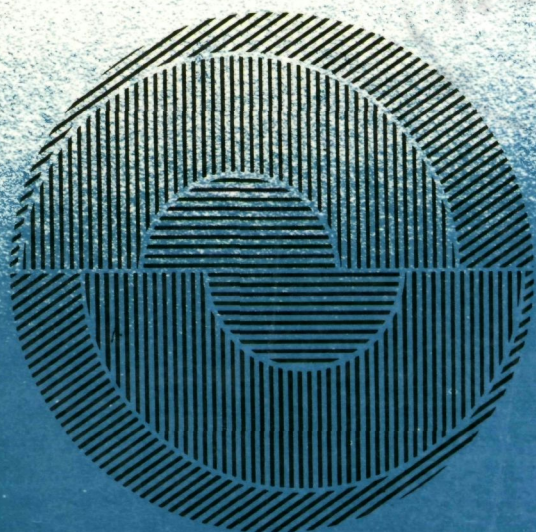


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1986

ANO 23 • NÚMERO 89

Divórcio romano versus divórcio canônico (*)

DES. DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA

SUMARIO

1. Antecedentes
 2. Matrimônio e divórcio
 3. Divórcio e repúdio
 4. Como se exercia esse direito
 5. As restrições ao divórcio
 6. O divórcio sob Justiniano
 7. Divórcio canônico
- Conclusões

Apesar de algumas restrições próprias da época e imperantes na mentalidade do povo, a admirável estrutura do matrimônio romano, pela excelência de sua profunda humanidade e pela simplicidade de sua conservação ou dissolução, merece um estudo pormenorizado, por interessar mais de perto ao nosso estudo e ao nosso direito.

1. Antecedentes

ALTAVILA (1), ao contemplar as causas do divórcio estabelecido no Código de Hamurabi, extasiou-se diante deste dispositivo humano e sensato, o único que se encontra nos direitos orientais e mesopotâmico sobre a mulher-pessoa — “Ela pode desposar em seguida o homem de seu coração” — uma verdadeira carta de alforria à mulher repudiada para escolher o eleito de seu coração e com ele recomeçar uma nova vida mais feliz e sem erros do passado!

(*) *Obra póstuma.*

(1) ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 2.^a edição, São Paulo. Edições Melhoramentos, p. 44.

Por isso aduziu logo o meu saudoso e querido mestre:

“Já se vê que no diorito de Susa, onde há 22 artigos que prescrevem pena de morte — há também alguns parágrafos que reconhecem a existência de uma lei não escrita, porém mais poderosa do que o Código de Pedra, que é a lei do amor, impressa na alma e no coração de todas as criaturas.”

Era apenas um parágrafo em 282 artigos do código exumado em Susa... um **rari nantes**, um naufrago perdido na imensidão de tantos textos e leis da antigüidade contrários à mulher.

Que dizer então de uma cidade em que, desde a sua fundação, “houve várias coisas estabelecidas e ordenadas em honra das damas, como ceder-lhes o lugar mais elevado quando encontradas pelo caminho; não dizer nada de sujo nem de desonesto em sua presença; não se despir diante delas” (2) pois os romanos sentiram, mais que nenhum outro povo, a necessidade fundamental da presença feminina em sua recém-fundada cidade?... Que dizer de Roma, onde desde os seus primórdios, “surgiu um direito matrimonial humano, quer dizer, baseado na idéia humana de um matrimônio concebido como união livre e dissolúvel em que vivem ambos os cônjuges em pé de igualdade” (3)?... Que dizer de um matrimônio que não constitui um ato jurídico que se completa pela observância das formalidade especiais, mas que, à semelhança da posse, estava integrado por um elemento objetivo, oriundo do fato da convivência do homem e da mulher, e outro subjetivo ou intencional representado pela **affectio maritalis**, ou seja, pela consciência em ambos os cônjuges de que a comunidade que integram é um matrimônio?... Que dizer de um povo onde o amor à vida doméstica é um dos aspectos mais característicos de sua civilização?... Que dizer de um matrimônio que significava, em geral, para a mulher alargamento do horizonte de suas atividades, pois passava a participar da classe social do marido, das honras de que estava investido e de seu culto privado?... Que dizer de um povo para quem “o belo sexo era, de fato, para o temperamento áspero e guerreiro do romano, como para o espírito polido e artístico do grego, o sexo forte”? ... (4). Que dizer de um povo para o qual “não é bastante ser bela a mulher que deseja agradar, não há de satisfazer-se com o que basta ao comum das mulheres. Os ditos finos, o espírito, a graça e a alegria sobrelevam aos mais caros dons da natureza. Pois a arte realça a formosura; e sem desejo de agradar, perde todo o seu valor e beleza” (5). Que dizer ainda

(2) PLUTARCO. *Vida dos Homens Ilustres*. São Paulo, Editora das Américas, s/d, I/153, n. XXXI.

(3) SCHULTZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960, pp. 99/100, n. 180/1.

(4) AZEVEDO, Fernando de. *No Tempo de Petrónio — Ensaio sobre Antigüidade Latina*. S. Paulo, Editora Nacional, 1930, p. 269.

(5) *Idem*, *ibidem* p. 68.

de um povo que, ao falecer o esposo ou esposa, o cônjuge sobrevivente o elogiava com a abreviatura familiar S.V.Q. -- (= sine una querela: sem uma queixa), demonstrando a existência de um matrimônio feliz?

Foi por isso que HUGH LAST ⁽⁶⁾, ao tratar do papel da mulher romana, observara que com esses temas atingimos "o verdadeiro centro da civilização romana" e SCHULTZ ⁽⁷⁾ proclamou que "o direito clássico do matrimônio é, sem dúvida alguma, o resultado mais impressionante do gênio jurídico de Roma", assegurando, logo abaixo: "o direito romano sobre o divórcio é, na realidade, a pedra angular sobre a qual descansa a construção jurídica de Roma."

O casamento romano constitui um vasto campo de controvérsias. Os juristas não o encararam como um instituto jurídico, senão como uma situação de mera convivência de duas pessoas de sexos diferentes. Conhecemos apenas três títulos de obras que se extraviaram: *De Nuptulis*, de NERACIO PRIESO; *Liber Singularis de Rito Nuptiarum*, de MODESTINO; *De Sponsalibus Liber Singularis*, de ULPIANO. Os textos que lhe são dedicados pelo *Código Teodosiano* e pelo *Corpus Juris Civilis* representam, como anota GAUDEMMENT ⁽⁸⁾ tardios ensaios de sistematização, incompletos e não muito coerentes.

Para MARGADANT ⁽⁹⁾, "é difícil entender o que tenha significado o matrimônio romano, mas por outra parte os romanos tinham considerado monstruoso o fato de que os cônjuges perpetuem às vezes um matrimônio contra a vontade de um deles, desde que tenha desaparecido a *affectio maritalis*." Talvez, por estas razões, o tenham entendido como uma relação continuativa que se mantinha enquanto existisse entre os cônjuges a *affectio maritalis*. A honorabilidade do matrimônio consiste na consideração e apreço sociais e na intenção subjetiva dos cônjuges que se respeitam e se amam sem se importar com formalidades e especulações jurídicas. O casamento romano perdurava mesmo que os cônjuges vivessem separados, um longe do outro (D.24, 1, 32, 13).

Na época atual merece destaque a observação de MONTAIGNE, com as restrições que lhe fazemos seqüência:

"Acreditamos tornar mais firme o nó de nossos casamentos, por ter afastado todo o meio de dissolvê-lo. Mas tanto se há descuidado e relaxado o nó da vontade e da afeição, que o do constrangimento se distendeu, e, ao inverso o que manteve, por tanto tempo, em honra e segurança os casamentos

(6) LAST *apud* GIORDANI, Mario Curtis. *História de Roma*. Petrópolis, Editora Vozes, 1965, p. 165.

(7) SCHULTZ, Fritz. *Ob. cit.*, p. 100, n. 181.

(8) GAUDEMMENT *apud* DINIZ *Almachio*. *Tratado de Teoria e Praxe do Divórcio no Direito Brasileiro*. Rio, Jacintho Ribeiro dos Santos. Editor, 1916, p. 57.

(9) MARGADANT S. Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*. México, Editorial Esfinge, 1970, p. 207, n. 103.

em Roma foi a liberdade de os romper quem quisesse. Os maridos zelavam melhor suas mulheres desde que lhes era fácil perdê-las e, em plena liberdade de divórcio, passaram-se quinhentos anos e mais antes que algum dele se utilizasse."

Inegavelmente, a tradição refere e inúmeros historiadores afirmam ter sido o primeiro divórcio ocorrido em Roma o de Spurio Carvilio Ruga, 227 a.C. há mais de quinhentos anos da fundação de Roma "Carvilio Ruga — diz-nos AULO GÉLIO ⁽¹⁰⁾ —, homem de família nobre, separou-se da mulher, pelo divórcio, porque dela não podia haver filhos. Amava-a com ternura e só tinha de felicitar-se pela sua conduta." É que a Lei das XII Tábuas (6.9) exigia: "Se alguém quer repudiar sua mulher que apresente as razões desse repúdio."

O matrimônio romano jamais foi indissolúvel. "Deste fato histórico" — argumenta JORS ⁽¹¹⁾ — "não se deve induzir que anteriormente não estava reconhecido juridicamente o divórcio". Para BONFANTE ⁽¹²⁾, "teria sido este o primeiro divórcio cuja causa — esterilidade da mulher — não fora até então reconhecida pelos costumes." "O divórcio de Ruga" — assegura-nos D'ORS ⁽¹³⁾ — "tornou-se um escândalo por ter sido o primeiro repúdio de uma mulher inocente por causa da esterilidade". "E por mais razoável que parecesse esse motivo, não se deixou de censurar, pois não se acreditava que o próprio desejo de ter filhos prevalecesse sobre a fé conjugal" (VALÉRIO MÁXIMO 2. 4. 4.).

2. Matrimônio e divórcio

O matrimônio romano, observado segundo sua natureza, era uma convenção privada. Os romanos, preocupados com o aspecto prático do direito, não consideraram a natureza jurídica do matrimônio. Os glosadores, pós-glosadores, canonistas e os primeiros romanistas conceberam o casamento romano como um contrato, ou seja, como um ato jurídico em que o consentimento juridicamente relevante seria tão-só o consentimento inicial.

"A forma do matrimônio" — leciona ORTOLAN ⁽¹⁴⁾ — "se achava abandonada ao puro direito privado, sem necessidade de nenhuma solenidade pública, não obstante encontrar-se alocado na categoria dos

(10) AULO GÉLIO apud COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1957, 1/70.

(11) JORS, Paul — KINKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. Barcelona, Editorial Labor, 1965, p. 398, § 177, nota 4.

(12) BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano* — I — *Diritto di Famiglia*, p. 344.

(13) D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 323, § 88, nota 12.

(14) ORTOLAN, Compendio del *Derecho Romano*. Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947, p. 44, n. 17.

contratos reais: verificava-se pelo só consentimento das partes e pela tradição da mulher, isto é, pelo ato de colocá-la à disposição do marido e de uma maneira qualquer; simplicidade bárbara, austeridade inculta do direito, que os costumes e as crenças populares ocultam sob formas simbólicas mas lisonjeiras, embora destituídas de utilidade jurídica”.

Ora, a nota distintiva de todos os contratos reais é que ao consentimento se segue uma **datio rei**, a entrega da coisa. Ao consenso, segue-se a **deductio in domum**. Observamos ainda que há requisitos considerados naturais pelas substâncias típicas de cada figura contratual, constituindo um integrante indispensável da própria natureza de cada espécie contratual, contribuindo a dotar de especialidade e singularidade a um contrato.

“Originariamente”, aduz MONTES⁽¹⁵⁾, “significava celebrar um ato e se usava acompanhado de um substantivo em genitivo”. E, para o mesmo autor, “podemos considerar contrato o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, reconhecido e amparado pelo **Jus Civile** e destinado a constituir uma relação obrigatoria”.

Por isso, o consentimento, no matrimônio, não coincide com os demais contratos e pactos. A relação, que estabelece, não é perfeitamente acabada, não tem termo, depende da vontade. É uma união livre dos cônjuges, cuja essência se realiza e fortalece na intenção contínua de permanecerem casados, na **affectio maritalis** que “não é unicamente manifestação de consentimento inicial emitida de uma só vez: é bem mais que um estado de vontade quotidiano”⁽¹⁶⁾. É um acordo vivo que se renova ou se extingue a cada hora, a cada dia que passa. Aí reside a lógica e a certeza por que o divórcio foi sempre uma instituição concomitante ao matrimônio.

Ora, a obrigação (**obligatio** = equivale a atar, amarrar) gerada por este acordo nada mais é senão a relação meramente jurídica, o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa tem a faculdade de exigir de outra determinada pessoa a prestação. Desfeito o acordo, cessa o seu efeito, extingue-se o vínculo, o elo, o liame que une os contratantes.

Por isso, assegura-nos CHAMOUN⁽¹⁷⁾, “quem fixou as bases para a determinação da verdadeira natureza jurídica do matrimônio romano foi MANENT. Seria ele uma relação de fato entre homem e mulher. O consenso significaria o desejo mútuo, duradouro e continuativo de serem os cônjuges marido e mulher (**affectio maritalis**). O novo **status**

(15) MONTES, Angel Cristobal. *Curso de Derecho Romano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 150.

(16) RAMOS, Ja. Arias. *Derecho Romano*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, II-III/879, § 292.

(17) CHAMOUN, Ebert. *Natureza Jurídica do Matrimônio* — in *Revista Forense*, Rio, 1959, vol. 183/37.

em que se investem os nubentes tinha, com efeito, a vida da *affectio maritalis*, a qual, por sua vez, exteriormente se traduzia na coabitação. A teoria do consenso continuativo alcançou grande vitória. Perfilharam-na quase todos os romanistas modernos e contemporâneos, de todas as nacionalidades”.

Imperou desde sua gênese o princípio incontestável de que o matrimônio era fundamentalmente dissolúvel — *liberum matrimonium esse antiquitus flacuit* (ALEX. SEV., C. 8. 38, 2). A idéia de que os cônjuges possuíam a mais absoluta liberdade de romper o vínculo matrimonial, tão logo cessasse a *affectio maritalis*, estava demasiado arraigada na mentalidade e costumes romanos que, por vontade própria, os cônjuges não podiam limitar a liberdade do divórcio contratualmente, nem dificultá-lo por meio de penas convencionais (ALEX SEV. — *ibidem* — GAIO, 1, 137).

Para o divórcio nunca se estimou necessária a existência de qualquer causa especial. Segundo MACKENZIE⁽¹⁸⁾. “não se precisava para o divórcio de sentença de um juiz, nem eram necessários os procedimentos judiciais. Considerava-se um ato privado, sendo costume fazer-se uma declaração expressa do desígnio”, pois, “se alguém quer repudiar a sua mulher — exige a Lei das XII Táguas, 7.9 —, que apresente as razões desse repúdio”.

Mesmo no período da decadência do direito romano, sob a influência da Igreja e do direito imperial pós-clássico, onde se estabeleceram penas para os divorciados sem causa, nenhuma constituição influíu sobre a sua eficácia.

Os romanos possuíam duas espécies de casamento: *justae nuptiae* ou *justum matrimonium* — *cum manu* (*usus* — *confarreatio* — *coemptio*) e *sine manu*; para dissolvê-los: a morte, a ausência, a modificação do estado da pessoa e o divórcio.

No *matrimonium cum manu*, a mulher deixava a família do seu *paterfamilias* para fazer parte integrante da família civil do marido que exercia autoridade sobre ela, como um pai sobre o seu filho e, conseqüentemente, a faculdade de divórcio se reduzia a um mero direito de repúdio, que apenas se efetuava quando a mulher incorria em falta grave e, por essa razão, era condenada em um conselho organizado pela família do marido, um verdadeiro tribunal familiar.

A *manus*, poder marital ou vínculo conjugal, assemelha-se ao direito de propriedade, podendo o marido dispor da mulher como lhe aprouver. Esta amplitude de poderes somente esteve limitada pelos costumes antigos e, mais que isso, pelo reconhecimento do respeito e consideração devidos à família da mulher, que funcionou sempre

(18) MACKENZIE. *Estudios de Derecho Romano*. Madrid, Francisco Góngora Editor, 1876, p. 134.

como um eficiente freio contra os excessos no exercício desse poder, além do peso que o dote representava no rompimento da união. No mais, os maridos preferiam conservar a mulher para poder continuar na posse do dote, pois refere PLUTARCO ⁽¹⁹⁾ que Rômulo não permitiu que a mulher deixasse o marido e deu licença ao marido para deixar a mulher quando acaso ela tenha envenenado os filhos, ou falsificado as chaves, ou cometido adultério; e, se por outro motivo, a repudiasse, a metade dos bens era adjudicada à mulher e a outra à deusa Ceres; e mandava que aquele que repudiasse a mulher sacrificasse aos deuses da terra". Era uma razão simples para impedir os repúdios sem causa grave. Outro freio para justificar o raciocínio sistemático e prático de que o seu próprio direito era a personificação, dificultando sem, contudo, proibir.

*Foi no **matrimonium sine manu**, onde os cônjuges possuíam direitos idênticos, que o divórcio passou a ser praticado livremente, inclusive pelo **paterfamilias** da mulher na hipótese de ser menor.*

Depois do triunfo sobre Cartago, quando o espírito cosmopolita amenizou a autoridade rústica dos quiritários e a civilização romana se refinou um pouco, "a discórdia, a avareza, a ambição e os males decorrentes, filhos ordinários da prosperidade, depois da devastação de Cartago, tiveram um prodigioso crescimento" ⁽²⁰⁾, as mulheres passaram a exigir o **matrimonium sine manu** que, na época clássica, era o único existente. Os divórcios se tornaram mais freqüentes, chegando CARCOPINO a assegurar ser ele "a moeda corrente das relações familiares". Em fins da República, o direito de dissolução do matrimônio para ambas as partes se estende a todos os matrimônios **cum manu**.

Historiadores há que recriminam o aumento de divórcios como uma conseqüência da degradação social. Puro equívoco. Houve excessos, não os negamos, até os reputamos naturais. Houve a euforia comum a quem comemora a conquista da liberdade. "Assim pela abolição das velhas leis, pela transformação de antigas máximas, as mulheres haviam se tornado livres. Ora, note-se que, em geral, o primeiro emprego que se faz da liberdade reconquistada é abusar da mesma. Não podemos desfrutar com calma direitos dos quais estivemos privados durante longo tempo, e há sempre, nesses primeiros momentos, uma espécie de embriaguez difícil de conter. Foi o que sucedeu à sociedade romana desta época, e todos os desregramentos que se anotam então no comportamento das mulheres explicam-se, em parte, pelo encanto e enlevo da nova liberdade" ⁽²¹⁾.

(19) BOISSIER, Gaston. *Ciceron et ses Amis* — apud GIORDANI, Mário Curtis, ob. cit., p. 115.

(20) SALUSTIO apud Santo AGOSTINHO. *La Ciudad de Dios*. Barcelona, MCMLIII, Lib. II, 18, 3, p. 93.

(21) BOISSIER, Gaston. *Ciceron et ses Amis* — apud GIORDANI, Mário Curtis, ob. cit., p. 116.

3. Divórcio e repúdio

O vocábulo **divortium**-ii originou-se do verbo **diverto** (ou **divórcio**, arcaísmo), **is, ti, sum, tere**, significando ir-se embora, ausentar-se, separar-se, divergir, divorciar-se; enquanto que **repudium**-ii provém de **repudio** — **as — avi — atum — are**, que quer dizer rejeitar, enjeitar, recusar, divorciar-se de, termo esse que se lê na Lei das XII Tábuas (VII, 9). GAIO (Dig. 24, 2,2) informa que o “divórcio era assim chamado por causa da divergência de pensamento dos cônjuges ou porque cada um tomava o seu caminho”.

“Inicialmente” — lembra MOREIRA ALVES (22) —, “é preciso esclarecer o significado dos dois termos que se encontram nos textos: **divortium** e **repudium**. Os autores divergem a respeito. Alguns — como BONFANTE e GIANNETO LONGO — entendem que, até à época dos imperadores cristãos, **divortium** (divórcio) indica a ruptura do casamento (quer seja pela vontade de ambos os cônjuges, quer seja pela vontade de um deles), enquanto que **repudium** (repúdio) significa o ato pelo qual se manifesta a vontade de dissolver o casamento; a partir dos imperadores cristãos, porém, **divortium** passa a designar o rompimento do matrimônio pela vontade comum de ambos os esposos. e **repudium** a ruptura unilateral do casamento. Outros romanistas — e essa é a opinião dominante — julgam que comumente no direito clássico e constantemente no direito pós-clássico os textos empregam **divortium** para indicar o divórcio bilateral, **repudium** para designar divórcio unilateral” (23).

O divórcio, à semelhança do matrimônio, nunca exigiu para a sua execução o concurso de formalidades especiais. Não representava um negócio jurídico, senão um fato de caráter privado, bastando a manifestação exterior para a separação material dos cônjuges, sem qualquer arrimo em motivos prefixados nem submissão à fiscalização judicial, pois, se o mútuo afeto consolida as núpcias, com razão as dissolve pelo consentimento uma vontade contrária (Nov. 140, I — JUSTINO)

“O divórcio — esclarece KASER (24) — consiste em suprimir, por iniciativa de um dos cônjuges ou de ambos, a comunidade de vida que o matrimônio implica, com plena consciência de que com ele se faz cessar o vínculo matrimonial.”

4. Como se exercia esse direito

No período quintário, era exercido pelo marido, em caso de repúdio, se culpada fosse a mulher por adultério ou outras faltas gra-

(22) ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio. Borsoli, 1966, II/382, n. 294.

(23) D'ORS, Alvaro. *Ob. cit.*, p. 232 — § 87 — esclarece: **divortium** se diz do fato da separação; **repudium** do ato unilateral.

(24) KASER, Max. *Derecho Romano Privado*. Madrid, Reus, 1968. p. 260, § 58 — 2.º.

ves. Operava-se através de fórmulas violentas e cheias de ódio. O marido ordenava à mulher que abandonasse o lar conjugal — **uxor vade foras; vade foras**, anunciava tão-só o término da sociedade conjugal — **mas res tibi habeto; thoro meo divorte, tibi que res tuas habeto; Valeas, tibi habeas res, reddas meas**; ou apenas tomava as chaves da casa — **claves adimere**.

No direito clássico além do repúdio, existia **divortium bona gratia**, ou seja, por mútua vontade dos cônjuges. Cada um dos cônjuges ou ambos podiam promover o divórcio, independentemente de qualquer formalidade ou justificativa, uma vez que o desacordo dissolve o que o consentimento havia unido. Caso estivessem submetidos à **patria potestas**, caberia a seu pai o direito de dissolver o matrimônio de seus filhos, sem que fosse necessário o consentimento destes. Embora este princípio patriarcal sempre estivesse conflitando com a **humanitas**, tal arcaísmo só foi derogado por Antonio Pio ou por Marco Antonio, segundo outros.

Nesta época o divórcio efetivava-se por convenção informal, ou por declaração de um dos cônjuges seguida de uma separação real dos cônjuges. Inexistindo a separação ou renovando a vida comum depois de uma separação temporária, a declaração de divórcio não produzia efeitos.

Augusto (que condenava o divórcio, se havia divorciado e casado com uma divorciada, sem falar de seus desafogos extraconjugais e de sua mancebia com a mulher de seu ministro Cecenas) ⁽²⁵⁾ foi o primeiro a tomar providências contra o **repudium**. A **Lex Julia de Adulteris** exigiu a presença de sete testemunhas, unicamente, para o caso de adultério. De outra forma, depois de violenta discussão conjugal, a mulher não podia saber exatamente se estava ou não repudiada, porque, já argumentava PAULUS (**Dig. 24, 2, de divortiis et repudiis, 3**): “não é divórcio, senão o verdadeiro, que se faz com ânimo de constituir perpétua separação. E assim, o que no calor da ira se faz ou se diz, antes de que, por sua perseverança, resultasse que foi resolução de ânimo; por isso, tendo-se enviado por acaloramento o repúdio, se há pouco tornou a mulher, não se considera que se divorciou.”

O envio de um **núncio (nuntium remittere)** é usual, mas não obrigatório. A comunicação podia ser oral ou escrita (**libellus repudii**). “Esta formalidade” — afirma HUVELIN ⁽²⁶⁾ — “tem por finalidade fixar a data do divórcio. E tem muita importância, por várias razões. Com

(25) PICHON, René. **Hombres y Cosas de la Antigua Roma**. Madrid, Daniel Boro Editor, 1928, p. 50.

(26) HUVELIN, Paul. **Derecho Romano**. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1969, I/265.

efeito, durante 60 dias a partir dessa data, o marido e seu **paterfamilias** tinham o direito de demandar à mulher por adultério. Também a mulher divorciada podia tornar a casar, depois de transcorridos 18 meses do divórcio e, durante esse prazo, não lhe eram aplicáveis as penalidades estabelecidas pelas leis caducárias, contra as pessoas solteiras. Graças às formalidades exigidas pela Lei Júlia, a data do divórcio ficava estabelecida e não era possível o repúdio tácito". Segundo SUTÓNIO (27), Augusto "impôs um limite aos divórcios", sem esclarecer, contudo, quais as restrições impostas.

A legislação do império (princiado) limitou-se, em síntese, a reprimir o adultério, disciplinar a restituição do dote (28) e punir os repúdios sem motivo justo.

5. As restrições ao divórcio

A luta contra o divórcio não mereceu vitória fácil. Demorou séculos para triunfar e apenas algumas gerações para retornar à legislação civil com o desenvolvimento da personalidade do homem e da mulher nos países mais adiantados. As razões da religião sempre conflitaram com as razões jurídicas e humanas dos povos convertidos, por isso a Igreja se limitou a negociar e a transigir com a sociedade civil, em vez de dominá-la completamente, como só conseguiu fazer na Idade Média, onde usou e abusou de sua autoridade temporal e espiritual.

BONFANTE (29) comenta: "Declarar que o matrimônio perdura, não obstante o divórcio, que significa a cessação da *affectio maritalis*, era uma coisa que não podia caber em um intelecto romano; estabelecer penas para os cônjuges que se divorciavam, era uma violência à liberdade."

A legislação hostil ao divórcio desponta com o primeiro César Cristão, dócil às influências religiosas, prolongando-se até Justiniano. Um camponês macedônio elevado à culminância do trono dos Césares, com um programa político sintetizado em "um Estado, uma Lei, uma Igreja," se transformou no "último dos grandes imperadores de Roma", no dizer de DIEHL. Atingiu apenas o seu objetivo na Idade Média, sob o total domínio do direito canônico e prestígio temporal do papado.

A *Lex Julia de Adulteris* de 18 a.C., ao criar formalidades para o repúdio, obrigou o marido complacente a divorciar-se da mulher adúltera, sob pena de incorrer em lenocínio. Estabeleceu sanções, concedendo ao marido o direito de reter o dote, se a mulher fosse

(27) SUTÓNIO. *As Vidas dos Doze Césares*. S. Paulo, Atena Editora, 1956 p. 87.

(28) Ver LONDRES DA NÓBREGA, Vandick. *A Restituição do Dote no Direito Romano*. Rio, tese de concurso.

(29) BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1959, p. 192, § 61.

culpada; à mulher concedeu a restituição do dote, na culpa do marido. A *Lex Julia de Maritandis Ordinibus* impediu que a mulher liberta repudiasse o marido, sem o consentimento do mesmo. Negado o consentimento, a mulher, embora separada de fato, não podia contrair outro casamento, o que contrariou frontalmente o princípio de que a cessação da vida em comum era o suporte para a dissolução do matrimônio.

Diocleciano, ao decretar, no dizer de GIFFARD ⁽³⁰⁾, “a primeira intervenção do Estado na dissolução do casamento”, estatuiu que, em caso de indignidade de um dos cônjuges ou de divergência entre eles quanto à pessoa dos filhos, em sua segurança e proteção, o assunto passaria à responsabilidade da decisão judicial (Cod. 5, 24, 1).

Constantino permitiu o divórcio por mútuo consentimento, passando a reprimir o repúdio, mediante a imposição de justas causas, discriminadas em uma Constituição de 331. O divórcio passou a ser facultado ao marido, cuja mulher incorresse em adultério, utilizasse veneno ou exercesse torpe mediação (alcoviteira). A mulher podia libertar-se do marido se fosse culpado de envenenamento, de homicídio ou de violação de sepulcro. As justas causas isentavam o repudiante de toda a punição. Entretanto, ao marido infrator impunha-se a restituição do dote e a proibição de contrair segundas núpcias, autorizando-se à mulher, em caso de desrespeito à proibição, a invadir a casa do marido e apossar-se do dote da outra mulher. Se a mulher repudiasse o marido sem a ocorrência dos *tria crimina* mencionados, perdia o dote e a doação *ante nuptias*, incluindo os pequenos objetos, além do desconforto da deportação para uma ilha (*deportatio ad insulam*).

Juliano, chamado pelos cristãos de Apóstata, tentou organizar uma igreja pagã, modificou a orientação de Constantino e revigorou o princípio da mais ampla liberdade de repúdio.

Honório retificou, em 421, as penas instituídas por Constantino, imprimindo-lhe modificações substanciais. Segundo TROPLONG ⁽³¹⁾, “admitiu um divórcio semilegal, assim pode chamar-se, para o caso em que a mulher se tornara culpada de faltas leves. O marido conservava a doação e só estava obrigado a devolver o dote, e podia casar-se depois de dois anos... Com efeito, o divórcio entabulado injustamente pelo marido ou pela mulher, a seu próprio risco, dissolvia o matrimônio. A mulher repudiada com desprezo a estas proibições podia casar-se depois de um ano. O marido a quem a mulher havia abandonado, intimando-lhe com o divórcio, tinha também liberdade de contrair imediatamente um segundo matrimônio”.

(30) GIFFARD, A. E. *Précis de Droit Romain*. 2.^a edição, Paris, Daloz, 1934. p. 250.

(31) TROPLONG. *La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*. Buenos Aires, Ediciones Descicé de Brouwer. 1947. p. 135.

Teodósio e Valentiniano, cujos preceitos se encontram no Código de Justiniano (5, 17, 8)⁽³²⁾, não hesitaram em estabelecer penalidade aos que repudiassem sem causa.

“Ordenamos que se possa contratar legitimamente casamento pelo simples consentimento e que aquele que for contratado não possa dissolver-se senão por meio da remessa do libelo de repúdio: pois que a proteção devida aos filhos exige que o casamento, uma vez realizado, não possa ser facultativamente dissolvido.

§ 1º — Designamos claramente por esta lei muito útil as causas que podem permitir o repúdio: pois, da mesma forma que proibimos que, sem justa causa, o casamento possa ser dissolvido, assim também, quando há necessidade, nós assistimos por um funesto socorro, é verdade, mas necessário, o cônjuge prejudicado.

§ 2º — Logo, se uma mulher descobriu que o seu marido é adúltero, homicida, envenenador, ou conspirou contra nós ou foi condenado por crime de falsidade, ou se ela prova que ele violou os túmulos, furtou qualquer coisa às Igrejas, que é ladrão ou receptador de furtos, ou ladrão de rebanho, plagiário, ou por desprezo de seu lar e de si mesmo, trouxe a sua presença mulheres impudicas no lar conjugal (o que justamente atinge à castidade) ou que tentou contra sua vida com veneno, arma branca ou por qualquer outra forma, ou enfim, que a feriu (o que é proibido a respeito das mulheres ingênuas), nós lhe concedemos, se ela o provar, conforme já dissemos, a existência de uma dessas causas, a liberdade de usar das medidas necessárias ao repúdio.”

6. O divórcio sob Justiniano

Justiniano reordenou todo o direito romano e reformulou o divórcio, encerrando a fase imperial. Na **Novela** 22, classificou os divórcios nas seguintes espécies:

— **Divortium communi consensus**, ou seja, produzido pelo mero acordo dos cônjuges — **consensus nuptias facit, dissensus divortium facit** —, vigente durante séculos no Império Romano, foi admitido, inicialmente, por Justiniano, sendo abolido na **Novela** 117, de 542. Mais tarde, Justino II, sucessor de Justiniano, em 556, na **Novela** 140, libera de qualquer sanção o divórcio por mútuo consentimento.

— **Divortium bona gratia** ou divórcio fundado em uma causa não proveniente de culpa do outro cônjuge: impotência incurável, loucura,

(32) *Corpus Juris Civilis*, Academicum Parisiense, Paris (Lutetiae Parisiorum), MDCCCLXXXI, p. 371.

prisioneiro de guerra após cinco anos de ausência, esterilidade da mulher, voto de castidade.

— **Repudium ex justa causa** — divórcio por motivo permitido em lei, implicando na culpabilidade do outro cônjuge.

Segundo a **Novela 117**, era “permitido ao marido repudiar a mulher quando ela, tendo conhecimento de conjuração contra o Imperador, não a denunciava ao marido; quando pratica adultério; quando, por qualquer forma, tentou contra a vida do marido ou deixou que outras pessoas tentassem contra a vida do marido, sem denunciar; quando a mulher, contra a vontade do marido, toma refeições ou vai a banhos com pessoas estranhas; quando, igualmente contra a vontade do marido, permanece fora do lar, exceto se for em casa de seus pais; quando, sem comunicar ao marido ou contra proibição sua, comparece a circos, teatros e anfiteatros; em caso de ter o marido expulsado a mulher do lar sem a ocorrência das causas supramencionadas e, não possuindo a mulher pais que possam abrigá-la, for obrigada a passar a noite fora de casa, proibimos que por tal motivo lhe possa o marido enviar libelo de repúdio, considerando que foi ele próprio quem deu motivo para isso.

Igualmente, podia a mulher repudiar seu marido se ele concebeu alguma rebelião contra o Império ou, sabendo que tramavam, não denunciou às autoridades diretamente ou através de qualquer pessoa; se o marido, por qualquer forma, tentou contra sua vida ou, tendo conhecimento de que outros desejavam tentar, não a previne nem toma providências para vingá-la de acordo com as leis; se o marido tentou contra a castidade da mulher, procurando entregá-la a outros homens para o fim de praticar adultério; se o marido acusou a mulher de adultério, sem conseguir prová-lo, será permitido à mulher enviar ao marido o libelo de repúdio, receber o próprio dote e a doação **propter nuptias** e, além do mais, para punir o marido por semelhante calúnia, caso não haja filhos do casamento, a mulher perceberá a título de propriedade sobre os bens do marido um valor igual a um terço da doação **propter nuptias**. Havendo filhos, determinamos que o patrimônio do marido lhe seja reservado. Mantemos a esse respeito todas as disposições sobre a doação **ante nuptias**, contidas em outras leis; e o marido será submetido, por motivo de acusação de adultério não comprovado, às mesmas penas que a mulher sofreria se o adultério fosse comprovado.

E se algum, desprezando o que deve à esposa, mantém em seu próprio lar outra mulher; ou se, morando na mesma cidade, ficar provado que frequenta a casa de outra mulher e que, embora advertido uma ou duas vezes por seus pais ou pelos pais da mulher ou por pessoas dignas de fé, não se abstém dessa prática, será permitido à mulher por esse motivo dissolver o casamento e perceber o dote constituído e a doação **ante nuptias**; e para puni-lo por essa injúria exigir

sobre os demais bens do marido a terça parte do valor da doação **ante nuptias**. Se a mulher possuir filhos, terá ela apenas o uso da doação **ante nuptias** e o valor da terça parte dessa doação, sobre os demais bens do marido; sendo obrigada a conservar a propriedade para os filhos comuns. Mas, se a mulher não tem filhos, ordenamos que ela seja proprietária de tais bens."

Durante cerca de treze séculos de sua existência física os romanos exerceram o seu direito ao divórcio e ao repúdio. A legislação da decadência do Império e do direito romano, mesmo sob o peso do novo espírito cristão, não conseguiu apagar o conceito e a liberdade que os romanos possuíam do matrimônio e do divórcio. A influência cristã provocou uma tendência à objetivação formal e precisa para modificar o **consensus** inicial, por meio de elementos cerimoniais, grande parte dos quais (anel, junção das mãos, véu, coroa nupcial) já eram anteriores, para ir impregnando na mentalidade do povo a indissolubilidade do vínculo e a impossibilidade do divórcio. Castigou-se este, na inocorrência de motivo justo, contudo jamais se lhe negou os efeitos da dissolução, que era considerada como fato consumado. Houve casos em que se chegou a considerar o divórcio como meramente ilícito, como no curto período da **Novela 134, de 556**, nas hipóteses **sine causa** — mas nunca o declararam inválido ou destituído de seus efeitos jurídicos.

Somente na Idade Média, com domínio espiritual e temporal absoluto da Igreja, é que o direito canônico conseguiu transformar o conceito de matrimônio, impor sua conceituação sob as penas do inferno e tornar indissolúvel o vínculo, embora considerasse o casamento um contrato.

Conclusões

Em resumo, com o auxílio incontestável dos inúmeros autores mencionados e de SILVIO MEIRA⁽³³⁾, podemos anotar os seguintes resultados da evolução do **divortium** dos romanos:

a) desde o alvorecer da civilização romana, a história revela e atesta que o divórcio sempre foi uma instituição concomitante ao casamento sob a denominação de **repudium** ou **divortium**, realizado sem qualquer solenidade e fiscalização estatal;

b) no período quiritário, talvez devido ao **matrimonium cum manu**, às condições rudimentares de um povo agrícola e à necessidade de justificar as razões do repúdio perante o tribunal familiar e perante os censores, para não incorrer nas sanções patrimoniais, os divórcios se tornaram raros ou tiveram pouca divulgação por serem usuais e constantemente praticados;

(33) MEIRA, Sílvio A. B. *Novos e Velhos Temas do Direito*. Rio. Forense. 1973, pp. 11. usque 38. |

c) com as novas características da vida romana após a expansão mediterrânea, os soldados trouxeram para a casa os hábitos de luxúria oriental, contribuindo para a aceleração das estatísticas de divórcios, já agravadas pela prática do matrimônio *sine manu*, que posicionava a mulher na mesma liberdade masculina;

d) para coibir os excessos naturais, enumeramos a reação fraca da legislação de Augusto e o rigor demasiado da de Constantino até Justiniano que, mesmo sob a influência severa da Igreja, não se atreveu a impor a proibição absoluta do divórcio. Restringiu a liberdade de dissolução matrimonial, estabeleceu as justas causas para fundamentá-la, determinou penalidades pecuniárias para as infrações, objetivando indenizar o cônjuge inocente dos prejuízos que a culpa ou a responsabilidade pelo rompimento acarretara, mas nunca lhe declarou a ineficácia;

e) o divórcio intentado injustamente por qualquer dos cônjuges, mesmo que os motivos invocados não fossem comprovados, dissolvia o casamento, embora sujeitando o infrator às penas patrimoniais;

f) para o caso em que a mulher se tornasse culpada por faltas leves (*morum culpa*), mas que afetassem irremediavelmente a convivência marital, também se admitiu o divórcio;

g) a legislação civil jamais considerou o princípio da indissolubilidade do matrimônio, embora sempre propugnasse pela estabilidade dos casamentos e, não obstante a interferência decisiva da Igreja, entendeu que a sociedade não poderia ser governada por um punhado de *homens espiritualistas* com uma visão unilateral e dogmática e adotou um regime misto, um sistema de concessões que limitava o divórcio com justas causas e penalidades patrimoniais, sem contudo proibi-lo ou extingui-lo de vez e, se por conseqüência de um impulso cego, rompia-se o laço conjugal, o considerava como fato consumado pela inconveniência da coabitação, mesmo impondo penalidades pecuniárias por considerá-las mais sensíveis e disciplinadoras;

h) o domínio irretorquível do direito canônico e a imposição coativa da indissolubilidade do vínculo matrimonial só se efetivou na Idade Média, quando o cristianismo se armou do poder temporal;

i) sua imposição foi realizada pela prepotência do dogma, jamais pelo convencimento, pela aceitação geral, pelo consenso de sua naturalidade, assim mesmo no declínio da civilização romana quando, no diagnóstico de ROSTOVTZEFF (34), "sua capacidade de criação e sua energia se esgotam, o homem se cansa e perde interesse na criação, deixando de valorizá-la. Desencanta-se, sua vida já não é mais um esforço em prol de um ideal criador em benefício da humanidade."

(34) ROSTOVTZEFF, M. *História de Roma*. Rio, Zahar Editores, 1967, p. 296.

O atual instituto do divórcio não fez senão agrupar uma série de causas de anulação de casamento, sem revigorar o direito romano e o germano, fundado numa idéia e ideal completamente distanciados do matrimônio de antanho.

Como já tivemos oportunidade de advertir, anteriormente ⁽³⁵⁾, “humana e sabiamente, conseguiram os romanos, já no dealbar de sua cultura jurídica, legar-nos mais uma lição — não impedir o divórcio, mas apenas condicioná-lo a determinados motivos, regulamentando-o”.

Resta-nos aprender a lição da sabedoria romana, milenar mas sempre atual, em toda a sua impressionante evolução, sem temer as reações nem se vergar às influências da intransigência eclesiástica que, noutras partes do mundo, vem se amoldando e transigindo sem querer impor sua hegemonia sacramental sobre a lei civil, numa convivência útil e salutar ao nosso povo e à própria Igreja. Conviver, sem vencer, convencer pelo argumento, sem impor — deve ser o caminho a ser palmilhado, mormente agora que, em nosso País, a indissolubilidade do vínculo matrimonial passou a ocupar o seu verdadeiro lugar canônico...

7. Divórcio canônico

No resumo que efetuamos nos capítulos anteriores, emerge exuberante a prova histórica de que a quase unanimidade das legislações mais evoluídas da Antiguidade reconhecia o divórcio e o repúdio, com amplos efeitos, sem tentar estabelecer filigranas entre divórcio e separação de corpos, fato que eles jamais concebiam.

No Ocidente, a Grécia iniciou a liberalização da mulher, facultando o divórcio consensual. Roma haveria de suplantá-la, transformando o matrimônio na reiteração quotidiana da vontade, numa união *in fieri*, num estado de espírito, onde o divórcio era o anverso da *affectio maritalis*. Os cônjuges eram os únicos juizes de sua conduta matrimonial, os responsáveis diretos pela sua conservação ou extinção. Podiam separar-se sem a menor interferência estatal, através do repúdio ou do divórcio.

A realidade de um divórcio inteiramente livre e informal é um fato incontestável! Os filósofos estoicos e os Césares, convertidos ao Cristianismo, evidaram seus melhores esforços, não para proibir o que estava tão arraigado na mentalidade do povo, mas para reprimir os excessos e disciplinar a sua prática, sem contudo admitir que convicções religiosas ou políticas viessem a influenciar um fato tão natural quanto costumeiro. TEODÓSIO e VALENTINIANO chamaram-no de “funesto socorro, mas necessário” (Cod. 5. 17, 8), um mal necessário,

(35) LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Desquite Amigável — Doutrina — Legislação — Jurisprudência*, 2.^a ed. (esgotada), Rio, Editor Borsoli, 1972, p. 7.

inevitável e insubstituível, quando necessita sanar sofrimentos mais graves e insustentáveis.

As nações nascem estoicas e terminam epicuristas... A Igreja não faria exceção à regra geral!

A estrutura e a natureza do matrimônio católico nunca foram originais nem muito diferentes das demais religiões e crenças da Antiguidade. Em sua mor parte foram edificadas nas velhas bases e princípios fundamentais romanos, inteiramente adulterados, transformando apenas o consentimento inicial renovável a cada instante da vida conjugal, em consentimento irretratável, irrevogável e eterno.

Sua doutrina matrimonial, entretanto, provém das pregações evangélicas de Jesus Cristo, deduzida de textos muito escassos, objetos de vigorosas polêmicas teológicas e dissensões entre os doutores da Igreja. A indissolubilidade do casamento, proveniente da perenidade do consentimento, é uma exclusiva criação do cristianismo e de sua Igreja, que, desde os seus primórdios vem propugnando pela sua implantação, como reação aos hábitos da sociedade greco-romana e obediência aos preceitos dos Evangelhos.

A nova doutrina, que considerava o casamento dissolúvel apenas pela morte, subtraindo ao cônjuge prejudicado o direito de corrigir o erro verificado na escolha do parceiro, procura solidificar-se nas seguintes passagens bíblicas:

GÊNESIS, 2, 24: "Por isso o homem deixará o seu pai e sua mãe para se unir à sua mulher; e serão os dois uma só carne;"

MATEUS, 5, 32: "Todo aquele que rejeita sua mulher, a faz tornar-se adúltera, a não ser que se trate de mau comportamento; e todo aquele que desposar uma mulher rejeitada, comete um adultério;"

MATEUS, 19, 6: "Assim eles já não são dois, mas uma só carne. Portanto, não separe o homem o que Deus uniu;"

MATEUS, 19, 9: "Ora, eu vos declaro que todo aquele que rejeitar sua mulher, exceto no caso de mau comportamento, e esposar outra, comete adultério. E aquele que esposar uma mulher rejeitada, comete também adultério;"

MARCOS, 10, 11-12: "Quem abandona sua mulher e se casa com outra, comete adultério contra ela. E se a mulher abandona o marido e se casa com outro, comete adultério;"

LUCAS, 16, 18: "Todo aquele que abandonar sua mulher e casar com outra, comete adultério; e quem se casar com a mulher rejeitada, comete adultério também;"

SÃO PAULO, I Coríntios, 7, 10-11: "Aos casados mando (não eu, mas o Senhor) que a mulher não se separe do marido.

E, se ela estiver separada, que fique sem se casar, ou que se reconcilie com seu marido. Igualmente, o marido não deixe sua esposa;"

SÃO PAULO, Efésios, 5, 28-30: "Assim os maridos devem amar as suas mulheres, como a seu próprio corpo. Quem ama a sua mulher, ama-se a si mesmo. Ninguém certamente jamais aborrece a sua própria carne; ao contrário, cada qual a nutre e dela cuida, como também Cristo o faz à sua Igreja, porque somos membros de seu corpo" (36).

A doutrina ainda não estava oficialmente estabelecida. Eclesiásticos do porte de Tertuliano, Epifânio, Ambrósio e Asterius admitiam o divórcio vincular em caso de adultério da esposa. Mas, a generalidade dos doutores, como João Crisóstomo, Jerônimo e Agostinho, manteve a indissolubilidade, sustentando que somente por adultério se pode repudiar a mulher, mas não se pode casar enquanto ela estiver viva.

Agostinho, apesar de sua veemente oposição ao divórcio, reconhece uma grande obscuridade desta matéria, sendo livre a cada um seguir a opinião que melhor lhe parecer.

Os princípios doutrinários da nova ordem eram absolutamente inconciliáveis com a legislação e os costumes do matrimônio e do divórcio romano. Não obstante o empenho e a boa vontade dos imperadores cristãos, as dificuldades eram insuperáveis e, ainda ao tempo de Justiniano, o divórcio era uma instituição legal.

A Igreja oriental ou grega não se atreveu a abolir totalmente o divórcio, admitindo a dissolução do vínculo matrimonial, além da morte, pelo adultério e outras causas graves como o desaparecimento, a prisão, a escravidão, a loucura, a consagração episcopal, a profissão religiosa, a recusa do débito conjugal (*divortium sine damno*), tentativa e ameaça à vida do outro cônjuge, impedir o batismo do filho (*divortium cum damno*).

"A Igreja" — escreveu Tertuliano — "prepara o matrimônio que erige em contrato, a oblação das preces o confirma, a bênção é o seu selo; Deus o ratifica. Dois fiéis levam o mesmo jugo; não são senão uma só carne, um só espírito; oram juntos, jejuam juntos; estão juntos na Igreja, na mesa de Deus, nas adversidades e na paz" (37).

Na Igreja do Ocidente, a indissolubilidade vai-se impondo não obstante graves dificuldades. A luta durou quinhentos anos e "o cris-

(36) Citações colhidas da *Bíblia Sagrada* — Centro Bíblico Católico de São Paulo. S. Paulo, Editora Ave Maria Ltda., 1959.

(37) Apud TROPLONG. *La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*. Buenos Aires, Ediciones Desclée de Brouwer, p. 131.

tianismo não tomou posse plena da sociedade civil até a Idade Média, quando as velhas raças caíram rejuvenescidas com a mescla de homens novos. Antes desse tempo, afirma TROP LONG⁽³⁸⁾, se limitou a negociar e a transigir com a mesma sociedade civil em vez de dominá-la completamente”.

“A política de Constantino sobre o repúdio é clara prova do que afirmamos. Por maior que fosse seu amor à fé cristã, jamais se atreveu a impor a seus povos tão diversos de origem, de religião, de costumes, a proibição absoluta do divórcio. Advertiu que existiam em seu império almas débeis, espíritos temerosos aos quais não convinha desanimar ou afastar com princípios demasiadamente severos. Quando o poder quer obrar por via de fusão, tem que se dirigir a todas as consciências, e ter em conta todos os temperamentos. A Igreja, entretanto, não parece ter desaprovado a conduta de Constantino. Contenta-se, no momento, com manter na ordem espiritual a pureza de sua doutrina, não se opondo a que o poder temporal entrasse em um regime misto, num sistema de concessões. Podia dizer-se que o comoviam as dificuldades encontradas pelo poder temporal, porque o Concílio de Arles, celebrado em 314, sob Constantino, inclina-se indulgentemente a favor do marido jovem piedoso que surpreendera em adultério sua mulher”, aconselhando ao marido a não se casar enquanto a mulher estivesse viva. Antes de 313, pelo Concílio de Elvira, era ferida de excomunhão a mulher repudiada, que tornava a casar, estando vivo o marido.

Os concílios ecumênicos, como o de Constantinopla, Éfeso e de Calcedônia, deixaram o pronunciamento a cargo da lei civil. O Concílio de Soissons, em 744, continha, no cânon 9, o seguinte ordenamento: “a mulher, durante a vida do seu marido, não pode casar-se com outrem, assim como o marido não deve repudiar sua mulher, senão quando a encontra em flagrante delito de adultério”.

Concílios houve que admitiram o divórcio, especialmente em caso de adultério. O de Verbéria admitiu o divórcio por adultério e para o caso de tentativa de morte. O de Compiègne, para o caso de lepra. O de Toledo e o de Roma (em 826), por adultério.

A luta da Igreja contra o divórcio teve sua conclusão com a imposição da indissolubilidade do matrimônio. Até o século X, respeitou a legislação civil, procurando influir em alguns aspectos da lei temporal. Durante a Idade Média avocou para si toda a disciplina matrimonial, conseguindo paulatinamente erradicar a prática tradicional. Nos séculos XII e XIII, quando seu domínio era incontestável, constrói, jurídica e cientificamente, o arcabouço de seu direito matrimonial, colocando-o exclusivamente sob a jurisdição eclesiástica. Nessa estru-

(38) *Idem*, *ibidem*, p. 133.

turação utiliza-se das bases e ensinamentos encontrados nos Evangelhos, Livros Sagrados, Concílios, aproveitando muito da legislação civil vigente, especialmente do antigo e insubstituível direito romano.

Foram cinco séculos de imposição do matrimônio católico sem qualquer oposição no Ocidente (sécs. X a XVI). Lutero, encarnando a reação, restaura, em 1517, o divórcio, negando o caráter sacramental do matrimônio, para colocá-lo sob a égide do Estado. Esta ameaça desafiou toda a cristandade, e a Igreja compreendeu o momento de preparar-se para uma longa luta, consolidando sem rebuscos suas doutrinas num grande concílio ecumênico.

Chegamos ao ápice com um concílio que, reagindo ao desafio reformista, radicalizou ainda mais as posições da Igreja, modificando profundamente o direito matrimonial de seus crentes. O Concílio Ecumênico de Trento⁽³⁹⁾ estudou com especial dedicação as questões referentes ao matrimônio e, em dezembro de 1563 (na sessão 24), proclama, em doze cânones, na doutrina da fé sobre o matrimônio, de modo irredutível, a indissolubilidade do casamento e a anatematização do divórcio.

"Se alguém disser que a Igreja erra, quando ensinou e ensina que, de acordo com a doutrina evangélica, o adultério de um cônjuge não pode dissolver o vínculo matrimonial e que nenhum dos cônjuges, nem mesmo o inocente, o que não cometeu adultério, pode contrair um novo matrimônio enquanto viver um deles, e que comete adultério o homem que depois de abandonar a adúltera se casa novamente, o mesmo que a mulher que se casa com outro homem logo após abandonar o seu esposo adúltero, *anathema sit*".

Não obstante, a doutrina protestante, negando a sacramentalidade do matrimônio, pregava a admissão da dissolubilidade e tomava corpo. O divórcio era sancionado para os seguintes casos:

a) adultério de um dos cônjuges;

b) **malitiosa desertio**, afastamento de um dos cônjuges para local inacessível ao poder judicial;

c) **quasi desertio**, verificada quando um cônjuge que se afastou recusa-se terminantemente a recomeçar a vida em comum, ou quando é condenado ao desterro, a prisão perpétua, ou por muitos anos;

(39) "Esta assembléa eclesiástica funcionou em Trento (1545—1563), com prolongadas interrupções, ao largo de 18 anos, para consolidar a unidade do Cristianismo e reformar a Igreja Católica. No que diz respeito aos seculares, o Concílio confirmou o caráter indissolúvel do matrimônio, que fora atacado pelos reformistas" — ELLAURI, O. Secco — BARIDON, Pedro D. *História Universal — Época Moderna*. Buenos Aires, Editorial Kapelusz, V/173-5.

d) *prae fracta debiti conjugalis denegatio*, a obstinada recusa à prestação do débito conjugal;

e) sevícias e injúrias de um cônjuge contra o outro (40).

A secularização do casamento conseguiu novo alento com a teoria teológico-jurídica da Igreja Anglicana, intimamente relacionada à Reforma Protestante, segundo a qual o matrimônio possui, simultaneamente, duplo caráter — de sacramento e de contrato civil —, estando, conseqüentemente, atento às leis da Igreja e às do Estado. Também auxiliou a tendência destinada a independizar o casamento da tutela religiosa a teoria do direito natural dos séculos XVII e XVIII; ao sustentar que o casamento é um contrato civil e jamais um sacramento, estendeu, naturalmente, a concepção aos casos de divórcio, admitindo entre eles o do consentimento recíproco dos cônjuges sem prejuízo das idéias ou sentimentos religiosos de cada um, entregues exclusivamente a sua consciência.

A Igreja cristalizou, através dos séculos, um *corpus juris* que granjeou o prestígio e a importância de dogmas entre os seus adeptos. Esta coleção de leis é o que constitui o *Corpus Juris Canonici*, o direito canônico, que disciplina todas as relações da Igreja.

Foi, assim, o direito canônico, mesmo antes de converter-se em autêntico Código, que tornou o matrimônio um sacramento. *Sacramentum* (palavra latina proveniente do verbo *sacro, as, avi, atum, are* = consagrar, dar caráter sagrado a, dedicar) quer dizer, inicialmente, depósito que os litigantes colocavam em mãos do pontífice, posteriormente, acordo, sociedade, ministério, a palavra de Deus, um sinal sensível instituído por Cristo que confere a graça *ex opere operato*. O termo foi, originariamente, empregado por São Paulo (Efésios, 5, 32): "*Sacramentum hoc magnum est: ego autem dico in Christo et in ecclesia.*"

Foi o Concílio de Latrão (1215) o primeiro a ocupar-se desta matéria, considerado como legislação canônica por excelência em questão de matrimônio até a recente Consolidação de 1917. Esta doutrina também foi defendida dogmaticamente nos Concílios II de Lião (1274) e de Florença (1439-1441), ao incluir o matrimônio como sacramento da Nova Lei, sancionada pelo Concílio de Trento, em sua sessão 24, cân. 1 (1563) e lembrada constantemente pelos Pontífices, citando apenas os mais importantes: Pio IX e sua alocução *Acerbissimum vobiscum*, de 27-9-1852, e na proposição 65 do Sílabo, de 8-12-1864; Leão XIII, em sua Encíclica *Arcanum* (10-12-1880); Pio X, na proposição 51 do Decreto *Lamentabile*, de 3 de julho de 1907; e Pio XI, na Encíclica *Casti Connubii*, de 31 de dezembro de 1939.

(40) Apud GANGE, Calogero. *Derecho Matrimonial*. Madrid, Anguilar, 1960, p. 21.

A aliança matrimonial, pela qual o homem e mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, conforme o Cód., cân. 1055, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade de sacramento.

Dissolução também possui o significado de extinção do contrato ou sociedade e provém do latim *dissolutio — onis* (verbo *dissolvo — is — vi — olutum — olvere* = desatar, desligar, desunir, separar, desobrigar, destruir), com o sentido de decomposição, separação das partes, enfraquecimento, destruição.

Por isso RUGGIERO (41) conceitua o vocábulo como a “cessação do vínculo conjugal que existiu legalmente”, caracterizando a separação como “uma suspensão (temporária ou permanente) das principais manifestações do matrimônio — a convivência, a assistência mútua, a subordinação da mulher ao marido — sem que cesse ou se extinga o vínculo conjugal e com possível repercussão nas relações patrimoniais, se acompanhada da separação de bens”.

Com isso, enveredou o Código para uma terminologia própria, objetivando distinguir separação e divórcio, empregando a primeira para a simples separação de corpos e o último para a instituição civil, absolutamente contraposta ao direito canônico, que torna inexistente o vínculo originário de um matrimônio válido, restituindo aos casados a liberdade de realizarem outro casamento.

Separação conjugal, em sentido amplo, equipara-se ao divórcio do linguajar clássico e dos primeiros tempos da Igreja, compreensivo da rutura total do vínculo matrimonial contraído; ao passo que a separação conjugal, em sentido restrito, corresponde ao divórcio imperfeito ou mera separação de corpos, a simples suspensão da sociedade conjugal em virtude de separação pessoal dos cônjuges, referente ao dever de coabitação, deixando intacto o vínculo conjugal.

Para MARCH (42), a separação conjugal, *separatio thori, mensae et coabitationis*, pode ser compreendida como “a proibição ou suspensão do direito à integridade matrimonial ou a ausência legítima e material da mesma”.

Conclusões

A palavra divórcio, embora seja a mais apropriada para designar o desfazimento da união conjugal, está mais pejada de preconceito

(41) RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, trad. da 4.ª ed. italiana, tomo II, vol. II/176, § 114.

(42) MARCH SABATER. *Derechos y Deberes de los Seglares en la Vida Social de la Iglesia*. Barcelona, 1954, § 235, p. 670.

que de conceitos, represa um sentido de cunho pagão, uma carga de aversão, vítima de permanente objeção e abjeção, gerada pela própria Igreja durante todo o tempo em que se viu obrigada a conviver e a transigir com ela, por isso nunca pôde suportá-la, chegando mesmo a riscá-la do seu vocabulário, para substituí-la por dissolução, sem contudo, livrar-se do problema que não reclama nomenclatura, mas unicamente uma solução justa e imediata.

“Perseguido antes de ser dominante, dominante antes de ser universal, dono das almas antes de chegar a ser dono das instituições, esteve submetido à luz temporal do progresso das coisas deste mundo”⁽⁴³⁾, assim foi o cristianismo. Mas, desde o momento em que dominou e se firmou no poder, transformou-se de humilde em despótico, de escravo em senhor e soube ser tão intransigente, radical e fanático quanto o foram seus adversários. O combate mais renhido foi travado, sem dúvida, com o direito civil, que nunca foi batido inteiramente, por ser um reflexo das aspirações humanas universais cristalizado através dos séculos. O divórcio foi a última cidadela, disputada com pertinácia e sofreguidão incontidas. Aí, a filosofia e teologia cristãs encontraram uma tremenda resistência e dificuldades sem conta, pois, diante da conceituação romana do matrimônio e do consenso dos povos, o divórcio era uma consequência natural e lógica, cujos excessos somente os costumes podiam dosar e condicionar.

Merecem reprodução integral algumas das quarenta e três ponderações com que SANTOJA⁽⁴⁴⁾ procurou responder às indagações, formuladas por vários doutores cristãos que, inspirados pelo Concílio Vaticano II, se reuniram em Simpósio para discutir o vínculo matrimonial e sua dissolução dentro do mundo inteiro:

“4 — A lei canônica, como qualquer outro sistema legal, se aproxima de uma realidade que nunca pode refletir exatamente. Dentro de sua finalidade se refletem aspectos aceitáveis e aceitos pela sociedade a que serve. Mas como a sociedade evolui, esses princípios devem ser examinados de novo para que sejam coerentes com a própria vida. A evolução é sempre importante, não porque consideremos os princípios antiquados, mas porque sua formulação vai perdendo o impacto ante sucessivas gerações. A Igreja deve suscitar tal reavaliação reflexiva, pondo os fundamentos para uma transição válida que enfrente as necessidades pastorais de futuro.”

(43) TROPLONG. *La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*. Buenos Aires, Ediciones Desclee de Brouwer, 1974, p. 11.

(44) SANTOJA, Vicente Luis Simo. *Divorcio y Separación — Derecho Comparado e Conflitual Europeo*. Madrid, Editorial Tecnos, 1973, pp. 43 usque 54.

"5 — A legislação canônica atual sobre o matrimônio se baseia fundamentalmente nos princípios de uma teologia pós-tridentina que estava preocupada pela organização, institucionalização e codificação em termos da ciência aristotélica. Está marcada pela certeza, necessidade e universalidade dessa visão do mundo, que não condiz com o homem atual. Muitos, dentro da mesma Igreja, estão sinceramente convencidos de que os velhos tipos da lei canônica são demasiado quebradiços para conter a problemática matrimonial atual."

"14 — Duas pessoas humanas que se casam devem desenvolver-se pessoal e conjuntamente em sua mútua adaptação, de forma que nunca possa surgir alguma causa de divórcio. Jesus insiste na cabal realização deste ideal, posto que somente isto trará a felicidade permanente ao homem. Onde o marido e a mulher estão unidos em uma fé cristã vivente, realizar-se-á o ideal da indissolubilidade do matrimônio. Mas esta afirmação, correta, deixa a nós próprios como deixou antes a São Mateus e a São Paulo, isto é, com o problema de como proceder na vida com seres humanos fracos. O problema para os apóstolos foi manter a paz entre os matrimônios convertidos de judeus e gentios. E a paz triunfou sobre a indissolubilidade. O problema atual é diferente, mas continuam existindo casos e hipóteses que requerem não só compreensão, mas solução. Se o Novo Testamento consagrou duas exceções, conforme exigia sua experiência vital, haverá desgraçadamente muito mais exceções, muito mais casos em que o divórcio e matrimônio ulterior terão que ser dolorosamente aceitos como parte de nossa debilidade comum e nosso fracasso de formar uma comunidade de vida?"

"41 — Não há, então, esperança alguma que a Igreja possa dar a essas pessoas destroçadas que fracassaram em seu primeiro matrimônio e depois têm de enfrentar uma longa vida de solidão?"

42 — Os matrimônios destroçados não são causados pelos divórcios. O rompimento do matrimônio é já um fato antes de que seja juridicamente estabelecido. Neste sentido, é ilusório assinalar o constante crescimento da proporção do divórcio e demandar uma legislação mais rígida sobre o divórcio. As causas do rompimento do matrimônio são profundamente pessoais em vez de sociais. Ainda que não tenhamos estatísticas sobre o número dos matrimônios desfeitos nos países em que se admite o divórcio, não é maior em

países onde não se reconhece e onde as crises matrimoniais se *solucionam com separação amistosa*, o abandono familiar ou o adultério por compensação que cubra as aparências externas.”

“O Papa em virtude do poder ministerial ou vicário que só encontra como limite fundamental o princípio da indissolubilidade do matrimônio rato e consumado” — afirmamos anteriormente ⁽⁴⁵⁾ —, “pode dissolver o matrimônio válido *celebrado entre dois cristãos e não consumado, em virtude de profissão religiosa solene ou dispensa por justa causa; o celebrado entre batizado e infiel, não consumado; o de dois batizados, celebrado na infidelidade de ambos e somente consumado quando ambos eram infiéis; o de batizado e infiel, celebrado assim mesmo na infidelidade de ambos e consumado nela, mas não depois da conversão do batizado; o existente entre batizado e infiel, ainda que nesta situação tenha sido consumado.*”

“Noutras palavras, podemos asseverar que a Igreja Católica admite a *dissolução do vínculo conjugal pelo privilégio paulino e privilégio petrino*. O Pontífice Romano pode exercer a vicaria de modo direto e imediato, concedendo a dissolução em um caso concreto e determinado, ou estabelecendo um regime geral em virtude do qual deva entender-se dissolvido um *matrimônio legítimo, quando se produzam determinadas circunstâncias.*”

Fazendo inúmeras filigranas sobre matrimônio rato e não consumado e matrimônio não rato e consumado, matrimônio entre fiéis e infiéis, a Igreja conseguiu implantar um sistema de divórcio branco, intitulado *dissolução do vínculo matrimonial*, com base na teoria da *indissolubilidade intrínseca e extrínseca*, além de erigir um sistema flexibilíssimo de nulidades matrimoniais que conduzem ao mesmo fim, embora o Tribunal da Sagrada Rota Romana, em processo de anulação do vínculo matrimonial jamais “anule” um casamento ou dissolva o vínculo, *limitando-se a declarar válido ou não o caso que lhe foi submetido a julgamento, concluindo sua decisão, regularmente, com a fórmula constare ou non constare de validitate*, posição bastante cômoda e incompatível com a posição moral que sempre defendeu e sempre professou . . .

Felizmente, o mundo atual não mais aceita dogmas e imposições que não sejam inspirados no consenso universal e em razão direta de

(45) LIMA, Domingos Sávio Brandão. O Abandono do Lar Conjugal como Causa de Dissolução Matrimonial — in *Revista de Informação Legislativa*, a. 15, n. 57, jan./mar. 1978, p. 147.

suas necessidades mais prementes, e a Igreja, hábil diplomata como é, vem dando mostras, como o fez ultimamente em Itália, Portugal e Espanha, de que está compreendendo a conjuntura atual e não quer ser alijada do processo e soluções reclamadas...

Por isso, foi o próprio PAPA PAULO VI que, em 28 de março de 1971, em carta apostólica, em forma de **motu proprio**, ao reconhecer a necessidade de agilização das normas para os processos a respeito das nulidades dos casamentos religiosos, "enquanto se espera por uma reforma mais completa do processo matrimonial, que está a ser preparada pela nossa comissão para a revisão do Código de Direito Canônico", declarou:

"Dado que, no nosso tempo, o número destas causas, cada dia, se torna maior, a Igreja não pode deixar de ocupar-se solícitamente de tal matéria. Este aumento de causas, conforme dizíamos aos prelados auditores da Sagrada Rota Romana, "é um indicio particular da diminuição do sentido do caráter sagrado que é insito àquela lei sobre a qual, como em fundamento adequado, se baseia a família cristã; é sinal de inquietude e da perturbação que caracteriza a vida hodierna. é, enfim, manifestação das condições sociais e econômicas incertas em que a mesma família vive e, por isso, do perigo que pode ameaçar a solidez, a vitalidade e a felicidade da instituição familiar" (CM, ASS, LVIII 1 (1966), p. 154).

"A Santa Igreja confia, entretanto, que aquela aplicação, posta pelo recente Concílio Ecumênico em ilustrar e promover o bem espiritual do matrimônio e os cuidados pastorais a dispensar-lhe, virá a dar os seus frutos, também pelo que diz respeito à firmeza do vínculo matrimonial; mas, ao mesmo tempo, ela deseja evitar, mediante o estabelecimento de normas oportunas, que o prolongarem-se demasiado os juízos matrimoniais torne mais gravosa ainda a situação espiritual de muitos de seus filhos" (O Estado de S. Paulo 12-6-1971, p. 5).

E, logo após, o padre SALVATORE LENER, redator de *Civiltà Cattolica* (revista dos jesuítas) e o monsenhor VINCENZO FAGLIO, auditor da Sagrada Rota Romana (tribunal da Igreja que processa e julga as causas matrimoniais), em uma série de estudos publicada nos **Anais de Doutrina e Jurisprudência Canônica**, sobre o tema "o amor, elemento ignorado pela fria letra dos códigos, inclusive o canônico", afirmaram que "a falta de amor" poderá ser, futuramente, uma das causas de anulação do casamento na Igreja Católica. Caso em que — afirmam — colocar-se-ia a legislação católica à frente de todas as legislações civis do mundo. A falta de amor no casamento poderia ser a longo prazo incluída na cláusula "defeitos de consentimento", que permite a anulação do sacramento.