contrario.

## **ANEXO B – PROJETO DE LEI SOBRE O CASAMENTO MISTO E ENTRE PROTESTANTES APRESENTADO AO CONSELHO DE ESTADO POR NABUCO DE ARAÚJO EM ABRIL DE 1855**

Art. 1º. O casamento evangelico e o mixto entre catholicos e protestantes considera-se distincto, como civil e religioso:

§ 1.º O civil precede ao religioso; este não póde ser celebrado senão depois daquelle, sob as penas estabelecidas no art. 147 do Código Criminal.

§ 2.º Verificado o contracto pela fórmula determinada no Regulamento do Governo, o casamento ainda mesmo não seguido do acto religioso, surtirá todos os effeitos civis que resultam do casamento contrahido conforme o costume do Imperio.

§ 3.º São competentes os Tribunaes e Juizes do Imperio para decidirem as questões da dissolução ou nullidade dos casamentos evangelicos e mixtos, quanto aos protestantes sómente.

§ 4.º Nos casamentos mixtos os casos de divorcio serão regulados pelo Direito Canonico a respeito de ambas as partes, e o divorcio não importará nunca dissolução do contracto de casamento pela parte evangelica.

§ 5.º O Juízo Eclesiástico do Imperio julgará como até hoje a nullidade do casamento e o divorcio da parte catholica.

§ 6.º A nullidade do contracto nos casamentos mixtos só pode ser pronunciada pelos Juizes e Tribunaes civis.

Art. 2º. É o Governo autorizado:

1.º Para organizar e regular o registro dos referidos casamentos, assim como dos nascimentos que delles provierem.

2.º Para permitir a instituição de Consistorios, Synodos, Presbyterios e Pastores Evangelicos, determinando as condições de sua existencia e exercicio, assim como as regras de fiscalisação e inspecção a que ficam sujeitos.

## **ANEXO C – EMENDA EUSÉBIO DE QUEIROZ APRESENTADA AO CONSELHO DE ESTADO EM 11 DE FEVEREIRO DE 1856**

Art. 1º Os casamentos entre pessoas que não professem a Religião Catholica Apostolica Romana, serão feitos por contrato civil, podendo seguir-se o religioso.

§ 1.º Si o casamento religioso preceder ao civil o celebrante incorrerá nas penas de ... os contrahentes nas de ... E serão considerados cúmplices dos contrahentes as testemunhas ou padrinhos, e todos os que concorrerem para que se celebre esse casamento.

§ 2.º O casamento civil poderá também ser contrahido, quando um dos contrahentes for catholico, e o outro não; fica, porém, entendido que se nessa hypothese preferirem celebrar desde logo o casamento religioso ante a Igreja Catholica, o poderão fazer independente de contrato civil, produzindo o religioso, além do vinculo espiritual para o catholico, todos os effeitos do civil para ambos tão completamente, como se o tivessem especialmente contrahido. As questões de divorcio e nullidade serão no caso de casamento mixto catholico, regulado pelo Direito Canonico a respeito de ambas as partes.

§ 3.º Verificado o contrato civil pela forma determinada no Regulamento do Governo, o casamento, ainda mesmo não seguido do acto religioso, surtirá todas os effeitos civis, que resultam do casamento contrahido segundo as leis e costume do Imperio.

§ 4.º Para regular os impedimentos, nullidades, divorcios, e fórma da celebração dos casamentos, como contratos civis, o Governo seguirá as disposições do Tit. 6º do Cod. Civ. Francez.

Art. 2º É o Governo autorizado:

§ 1º: Para organizar e regular o registro dos referidos casamentos, assim como dos nascimentos que delles provierem.

§ 2º: Para permitir a instituição de Consistorios, Synodos, Presbyterios, e Pastores Evangelicos, determinando as condições de sua existencia, e exercicio, assim como as regras de fiscalização e inspecção, a que ficam sujeitos.

Art. 3º: Os casamentos mixtos, ou entre pessoas estranhas á Igreja Catholica, *bona fide* contrahidas antes da publicação da presente lei por escriptura

publica, ou celebrados na forma de alguma religião tolerada, se consideram *ipso facto* ratificados para os efeitos civis, como se tivessem sido contrahidos ou celebrados na fórmula prescripta para os casamentos civis, uma vez que a isso se não opponham impedimentos taes, que mesmo depois desta lei as devessem embaraçar.

Paragrapho unico: dentro, porém, de um anno contado da publicação da Lei será livre dissolvê-los nos casos em que o permite a religião, segundo a qual se tiver celebrado a cerimonia religiosa. Passado esse periodo ficarão sendo indissoluveis.

**ANEXO D – PROJETO DE LEI DE CASAMENTOS MISTOS DO PODER EXECUTIVO, APRESENTADO PELO MINISTRO FRANCISCO DIOGO PEREIRA DE VASCONCELOS EM 19 DE JULHO DE 1858**

Art. 1º: Os casamentos entre pessoas que não professem religião catholica apostólica, romana serão feitos por contrato civil, podendo seguir-se o acto religioso se este não tiver sido celebrado antes.

Art. 2.º: O casamento civil tambem poderá ser contrahido quando um dos contrahentes fôr catjolico e o outro não; fica porém entendido que, se nessa hypothese preferirem celebrar o casamento religioso ante a igreja catholica, o poderão fazer independentemente de contrato civil, produzindo o religioso, além do vínculo espiritual para o catholico, todos os effeitos civis para ambos, tão completamente como se tivesse havido contrato civil .

Art. 3º: O contrato civil seguido da communição dos esposos, assim na hypothese do art. 1.º, como do art. 2.º, torna o matrimonio indissolúvel, e produz todos os effeitos civis que resultão do que é contrahido segundo as leis e costumes do Imperio.

Art. 4.º Os casamentos mixtos ou entre pessoas estranhas á igreja catholica, *bona fide*, contrahidos antes da publicação da presente lei, por escriptura publica, ou celebrados na fôrma de alguma religião tolerada, se considerão *ipso facto* ratificados para os effeitos civis, como se tivessem sido contrahidos ou celebrados na fôrma prescripta para os casamentos civis, uma vez que a isso se não opponhão impedimentos taes que os devão embaraçar, segundo o que houver regulado o governo em conformidade do § 1º do art. 6º.

§ único. Dentro, porém, de um anno, contado da publicação da lei, será livre dissolvê-los quando o permitta a religião segundo a qual se tiver celebrado a cerimonia religiosa. Passado este periodo, ficarão sendo indissolúveis.

Art. 5º São reconhecidos validos e produzirão todos os effeitos civis os casamentos celebrados fóra do Império, segundo as leis do paiz onde tiverem sido contrahidos.

Art. 6º É o Governo autorizado:

§ 1º Para regular os impedimentos, nullidades, divórcios *quoad thorum* e fôrma de celebração dos referidos casamentos como contratos civis.

§ 2º Para organizar e regular o registro dos mesmos casamentos, assim como dos nascimentos que delles provierem.

**ANEXO E – EMENDA SUBSTITUTIVA APRESENTADA PELO DEPUTADO ANTÔNIO PINTO DE MENDONÇA EM 8 DE AGOSTO DE 1859**

Art. 1.º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na fôrma das leis do Imperio serão extensivos:

§ 1.º Aos casamentos que se fizerem por contrato civil entre pessoas que não professam a religião catholica apostolica romana, guardadas as solemnidade de que trata o artigo 4.º

§ 2.º Aos casamentos feitos no Imperio *bona fide* antes da publicação da presente lei por simples contrato, ou perante pastores de religiões admittidas, não havendo entre as partes impedimento que, segundo as leis em vigor, deva obstar ao matrimonio.

§ 3.º Aos casamentos que se contrahirem fóra do Imperio com as solemnidades admittidas nos respectivos paizes e conforme as leis a que os contrahentes estejam sujeitos.

Art. 2.º Os casamentos mencionados no art. 1º serão indissoluveis quanto aos efeitos civis, desde que haja comunicação entre os esposos.

Art. 3.º Os impedimentos aos casamentos entre pessoas que não professem a religião catholica apostolica romana e de que trata o § 1º do art. 1.º, as dispensas, os casos em que as mesmas são admissiveis, a separação dos conjuges, educação da prole e mais obrigações dos conjuges se regularão pelo direito em vigor em tudo que fôr applicavel.

§ 1.º As dispensas dependerão da autoridade civil.

§ 2.º As questões que se suscitarem acerca dos casamentos a que esta lei confere efeitos civis serão da competencia das justiças ordinarias.

Art. 4.º O governo marcará as formulas e solemnidades com que devão celebrar-se, afim de produzirem efeitos civis, os casamentos de que trata o § 1º do art. 1º, e regulará o seu registro e o dos nascimentos e obitos, bem como a prova da existencia dos casamentos mencionados nos §§ 2.º e 3.º do mesmo art. 1.º

Art. 5.º Ficam revogadas as disposições em contrario.

## **ANEXO F – EMENDA DO MINISTRO PARANAGUÁ, APRESENTADA PELO DEPUTADO PINTO DE CAMPOS EM 11 DE AGOSTO DE 1860**

Art. 1.º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na fôrma das leis do Imperio serão extensivos:

1.º Aos casamentos de pessoas que professarem religião differente da do Estado, celebrados fóra do Imperio, segundo as leis e a religião a que os contrahentes estavam sujeitos, sendo comprovados pelos meios exigidos nos paizes em que tiverão lugar.

2.º Aos casamentos de pessoas que professarem religião differente da do Estado, celebrados no Imperio, antes da publicação da presente lei, segundo o costume ou as prescripções das religiões respectivas, provadas com certidões, nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso.

3.º Aos casamentos de pessoas que professarem religião differente da do Estado, que da data da presente lei em diante foram celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescripções das religiões respectivas, comtanto que a celebração do acto religioso seja provada pelo competente registro, e na fôrma que fôr determinada em regulamento, e outrosim comtanto que não se dê entre os contrahentes impedimento que na conformidade das leis em vigor no Imperio, naquillo que lhes possa ser applicavel, obste ao matrimonio catholico.

Este ultimo ponto, pelo que respeita a taes casamentos celebrados depois da publicação desta lei, poderá ser averiguado perante os tribunaes ordinarios para denegação dos efeitos civis sòmente.

Art. 2.º O governo regulará o registro e provas destes casamentos, e bem assim o registro dos nascimentos e obitos das pessoas que não professarem a religião catholica, e as condições necessarias para que os pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzão efeitos civis.

**ANEXO G – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO AURELIANO CÂNDIDO TAVARES BASTOS EM 19 DE JULHO DE 1867**

Art. 1.º O casamento, sendo um dos contrahentes catholicos e o outro não sendo, póde ser contrahido por meio de escriptura publica.

§ 1.º Este casamento, seguido de communicação dos esposos, é indissolúvel e produz todos os effeitos civis do casamento celebrado conforme as leis e costumes do Imperio.

§ 2.º Fica entendido que, se as partes preferirem celebrar o casamento mixto ante a igreja catholica, impetrando a dispensa da disparidade do culto, o poderão fazer independente do contrato civil que esta lei autorisa.

§ 3.º Os casamentos de que trata o § 1º, contrahidos *bona fide* antes desta lei, por meio de escriptura publica ou numa fórma de alguma religião, se consederarão *ipso facto* ratificados para todos os effeitos civis.

Art. 2.º A disposição do § 1º do art. 1º é extensiva aos casamentos entre pessoas que não professem a religião catholica apostolica romana, feitos por escriptura publica, seguidos de communicação dos esposos, quer preceda ou suceda o acto religioso, quer não seja este celebrado.

Art. 3.º É o governo autorisado para regular a fórma da celebração dos casamentos civis, o registro dos mesmos e o dos nascimentos que delles provierem.

§ unico. As disposições do cap. 2º do decreto n 3,069 de 17 de Abril de 1863, relativas aos impedimentos, ás nullidades e á competencia dos tribunaes civis para o julgamento das respectivas questões, são applicaveis aos casamentos civis.

Art. 4.º Regovão-se as disposições em contrario.

## **ANEXO H – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO ENTRE PESSOAS DE RELIGIÃO DIVERSA DA DO ESTADO, APRESENTADO EM 30 DE SETEMBRO DE 1870**

Art. 1.º O casamento entre pessoas de religião diversa da do Estado, que o possam contrahir validamente, será sempre effectuado por acto civil, podendo, entretanto, os conjuges celebra-lo depois, segundo os preceitos da religião respectiva.

§ 1.º Quando sòmente um dos contrahentes não professar a religião do Estado, poderá tambem o casamento, se fôr celebrado segundo os preceitos da igreja catholica, effectuar-se por acto civil.

§ 2.º O casamento por acto civil, seguido da communicação dos esposos, é indissolúvel.

§ 3.º Os casamentos celebrados na conformidade deste artigo produzirão os effeitos civis dos que o são segundo o costume do Imperio, se não tiverem sido regulados por contrato anterior na fórma da lei.

Art. 2.º O Governo regulará, dentro de seis mezes, depois da promulgação da presente lei, o modo de effectuar-se o contrato de que trata o artigo precedente, as solemnidades de que deve ser revestido e os casos e fórma de separação dos conjuges, de sorte que fiquem perfeitamente garantidos os direitos dos filhos, quer legitimos quer legitimados por casamento posterior, celebrado nos termos do art. 1.º

Expedido o regulamento, não poderá ser alterado senão por lei.

## **ANEXO I – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO ALENCAR ARARIPE EM 17 DE JULHO DE 1875**

Art. 1.º Nenhuma crença religiosa servirá de obstaculo ao exercicio de qualquer funcção politica ou civil no Brazil.

§ 1.º O juramento exigido pelas leis do Imperio para esse exercicio será prestado conforme a religião de cada cidadão.

§ 2.º A excommunhão ecclesiastica não produzirá effeito algum nos actos da vida civil.

Art. 2.º Os impedimentos matrimoniaes são da competencia da autoridade civil, cabendo no matrimonio ao sacerdote, quer catholico, quer acatholico, tão sómente a celebração do acto religioso ou sacramento.

§ 1.º Entre os nubentes precederá o contrato civil, que se consummará e produzirá os seus effeitos temporaes, depois de realizado o acto religioso, conforme a religião dos nubentes.

§ 2.º O sacerdote, que se recusar á celebração do acto religioso, quando os nubentes apresentarem-se competentemente habilitados pela autoridade civil, será punido com a multa dde 100\$000.

§ 3.º Quando, não obstante a habilitação da autoridade civil, o sacerdote se recusar ao acto religioso, surtirá o contrato civil do casamento todos os seus effeitos, tornando-se legititmo o mesmo casamento, na forma adiante declarada, podendo em qualquer tempo seguir-se a consagração religiosa.

Art. 3.º São impedimentos matrimoniaes, e vedão o casamento:

1.º O matrimonio legitimamente contrahido;

2.º A minoridade de 15 annos;

3.º O parentesco em primeiro gráo de consaguinidade;

4.º O parentesco em primeiro gráo de afinidade, quer por cópula lícita, quer illícita;

5.º A participação na morte de um dos cônjuges;

6.º A falta de consentimento do pai, tutor, ou curador, ou do juiz competente;

7.º As ameaças capazes de aterrar pela imminencia do mal, ou pela supposição de grandes damnos;

8.º O rapto da nubente, não sendo ella posta em lugar *tuto* para livremente declarar a sua vontade;

9.º O erro sobre a pessoa, com tanto que a parte illudida reclame e prove o erro dentro de trinta dias seguintes ao casamento.

Art. 4.º É solemnidade essencial do matrimonio a declaração dos contrahentes perante o sacerdote celebrante, e das testemunhas, de se receberem livremente em legitimo matrimonio, salvo o caso do art. 1, § 3: dado o qual, a declaração se fará perante o juiz de direito da comarca e duas testemunhas, em ratificação do contrato anterior.

§ 1. O casamento legitimamente celebrado é perpetuo, e só se annulla sendo effectuado contra algumas das hypotheses do art. 3.º.

§ 2. Só póde haver dissolução do casamento, depois de nullificado o acto religioso ou sacramento pela autoridade ecclesiastica.

Art. 5.º Os conjuges poderão separar-se:

1.º Por causa de adulterio de um delles;

2.º Por causa de sevicias, ou contrariedade de genios, que tornem perigosa ou incompativel a cohabitação.

§ 1. No caso de adulterio a separação será indefinida.

§ 2.º No caso de sevicias ou contrariedade de genios a separação não se extenderá a mais de cinco annos.

§ 3.º Neste caso, findo o prazo, e provada a continuação das mesmas causas, poderá ser o mesmo prazo renovado até que ellas cessem.

Art. 6.º Decretada pelo juiz a separação, os conjuges se retirarãõ com os bens que lhe devão pertencer, feito o inventario e partilha amigavel ou judicial.

§ 1.º Decretada a separação temporaria, ficará com a administração dos bens do casal o marido.

§ 2.º Se este tiver algum impedimento legal para essa administração, caberá a mesma administração á mulher, se fôr julgada idonea.

§ 3.º Não podendo o marido nem a mulher administrar os bens, os administrará uma pessoa da escolha dos conjuges ou da escolha do juiz, se os conjuges discordarem.

§ 4.º O administrador dos bens concorrerá com as prestações que forem pelo juiz estipuladas aos conjuges.

§ 5.º Os filhos dos conjugues separados serão repartidos conforme elles concordarem, no caso de discordancia o juiz entregará áquelle que achar-se em melhores condições de os educar e tratar, ou os distribuirá pelos mesmos conjugues como mais conveniente parecer.

Art. 7.º O governo dará regulamento para a execução da presente lei, e expedido esse regulamento, e não poderá alterar.

Art. 8.º Fica revogada toda a legislação em contrario.

## **ANEXO J – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO SALDANHA MARINHO EM 18 DE FEVEREIRO DE 1879**

### Capítulo I

#### Disposições preliminares.

Art. 1.º O casamento é um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente com o fim de constituir a família.

Parapho unico. Este contrato só é regulado pela legislação civil; e salvo o caso de nullidade é indissolúvel.

### Capítulo II

#### Da contracção do casamento.

Art. 2.º Podem contrahir casamento os que reunirem as condições phisicas e moraes, essenciaes ao fim do casamento.

Art. 3.º Só não podem absolutamente casar:

1.º Os impuberes.

2.º Os loucos, salvo nos lucidos intervallos.

3.º Os parentes consanguineos ou affins em linha recta; e em linha colateral até o 4.º gráo, contado segundo o direito romano.

4.º Os ligados por qualquer especie de casamento não dissolvido.

5.º Os condenados por adulterio – com o seu cumplice; e os que attentarem contra a vida do conjuge da pessoa com quem se quizerem casar – com esta.

Art. 4.º Os puberes e os prodigos só poderão casar com autorização de seus pais ou curadores.

Parapho unico. Quando se dér a intervenção do curador deve igualmente preceder alvará de autorização do juízo competente.

### Capítulo III

#### Das formalidades do casamento.

Art. 5.º Quem pretender contrahir casamento apresentará ao official do registro de seu domicilio ou residencia uma declaração assignada por ambos os contrahentes – contendo:

1.º Os nomes, apellidos, idades, profissão, domicilio ou residencia dos contrahentes.

2.º Os nomes, apellidos, idade, profissão, domicilio ou residencia de seus pais.

Parapho unico. Si os contrahentes forem de diverso domicilio ou residencia a declaração será apresentada nos diversos domicilios, fazendo certo o domicilio que escolhem para a celebração do casamento.

Art. 6.º A declaração de que trata o precedente artigo será acompanhada dos seguintes documentos:

1.º Certidão de idade dos contrahentes.

2.º Autorizações nos casos do art. 4.

3.º Certidão de obito do cônjuge, quando o contrahente ou contrahentes forem viuvos.

Parapho unico. Quando os contrahentes ou um delles – tiverem sido domiciliados fóra da provincia do imperio, exhibirão uma justificação feita perante o júizo de direito da comarca respectiva em que provem não ter impedimento para casar.

Art. 7.º Recebida pelo official do registro a declaração com os documentos, fará elle publicar nos jornais de maior circulação, bem como fixará nos logares públicos um edital convidando as pessoas que souberem de algum impedimento mencionado na presente lei a virem declarar-o no prazo de 15 dias.

Art. 8.º Decorridos os 15 dias, não havendo declaração de impedimento legal e não tendo o official do registro conhecimento de impedimento algum, procederá a celebração do casamento nos termos do art. 11.

§ 1.º Havendo publicação em mais de um registro exigirá o official escolhido para a celebração do casamento – certidões em como não houve opposição ou manifestação de impedimento, nem lhe conste que haja.

§ 2. Passados 6 mezes depois da publicação, não se effectuando o casamento, só poderá este ter logar procedendo-se de novo ás diligencias decretadas.

Art. 9.º Offerecendo-se alguma denuncia de impedimento legal até o momento de se effectuar este contrato ou tendo d'elle conhecimento o official de registro, não procederá este ás formalidades necessarias para effectual-o, dando por escripto a razão de seu procedimento, aguardando a solução que ao juizo de direito compete proferir a respeito.

Art. 10. A denuncia de impedimento legal será feita por escripto, datada, assignada pela pessoa que a dêr, devendo ser reconhecida por tabellião a assignatura e declarado o domicilio da mesma pessoa.

Art. 11. Os contrahentes comparecerão na repartição do official de registro para se effectuar o casamento; e ahi, na presença de duas testemunhas, varões, acima de toda a excepção, serão lidas pelo official de registro as disposições preliminares desta lei e verificando pelas respostas dos contrahentes que elles persistem na resolução de casarem, lavrará o contrato que será assignado pelos contrahentes e as testemunhas.

§ 1.º No caso de doença ou sempre que os contrahentes requisitarem que o casamento se effectue na casa que fôr designada, fóra da repartição do official do registro, assim procederá este neste caso, porém serão necessarias quatro testemunhas.

§ 2.º Os contrahentes podem-se fazer representar por procuradores, que exhibirão poderes especiais declaradamente para o acto.

§ 3.º Podem ser testemunhas do contrato os parentes de qualquer gráo.

§ 4.º As certidões deste registro provam a existencia do casamento para todos os legaes effectos.

#### Capítulo IV

##### Da convenção dos contrahentes quanto aos bens.

Art. 12. O casamento é feito sob o regimen da communhão de bens, salvo quando por escriptura publica fôr proferido o da exclusão da communhão, o que deve preceder ao contrato do casamento e ser mencionado no registro.

#### Capítulo V

##### Da nullidade do casamento.

Art. 13. O casamento será annullado, desde que não forem observadas as disposições desta lei.

Parapho unico. A acção de nullidade deverá ser intentada perante o juizo de direito civil com appellação voluntaria para a relação do districto.

Art. 14. Operará effeitos civis em relação aos conjuges e á descendencia, o casamento nullo que fôr contrahido em boa fé.

Parapho unico. Ao conjuge de má fé, porém, não aproveitará o casamento nullo.

Art. 15. As questões relativas aos filhos, annullado o casamento, e quando não haja accôrdo entre seus progenitores, serão resolvidas pelo juizo de orphãos.

## Capítulo VI

### Do divorcio.

Art. 16. O casamento póde ser interrompido por divorcio perpetuo.

Art. 17. São causas do divorcio:

1.º Adulterio da mulher.

2.º Adulterio do marido, com escandalo publico, com completo abandono da mulher ou com concubina teúda e manteúda.

3.º Condemnação do conjuge á pena perpetua.

4.º Sevicias e injurias graves.

Art. 18. Só o conjuge innocente tem direito a divorcio, intentando a competente acção civil.

Art. 19. Pronunciado o divorcio, proceder-se-ha ao inventario e partilha dos bens nos termos de direito.

Art. 20. Verificado o divorcio por sentença que tenha passado em julgado, ficarão os filhos com o conjuge innocente.

Art. 21. Cessa o divorcio por mutuo consenso das partes.

Art. 22. A sentença de divorcio logo que tenha passado em julgado será ex-officio remettida ao official do registro, para ser averbada no contrato de casamento respectivo.

Parapho unico. A cessação do divorcio por vontade das partes será igualmente averbada no registro, mediante declaração assignada pelas partes com duas testemunhas na presença do official respectivo, na forma do art. 11 prec.

## Capítulo VII

### Disposições gerais.

Art. 23. O casamento celebrado em paiz estrangeiro entre brasileiros só terá validade si forem observadas as disposições desta lei perante o consul brasileiro, que funcçionará como official de registro.

Art. 24. O casamento entre estrangeiros, celebrado no Imperio ou fóra delle só se reputará dissolvido judicialmente, si fôr exhibida a competente sentença, e devidamente legalizada.

Art. 25. Todo o pacto de promessa de casamento, qualquer que seja a sua denominação e fórmula é nullo.

Art. 26. Todo aquele que contrahir casamento sem estar dissolvido o primeiro ou anterior, ficará incurso nas penas que punem a polygamia.

Art. 27. Todo aquelle que em nome da religião, seja qual fôr esta, bem como seja qual fôr o carácter em que intervier ou fôr chamado a praticar qualquer acto ou cerimonia referente a casamento, o fizer, sem que seja exhibido o documento que prove a existencia do contrato do casamento na fórmula prescripta por esta lei, será punido com 3 mezes a 2 annos de prisão.

Parapho unico. As testemunhas serão consideradas cúmplices deste crime.

Art. 28. O juizo civil é exclusivamente o competente para conhecer e julgar das causas de nullidade de casamento e divorcio, ainda que apoz a celebração do casamento, como fica estabelecido na presente lei, os conjuges se dirijam a qualquer igreja ou templo sem fórmula exterior para qualquer fim.

Art. 29. O official do registro que exercer as funcções em contravenção ao disposto nesta lei, incorrerá na pena de 6 mezes a 6 annos de prisão com trabalho.

Parapho unico. As testemunhas do casamento assim praticado serão punidas como cúmplices.

Art. 30. Ficam revogadas as disposições em contrario.

**ANEXO K – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL DO PODER EXECUTIVO, SUBMETIDO PELO DEPUTADO FRANCISCO ANTUNES MACIEL EM 7 DE MAIO DE 1884**

Art. 1.<sup>o</sup> Produzirá todos os efeitos civis que decorriam do matrimonio contrahido na fôrma do Concilio de Trento o casamento que, de accordo com as disposições da presente lei, fôr celebrado por meio de escriptura publica, lavrada por official do registro civil e assignada pelos contrahentes e duas testemunhas pelo menos, ambas varões.

O casamento assim celebrado será indissolúvel, salvo o caso de nullidade.

Art. 2.<sup>o</sup> Podem contrahir casamento todas as pessoas não comprehendidas em qualquer das causas de incapacidade ou impedimento e a que se refere o artigo seguinte.

Art. 3.<sup>o</sup> Não é permittido casamento:

1.<sup>o</sup> Aos impuberes;

2.<sup>o</sup> Aos loucos;

3.<sup>o</sup> Aos parentes por consanguinidade ou affinidade em linha recta, ou em linha collateral até ao 2.<sup>o</sup> grau, contado conforme o direito civil;

4.<sup>o</sup> Entre o cônjuge condemnado por adulterio e seu cumplice;

5.<sup>o</sup> Entre pessoas das quaes uma houver attentado contra a vida do cônjuge da outra;

6.<sup>o</sup> A's pessoas ligadas por qualquer vinculo matrimonial, religioso ou civil, não dissolvido.

Art. 4.<sup>o</sup> Ao casamento dos menores não emancipados precederá o consentimento por escripto dos pais ou tutores. Sendo o nubente orphão, além do consentimento do tutor, é indispensavel a autorização do juiz de orphãos.

Art. 5.<sup>o</sup> Para o casamento do prodigo exige-se igualmente a autorização do juiz, que a não poderá conceder sem audiencia do curador.

Art. 6.<sup>o</sup> Os que pretenderem contrahir casamento farão constar a sua intenção ao official competente por meio de declaração escripta, por ambos assignada, e que conterà:

1.<sup>o</sup> Os nomes, idades, profissão e residencia dos nubentes;

2.<sup>o</sup> Os nomes, profissão e residencia de seus pais.

§ 1.º Na mesma ocasião deverão apresentar:

Certidão de idade dos nubentes;

Documento que prove o consentimento paterno, quando algum dos nubentes fôr menor, ou o do tutor e a autorização do juiz, si fôr orphão;

Certidão de obito, quando algum dos nubentes for viuvo.

§ 2.º Si os nubentes forem domiciliados em outro lugar, far-se-á igual declaração, acompanhada dos mesmos documentos, no domicilio de cada um delles, designando-se o lugar onde terá de celebrar-se o casamento.

§ 3.º Quando algum os ambos os nubentes houverem sido domiciliados fóra do Imperio, ou da provincia onde pretendem casar, deverá ser exhibida justificação judicial que prove não existir entre elles impedimento matrimonial.

Art. 7.º O official do registro fará publicar a declaração de que trata o artigo antecedente nos jornaes de maior circulação, ou, não os havendo, por meio de edital, convidando as pessoas que souberem de algum impedimento a virem declarar-o no prazo de 15 dias.

Art. 8.º Expirado o prazo sem que haja apparecido qualquer denuncia, e não tendo o official noticia da existencia de impedimento, poder-se-á proceder logo á celebração do contrato.

Paragrapho unico: quando a declaração houver sido publicada em mais de um lugar, o official que tiver de celebrar o casamento exigirá previamente certidões pelas quaes se prove que em nenhum delles constou a existencia de impedimento.

Art. 9.º As denuncias de impedimento deverão ser feitas por escripto, datadas e assignadas, e ter as firmas reconhecidas por tabellião.

Art. 10. Si até ao momento de assignar-se o contrato apparecer alguma denuncia de impedimento feita com as condições especificadas no artigo antecedente, o official suspenderá a realização do casamento e levará o facto ao conhecimento do juiz de direito, que, procedendo ás diligências convenientes para esclarecimento da verdade, autorizará ou não a celebração do contrato.

Art. 11. Para a celebração do casamento os contrahentes comparecerão na repartição do official competente, e ahi, presentes as testemunhas, confirmarão a sua declaração de quererem unir-se em matrimonio, depois da qual se lavrará o contrato, que em acto successivo será assignado.

Art. 12. Em caso de molestia ou quando o requisitarem os contrahentes, poder-se-á celebrar o casamento em casa de algum delles ou outra que fôr designada,

sendo necessario nesta hypothese a presença de quatro testemunhas pelo menos, todas varões.

Art. 13. Achando-se algum dos contrahentes ausente do municipio onde se tenha de celebrar o casamento, poderá fazer-se representar por procurador que exhiba procuração em fórmula legal, com poderes especiaes para assinar o contrato.

Art. 14. Podem ser testemunhas do contrato matrimonial os parentes de qualquer linha e grau.

Art. 15. As diligencias para a verificação da existencia de impedimento só terão valor por treze mezes. Não se realizando o casamento dentro deste prazo, será indispensável renoval-as.

Art. 16. O casamento religioso dos que professam a religião do Estado produz todos os efeitos do casamento celebrado na conformidade do art. 1º, verificando-se as seguintes condições:

1.<sup>a</sup> Devem ser fielmente observados todos os requisitos e determinações dos arts. 3º, 6º e §1º;

2.<sup>a</sup> Para a celebração do casamento os contrahentes designarão ao official do registro o local e a hora em que se receberão em matrimonio, o qual será efetuado pelo parochou ou quem legitimamente o represente na fórmula da lei;

3.<sup>a</sup> Findo o acto religioso, o official do registro, que assistirá á cerimonia, occupando o lugar conveniente que lhe fôr destinado, certificará a celebração do casamento por meio de um termo que será assinado pelo sacerdote celebrante e quatro testemunhas.

Art. 17. O casamento reputar-se-á feito sob a clausula da comunhão de bens, sempre que outro regimen não fôr estabelecido por escriptura publica, lavrada anteriormente e a que se fará referênciã no contrato matrimonial.

Art. 18. Pode ser annullado, mediante acção judicial, intentada por algum dos conjuges, o casamento em que houver sido preterida a observancia de qualquer das disposições da presente lei.

Art. 19. A acção de nullidade será proposta perante o juiz de direito da comarca onde o casamento se tiver realizado, e da decisão, além do recurso voluntario, haverá recurso *ex officio* para a relação do districto.

Art. 20. O casamento nullo que houver sido contrahido em boa fé produzirá efeitos civis em relação á prole e ao cônjuge de boa-fé.

Art. 21. O divórcio, que consiste na separação de toro e de habitação, só poderá realizar-se nos casos seguintes:

1.º Adulterio da mulher;

2.º Adulterio do marido com concubina teúda e manteúda; ou acompanhado de escandalo publico, ou de abandono da mulher;

3.º Condemnação de algum dos conjuges, passada em julgado, á pena perpetua;

4.º Sevicias.

Art. 22. A acção de divórcio só compete ao conjuge inocente.

Art. 23. Pronunciado o divórcio por sentença que tenha passado em julgado, proceder-se-á á partilha dos bens do casal na fórmula do direito.

Art. 24. A sentença de divórcio, passada em julgado, será remetida *ex officio* ao competente official do registro para ser averbada no contrato de casamento.

Art. 25. Cessa o divórcio por mutuo consenso das partes. A cessação do divórcio se verificará mediante declaração assignada pelas partes e por duas testemunhas, varões, em presença do official competente. Esta declaração será igualmente averbada no contrato.

Art. 26. Em caso de nulidade do casamento ou de divórcio, as questões concernentes á prole, não havendo accordo entre os conjuges, serão decididas pelo juizo de orphãos, com recurso para a relação.

Art. 27. O casamento de brasileiro em paiz estrangeiro só será válido se fôr celebrado perante o consul brasileiro e de conformidade com as disposições desta lei.

Art. 28. É nullo todo pacto de casamento, qualquer que seja a sua fórmula e denominação.

Art. 29. Incorre nas penas de polygamia toda pessoa que contrahir novo casamento sem estar legalmente dissolvido o anterior.

Art. 30. Será punido com a pena de prisão por um a três annos todo aquelle que em nome da religião, seja qual fôr esta, assim como seja qual fôr o carácter em que intervier ou fôr chamado a praticar qualquer ato ou cerimonia relativa a casamento, o fizer sem que lhe apresente documento que prove a existencia da escriptura de contrato matrimonial, ou sem que se observem as condições prescriptas no art. 16.

As testemunhas do acto ou cerimonia incorrerão em igual pena.

Art. 31. O official do registro que intervier em algum acto concernente a casamento com preterição das disposições da presente lei, incorrerá na pena de um a três annos de prisão com trabalho.

Serão passivos de igual pena as pessoas que tomarem parte no acto como testemunhas.

Art. 32. A denuncia falsa de impedimento, provando-se ter sido dada de má fé, sujeita o denunciante ás penas de dous a quatro annos de prisão.

Incorrerá no dobro destas penas o que apresentar denuncia falsa no acto da celebração do casamento.

Art. 33. O juizo civil é competente para conhecer e julgar das causas de divorcio e de nullidade do casamento, ainda que á celebração do contrato tenha seguido qualquer acto ou cerimonia de carater religioso.

Art. 34. Ficam revogadas as disposições em contrario.

## **ANEXO L – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO DEPUTADO MATTA MACHADO EM 24 DE MAIO DE 1887**

Art. 1.º – O parochio ou qualquer outro sacerdote catholico ou ministro de qualquer religião devidamente reconhecida pelas leis do Imperio, que tiver de celebrar um casamento avisará com antecedencia, nas cidades e villas, ao official publico que for designado no regulamento desta lei, e nas parochias, ao escrivão de paz, indicando-lhe a hora e o logar da celebração do acto.

§ 1.º O official publico, comparecendo ao acto do casamento, imediatamente depois de sua celebração, lavrará em livro especial um termo no qual declarará ter assistido o acto religioso, exarando o nome, idade e filiação dos contrahentes, assim como o nome das suas testemunhas.

§ 2.º Este termo será assignado pelo official que o lavrar e por duas testemunhas, podendo assignal-o os contrahentes, o ministro celebrante e quaesquer outras pessoas que o tenham assistindo, caso queiram.

§ 3.º Nos casamentos – in-extremis – o ministro que o celebrar enviará, logo depois do acto ao official publico uma participação por escripto, para que este lance o respectivo termo no livro competente.

§ 4.º Ao official publico nenhum emolumento será devido por este trabalho.

§ 5.º A certidão extrahida deste termo será o instrumento de prova do casamento para todos os seus effeitos civis.

Art. 2.º – Aquelles que não puderem ou não quizerem contrahir casamento segundo o rito de sua religião, poderão cebral-o pela forma estabelecida nos seguintes artigos.

Art. 3.º – O casamento civil só poderá ser provado por escriptura publica.

Art. 4.º – Quem pretender casar-se pela fórmula estabelecida na lei civil, deverá apresentar ao juiz de paz de sua residência uma declaração contendo:

1.º – Os nomes, apellidos, idade, profissão, domicilio e residencia dos contraentes;

2.º – Os nomes, apellidos, idades, profissão, domicilio e residencia dos seus pais, ou si são filhos de pai ou pais desconhecidos.

Parágrafo único. – No caso de serem menores ambos ou algum dos contrahentes, também será declarado que se casam com o consentimento da pessoa a quem devem pedir-o.

Art. 5.º – Si os contrahentes forem residentes em districtos de paz diversos, em cada um delles se fará a declaração de que trata o artigo antecedente.

Art. 6.º – Si o domicilio do contrahente não fôr o de sua residencia, será ainda obrigado a apresentar uma justificação, em que prove não haver entre elle e o outro contrahente impedimento alguma para se casarem.

Art. 7.º – Apresentada a declaração de que trata o art. 4º, fará o juiz de paz afixar em logar publico um edital, que também será publicado no jornal de maior circulação, que houver no logar em que annuncie a pretensão dos contrahentes, com as declarações do referido artigo, convidando as pessoas, que souberem de algum impedimento legal, a vir declaral-o no prazo de 15 dias.

Art. 8.º – Decorridos os 15 dias, sem haver denuncia de impedimento legal, e não tendo o juiz de paz conhecimento de impedimento algum, e apresentada a justificação de que trata o art. 6º, si for caso disso, declarará o mesmo juiz de paz os contraentes habilitados para se casarem.

Art. 9.º – Offerecendo-se alguma denuncia de impedimento legal, ou tendo o juiz de paz conhecimento de algum, assim o declarará, especificando o impedimento no seu despacho, e os contrahentes não serão julgados habilitados para se casarem, si o impedimento não for declarado improcedente, pelo modo estabelecido no codigo do processo.

Art. 10. – A escriptura do casamento poderá ser lavrada por qualquer official publico, para isso competente, que os contrahentes escolherem dentro do Imperio, apresentando-lhe o documento que prove estarem habilitados para se casarem.

Art. 11. – Serão dispensadas as formalidades de que tratam os arts. 4º, 5º, 6º 7º e 8º, no caso em que algum, ou ambos os contrahentes estejam em perigo de vida, e queiram celebrar o casamento immediatamente.

Art. 12. – O instrumento de habilitação, que obtiverem os contrahentes para se casarem, só terá effeito por espaço de um anno.

Art. 13. – Não se julgará nullo o casamento celebrado em preterição das formalidades prescriptas nos artigos antecedentes: os contraventores incorrerão na responsabilidade criminal, que no caso couber, além de responderem por perdas e danos, a que derem causa.

Art. 14 – Passado um anno depois da celebração do casamento, não póde elle ser annullado por motivo de incompetencia do official publico, que houver lavrado a escriptura, ou por preterição das formalidades desta.

Art. 15. Na escriptura do casamento, poderão os contrahentes regular o regimen dos bens.

Art. 16. – A acção de annullação do casamento civil será intentada no juízo civil.

Art. 17. É prohibido o casamento civil:

1.º – Entre os parentes por consanguinidade ou por afinidade lícita na linha reta, sejam elles legítimos ou ilegítimos.

2.º – Entre os parentes por consanguinidade em 2º grau na linha collateral, sejam elles legítimos ou ilegítimos.

Art. 18. – Não podem contrahir casamento civil os impuberes.

Art. 19. – O casamento civil só póde ser dissolvido no caso de sua annullação, ou por morte de algum dos conjuges.

Parágrafo unico. – A annullação do casamento será julgada por processo civil nos casos previstos pela legislação vigente.

Art. 20. – Não póde ter logar o divórcio por mutuo consentimento das partes. A acção deve ser processada e julgada no juízo civil, com a intervenção do agente do ministerio publico, na fórmula da legislação actual.

## **ANEXO M – PROJETO DE LEI DE CASAMENTO CIVIL APRESENTADO PELO SENADOR LEITE E OITICICA EM 18 DE OUTUBRO DE 1894**

Art. 1.º O casamento civil, reconhecido pelo art. 72, § 4º, da Constituição Federal, contrahe-se por acto registrado no livro de notas de tabellião do municipio da residencia dos contrahentes, com autorisação do juiz sob cuja jurisdiccção servir o mesmo tabellião.

§. 1.º - Aquelles que pretenderem casar-se dirigirão ao juiz a quem competir autorisar o casamento uma petição em que declarem:

a) o nome dos contrahentes, sua idade, naturalidade, residencia, filiação e profissão do nubente;

b) residencia dos paes, onde morreram si forem fallecidos e a data do fallecimento;

c) não haver impedimento para o casamento, si tem autorisação dos paes, ou do juiz de orphãos, si algum dos nubentes estiver sob a jurisdiccção desse.

§. 2.º Em despacho a essa petição o juiz mandará publicar edital por oito dias , annunciando o pedido e convidando os que souberem de algum impedimento a vir aprensental-o por embargos ao casamento, no prazo indicado.

§. 3.º Decorrido o prazo sem opposição, serão os autos conclusos ao juiz, o qual autorisará o contracto que será lavrado dentro dos dous mezes seguintes a essa autorisação.

§. 4.º os contrahentes residirem em municípios diferentes, deve cada um delles requerer a autorisação do juiz do seu domicilio, podendo o pai ou a pessoa á cuja guarda estiver a nubente requerer em nome desta; o contracto será passado nas notas de tabellião preferido pelos contrahentes, devendo, neste caso, constar no contracto o facto da autorisação do juiz, transcripto por extenso o despacho a conceder.

§. 5.º A petição, para ser autorisado o casamento, deve acompanhar uma declaração de tres testemunhas, com as firmas reconhecidas por tabellião, de que conhecem os nubentes e affirmam não haver impedimento que os inihiba de casar. A affirmação reconhecida falsa é sujeita as penas do art. 338 do Codigo Penal.

Art. 2.º Si durante o prazo do edital for allegado algum impedimento, o juiz mandará juntar aos autos a allegação e ordenará a exhibição das provas do

impedimento allegado, com o mesmo prazo dos embargos nas accções summarias e nos termos de direito.

§. 1.º A allegação de impedimento que se provar não existirem e houver sido feita sem fundamento, sujeitara quem a fizer ás penas do mesmo art. 338 do Codigo Penal.

§. 2.º O juiz poderá exigir, *ex-officio*, provas em contrario, de algum impedimento de que tiver sciencia ou chegar ao seu conhecimento sem ser por allegação escripta ou reduzida a termo.

§. 3.º Provando impedimento que, segundo a lei civil, seja causa de nullidade para o casamento ,o juiz pronunciará a impossibilidade deste para effeitos do direito civil, prohibindo a união dos contrahentes e publicará a sentença por edital.

Art. 3.º Concedida a autorisação para o casamento, os nubentes poderão comparecer perante o tabellião e fazer passar a escriptura de casamento, da qual constarão as declarações feitas na petição para a autorisação, o despacho que o autorisou o regimen em que vão viver os nubentes, podendo ser ahi feitas as restricções quanto ao regimen commum, subentendido este para o casamento quando não houver declaração em contrario.

Art. 4.º São competentes para autorisar o casamento os mesmos juizes competentes para todos os actos da jurisdiccção especial de casamentos, de accordo com a lei processual que adoptar cada um dos Estados da Republica.

Art. 5.º Os juizes encarregados de autorisar os casamentos são obrigados a enviar ao juiz seccional de cada Estado um mappa mensal dos casamentos effectuados, afim de ser, no juizo seccional, organizado semestralmente o mappa geral dos casamentos em cada Estado.

Parapho unico. Os juizes seccionaes remetterão, dentro do mez seguinte ao ultimo do semestre, o mappa geral dos casamentos no Estado de sua jurisdiccção, á repartição da estatística, por intermedio do ministro do interior.

Art. 6.º É gratuita a concessão da licença para o casamento, bem como o lançamento da escriptura do registro do tabellião, não cabendo ao juiz ou ao tabellião emolumento algum por esses actos (art. 74. §.4º., da Constituição da Republica). Ao tabellião cabe o emolumento de 5\$ pela certidão da escriptura, que darão sempre á parte, bem como o emolumento que esse funcionario houver pago pela folha ou folhas do livro em que houver lançado a escriptura, na fórmula da lei processual pela qual elle se reger.

§. 1.º É sujeito á pena disciplinar de 50\$ de multa e de cinco a 30 dias de suspensão o tabelião que se recusar a lançar a escriptura de casamento autorizado, ou infringir as disposições da presente lei.

§. 2.º É licito ao tabelião passar a escriptura fora do seu cartorio, somente quando solicitado pela parte interessada, regulando-se então pelo regimento das custas quanto à diligencia pedida.

Art. 7.º Em tudo mais quanto diz respeito ao casamento, regulará o decreto n. 181, de 24 de dezembro de 1890, sendo o governo autorizado a, no regulamento que expedir para a execução da presente lei, codificar todas as disposições para regerem o casamento.

Art. 8º No caso de imminencia de morte é licito á qualquer autoridade mandar lavrar, pelo seu escrivão, auto do casamento, assignando-o cinco testemunhas, juntamente com a autoridade, esse auto será remetido, no caso do fallecimento do cônjuge doente, ao juiz competente para autorisar o casamento e este, depois de preenchidas as formalidades da presente lei pelo nubente sobrevivente, mandará lavrar o contracto que vigorará para os effeitos de direito, depois de assignado pelo juiz e pelo sobrevivente.

Art. 9º Os casamentos contrahidos religiosamente, depois do decreto n. 181, de 24 de dezembro de 1890, até á data da presente lei, e sem as formalidades do mesmo decreto, poderão ser revalidados com o contracto nos termos da presente lei, servindo de prova neste caso a certidão do casamento religioso.