Caio Chaves Morau

CASAMENTO E AFETIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-COMPARATIVA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob orientação do Professor Titular Dr. Ignacio Maria Poveda Velasco

São Paulo

2017

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Chaves Morau, Caio
Casamento e afetividade no direito brasileiro: uma análise histórico-comparativa / Caio Chaves Morau ; orientador Ignacio Maria POVEDA VELASCO -- São Paulo, 2017.
162 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Civil. 2. Direito de Família. 3. Casamento. 4. Princípio da afetividade. I. POVEDA VELASCO, Ignacio Maria , orient. II. Título.

Banca examinadora:

Orientador: Prof. Titular Dr. Ignacio Maria Poveda Velasco

_____

_____

_____

A Deus e à sua santíssima Mãe

A meus familiares, namorada e amigos, pelo constante apoio e estímulo

Ao Professor Luciano de Camargo Penteado, que tão cedo se dirigiu à Pátria definitiva

Às Faculdades de Direito da USP, a mais nova – minha « alma mater » – e à mais velha – e sempre nova – em que tantos tesouros encontrei

Ao Professor Ignacio Poveda. Como Diretor, pela sua coragem nos primeiros tempos da nossa FDRP, verdadeira epopeia de que sou testemunha. Como Mestre, pelo exemplo e pela paciência com este jovem estudante desde os bancos da graduação

Compagnons inconnus, vieux frères, nous arriverons ensemble, un jour, aux portes du royaume de Dieu

(Georges Bernanos)

RESUMO

MORAU, Caio Chaves. **Casamento e afetividade no direito brasileiro: uma análise histórico-comparativa.** 2017. 162 p. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O presente trabalho tem por objetivo investigar o princípio da afetividade no direito de família brasileiro, sobretudo em matéria de casamento, valendo-se de um estudo filosófico e antropológico acerca dos afetos e empreendendo-se uma profunda análise histórico-comparativa com relação aos direitos romano, canônico e francês. Tomando por base os elementos relevantes desses direitos e considerando-se o significado filosófico e antropológico da afetividade, pretende-se analisar a viabilidade e adequação do emprego desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da afetividade, direito de família, casamento, direitos romano, canônico e francês, antropologia e filosofia.

RÉSUMÉ

MORAU, Caio Chaves. **Mariage et affectivité dans le droit brésilien: une analyse historique et comparative.** 2017. 162 p. Mémoire de master – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Ce travail a le but d'analyser le principe de l'affectivité dans le droit de famille brésilien, surtout en matière de mariage, avec le soutien de la philosophie et de l'antropologie des affections et à travers une étude historique et comparative des droits romain, canonique et français. Avec les éléments les plus importants de ces droits et la considération de la philosophie et l'antropologie des affections, ce mémoire analyse la viabilité et adéquation de ce principe dans le droit brésilien.

MOTS-CLÉS: principe de l'affectivité, droit de famille, mariage, droits romain, canonique et français, antropologie et philosophie.

SUMÁRIO

Introdução* **1**

1 Elementos para a compreensão da afetividade: considerações a partir da antropologia e da filosofia **11**

1.1 A afetividade como objeto de estudo 11
1.1.1 O afeto no pensamento aristotélico-tomista 12
1.1.1.1 Os ensinamentos da "Ética a Nicômaco" 12
1.1.1.2 O conceito aristotélico de *orexis* e seus desdobramentos 14
1.1.1.3 Teoria tomista dos apetites 16
1.1.2 Teoria cartesiana das paixões 17
1.1.3 Teoria condutivista da emoção 19
1.1.4 O pensamento de Dietrich von Hildebrand 20
1.1.4.1 O desprezo da esfera afetiva ao longo da história 20
1.1.4.2 A afetividade como resposta e a falta de autenticidade afetiva 22
1.1.4.3 Sentimentos físicos e psíquicos 23
1.1.4.4 Paixões 24
1.1.4.5 Afetividade terna e enérgica 25
1.1.4.6 A hipertofia afetiva, o coração tirânico e o "eu" real 27
1.1.5 Os quatro amores de C.S. Lewis 28
1.1.5.1 Afeição 29
1.1.5.2 Amizade 30
1.1.5.3 *Eros* 32
1.1.5.4 Caridade 34

1.2 Conclusão do capítulo 35

2 Panorama histórico-comparativo do casamento **38**

2.1 Direito romano 38
2.1.1 Conceito e natureza jurídica do casamento 38
2.1.2 Requisitos fundamentais 39
2.1.2.1 Consentimento 40
2.1.2.2 Puberdade 40
2.1.2.3 *Conubium* 41
2.1.3 Elementos constitutivos 42
2.1.3.1 *Affectio maritalis* 42
2.1.3.2 *Honor matrimonii* 43
2.1.4 Formas de casamento 44
2.1.4.1 *Cum manu* 44
2.1.4.1.1 *Confarreatio, coemptio e usus* 45
2.1.4.2 Sine manu 46
2.1.5 Dissolução do vínculo matrimonial 46

2.2 Direito canônico 46
2.2.1 Conceito e natureza jurídica 46
2.2.2 Aspectos fundamentais 48
2.2.2.1 A centralidade do consentimento para a formação do matrimônio canônico 48
2.2.2.2 A sacramentalidade do matrimônio 49
2.2.3 O matrimônio nas Escrituras 50

2.2.3.1 Antigo Testamento 50
2.2.3.1.1 Gn 1, 26-28 51
2.2.3.1.2 Gn 2, 18-24 51
2.2.3.2 Novo Testamento 52
2.2.3.2.1 Evangelhos 52
2.2.3.2.1.1 Mt 19, 3-9 52
2.2.3.2.2 Escritos de São Paulo 53
2.2.4 Propriedades essenciais: unidade e indissolubilidade 54
2.2.5 Fins do matrimônio 56
2.2.6 Dissolução do vínculo matrimonial 57
2.2.7 Declaração de nulidade 58
2.2.7.1 Consentimento inválido 58
2.2.7.2 Vício na forma 59
2.2.7.3 Impedimentos 60
2.2.7.4 Críticas aos pedidos de declaração de nulidade infundados 61
2.2.8 Convalidação 62
2.2.9 Magistério da Igreja 63
2.2.9.1 Discursos Pontifícios à Rota Romana 63
2.2.9.2 Encíclica *Casti connubii* 64
2.2.9.3 Constituição dogmática *Lumen gentium* 64
2.2.9.4 Constituição pastoral *Gaudium et spes* 65
2.2.9.5 Encíclica *Humanae vitae* 66
2.2.9.6 Exortação Apostólica *Familiaris consortio* 67
2.2.9.7 Exortação Apostólica *Amoris laetitia* 68

2.3 Direito Francês 69
2.3.1 Do casamento regido pelo direito canônico ao casamento exclusivamente civil 69
2.3.2 Disciplina do casamento pelo Código Napoleônico 71
2.3.2.1 Conceito e natureza jurídica do casamento 71
2.3.2.2 Impedimentos matrimoniais 73
2.3.2.3 Condições de validade 75
2.3.2.3.1 Diferença de sexos 75
2.3.2.3.2 Puberdade 76
2.3.2.3.3 Consentimento dos esposos 77
2.3.2.3.4 Consentimento dos pais 78
2.3.3 Nulidades 80
2.3.3.1 Relativas 80
2.3.3.2 Absolutas 81
2.3.4 Direitos e deveres dos esposos 82
2.3.5 Divórcio 84
2.3.5.1 Culpa 84
2.3.5.2 *Les charges assumées* 85
2.3.5.3 Consentimento mútuo 87
2.3.5.4 Le double aveu 88
2.3.6 Transformação na essência do casamento 89
2.3.6.1 A consideração do afeto 89
2.3.6.2 Rumo a uma apreensão inteiramente subjetiva do casamento 90
2.3.7 Análise crítica de decisão da Primeira Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa 91
2.3.8 Conclusão do capítulo 93
2.3.8.1 Direito romano 93

2.3.8.2 Direito canônico 95
2.3.8.3 Direito francês 96

3 Direito brasileiro 100

3.1 Breve retrospectiva histórica: o regramento do casamento no cenário anterior à Constituição de 1988 100
3.1.1 Brasil-Império 100
3.1.1.1 Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia 100
3.1.1.1.1 Conceito e fins do matrimônio 100
3.1.1.1.2 Capacidade e impedimentos 101
3.1.1.2 Concílio de Trento 102
3.1.1.3 Ordenações Filipinas 103
3.1.1.4 Leis de 29 de novembro de 1775 e de 6 de outubro de 1784 104
3.1.2 Brasil-República 105
3.1.2.1 Constituições Federais 106
3.1.2.2 Código Civil de 1916 107
3.1.2.2.1 Conceito e fins do casamento 108
3.1.2.2.2 Condições de validade 109
3.1.2.2.3 Impedimentos 110
3.1.2.3 Divórcio 111
3.1.2.3.1 Breve histórico 111
3.1.2.3.2 Resistência à introdução do divórcio no Brasil 112
3.1.2.3.3 A aprovação do divórcio 114
3.1.2.3.4 Aspectos principais da Lei 6515/77 114

3.2 Análise a partir da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002 115
3.2.1 Conceito e fins do casamento 117
3.2.2 Condições de validade 118
3.2.3 Impedimentos 119
3.2.4 O divórcio a partir da Emenda Constitucional 66/2010 120

3.3 Conclusão do capítulo 121

4 O princípio da afetividade no moderno direito brasileiro 124

4.1 O surgimento da afetividade como espinha dorsal do direito de família 124

4.2 A problemática da afetividade enquanto princípio 126

4.3 Neoconstitucionalismo, crítica à teoria da separação de poderes e ativismo judicial como instrumentos para a valorização dos princípios 128

4.4 Acolhida pelos Tribunais 130

4.5 A inadequação do princípio da afetividade 132

4.6 Conclusão do capítulo 134

Conclusão 136

Referências bibliográficas 140

INTRODUÇÃO*

Muito já se escreveu a respeito do casamento, procurando-se desvendar a sua origem e analisar suas características, de modo que entre juristas, filósofos, antropólogos, historiadores e pesquisadores em geral, sempre figurou o matrimônio como matéria de interesse.

Juntamente com a família, cuja origem também demandaria um estudo à parte, o matrimônio se destaca como uma das poucas instituições que resistiram, "de forma contínua e indestrutível, à marcha inexorável da humanidade."[1]

Desde a antiga Roma, cujo direito que nos foi legado servirá como um dos pilares do presente estudo, não há sinais de que o casamento possa vir a perder sua notável importância, seja como instituição, contrato ou ainda como sacramento.

Nesse contexto, interessante notar que diante de tantas outras formas de união, o matrimônio permanece, sobretudo no mundo ocidental, como importante ator no cenário social, fazendo parte dos projetos de vida de milhões de pessoas.

Continua, nessa esteira, a chamar atenção o fato de duas pessoas decidirem livremente se unir, de forma solene, para estabelecer e tornar pública uma comunhão que pretende, pelo menos a princípio, perdurar por toda a vida.

Como afirma Arnould Bethery de La Brosse, historicamente, a concepção jurídica do liame conjugal foi quase sempre elaborada considerando uma certa transcendência, cujas raízes extrapolam largamente a esfera do direito.[2]

Nesse sentido, a clássica definição de casamento, da lavra de Modestino[3], aponta sua essência de forma concisa e sem abdicar da precisão, muito embora tenha sofrido influência de diferentes realidades sociais e políticas, muitas das quais tentaram modificá-la substancialmente.

---

* As citações bibliográficas em notas de rodapé, após a primeira referência a determinada obra, apontarão apenas suas informações essenciais, seguidas da indicação da nota em que primeiramente foram mencionadas. Assim, por exemplo: BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*...op. cit. (nota 2) = obra já citada, de Arnould Bethery de La Brosse, cujos dados completos podem ser encontrados na nota de rodapé de nº 2.

[1] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 3.

[2] BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour et droit: le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVe-XXe siècles)*. Paris: Lextenso éditions, 2011, p.1.

[3] *Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio.* D. 23, 2, 1.

O conceito apresentado pelo jurista romano continua a ser submetido a diversas tentativas de transformação, seja com relação aos atores do casamento (*maris et foeminae)*¸ quanto à sua duração (*consortium omnis vitae)* e também a respeito de sua transcendência (*divini et humani juris communicatio*).

Uma das principais mudanças se deu indubitavelmente com o advento da Reforma Protestante, ocasião em que "o Estado é chamado a prover o casamento daqueles que não mais pertenciam à Igreja Católica."[4]

Nesse contexto, teve início o processo de secularização, inaugurado pela Holanda, em 1580, que foi o primeiro país a adotar o casamento civil, subtraindo do direito canônico a competência de que gozava até então.

Contudo, um dos países em que a laicização do matrimônio se deu de maneira mais intensa foi a França, cujo direito será um dos pilares do presente estudo, mas em momento posterior, mais precisamente dois séculos depois dos holandeses.

De tal feita, sobretudo nos últimos dois séculos, começou a ganhar corpo um novo paradigma, que se traduz principalmente pela passagem de um contexto de estratégia familiar para o de consideração dos anseios individuais.

Antes a identidade se construía pela conformidade a uma ordem pré-estabelecida, ao passo que atualmente a referência não repousa mais sobre a instituição, mas sim sobre o indivíduo, revelando, portanto, a passagem de um contexto de heteronomia para outro de autonomia. [5]

Diante de tal escolha – casar-se ou não – interessa, com incontestáveis reflexos no direito, analisar não só o que leva dois indivíduos a contraírem casamento, mas sobretudo o que os motiva a permanecerem casados.

Durante muito tempo, a consideração do sentimento entre os nubentes restou obscurecida pelos interesses familiares, que viam no casamento uma possibilidade econômica, sendo irrelevante o fato de os nubentes nutrirem afeto um pelo outro.

Na Idade Média, aliás, o amor entendido pelo viés da paixão era visto como algo irrealizável, que não poderia se concretizar nessa vida, como demonstra um trovador do século XIII, Aimeric de Belenoi, citado por Denis de Rougemont:

> "Mais me agrada então morrer
> Que da vil alegria desfrutar
> Pois alegria vilmente alimentada

---

[4] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de*...op. cit. (nota 1), p. 265.
[5] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*...op. cit. (nota 2), p. 3.

Não pode nem deve tanto me agradar
...de fato esse louco desejo
Me matará, quer pelos caminhos eu fique ou vá
Pois aquela que pode me curar não me chora... e este desejo
Prevalece – embora seja delírio –
Sobre outro qualquer"[6]

A impossibilidade do amor, contudo, passou a ser contestada com vigor no século XIX, em razão do surgimento do romantismo[7], cujas obras literárias divinizam a paixão. A tradição literária do "amor-paixão" poderia ser, portanto, analisada como a reformulação de um modelo matrimonial[8].

De forma bastante resumida, nesse contexto de afirmação do indivíduo, valorizando a liberdade de cada qual para decidir os rumos de suas respectivas vidas, está o arcabouço de valores que permitiu, posteriormente, a gênese do que a doutrina brasileira contemporânea chama de afetividade, sendo vasta e heterogênea a sua tentativa de conceituação, apresentada por alguns autores deste século com peso principiológico.

Apesar de não constar expressamente nem da Constituição Federal e tampouco do Código Civil, parcela dos estudiosos do direito de família no Brasil defende sua presença implícita em nosso ordenamento jurídico, como forma de prestigiar, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, este sim positivado pelo art. 1°, III da Carta Maior.

Elemento absolutamente estranho ao direito, o afeto, construído de maneira amplamente subjetiva pela doutrina, tem sido acolhido como razão de decidir inclusive de Tribunais Superiores, realidade essa que leva os estudiosos a se questionarem: o que seria então, objetivamente, o princípio da afetividade?

As definições são plurais e bastante variadas, geralmente prescindindo do auxílio de outras ciências. A título exemplificativo, confiram-se algumas delas, trazidas por autores do direito de família.

Para Rolf Madaleno, "o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do

---

[6] ROUGEMONT, Denis de. *O amor e o ocidente*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988, p. 73.
[7] Cf. DAUMARD, Adeline. *Affaire, amour, affection: le mariage dans la société bourgeoise au XIXème sicècle* in *Romantisme*, 1990, n°68, *Amours et société*, p. 33. *Au nom des droits de la femme et dans une littérature qui divinisait la passion, le mariage avait subi de rudes attaques à l'époque romantique.*
[8] Cf. CHAMPION, Bernard. *Du "mariage arrangé à "l'amour passion".* In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, Église et autorités, Limoges: Presses Universitaire Limoges, 2006, p. 110.

caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se a um outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar."[9]

Paulo Lôbo, por sua vez, apesar de não definir propriamente o que seriam os afetos, assevera que o princípio da afetividade "fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico."[10]

Como derradeiro exemplo, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf sustenta que "a afetividade pode ser entendida como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. É um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem. Pode também ser considerado o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada."[11]

Em termos gerais, expostas algumas das tentativas de definições, a afetividade passou a integrar o vocabulário jurídico há pouco tempo, fruto da mencionada passagem para um contexto de autonomia, em que o indivíduo pretende que o Estado lhe forneça o que for mais conveniente.

Portanto, justamente por ter passado a figurar recentemente nos estudos dos juristas, necessária se mostra uma investigação em que não bastam os enunciados jurídicos, mas em que deve ser valorizada a transformação histórica e os paradigmas de outros direitos que foram relevantes para a formação do brasileiro.

De igual modo, não se pode prescindir de algumas considerações de cunho antropológico e filosófico, que permitam averiguar a sua real extensão e a maneira pela qual se integra à personalidade.

Há que se valorar se as relações afetivas são mero fato privado, conferindo a cada qual absoluta autonomia para satisfazer seus desígnios e, nessa esteira, deve-se verificar se a afetividade é somente um sentimento ou se é constituída também por um ato de vontade em direção de um outro.

---

[9] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 95.
[10] LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.
[11] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 18.

Não por outro motivo, Antonio Malo Pé coloca a seguinte questão: de fato, pode-se identificar o amor ao outro com o sentimento? Dito de outro modo: pode-se afirmar que sem o sentimento não há amor?[12]

Com o objetivo de responder a essa pergunta, pode-se recorrer, prudentemente, a Aristóteles, para quem "parece que o amor é um sentimento e a amizade é uma disposição de caráter; com efeito, pode-se sentir amor até pelas coisas inanimadas, mas o amor mútuo envolve escolha, e a escolha origina-se de uma disposição de caráter. Ademais, os homens desejam bem àqueles a quem amam por eles mesmos, e não em razão de um sentimento, mas de uma disposição de caráter."[13]

E sobre a efemeridade das relações que se constroem alicerçadas apenas em sentimentos, prossegue: "Assim, essas amizades são apenas acidentais, pois a pessoa amada não é amada por ser o homem que é, mas porque proporciona algum bem ou prazer. É por isso que tais amizades se desfazem facilmente se as partes não permanecem como eram no início, pois se uma das partes cessa de ser agradável ou útil, a outra deixa de amá-la. Acresce que o útil não é permanente, mas está constantemente mudando. Dessa forma, quando desaparece o motivo da amizade, esta se desfaz, pois existia apenas como um meio para chegar a um fim."[14]

Diante do crescente aumento na quantidade de divórcios[15], sobretudo com as inovações legislativas que facilitaram sua realização, deve-se questionar qual a verdadeira base sobre a qual se assenta o casamento, investigando-se o papel dos sentimentos e a relevância de um contínuo ato de vontade, que não os ignora, mas que seria capaz de renovar as disposições dos cônjuges.

Para Augusto Sarmiento, nesse contexto, a união matrimonial responde às exigências mais íntimas do ser humano, ainda que só possa cumprir esse encargo uma antropologia que, dando razão à primazia e dignidade da pessoa, saiba integrar os diversos significados da sexualidade na totalidade unificada do ser humano.[16]

---

[12] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología de la afectividad*. Navarra: EUNSA, 2004, p. 17. *En efecto ¿puede identificarse el amor al otro con el sentimiento? Dicho de otro modo: ¿puede afirmarse que sin el sentimiento no hay amor?*

[13] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 179.

[14] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 175.

[15] De 2004 a 2014, a quantidade de divórcios aumentou 160%, havendo o Brasil registrado 314 mil divórcios em 2014, em comparação com 130 mil em 2004. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/em-10-anos-taxa-de-divorcios-cresce-mais-de-160-no-pais> Acesso em: 13 abr 2016.

[16] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano*. 4. ed. Navarra: EUNSA, 2012, p. 33. *[...] la unión matrimonial responde a las exigencias más íntimas del ser humano. Si bien sólo puede cumplir esse cometido una antropología que, dando razón de la primacía y dignidade de la persona, sepa integrar los diversos significados de la sexualidad en la totalidad unificada del ser humano.*

Contudo, para que a união matrimonial efetivamente responda às exigências mais íntimas do ser humano e possa ser regularmente mantida, não se pode prescindir da relevância da vontade, que, nas palavras de Enrique Rojas, é uma aspiração que exige uma série de pequenos ensaios e esforços, até que, uma vez educada, é reforçada e produz seus frutos.[17]

No primeiro capítulo do trabalho, portanto, pretende-se investigar a fundo o que são os afetos. Com esse intento, estabelece-se um panorama que parte do pensamento de Aristóteles, que constitui a base para os estudos de Santo Tomás de Aquino, analisam-se as teorias das paixões e condutivista, de Descartes e Skinner, respectivamente, e, por fim, estudam-se as obras de Dietrich von Hildebrand e C.S. Lewis.

Em um segundo momento, já com uma razoável noção do que significam os afetos, passam a ser estudados os direitos romano, canônico e francês, com o objetivo de verificar se no seio de algum deles, já havia, ainda que de modo indireto ou implícito, a consideração da afetividade enquanto elemento de formação e sustentação do vínculo conjugal.

A respeito dos direitos escolhidos, algumas breves considerações.

Uma investigação sobre o casamento que pretenda ser criteriosa e minimamente coerente não pode descuidar de uma análise profunda partindo do direito romano, sendo insuficiente uma pequena nota a título de introdução ou alguns poucos apontamentos para que se possa chegar ao direito moderno.

Na civilização ocidental como um todo e particularmente nos direitos canônico e francês, igualmente objetos de estudo do presente trabalho, não se pode passar ao largo do direito romano, já que este último, como bem apontado pelo Professor José Carlos Moreira Alves, constitui "notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos."[18]

A esse respeito, aliás, não há explicação mais autorizada do que a dada por Reynaldo Porchat: "Seja, pois, para o fim de bem conhecer o verdadeiro sentido dos institutos jurídicos importados diretamente de Roma para os códigos atuais, seja para perscrutar as origens e a evolução histórica dos textos legislativos ora vigentes, seja para alicerçar as indagações filosóficas acerca de cada um desses institutos, perquirindo a causa do seu aparecimento, e os métodos que guiaram os jurisconsultos a proclamá-los e

---

[17] ROJAS, Enrique. *La conquista de la voluntad*. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1994, pp. 39-40.*[...] es una aspiración que exige una serie de pequeños ensayos y esfuerzos, hasta que, una vez educada, se afianza y produce sus frutos.*

[18] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2.

justificá-los nas suas obras – o estudo do direito romano, em cujos textos, no dizer de Bossuet, reina o bom senso, que é o mestre da vida, impõe-se como indispensável a todos que cultivam a ciência jurídica."[19]

Ou então, nas palavras de Dárcio Rodrigues, "há, podemos dizer, uma continuidade histórica inegável desde Roma até hoje, e a sabedoria dos jurisconsultos clássicos quase sempre pode aplicar-se, de modo imediato, para a compreensão de muitos problemas que nos oferece o direito privado moderno."[20]

Especificamente com relação ao casamento, que era considerado, sobretudo, como o fundamento da família[21], o direito romano "adotou uma solução extremamente sui generis, de notável simplicidade e pragmatismo."[22] Trata-se da única maneira de contrair núpcias em Roma: pela mútua concordância na *affectio maritalis.*[23]

A *affectio maritalis*, portanto, ao se traduzir por uma vontade duradoura[24], manifestada ao longo do tempo, e não como mero afeto, como poderia sugerir o termo *affectio*, permitirá uma relevante comparação com os direitos que por ele foram influenciados.

Após analisar o direito romano, sem o qual, como afirma Jean Gaudemet[25], o direito matrimonial da Igreja e os direitos seculares modernos não seriam o que são, passa-se a discorrer acerca do direito canônico.

Importante ressaltar que nos cinco primeiros séculos depois de Cristo, foram bastante raras as disposições da Igreja em matéria de matrimônio. Tal fato, contudo, não autoriza a afirmação de que a questão lhe fosse indiferente. Prova disso é que os Evangelhos e as Cartas de São Paulo haviam tratado sobre o tema, ressaltando-se que os

---

[19] PORCHAT, Reynaldo. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Duprat, 1907, pp. 11-12.

[20] Cf. RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. *Aspectos de interesse atual do matrimônio romano*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 93, p. 82, jan. 1998. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67400>. Acesso em: 31 mar. 2016.

[21] Cf. CUQ, Edouard. *Manuel des institutions juridiques des Romains*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928, p. 154. *Dans l'ancien droit, le mariage est considéré surtout comme le fondement de la famille.*

[22] MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Matrimônio moderno e matrimônio romano clássico. In: _____. *Estudos de Direito Civil: a Garota de Âncio, a Nua Propriedade, a Causa Curiana e o Soneto de Fidelidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116.

[23] Cf. RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. *Aspectos de interesse atual*... op.cit. (nota 20), p. 92.

[24] Cf. BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadeplhia: The American Philosophical Society, 1953, p. 356.

[25] Cf. GAUDEMET, Jean. *Les legs du droit romain en matière matrimoniale*. In: *Il matrimonio nella società altomedievale. Settimane di studio del centro italiano di studi sull'alto medioevo XXIV, t. I.* Spoleto: CISAM, 1977, p. 139. *Le part du droit romain y est en effet considérable. Sans lui le droit matrimonial de l'Église et nos droits séculiers modernes ne seraient pas ce qu'ils sont.*

escritos dos evangelistas haviam feito referências à indissolubilidade do vínculo matrimonial.[26]

A escassez de documentos que tratam do matrimônio[27], apesar da ressalva acima, constitui um indício de que a Igreja deixava ao direito secular a missão de regulamentar os diversos pontos do direito matrimonial. Em outras palavras, trata-se de indício de que, com exceção de temas sensíveis como o da indissolubilidade, aceitava-se em seu conjunto o direito romano.[28]

Feita a ressalva, o tópico dedicado ao direito canônico começará com a transcrição e análise de algumas passagens das Escrituras que informam a doutrina da Igreja em matéria matrimonial.

Pretende-se ainda tratar de alguns dispositivos dos Códigos de Direito Canônico de 1917 e de 1983, que traduzem os ensinamentos da Igreja em matéria matrimonial, assim como alguns documentos do Magistério da Igreja, entre os quais as Exortações Apostólicas *Familiaris consortio* (João Paulo II) e *Amoris laetitia* (Papa Francisco), as Constituições *Gaudium et spes* e *Lumen gentium*, a Encílica *Humanae vitae e* a Declaração *Dignitatis humanae* (todas de Paulo VI).

Por fim, o trabalho pretende se debruçar também sobre o direito francês, que influenciou diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, como o brasileiro.

Considera-se o contexto da Revolução Francesa, em que o matrimônio passa a ser definitivamente secularizado e investigam-se os pontos mais relevantes trazidos pela promulgação do Código Napoleônico.

Recairá, sobre esse último, cuidadosa análise, que procurará investigar também os debates realizados quando de sua elaboração, com o auxílio da obra de Pierre-Antoine Fenet[29], que recolheu as discussões dos trabalhos preparatórios.

Fato é que até o século XIX ainda vigorava na França um contexto de estratégia familiar, como retrata o exemplo histórico dado por Gaudemet, que cita a figura do jovem Edme Restif, cujo pai o obrigara a se casar com uma camponesa, instando-o a renunciar à

---

[26] Cf. GAUDEMET, Jean. *Les legs*... op.cit. (nota 25), p. 143.

[27] Cf. GAUDEMET, Jean. *Les legs*... op.cit. (nota 25). *Si la législation en traite peu, c'est d'abord parce que cette législation, ou du moins ce qui nous en est parvenu, est d'une ampleur relativemente modeste: essentiellement les canons de cinq ou six conciles orientaux du quatrième siècle, les mesures, très imparfaitement transmises, des conciles africain du troiséme siècle au milieu du cinquième siècle et celles de rares conciles gaulois, enfin à partir des dernières années du quatrième siècle quelques décrétales pontificales.*

[28] Cf. GAUDEMET, Jean. *Les legs*... op.cit. (nota 25), p. 144.

[29] Cf. FENET, Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*. Tome neuvième. Paris: Videcoq, 1836

mulher por quem estava apaixonado. Diante de referida circunstância, teria o garoto proferido as seguintes palavras, em tradução livre: "Eu seria bastante infeliz e indigno de ser eu mesmo pai um dia caso tivesse aportado resistência em uma ocasião como essa, que é o mais alto e supremo exercício do poder dos pais."[30]

Entre as famílias que se estimavam, faziam-se com frequência projetos já quando estavam as crianças em seus berços, sendo o casamento um negócio ao mesmo tempo de família e econômico, realidade essa presente em todos os meios sociais.[31] Molière, grande e reconhecido escritor, teceu grande crítica a esse contexto em uma peça de teatro de sua autoria, afirmando que o casamento é uma corrente em que jamais se deve submeter um coração pela força.[32]

Antes de concluir o tópico que tem como objeto o direito francês, merecerão destaque os principais aspectos relativos à doutrina contemporânea francesa e às inovações legislativas que se deram naquele país.

Em suma, sublinhados alguns pontos de relevância para o presente trabalho, pretende-se fornecer elementos que possibilitem investigar, tomando-se como base os direitos romano, canônico e francês e valendo-se de considerações de natureza antropológica e filosófica, qual o verdadeiro papel da afetividade e o que, de fato, representa para a formação e a manutenção do casamento.

Nos últimos dois capítulos, já estudados os direitos eleitos e feitos breves apontamentos com o auxílio de outras ciências, será feita uma análise crítica do cenário brasileiro, sem prescindir também da perspectiva histórica e da tradição jurídica, que permitirão lançar luzes sobre o estado atual da doutrina e do entendimento jurisprudencial no Brasil.

Interessa ao presente trabalho, portanto, se debruçar sobre a afetividade sem, contudo, ignorar sua ampla utilização para justificar novos tipos de uniões e as mudanças que vem produzindo não só em matéria de casamento, mas em todo o direito de família.

---

[30] GAUDEMET, Jean. *L'engagement conjugal. Le regard des canonistes à la veille de la Révolution* in *Colloque sur la famille, la loi, l'état – débats révolutionnaires*. Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, 1989. *Je serais bien malheureux et bien indigne d'être moi-même père un jour, si j'apportais de la résistance dans une occasion comme celle-ci, qui est le plus haut et le suprême exercice de la puissance des pères.*

[31] Cf. DAUMARD, Adéline. *Affaire, amour, affection...* op. cit (nota 7), p. 41. *Entre familles qui s'estiment, écrit à son fils, en 1855, un ancien préfet, Achille Chaper, il se fait souvent de ces projets sur le berceau des enfants, ils n'engagent personne. Conclu dans ces conditions, le mariage était une affaire, mais une affaire de famille autant qu'une affaire d'argent. Cela était vrai pour tous les milieux sociaux.*

[32] Cf. MOLIÈRE, *Le malade imaginaire*, Ato 2, Cena 6, 1673. *Le mariage est une chaîne où l'on ne doit jamais soumettre un coeur par force.*

De tal feita, com a cautela necessária diante da evidente complexidade do tema, os estudos desenvolvidos almejam contribuir para que se chegue a uma valoração jurídica adequada da afetividade, reputada necessária para uma aplicação sóbria e coerente, fruto de uma reflexão enriquecida pela perspectiva histórica e pelo auxílio de outros campos do conhecimento.

1 ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DA AFETIVIDADE: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA ANTROPOLOGIA E DA FILOSOFIA

1.1 A afetividade como objeto de estudo

No tratado de Antonio Malo Pé acerca da afetividade, intitulado "Antropología de la afectividad", trata-se na introdução acerca da dificuldade de abordar o tema de forma sistemática, em razão de sua complexidade e pela falta de um método adequado.[33]

Estimularam-no ao estudo publicações que haviam sido feitas no início da década de 90 na Europa e nos Estados Unidos, bem como o sucesso editorial de um livro publicado pela italiana Susanna Tamaro, que levou o nome de "Và dove ti porta il cuore".

O enredo dessa publicação revela que somente o coração ou a espontaneidade afetiva seriam o caminho imediato para que se pudesse voltar ao "eu", como demonstra trecho da versão espanhola em que a avó aconselha a neta que ficasse quieta, em silêncio, escutando seu coração, até que este lhe falasse e apontasse o caminho que deveria seguir.[34]

A história parece demonstrar que a identificação da afetividade com a autenticidade seria fruto de uma sensibilidade pós-moderna, que repele a visão racionalista, negando a tese cartesiana - que será estudada nesse capítulo - da identidade do sujeito com a razão e a consciência.[35]

Afirma Malo Pé que duas atitudes pós-modernas (a desconstrutivista, que nega a existência de uma identidade pessoal e a neorromântica, que mescla elementos de uma *gnosis* cristã com algumas crenças em grandes religiões orientais, como o budismo e o hinduísmo) compartilham a crença típica da modernidade de que a afetividade e a razão se opõem entre si.[36]

Nesse contexto, importa definir se realmente a afetividade e a razão são antagônicas e descobrir o autêntico papel da afetividade na formação e no desenvolvimento do indivíduo, procurando-se compreender se é possível identificar o amor a um outro com o sentimento ou se sem o sentimento existiria o amor.[37]

---

[33] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 11.
[34] MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 13. *Quédate quieta, en silencio y escucha a tu corazón, y cuando te hable levántate y ve donde él te lleve.*
[35] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 14.
[36] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 16.
[37] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 17.

Diante da complexidade do tema e de suas variadas formas de abordagem, pretendemos explorar algumas das correntes que mais apresentam elementos relevantes para a sua compreensão: partimos da teoria de Santo Tomás de Aquino acerca dos apetites, estudando antes sua base aristotélica; em seguida, são objeto de análise a teoria das paixões de Descartes e a condutivista de Skinner; por fim, passamos a nos ocupar do pensamento de Dietrich von Hildebrand e de C.S. Lewis.

1.1.1 O afeto no pensamento aristotélico-tomista

1.1.1.1 Os ensinamentos da "Ética a Nicômaco"

No Livro VIII da sua "Ética a Nicômaco", Aristóteles apresenta uma discussão acerca da natureza da amizade, que pode ser uma virtude ou então implicar esta última, sendo extremamente necessária à vida e ajudando sobretudo os jovens a evitar o erro.[38]

O filósofo grego aponta que se os homens são amigos, não necessitam de justiça, "ao passo que mesmo os justos necessitam também da amizade"[39], considerando-se a mais autêntica forma de justiça como uma espécie de amizade.[40]

Pretende investigar os problemas que se relacionam a caráter e sentimento, procurando responder, dentre outras questões, se a amizade pode se dar entre quaisquer duas pessoas e se existiria apenas uma espécie de relação que merecesse esse nome.[41]

Antes de tratar das espécies de amizade, o Estagirita identifica o objeto do amor, afirmando que "nem todas as coisas parecem ser amadas, mas apenas aquelas que merecem sê-lo, e estas são o bom, o agradável e o útil"[42]. Contudo, ressalta a seguir que como o útil é resultado do que é bom ou agradável, apenas esses últimos mereceriam ser amados como fins.[43]

Ressalta-se, nesse contexto, que, para que sejam amigas, as pessoas devem se conhecer e desejar reciprocamente o bem; mas não qualquer bem, senão aquele que se dá no interesse da pessoa a quem se dirige a amizade.[44]

---

[38] Cf. ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 172.
[39] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 173.
[40] Cf. ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 173.
[41] Cf. ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 173.
[42] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 174.
[43] Cf. ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 174.
[44] Cf. ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 174.

Ao começar a tratar das espécies de amizade, menciona aquelas que se fundam no interesse, em que não se ama um ao outro por si mesmos, mas apenas em razão da utilidade ou de algum bem que se recebe. O mesmo sucede com os que se amam por prazer, caso em que não se ama verdadeiramente porque o outro seria a pessoa amada, mas sim pelo fato de ser agradável.[45]

Nessas situações, manifesta-se uma amizade dita *acidental*, já que a pessoa amada não o é pelo fato de ser a pessoa que efetivamente é, mas unicamente por proporcionar algum bem ou prazer. Por essa razão, quando uma das pessoas que se relaciona deixa de ser agradável ou útil, a outra deixa de amá-la. Em suas próprias palavras, "o útil não é permanente, mas está constantemente mudando. Dessa forma, quando desaparece o motivo da amizade, esta se desfaz, pois existia apenas como um meio para chegar a um fim."[46]

Associa a efemeridade de uma amizade à juventude, ao constatar que as relações dos jovens visam ao prazer, sendo guiados pela emoção, buscando o que lhes é agradável e as coisas imediatas. Entretanto, como a passagem do tempo faz com que os seus prazeres também mudem, acabam por fazer e desfazer amizades de maneira muito rápida.[47]

Avança em seus estudos afirmando que a *amizade perfeita* se dá entre pessoas que são boas e semelhantes na virtude, já que desejam o bem à outra de maneira idêntica e são boas em si mesmas, "pois os bons são bons em absoluto e reciprocamente úteis."[48]

Ressalta o filósofo que um amante se compraz pelo fato de ver o amado e este último experimenta o mesmo ao receber a atenção do seu amante, de modo que nas amizades que não se dão pela simples troca de vantagens ou prazeres, "muitos amantes são constantes, se a intimidade os levou a amar o caráter um do outro pela afinidade que existe entre eles."[49]

É importante, nessa esteira, considerar a afirmação de Aristóteles no sentido de que "o amor mútuo envolve escolha e a escolha origina-se de uma disposição de caráter"[50], de modo que "os homens desejam bem àqueles a quem amam por eles mesmos, e não em razão de um sentimento, mas de uma disposição de caráter."[51]

Assevera ainda que não é possível ser amigo de muitas pessoas no intuito de desenvolver com elas uma amizade perfeita, já que "não se pode amar muitas pessoas ao

---

[45] Cf. ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 175.
[46] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 175.
[47] Cf. ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 175.
[48] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 176.
[49] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 177.
[50] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 179.
[51] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 179.

mesmo tempo (pois o amor é, de certo modo, um sentimento exacerbado, e é da sua natureza dirigir-se a uma única pessoa")[52], sendo necessário "que as duas partes adquiram experiência recíproca e se tornem íntimas, e isso custa muito esforço."[53]

Continua a desenvolver seu raciocínio, sustentando que a amizade parece residir antes em amar do que em ser amado, muito embora a maioria das pessoas, em função de sua ambição, prefira ser amada a amar, de modo que "só aqueles que amam na medida justa são amigos constantes, e só a amizade desses é duradoura."[54]

Retorna à questão da justiça para asseverar que as suas imposições parecem também crescer de acordo com a intensidade da amizade, "o que significa que a amizade e a justiça existem entre as mesmas pessoas e têm uma extensão igual."[55]

Aproximando-se do fim do Livro VIII de sua "Ética a Nicômaco", observa que a amizade entre marido e mulher parece existir por natureza, já que a espécie humana, antes de propriamente constituir cidades, tende naturalmente a constituir casais, afirmando por último que "como devem tratar-se marido e mulher e, de um modo geral, os amigos, parece coincidir com a questão de determinar qual é a conduta justa, pois, efetivamente, os deveres não parecem ser os mesmos para com um amigo, um estranho, um camarada e um condiscípulo."[56]

1.1.1.2 O conceito aristotélico de *orexis* e seus desdobramentos

Afirma Antonio Malo Pé que, tal como Platão, Aristóteles apresenta a afetividade humana em ligação com os desejos.[57]

Em seu tratado intitulado *De anima*, o Estagirita aprofunda a análise do desejo a partir de um ponto de vista que Malo Pé chama de antropológico *avant la lettre*, já que é examinado tal como se manifesta na realidade.[58]

Opondo-se à tese de Platão de que o homem apresentaria três desejos, Aristóteles sustenta que a *orexis* seria um desejo ou um apetite unitário e essa característica não se deve ao fato de que exista somente um modelo de desejo, mas sim ao descobrimento na

---

[52] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 180.
[53] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 180.
[54] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 183.
[55] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 185.
[56] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 191.
[57] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología*...*op.cit*. (nota 12), p. 104.
[58] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología*...*op.cit*. (nota 12), p. 101.

alma de uma potência (*orektikon*), que difere do intelecto e da faculdade motriz que torna possível a ação.[59]

Nesse contexto, observa-se que a *orexis*, enquanto origem do movimento de aproximação ou de fuga, se relaciona com a razão prática, aplicável à ação, e à faculdade motriz, que executa o movimento.[60]

O desejo ou apetite desempenha uma função de mediação entre o conhecimento e a ação, desvelando a complexidade da relação humana na medida em que é capaz não só de um conhecimento puramente teórico, mas também de um conhecimento que, através desse desejo, chega à ação.[61]

A *orexis* seria, portanto, uma entidade constituída por três partes desiderativas da alma: a *epithymia*, que seria surda à voz da razão, o *thymos*, que segue a razão de forma parcial e a *boulesis*, que dirige os movimentos nos ditames da razão.[62]

Feitos os apontamentos necessários sobre a *orexis*, importante notar, como aponta Antonio Malo Pé, que Aristóteles designa a afetividade em suas obras como *pathe* ou paixão, aparecendo em sua "Retórica" uma de suas facetas, enquanto elemento do disurso retórico, que tem como objetivo comover os ouvintes.[63]

Indicam-se três elementos que constituem a paixão: o estado de ânimo ou disposição, o objeto ou a realidade e o motivo, sendo que para individualizar uma paixão não é suficiente conhecer o estado de ânimo do indivíduo, mas também o objeto e o motivo.[64]

As paixões básicas seriam o prazer e a dor, já que oriundos do conhecimento mais elementar, que é o tato, de maneira que o conhecimento causa a paixão, não diretamente, mas através do *orektikon*. Assim sendo, para além do conhecimento do objeto, "a paixão requer sentir a inclinação ao objeto conhecido, pois o que se conhece se deseja e o que se deseja se sente como benéfico para o próprio organismo, ou seja, como prazer."[65]

Nesse contexto, tanto a *orexis* como a paixão desempenham uma função necessária na vida humana, permitindo ao indivíduo conhecer o que é adequado ou contrário à sua

---

[59] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 102.
[60] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 102.
[61] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 102.
[62] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 103.
[63] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 105.
[64] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 105.
[65] MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 107.

natureza. A paixão seria, portanto, "a informação espontânea que recebe o homem acerca da relação entre a sua natureza e a realidade."[66]

Antonio Malo Pé conclui que o domínio que tem o homem sobre as suas próprias paixões não é despótico, "como o do senhor sobre o escravo ou o do alma sobre o corpo, senão político, como o do governante sobre os cidadãos livres por nascimento. Como os cidadãos da "polis", as paixões podem seguir as diretrizes da razão ou se opor ao seu governo."[67]

1.1.1.3 Teoria tomista dos apetites

Santo Tomás de Aquino, ao contrário de Platão e mesmo de Aristóteles, de cuja obra se valeu para desenvolver seus estudos, defende que o problema do desejo não tem um caráter fundamentalmente ético, já que todos os homens sabem, pela revelação, o que moralmente deve ser desejado e em que consiste a perfeição humana.[68]

Antonio Malo Pé afirma que, apesar de seu grande valor, a teoria tomista dos apetites não alcança a sistematização nem o desenvolvimento esperados, em parte porque o Aquinate não os estuda por si mesmos, mas sempre em relação com outras questões e em parte porque os textos que tratam dessa matéria estão dispersos em sua obra.[69]

Segundo o filósofo, o amor de Deus pelas criaturas não é necessário, não constituindo essas um fim para Ele, já que a bem-aventurança divina é perfeita. Desse modo, a criação do homem nasce de um ato de pura liberalidade, sendo o amor com que ama as criaturas um amor não-natural, também chamado de eletivo.[70]

Além de ser fundamento da criação, o amor divino de eleição é fonte do amor natural com que os homens amam, denominado apetite natural, de modo que o universo está atravessado por esse amor natural, que estabelece uma relação ordenada entre as próprias criaturas e com o Criador, reconduzindo deste modo a realidade inteira a Deus, fonte inesgotável de Amor.[71]

O amor natural dos homens se manifesta em diferentes níveis de profundidade. Cada indivíduo, em primeiro lugar, ama a si próprio, pois a unidade que tem consigo é

---

[66] MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 107.
[67] MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 114.
[68] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 116.
[69] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 116.
[70] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 119.
[71] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 120.

mais forte e por essa razão o amor de si precede àquele que se dá entre os seres que pertencem a uma mesma ordem.

O amor ou apetite natural, portanto, não é um desejo chamado de "elícito", ou seja, dependente do conhecimento, na medida em que precede toda faculdade ou atividade e é o impulso originário dos seres finitos em direção ao fim de sua natureza.[72]

O apetite elícito, por sua vez, é, segundo Antonio Malo Pé, o modo em que se realiza o apetite natural nos seres dotados de conhecimento, ressaltando que embora o apetite elícito exija o conhecimento, não se identifica com ele, pois o fim do apetite não é a posse intencional, mas real do que foi conhecido como um bem.[73]

Entre os homens, o conhecimento que guia as ações não é somente sensível, mas sobretudo intelectual, de modo que através da inteligência, o homem capta a razão do bem e desse conhecimento origina-se uma nova inclinação, chamada por Santo Tomás de *appetitus intellettivus* ou simplesmente "vontade".[74]

O Aquinate apresenta também o conceito de amor como sendo a complacência de um indivíduo que se verifica quando o objeto apetecível se conforma com o apetite. Explica Antonio Malo Pé que o objeto move o apetite, introduzindo-se, de algum modo, em sua intenção; dito movimento, enquanto não se possui o objeto, se sente como "desejo". Uma vez possuído, o ato do apetite se experimenta, por sua vez, como "prazer".[75]

Já a paixão se refere às diversas etapas pelas quais atravessa o apetite, desde a conformação inicial com o objeto até a sua posse real, passando pelo movimento que permite possuí-lo.

1.1.2 Teoria cartesiana das paixões

O objetivo de Descartes ao formular a sua teoria das paixões não foi o de desenvolver o tema como orador ou filósofo moral, mas sim como físico, desejando encontrar um enfoque mais compatível com o desenvolvimento das ciências experimentais em sua época, concebendo o homem a partir de seu mecanismo fisiológico, que está de certo modo sob o seu domínio e que, por essa razão, não diminui nem suprime sua liberdade.[76]

---

[72] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 122.
[73] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 123.
[74] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 123.
[75] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 125.
[76] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 24.

O filósofo francês considera, basicamente, que tudo o que ocorre ou sucede ao indíviduo de novo é uma paixão em relação ao sujeito a que ocorre e uma ação com relação ao que a determina.

Como as experiências afetivas não podem se reduzir a um pensamento puro, deve haver algo presente na consciência que, sem se identificar com o pensamento, atua neste. Não por outro motivo se dá a esse "algo" o nome de "paixão", já que, sem ser uma ação do pensamento, é percebida por ele.[77]

Descartes valora positivamente as paixões por proporcionarem momentos em que a subjetividade se experimenta a si própria, revelando o que significa sentir-se vivo, de tal modo que evitam o tédio e a monotonia de uma subjetividade limitada à experiência do puro pensar.

Em suma, a análise da paixão em Descartes conduz à conclusão de que é uma ideia ou percepção obscura e confusa; relaciona-se com uma determinada crença (ser causada por uma realidade exterior ou pelo próprio corpo) e tende a uma determinada ação (tirar a mão quando alguém se queima; fugir quando se sente medo, etc.)"[78]

A origem corporal das paixões pode ser aferida em razão de sua obscuridade e confusão e também pela sua independência com relação à vontade, já que aparecem e desaparecem sem que a sua presença ou ausência sejam queridas pelo sujeito.

O esquema básico da paixão envolve uma explicação fisiológica de Descartes, que trata da passagem da realidade externa ao corpo mediante a atuação dos filamentos nervosos e da glândua pineal, que seria o centro da alma.[79]

Contudo, apesar dos efeitos da causalidade natural, que tem como objetivo conservar o corpo, a paixão é submetida a um outro tipo de causalidade, qual seja, a vontade livre, de modo que, diante da liberdade, o indivíduo é capaz de controlar e modificar as conexões naturais, sendo possível, diante dessa dupla causalidade, sentir de um modo e atuar de outro.

A emoção, de tal modo, objetiva o bem do corpo, ao passo que a vontade deseja o bem do homem, sendo que o homem não deve permitir que suas ações fluam espontaneamente a partir das conexões naturais e tampouco que derivem de uma vontade arbitrária, de maneira que as ações têm que nascer do conhecimento de ideias claras e

---

[77] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 26.
[78] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 29.
[79] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 30.

distintas (existência de Deus, imortalidade da alma e extensão indefinida do universo) e da vontade de atuar sempre do melhor modo possível.[80]

1.1.3 Teoria condutivista da emoção

Ao contrário da teoria cartesiana das paixões, que Malo Pé considera como uma antropologia não desenvolvida, o condutivismo se apresenta como contrário a qualquer tipo de teoria antropológica, sendo em verdade uma pura ciência experimental do comportamento humano.[81]

Para compreender em que contexto surgiu a teoria condutivista, faz-se necessária uma pequena retrospectiva histórica. O condutivismo surge de um longo processo de oposição à teoria cartesiana, procurando afastar a redução que havia sido feita da psicologia à análise da consciência, dando origem no século XVIII à chamada "psicologia sem alma", que deu lugar a uma psicologia objetivista que chegaria mais tarde ao seu ápice com o condutivismo.

Contudo, para que fosse possível o desenvolvimento dessa psicologia faltava um princípio que fosse capaz de explicar a causa das relações entre os processos mentais e fisiológicos, tendo sido achada a solução com o método do reflexo condicionado, desenvolvido por Pavlov e aprimorado por Bechterev, que construiu um sistema psicológico em que todos os processos superiores (imaginação, pensamento e vontade) poderiam ser explicados pela redução a respostas simbólicas baseadas no condicionamento.[82]

No século XX, Watson elabarou pela primeira vez uma ciência da personalidade fundada pelos condicionamentos produzidos na infância, procurando demonstrar que as emoções aparecem como um *pattern-reaction* (modelo de reação) herdado e que contém profundas mudanças fisiológicas.[83]

Skinner, um dos discípulos de Watson, passa em seguida a sustentar o princípio condutivista como o único modo de estudar o comportamento do animal e do homem, através de um método que chamou de "comportamento operante", que representa o grau mais avançado do comportamento animal.

---

[80] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 31.
[81] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 37.
[82] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 39.
[83] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 39.

Como explica Malo Pé, o termo "comportamento operante" deriva da função que a operação desempenha no comportamento dos animais, não sendo um simples reflexo fisiológico, mas a resposta diante de uma situação que está constituída por diversas variáveis do ambiente e do animal, apresentando os conceitos de "reforço positivo", "operante" e "desaparecimento do operante por falta de reforço" no experimento que realizou com um rato em uma caixa fechada.[84]

O mesmo esquema de "comportamento operante" foi adotado por Skinner para estudar a emoção, com a diferença de que, ao invés de um reforço positivo, foi dado um negativo, ou seja, um aumento da probabilidade de executar ações com o objetivo de cessar uma situação.

Skinner aduziu que a comparação da emoção com a dor é a chave para entender a função do comportamento operante nas diversas emoções, de modo que elas podem ser determinadas a partir da emissão de diferentes grupos de operantes.[85]

Especificamente quanto ao amor, o reforço é positivo, na medida em que o enamorado, reforçado pela pessoa amada, procura estar junto dela e fazer o que estima.

Malo Pé resume, por fim, que o grupo de operantes constitui o comportamento operante que define uma determinada emoção. Desse modo, a emoção aparece no condutivismo como pura exterioridade; e, enquanto tal, como algo absolutamente observável, descritível e comunicável.[86]

1.1.4 O pensamento de Dietrich von Hildebrand

1.1.4.1 O desprezo da esfera afetiva ao longo da história

Na introdução de seu livro *El corazón*, Dietrich von Hildebrand afirma que sempre que se lê algum escrito filosófico sobre o coração e a esfera afetiva, estes costumam ser tratados como algo menos sério, profundo e importante que a inteligência ou a vontade.[87]

---

[84] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 42. *Skinner introdujo un ratón en una caja cerrada, provista en su interior de una barra horizontal unida a un dispositivo que hacía entrar la comida cada vez que el animal bajaba la barra. El animal, premiado con la comida repetía la operación hasta que no salía mas alimento. El análisis de este experimiento proporcionó los elementos fundamentales del comportamiento operante: el "refuerzo positivo" (la comida), llamado así porque hacía aumentar la probabilidad de cumplir una determinada acción; el "operante" o acción del animal (bajar la barra para recibir alimento) y, por último, la "desaparicíon" del operante por falta de refuerzo (el animal disminuía paulatinamente la acción hasta llegar al cese total).*

[85] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 43.

[86] Cf. MALO PÉ, Antonio. *Antropología...op.cit.* (nota 12), p. 45.

[87] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón*. Madrid: Ediciones Palabra, 2009, pp. 25-26.

O coração não teve um lugar próprio na filosofia. Ao passo que a inteligência e a vontade foram objeto de análise e investigação, o fenômeno do coração foi sendo repetidamente postergado e sempre que mereceu alguma análise, nunca foi considerado no mesmo nível daquelas duas.[88]

Ainda sobre o tratamento dispensado à esfera afetiva, diz Dietrich que foi assumida, em sua maior parte, no capítulo das paixões e sempre que é considerada nesse capítulo específico, insiste-se em seu caráter irracional e não espiritual.[89]

Um dos principais motivos que posicionam a afetividade em patamar menos nobre, negando o caráter espiritual dos atos afetivos e recusando um estatuto análogo ao da inteligência e da vontade, é o fato de se identificar, de maneira reducionista, a afetividade com as experiências afetivas de tipo inferior.[90]

Essa interpretação equivocada teria como origem o fato de a esfera afetiva englobar experiências de nível bastante diferente, que vão desde os sentimentos corporais às mais altas experiências de amor, somando-se a isso que o âmbito da afetividade, ao abraçar toda a classe de sentimentos - que são tudo, menos unívocos - tem uma amplitude muito maior e inclui experiências que diferem ainda mais umas das outras.[91]

Além dessas razões, Dietrich von Hildebrand acredita que o motivo mais imperioso pelo qual caiu em descrédito a esfera afetiva é a caricatura de afetividade que se produziu ao se separar a experiência afetiva do objeto que a motiva e ao qual responde de forma significativa, de modo que, a título exemplificativo, somente quando conhecemos o objeto do entusiasmo de uma pessoa, nos é revelada a natureza desse entusiasmo e especialmente a sua razão de ser.[92]

Nesse sentido, tão logo se desconecta a esfera afetiva do objeto que a justificou e com o qual guarda uma relação de dependência, esta se reduz a um mero estado sentimental que, ontologicamente, é inferior a estados como o de cansaço ou embriaguez.[93]

Por fim, cumpre ressaltar a crítica de Hildebrand ao pensamento de Aristóteles, já que este último defendia que inteligência e vontade pertenceriam à parte racional do homem, ao passo que a esfera afetiva se ligaria à sua parte irracional, ou seja, a área da experiência que o homem compartilha supostamente com os animais.[94]

---

[88] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 26.
[89] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 33.
[90] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 33.
[91] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 34.
[92] HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 36.
[93] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 36.
[94] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 32.

Afirma ainda que o lugar inferior reservado à afetividade na filosofia aristotélica é particularmente surpreendente já que o próprio Aristóteles declara que a felicidade é o bem supremo que dá a razão de todos os demais bens.[95]

1.1.4.2 A afetividade como resposta e a falta de autenticidade afetiva

Como já se antecipou no tópico anterior, os afetos terão sempre o traço de respostas a algo e quando se separa a resposta afetiva desse algo, que Dietrich chama de objeto, destrói-se a sua intrínseca substancialidade, dignidade e seriedade, de modo que o que deveria ter sido uma resposta afetiva se converte em algo vazio, sem significado sério, em um sentimento instável, em uma emoção irracional e incontrolável.[96]

Ao separar os sentimentos de seus objetos, ou seja, ao desconsiderar o caráter de resposta, já não se está mais diante de realidades afetivas que desempenham um papel importante e decisivo na esfera da moralidade, mas se vislumbram apenas meros sentimentos, privados de todo significado, como uma espécie de gesticulação no vazio.[97]

Ainda segundo o autor, a esfera afetiva perdeu crédito nos estudos filosóficos não só em razão de teorias equivocadas, mas sobretudo por conta da falta de autenticidade nesse âmbito, que não encontra paralelos nas searas da inteligência e da vontade.[98]

A falta de autenticidade na esfera afetiva pode ser observada, em primeiro lugar, na falta de autenticidade retórica do indivíduo que ostenta um falso *pathos* e se recreia na sua indignação ou no seu entusiasmo, inflando-os retoricamente e triunfando ao produzir um certo conteúdo emocional na sua própria alma.[99]

Outra modalidade que denota falta de autenticidade afetiva é a do indivíduo profundamente imerso em si mesmo e que desfruta do sentimento enquanto tal: no lugar de focalizar o bem que o afeta e que produz uma resposta afetiva, a pessoa se centra em seu próprio sentimento, de maneira que o âmago da experiência se desloca do objeto para o sentimento por ele ocasionado. O objeto, em suma, se transforma em mero instrumento, meio para que se alcance a própria emoção.[100]

Contudo, Hildebrand faz questão de sublinhar a diferença fundamental entre o grau de intensidade de uma experiência afetiva e o caráter irracional e inconsistente de

---

[95] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 32.
[96] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 37.
[97] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 39.
[98] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 40.
[99] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), pp. 40-41.
[100] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 41.

determinados estados emocionais[101], apontando que o sentimentalismo é um sentimento pervertido e medíocre, sendo um grande erro qualificar de sentimental uma afetividade intensa e profunda.[102]

1.1.4.3 Sentimentos físicos e psíquicos

Dietrich von Hildebrand faz uma primeira diferenciação, que reputa fundamental no campo da afetividade, entre o que chama de sentimentos físicos e psíquicos.[103]

Segundo ele, a dor de cabeça, o prazer que se sente ao tomar um banho quente, a experiência de descansar quando se está cansado são casos em que o sentimento se caracteriza por ser uma experiência clara e diretamente relacionada ao corpo, já que enquanto sentimos essas dores ou prazeres, vivemo-los como algo que tem lugar em nosso corpo.[104]

Faz questão de ressaltar que os sentimentos físicos dos homens são evidentemente diferentes daqueles dos animais, diante do fato de que na vida consciente de um ser humano tudo é radicalmente distinto ao estar inserido em um mundo misteriosamente profundo da pessoa e ao ser vivido e experimentado por um "eu".[105]

Insiste, ainda nesse contexto, na necessidade de considerar a profundidade dos sentimentos físicos na esfera conjugal, destinados a ser modelados pelo amor, de maneira que isolar esses sentimentos corporais da realidade total da pessoa humana significaria não compreendê-los, não somente do ponto de vista moral, como de seu verdadeiro significado e caráter intrínseco.[106]

Os sentimentos psíquicos, por sua vez, são muito mais variados e não se apresentam como a "voz do corpo" e tampouco como seu estado: são muito mais subjetivos, é dizer, estão mais radicados no sujeito que os sentimentos corporais. Dá como exemplo a constatação de que podemos estar alegres mesmo padecendo de uma dor física.[107]

---

[101] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 48.
[102] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 50.
[103] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 60.
[104] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 60.
[105] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 62.
[106] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), pp. 62-63.
[107] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 64.

Atenta também para o fato de que se os sentimentos psíquicos, em algumas ocasiões, estão acompanhados por sentimentos físicos, essa constatação não diminui a diferença entre eles.[108]

Valendo-se das explicações que deu a título introdutório, procura demonstrar que os estados psíquicos estão "causados" por processos corporais ou psíquicos, ao passo que as respostas afetivas estão "motivadas", de modo que estas últimas nunca podem surgir por uma simples "causação". Dá, a esse respeito, o seguinte exemplo: a verdadeira alegria implica necessariamente não só a consciência de um objeto sobre o qual nos alegramos, como também a consciência de que esse objeto é razão da alegria.[109]

As respostas afetivas (como a alegria), portanto, são dotadas de uma intencionalidade que é marca essencial da espiritualidade, diferenciando-se dos meros estados psíquicos (como o de bom humor) e ainda mais dos sentimentos corporais.[110]

Relata, ainda, Hildebrand que é possível identificar duas formas de dependência do corpo, uma consciente e outra inconsciente. A primeira delas se liga à capacidade humana de se emancipar dos sentimentos corporais, quando a alma permanece livre ainda que o corpo esteja sujeito a dores. A segunda se revela por uma dependência de estados de ânimo psíquicos que, na verdade, estão causados pelo próprio corpo, como é o caso de uma pessoa que vê as coisas de determinada maneira simplesmente porque dormiu pouco.[111]

Quanto a essa forma inconsciente de dependência do corpo, há o perigo de que ao deixar-nos invadir por esses sentimentos (que não tem bases racionais e se percebem erroneamente como uma situação real da nossa alma), concedemos ao nosso corpo um domínio sobre nós maior do que se estivéssemos completamente afetados por sentimentos corporais reais. Nessa situação, ainda que estejam causados na realidade por processos meramente fisiológicos, apresentam-se como se fossem psíquicos e como se constituíssem estados reais da alma, sendo que estados como o de mau humor, uma vez identificado que se trata de um processo corporal, perdem grande parte de sua força.[112]

1.1.4.4 Paixões

---

[108] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 65.
[109] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 66.
[110] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 67.
[111] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 70.
[112] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 71.

Dietrich dedica-se, a certa altura de um dos seus capítulos de *El corazón*, a diferenciar as paixões dos estados psíquicos não intencionais de que se tratou anteriormente.

Antes dessa tarefa, contudo, afirma que costumou-se com frequência identificar o termo "paixão" com o âmbito dos sentimentos psíquicos e espirituais enquanto contrários à razão e à vontade, identificação essa que pode, segundo ele, dar lugar a muitos equívocos.[113]

Hildebrand afirma que é possível se referir às paixões, em primeiro lugar, como um determinado grau de experiência afetiva, nos casos em que certos sentimentos alcançam um elevado padrão de intensidade, tendendo a silenciar a razão e a dominar a vontade. Nessas situações, perde-se a capacidade de decidir livremente, dizendo-se comumente que alguém "está fora de si".[114]

Entretanto, o autor julga necessário estabelecer uma diferenciação entre duas maneiras de "estar fora de si" que são radicalmente opostas. A primeira delas se caracteriza pela irracionalidade, conduzindo a um ofuscamento da razão que impede até seu uso mais elementar. A segunda representa, por sua vez, um modo elevado de se "estar fora de si", em uma situação de êxtase ou na experiência de ser possuído por algo maior que o homem.[115]

Assevera que quando se fala de paixões, não se está unicamente a tratar das situações de intensidade e violência em que a razão se ofusca e a vontade se vê dominada por um forte sentimento. É possível também tratar como paixão a escravidão habitual com relação a certos desejos como a ambição ou o ressentimento, em que a razão se converte em serva da paixão, tendo como objetivo a busca eficiente dos fins por ela propostos.[116]

Nesse contexto, afirma que o sentido mais autêntico de paixão se refere, de todos os modos, a sentimentos como a ambição, a cobiça, a lascívia, a avareza, o ódio ou a inveja, que têm um caráter obscuro, violento e antirracional, merecendo o nome de paixões independentemente da intensidade.[117]

1.1.4.5 Afetividade terna e enérgica

---

[113] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 72.
[114] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 73.
[115] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 74.
[116] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), pp. 78-79.
[117] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 79.

No capítulo em que apresenta os conceitos de afetividade terna e enérgica, Hildebrand faz uma breve restrospectiva histórica, afirmando que depois da Primeira Guerra Mundial surgiu uma forte tendência antiafetiva, afetando a música e a arquitetura, sob o nome de "funcionalismo" e também a esfera religiosa, contexto em que não se buscava a solução em uma afetividade genuína, mas se rechaçava qualquer tipo de afetividade.[118]

O "funcionalismo" ou a "nova objetividade" se dirigem somente contra um determinado tipo de afetividade, denominado "terna" e não contra aquela, chamada de "enérgica" ou "temperamental", exemplificada como o fogo de uma ambição devoradora ou o dinamismo da ira e da fúria.[119]

A afetividade terna, a que se opõem as correntes citadas, tem um caráter especificamente humano e pessoal e é condenada por ser, segundo seus detratores, "subjetiva, branda e ridícula".[120]

Diz Hildebrand que a afetividade terna se manifesta no amor em todas as suas formas: amor paterno e filial, amizade, amor fraterno, conjugal e amor do próximo. Mostra-se ao "comover-se", no entusiasmo, na tristeza profunda e autêntica, na gratidão, nas lágrimas de grata alegria ou na contrição. É o tipo de afetividade que inclui a capacidade para uma nobre rendição e na qual está implicado o coração.[121]

A afetividade enérgica, por sua vez, se vislumbra no campo da vitalidade e não é, em sim, má, como se pode perceber pelo prazer que se experimenta com os esportes ou pela satisfação ao mostrar os dons e talentos pessoais.[122]

Há, inclusive, uma vantagem na afetividade enérgica no sentido de que não existe em seu âmago a possibilidade, tal como sucede com a afetividade terna, de se perverter em um sentimentalismo. Por outro lado, os níveis mais elevados de afeto somente podem ser encontrados nessa última.[123]

Na afetividade terna encontra-se também um grande dinamismo, que se diferencia completamente daquele meramente energético, por ser o resultado do ardor ou da plenitude interior, de modo que em cada uma das suas fases é a voz do coração; nunca perde a sua intrínseca doçura e ternura e exibe simultaneamente seu poder irresistível e glorioso.

---

[118] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 91.
[119] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 92.
[120] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 93.
[121] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 94.
[122] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 95.
[123] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 95.

Comparado com o dinamismo da afetividade verdadeira, qualquer dinamismo meramente enérgico apresenta a característica de uma simples chama.[124]

Após comparar as afetividades enérgica e terna, ressaltando a grandeza da última, chega a algumas conclusões: a) quanto menos consciente é uma resposta afetiva, menos se exibe o seu verdadeiro caráter afetivo e menos afetivamente se experimenta; b) o homem verdadeiramente afetivo responde ao bem que é a fonte e a base da sua experiência afetiva. Ao amar busca o amado, de modo que a verdadeira experiência afetiva implica o convencimento do seu valor objetivo; c) é próprio da verdadeira experiência afetiva que uma profunda alegria ou amor, ainda que cada um possua um tema próprio, esteja penetrada pela consciência de que a nossa alegria ou o nosso amor está objetivamente justificado e é objetivamente válido; d) qualquer tendência antiafetiva, portanto, é em realidade um subjetivismo patente porque sua resposta ao mundo é incorreta; e) a afetividade que requer a verdadeira natureza do mundo é a afetividade terna e não a enérgica.[125]

1.1.4.6 A hipertofia afetiva, o coração tirânico e o "eu" real

Ao tratar do que chama de "hipertrofia do coração", Hildebrand afirma que, diferentemente dos atos de vontade, as atitudes afetivas não podem ser produzidas livremente: a esfera afetiva não é diretamente acessível, de modo que a alegria ou a tristeza não podem se gerar livremente da mesma maneira que se realiza um ato da vontade. Pode-se, contudo, influir na alegria ou na tristeza somente de modo indireto, preparando-lhes o terreno em nossa alma ou aprovando ou desaprovando as respostas afetivas que surgiram espontaneamente.[126]

Ressalta que a inteligência, a vontade e o coração deveriam cooperar entre si, mas respeitando o papel e a área específica de cada um, de modo que quando o coração extrapola o seu domínio e avoca papéis que não lhe pertencem, acaba por desacreditar a afetividade e causar uma grande desconfiança inclusive em seu próprio território.[127]

Como exemplo, a conduta de um homem que deseja verificar se determinada ação é moralmente incorreta e se remete, para tanto, ao seu mero sentimento de "sentir-se

---

[124] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 97.
[125] HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), pp. 99-102.
[126] HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 104.
[127] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 106.

culpado" ou de "sentir-se inocente", imaginando que a experiência afetiva seja um critério unívoco para determinar um fato objetivo.[128]

A hipertrofia do coração, de que se falou no início deste tópico, é precisamente uma desordem que se dá pelo uso excessivo da afetividade que, ao invés de cooperar com a inteligência e a vontade, ou bem pretende realizar o que só a inteligência pode levar a cabo corretamente ou bem se nega a conceder à vontade sua missão específica.

O coração tirânico, por sua vez, aparece sempre que o coração se nega a permitir que a inteligência decida o que só ela pode decidir ou quando se opõe a que o centro livre e espiritual da pessoa intervenha com um ato voluntário na área que é reservada à vontade.[129]

O indivíduo de coração tirânico, ao invés de examinar a situação com a inteligência para conhecer os fatos e captar os valores moralmente relevantes, opta pelo coração como único guia verdadeiro e confiável.

Dietrich von Hildebrand pretende arrematar toda a sua tese acerca da esfera afetiva com um capítulo intitulado na versão espanhola de *El corazón como el yo real,* em que assevera que na esfera moral é a vontade que dá a última palavra, mas que, em muitos outros campos, como o do amor conjugal, da amizade, do amor filial e paterno, é o coração, mais do que a vontade ou a inteligência, que constitui a parte mais íntima da pessoa, o seu "eu" real.[130]

Afirma o filósofo que nas relações humanas, na resposta aos acontecimentos alegres ou tristes, e em todas as situações em que está em jogo o "frui" (o deleite), o verdadeiro eu é o coração, acrescentando que "não devemos cair na tentação de deduzir da verdadeira natureza da liberdade que o que diz a nossa vontade tem que ser sempre a última palavra do nosso autêntico eu."[131]

1.1.5 Os quatro amores de C.S. Lewis

O escritor irlandês Clive Staples Lewis, publicou, no ano de 1960, uma obra intitulada *Os quatro amores,* em que pretende analisar a fundo cada uma das modalidades de amor que elenca: a afeição, a amizade, o amor romântico (*eros)* e o amor absoluto (caridade).

---

[128] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 107.
[129] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 127.
[130] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 133.
[131] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 135.

Pretende-se, neste tópico, explorar os elementos fundamentais de cada um desses amores, procurando, ao final do capítulo, situar o amor matrimonial e identificar suas características principais.

Antes do estudo particular de cada um, faz-se necessário, contudo, apresentar alguns conceitos que propõe logo na introdução de seu livro e que serão utilizados ao longo de toda a obra.

A primeira distinção é feita entre amor-doação e amor-necessidade, definindo ambos com base em exemplos: o primeiro seria aquele amor "que leva um homem a trabalhar, planejar e economizar pelo bem-estar futuro de sua família, do qual ele não vai saber ou desfrutar em vida"[132]; já o segundo seria o do amor "que leva a criança sozinha ou amedrontada a correr para os braços da mãe."[133]

Outra diferenciação trazida é entre a proximidade por acesso e a proximidade por semelhança, valendo-se de uma analogia de um homem que trilha uma montanha[134], sendo que quando está no topo do penhasco que não pode descer e que dá para o seu povoado, está próximo apenas por semelhança e quando está em caminho ao mesmo povoado, ainda que esteja mais distante estaticamente, está próximo por acesso. Em suma, quem está próximo por semelhança nada faz para merecê-lo, ao passo que quem está em caminho, empreendendo uma jornada, está próximo por acesso.

Feitas essas breves notas introdutórias, passa-se a estudar cada um dos tipos de amor apontados por Lewis, partindo-se daquele denominado "afeição."

1.1.5.1 Afeição

O autor faz uma remissão ao vocábulo *storge*, designado pelos gregos como "afeição, especialmente dos pais pelos filhos"[135], apontando como exemplos a imagem "da mãe amamentando o bebê, da cadela ou da gata com um cesto cheio de filhotes, todos

---

[132] LEWIS, C.S. *Os quatro amores*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1.
[133] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 1.
[134] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 7. "Suponha que estejamos trilhando uma montanha, a pé, em direção ao povoado onde moramos. Ao meio-dia atingimos o topo de um penhasco, onde nos encontramos, em termos espaciais, bem perto do povoado, que está logo abaixo de nós. Pode-se acertar uma pedra nele. Mas, como não somos alpinistas, não conseguimos descer. É preciso dar uma longa volta - de uns oito quilômetros, digamos. Sob o aspecto estático, em vários pontos desse retorno, estaremos bem mais longe do povoado do que quando estávamos descansando no topo do penhasco. Mas apenas sob o aspecto estático. Em termos de avanço, estaremos bem mais "perto" do nosso banho e do nosso chá."
[135] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 46. Apesar da definição grega, como se poder aferir pelos exemplos dados pelo próprio autor, sua concepção de *storge* é bastante mais ampla.

juntos, empilhados, chorando, esfregando os narizes, ronronando, lambendo; sons de filhotes, leite, calor, o cheiro da vida recente."[136]

Quase todas as pessoas podem ser objeto da afeição - inclusive "os feios, os estúpidos e mesmo os irritantes"[137] - já que não é preciso haver nenhuma adequação entre aqueles que se unem por esse laço, ignorando barreiras de idade, sexo, classe, instrução e até mesmo de espécie, podendo se dar entre os homens e os cães.

Segundo Lewis, a afeição é o mais humilde dos amores, o mais universal, o menos exigente, o mais amplo. Em suma, a afeição é capaz de amar o que não tem atrativos, sendo que perceber a afeição "é perceber que ela já existe há algum tempo."[138]

Essa modalidade de amor agrega tanto o amor-necessidade como aquele de doação, de modo que, quanto a este último, precisa dar e ser necessário, constituindo uma missão difícil, já que "a finalidade própria do ato de dar é deixar a pessoa que recebe num estado em que ela não precise mais de nossa doação"[139]. Em consequência, este amor-doação precisa "trabalhar para sua própria abdicação"[140], obrigando o seu agente a se tornar supérfluo.[141]

Contudo, quando essa abdicação não acontece, "a necessidade voraz de ser necessário gratifica a si mesma mantendo seus objetos em estado de necessidade ou inventando para eles necessidades imaginárias."[142]

Afirma o autor que "a afeição produzirá felicidade se - e somente se - existir bom senso, reciprocidade e decência"[143], isto é, "somente se se acrescentar algo mais que a afeição e diverso dela."[144]

Adverte, por fim, o professor que quando se tenta viver somente de afeição, ou seja, quando "é promovida a soberana absoluta da vida humana"[145], ela ocasiona um mal, já que "o amor, ao transformar-se num deus, transforma-se num demônio."[146]

1.1.5.2 Amizade

---

[136] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 46.
[137] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 47.
[138] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 48.
[139] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 71.
[140] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 71.
[141] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 71.
[142] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 72.
[143] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 77.
[144] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 77.
[145] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 79.
[146] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 79.

C.S. Lewis apresenta o capítulo em que trata da amizade, lamentando-se pelo fato de que naquela época (década de 60), bem poucas pessoas a viam como um amor de valor comparável ou mesmo como amor em algum sentido[147], ao passo que "para os antigos, a amizade parecia o mais feliz e o mais plenamente humano de todos os amores - coroa da vida e escola da virtude."[148]

Uma primeira resposta a esse cenário seria o fato de que poucos valorizam a amizade porque poucos a experimentaram, de maneira que a possibilidade de se passar uma vida sem essa experiência se relaciona à constatação de que ela é "o menos natural dos amores: o menos instintivo, o menos orgânico, o menos biológico, o menos gregário e o menos necessário"[149]. Essa característica que Lewis chama de "não-natural" auxilia a compreender o porquê de a amizade ter sido exaltada na Antiguidade e na Idade Média e ter perdido a importância na modernidade.[150]

Ao passo que os amantes conversam entre si sobre seu amor e se põem frente a frente, os amigos pouco falam sobre sua amizade e geralmente ficam lado a lado, absortos em algum interesse comum, sendo a amizade, por essa e outras razões, o menos ciumento dos amores, já que nele "dividir não é diminuir".[151]

Faz questão ainda de diferenciar a amizade daquilo que chama de companheirismo ou clubismo, que é apenas uma possível fonte de amizade, que surge quando "dois ou mais companheiros descobrem que têm em comum alguma ideia, interesse ou mesmo gosto que os demais não partilham e que, até aquele momento, cada um deles acreditava ser seu tesouro (ou fardo) especial. A expressão típica do início da amizade seria algo como: "O quê? Você também? Pensei que eu fosse o único".[152]

Outro ponto enfatizado é o de que a amizade é "totalmente livre da necessidade de ser necessária da afeição"[153]. A amizade, ao contrário do *eros*, que será estudado adiante,

---

[147] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 81.
[148] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 82.
[149] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 82.
[150] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), pp. 83-84. "Naqueles tempos, a ideia mais profunda e permanente era a de ascetismo e renúncia ao mundo. A natureza, a emoção e o corpo eram temidos como degradações da nossa condição humana. Era inevitável que o tipo de amor mais valorizado fosse o que parecesse mais independente da mera natureza, ou mesmo contrário a ela. A afeição e o "eros" eram muito ligados aos nossos nervos, comuns a nós e aos animais. Era possível senti-los incomodando suas entranhas e agitando seu diafragma. Mas na amizade - no mundo luminoso, tranquilo e racional dos relacionamentos livremente escolhidos - você não estava sujeito a nada disso. Era o único dos amores que parecia elevá-lo ao nível dos deuses, ou dos anjos."
[151] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 87.
[152] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 92.
[153] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 98.

não é inquisitiva, na medida em que pouco importa "a família, a renda, a classe social, a raça ou o passado do outro."[154]

Assevera ainda, com base nessas diferenças, que *eros* pede corpos nus, ao passo que a amizade pede personalidades nuas, concluindo que esta última não tem valor de sobrevivência, mas é, antes, "uma das coisas que dão valor à sobrevivência."[155]

Trata a amizade como "uma espécie de secessão, ou mesmo de rebelião"[156], na medida em que "em todo grupo de amigos existe uma opinião pública seccional que fortalece seus membros contra a opinião pública da comunidade como um todo."[157]

Condena, contudo, o perigo de que haja uma transição da humildade individual de cada um dos amigos para um orgulho corporativista, "olímpico, tirânico ou meramente vulgar" [158], que dá origem a um espírito exclusivista.[159]

1.1.5.3 *Eros*

No quinto capítulo de sua obra, em que trata do amor romântico, Lewis ressalta que vai tratar do *eros* no sentido "daquele estado que chamamos de "estar apaixonado" ou "aquela espécie de amor em que estão os amantes."[160]

Começa ressaltando que as épocas em que o casamento dependia de *eros* são uma pequena minoria, já que os nubentes que se uniam em matrimônio eram jovens escolhidos pelos respectivos pais e que em nada se relacionavam com o *eros*.[161]

Contudo, ressalta que não pretende investigar a sexualidade que é comum aos homens e aos animais, mas somente "uma variante exclusivamente humana que se desenvolve no amor"[162], chamada de *eros*, tratando do elemento carnal ou de sexualidade animal como *vênus*.

Apesar de não ter como objetivo estudar a mera sexualidade (sem o *eros*), procura diferenciá-la da sexualidade com o *eros*, relatando que o desejo sexual sem o *eros* deseja apenas "a coisa em si", ao passo que o *eros* quer a amada (não uma mulher qualquer, mas

---

[154] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 99.
[155] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 100.
[156] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 112.
[157] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 113.
[158] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 121.
[159] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 121.
[160] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 127.
[161] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 129.
[162] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 128.

uma específica) e não o prazer que ela pode ocasionar[163]. Em suma, diz que "sem *eros*, o desejo sexual, como qualquer outro desejo, é um fato sobre nós mesmos. Com *eros*, é um fato sobre o amado."[164]

Continua o autor afirmando que "uma das primeiras coisas que o *eros* faz é apagar a distinção entre dar e receber"[165]. Mas, em uma aparente contradição, o *eros* não aspira à felicidade e chega-se a essa conclusão quando é colocado à prova: "preferimos partilhar infelicidade com a amada que ser felizes de outro modo" ou então "que nossos corações se partam, desde que se partam juntos."[166]

Adverte Lewis que não se pode obedecer incondicionalmente à voz de *eros* quando fala como um deus, já que existe nele uma proximidade de Deus por semelhança mas não necessariamente por acesso.[167]

Nesse contexto, defende ser possível entrar na vida conjugal com o *eros* como modelo e como alimento, mas aponta que essa modalidade de amor, em si mesma, nunca será suficiente, apenas podendo sobreviver se continuamente disciplinada e corroborada por princípios superiores.[168]

Prossegue o autor tratando com cautela o *eros*, já que, segundo ele, "quando louvado sem reservas e obedecido incondicionalmente, torna-se um demônio"[169], escrevendo mais adiante que "de todos os amores, ele é o que mais se parece, em seu auge, com um deus; portanto é o que mais tende a exigir que o adoremos. Por si mesmo, ele sempre tende a transformar o "apaixonar-se" numa espécie de religião."[170]

Apesar das afirmações incisivas, não deixa de apontar que "como companheiro de peregrinação tomado pelo mesmo desejo - isto é, como amigo -, o amado pode ter uma função gloriosa e benéfica"[171], não havendo perigo no fato de os amantes se idolatrarem mutuamente, mas sim na possibilidade de idolatrarem o próprio *eros*.[172]

Ainda que tenha feito essa concessão, Lewis trata a atuação do *eros* como uma brincadeira cruel, na medida em que sua voz parece vir do reino eterno e, apesar disso, não é sequer permanente. Nessa esteira, considera-o como o mais mortal dos amores,

---

[163] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), pp. 131-132.
[164] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 133.
[165] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 133.
[166] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), pp. 148-149.
[167] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 152.
[168] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 152.
[169] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 153.
[170] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 153.
[171] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 154.
[172] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 154.

queixando-se o mundo inteiro de sua instabilidade que se combina com suas juras de permanência.[173]

Entretanto, essas características do *eros* não são capazes de destruir um casamento entre duas pessoas decentes e sensatas. Por outro lado, o casal que o considera como um deus pode ser arruinado porque espera que "o mero sentimento faça por eles, e de modo permanente, tudo o que for necessário"[174] e quando a expectatitva é frustrada, com frequência coloca-se a culpa em *eros* ou nos parceiros.[175]

Dada a sua instabilidade, Lewis sustenta que o *eros* faz os seus votos como um padrinho, mas quem deve cumpri-los é o próprio casal, que é chamado a fazer as obras daquela modalidade de amor quando ela não está presente.[176]

Por fim, importante destacar duas ressalvas que faz no sentido de que "o amor erótico pode levar a uma amizade entre os amantes que, longe de obscurecer a distinção entre os dois amores, a torna mais clara"[177] e que "a coexistência entre a amizade e o *eros* pode também ajudar alguns modernos a perceber que a amizade é realmente um amor e tão grande quanto *eros*."[178]

1.1.5.4 Caridade

Sem pretender desqualificar os amores que chama de *naturais*, C.S. Lewis afirma que eles não bastam a si mesmos e que é necessário que um outro amor venha "em socorro do mero sentimento, para que o sentimento mantenha a própria doçura."[179]

Sustenta que para o seu próprio bem, "os amores precisam se resignar a uma condição secundária para continuar sendo o que querem ser"[180]. Nessa esteira, quando reina em um coração humano, Deus mantém as demais autoridades naturais em seus respectivos cargos e, ao submetê-las à sua autoridade, confere-lhes, pela primeira vez, uma base sólida.[181]

---

[173] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 157.
[174] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 159.
[175] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 159.
[176] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 160.
[177] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), pp. 94-95.
[178] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 95.
[179] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 161.
[180] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 165.
[181] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 165.

Em sua visão, todos os amores ditos *naturais* podem ser desmedidos, no sentido de que talvez se ame demais em proporção ao amor que se tem a Deus, sendo a pequenez do amor por Deus - e não a grandeza do amor pelo ser humano - a causa do excesso.[182]

A caridade, nesse contexto, também chamada de amor incondicional ou amor absoluto, é um amor-doação, que vem pela graça divina, já que em Deus "não há necessidade a ser preenchida, mas somente abundância querendo doar-se."[183]

Pondera que esse amor divino não substitui o natural, mas faz com que os amores naturais se tornem modos da caridade, ao mesmo tempo em que continuam sendo os amores naturais que sempre foram, chamados a se tornarem caridade perfeita e amores naturais perfeitos[184]. Resume esse fenômeno afirmando que "não é a caridade que se reduz a um mero amor natural, mas é o amor natural que é assumido pelo amor absoluto e transformado em seu afinado e obediente instrumento."[185]

1.2 Conclusão do capítulo

Os diferentes autores analisados no presente capítulo permitiram uma visão bastante ampla do que vem a ser a afetividade enquanto objeto de estudo nos ramos da filosofia e da antropologia.

Iniciaram-se os estudos com o pensamento de Aristóteles, tendo sido possível verificar a dignidade com que trata o amor conjugal ao afirmar que, muito embora os sentimentos possam ser efêmeros, "muitos amantes são constantes, se a intimidade os levou a amar o caráter um do outro pela afinidade que existe entre eles."[186]

Em outras palavras, o verdadeiro amor requer que o objeto amado seja o caráter, o conjunto de virtudes de quem se ama, ao invés do prazer ou da utilidade que o indivíduo amado pode proporcionar. De tal feita, mudanças nos afetos não seriam capazes de alterar a verdadeira essência do vínculo matrimonial.

Contudo, o Estagirita faz questão de pontuar que "o amor mútuo envolve escolha e a escolha origina-se de uma disposição de caráter"[187], acrescentando que "os homens

---

[182] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 169.
[183] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 175.
[184] Cf. LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 185.
[185] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 185.
[186] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 177.
[187] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 179.

desejam bem àqueles a quem amam por eles mesmos, e não em razão de um sentimento, mas de uma disposição de caráter."[188]

Portanto, mais do que um mero sentimento, o amor autêntico exige uma disposição de caráter.

Analisaram-se também na obra de Aristóteles o conceito de *orexis* enquanto desejo ou apetite unitário e a maneira como trata da afetividade, chamada por ele de *pathos* ou paixão, tendo-se constatado que ambas, *orexis* e paixão, desempenham uma função bastante relevante na vida humana, na medida em que permitem ao indivíduo conhecer o que é compatível ou não com sua natureza.

Foram estudados alguns aspectos relevantes da teoria de Santo Tomás de Aquino acerca dos apetites, identificando-se aqueles chamados de naturais e elícitos, bem como se explorou a teoria das paixões de Descartes e a teoria condutivista da emoção de Skinner.

Na sequência, estudou-se a fundo a obra *El corazón* de Dietrich von Hildebrand, que apresentou importantes lições para o escopo do presente trabalho.[189]

Aponta como grave problema do nosso tempo o fato de que a responsabilidade que resulta de uma promessa - considerada entidade jurídica objetiva para Hildebrand - passa a ser um mero sentimento de responsabilidade, de modo que essa confusão conduz naturalmente a um descrédito natural de todo sentimento, já que reduzir um vínculo objetivo a mero sentimento significa degradá-lo e privá-lo de sua substância.[190]

Nessa esteira, é inevitável valer-se desse raciocínio para aplicá-lo à esfera conjugal. Ora, se o vínculo jurídico estabelecido por um matrimônio validamente celebrado não constitui uma responsabilidade, mas apenas um mero sentimento de responsabilidade, acaba-se, de fato, por desacreditar um sentimento que, erroneamente, faz as vezes de uma promessa formalmente reconhecida e que, por sua vulnerabilidade e efemeridade, pode conduzir facilmente ao rompimento de uma união matrimonial.

Também C.S. Lewis, por meio do seu *Os quatro amores*, lançou luzes para a compreensão da afetividade, ao elencar suas quatro modalidades, tratando a fundo de cada

---

[188] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 179.

[189] Alice von Hildebrand, que prefaciou a obra de seu marido tratada neste capítulo, aponta interessante conclusão acerca de seu pensamento, afirmando que não é necessário negar a importância dos sentimentos na vida do homem e nem reduzi-los a um ato formal de vontade, a algo que chama de "frio e seco". Segundo ela, debruçando-se sobre os fundamentos apontados por Dietrich, uma resposta afetiva "sancionada", ou seja, autêntica, legítima, possui tanto a plenitude afetiva, que é uma prerrogativa do coração, como a solidez garantida por um ato de vontade, de modo que as emoções mais profundas do homem estão sujeitas à aprovação ou à rejeição do seu livre centro espiritual, que é a vontade.

[190] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón*...*op.cit.* (nota 87), p. 38.

uma delas e procurando relacioná-las entre si e também com os conceitos de amor-necessidade e amor-doação.

Ao tratar do *eros* ou amor romântico, Lewis faz uma afirmação incisiva, como que advertindo futuros nubentes: pode-se entrar na vida conjugal com o *eros*, mas este não é suficiente, em si mesmo, devendo ser continuamente disciplinado e corroborado por princípios superiores.[191]

Ressalta o grande perigo em transformar o amor romântico em deus, já que, apesar das suas promessas de eternidade, geralmente se caracteriza pela sua brevidade, de maneira que as uniões que foram exclusivamente nele baseadas, correm o risco de se dissolverem assim que se esvair o *eros*.

Embora não deixe de fazer advertências, o escritor irlandês aponta também que a coexistência de um amor de amizade com um amor romântico pode fazer com que se robusteça a união entre o amante e o amado, enquanto companheiros de peregrinação tomados pelo mesmo desejo.

Feito, portanto, esse breve estudo antropológico e filosófico a respeito da afetividade, parte-se para a análise do casamento nos direitos romano, canônico, francês e, por fim, brasileiro, procurando-se identificar, ainda que de maneira indireta ou implícita, elementos que consideram a afetividade para a formação do vínculo matrimonial ou no próprio seio conjugal.

---

[191] LEWIS, C.S. *Os quatro amores...op.cit.* (nota 132), p. 152.

2 PANORAMA HISTÓRICO-COMPARATIVO DO CASAMENTO

2.1 Direito romano

2.1.1 Conceito e natureza jurídica do casamento

A família natural, agrupamento dos cônjuges e dos filhos, seja o marido e pai *pater familias* ou não da mulher e dos descendentes imediatos, tem por base o casamento.[192]

Quando se trata de conceituá-lo, além da já aludida definição de Modestino de que as núpcias são a conjunção do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano[193], há outra de provável autoria de Ulpiano, recolhida nas Institutas de Justiniano: as núpcias são a união entre o homem e a mulher, que contém o costume de formar uma individualidade por toda a vida.[194]

Como adverte José Carlos Moreira Alves, ambas tratam do casamento sob o aspecto social, sem, contudo, determinar sua natureza jurídica, cuja discussão é multissecular.[195]

De fato, a concepção romana acerca do casamento não foi sempre idêntica no transcorrer do tempo, de modo que valorações de caráter religioso, social e estritamente jurídico confluíram para a determinação do instituto, que se apresenta como um dos mais complexos da história romana, nas palavras de Antonio Guarino.[196]

Entendiam os glosadores que se tratava de um *contractus personarum*, passando, por influência dos canonistas, a conceituá-lo como *actus legitimus*¸ com outras transformações até o início do século XX[197], em que estava em voga a teoria contratualista,

---

[192] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 635.

[193] D. 23, 2, 1. *Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio*.

[194] I. 1, 9, 1. *Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens.*

[195] Tanto em seu manual de Direito Romano, como em artigos publicados na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (*J. E. Labbé e a natureza jurídica do casamento romano*, n. 74, 1979, pp. 109-117; *A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico*, n. 90, 1995, pp. 3-47), Moreira Alves se dedica a traçar um panorama bastante completo acerca das concepções da natureza jurídica do casamento que predominaram em cada época.

[196] Cf. GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. 5. ed. Napoli: Editore Jovene Napoli, 1976, p. 510.

[197] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *J. E. Labbé e a natureza jurídica do casamento romano*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 74, 1979, p. 110. "Os pós-glosadores, porém, retornaram à tese primitiva. E os franceses da Escola Culta (CUJÁCIO, DONELO e outros) se fixaram no contrato de sociedade, opinião geralmente seguida pelos representantes dessa Escola, nos séculos XVII e XVIII. Nos fins da centúria XVII, GLÜCK atacou vigorosamente a teoria em voga, salientando, entre outros argumentos, que, segundo os romanos, o vocábulo contractus jamais designou ato jurídico de natureza pessoal, como sucede com relação ao casamento. Não fora SAVIGNY, e a crítica de GLÜCK teria abalado

residindo a divergência somente em relação à espécie de contrato de que se revestiria o casamento.

No século passado, a obra de Bonfante contribuiu para uma nova análise dos aspectos essenciais do casamento romano. Nas palavras de Moreira Alves, "formulou uma tese revolucionária sobre a natureza jurídica do casamento romano"[198], ao defini-lo como a convivência do homem e da mulher sob a autoridade do marido, com a intenção efetiva e contínua de serem marido e mulher.[199]

O casamento seria, portanto, uma relação social elevada à condição jurídica, oriunda de fatos e de palavras, lastreada na *affectio maritalis*, seu requisito fundamental, por representar a alma e a essência do matrimônio. [200]

Bonfante, contudo, faz algumas ressalvas importantes com relação ao caráter contratual do casamento romano: a) o adágio *consensus facit nuptias* não significa para os romanos um acordo inicial, um momento, capaz de prescindir da estabilidade do vínculo; b) usa-se a expressão *contrahere nuptias* justamente por significar um acordo duradouro de vontades, não sendo sinônimo de *convenire* ou *consentire*.[201]

Feitos alguns breves apontamentos, tem-se que, para melhor compreender a natureza do casamento romano, necessário se faz avançar em alguns conceitos importantes, tais como o *honor matrimonii* e o *conubium*, além da própria *affectio maritalis*.

2.1.2 Requisitos fundamentais

Embora se diga que na experiência romana o matrimônio seja, sobretudo, regulado pelo costume[202], pode-se notar que há alguns elementos principais que o condicionam, elencados, de forma objetiva, por Ulpiano, ao definir que o casamento é legítimo se entre os que o contraem existe *conubium*, e se o homem é púbere e a mulher é núbil, e se um e outro, se são *sui iuris*, consentem, ou, se *alieni iuris*, também seus pais.[203]

---

seriamente a teoria contratualista. No Sistema do Direito Romano Atual (trad. SCIALOJA, v. III, § 140, p. 406), SAVIGNY reformulou o conceito de contrato, definindo-o de modo mais amplo — "o concurso de várias pessoas numa concorde declaração de vontade, pela qual se determinam suas relações jurídicas" —, e possibilitando o enquadramento, aí, do casamento, afastada a objeção de GLÜCK."

[198] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 639.

[199] Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso de Diritto Romano*. Volume primo: Diritto di Famiglia. Milano: Giuffrè, 1963, p. 256. *La convivenza dell'uomo e della dona sotto l'autorità del marito con intenzione effettiva, continua di essere marito e moglie*.

[200] Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso*... op.cit. (nota 199), p. 256.

[201] Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso*... op.cit. (nota 199), pp. 261-262.

[202] Cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 131.

[203] Cf. ULPIANO, *Liber singularis regularum*, v. 2. Disponível em: <http://www.donnamed.unina.it/mt_rom06.htm>. Acesso em: 20 jun 2016. Tradução do original por

2.1.2.1 Consentimento

Segundo Moreira Alves, no direito romano primitivo, era exigido o consentimento apenas dos *sui iuris*, de modo que se os futuros esposos fossem *alieni iuris*, apenas seus *patres familias* manifestavam o consentimento, podendo induzi-los a se casarem.[204]

Já nos períodos clássico e pós-clássico, o casamento passa a se fundar sempre no consentimento dos nubentes, consagrado por Ulpiano pela expressão *nuptias non concubitus, sed consensus facit*[205], cabendo ao *pater familias* consentir apenas se um deles ou ambos fossem *alieni iuris*.[206]

Trata-se de um prestígio ao poder do *pater familias*[207], que, nesse particular, se enfraqueceu com a legislação matrimonial de Augusto[208], que contribuiu para valorizar o consentimento do *alieni iuris*, permitindo, inclusive, em caso de recusa do consentimento de seu ascendente, apelar ao magistrado, que poderia autorizar o casamento caso a reputasse injustificada.[209]

Nesse contexto, portanto, o consentimento dos nubentes foi se tornando mais relevante, sendo manifestado *desde logo e sem qualquer formalidade*.[210]

2.1.2.2 Puberdade

No período pré-clássico, tanto para os homens como para as mulheres, a puberdade se verificava por meio de um exame individual.[211]

Com relação àquelas, passou-se a fixar a idade de doze anos para que fossem consideradas aptas ao casamento.[212]

ALVES, José Carlos Moreira (*Direito*...op.cit. (nota 192), p. 647). *Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*.

[204] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), pp. 647-648.

[205] D. 35.1.15 e D. 50.17.30. Em tradução livre, o matrimônio se funda no consentimento e não na consumação.

[206] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 648.

[207] Cf. CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. Paris: Librairie Plon, 1928, p. 159.

[208] Cf. STEINWASCHER NETO, Helmut. *A procriação e o interesse da "res publica": uma análise das leis matrimoniais de Augusto*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 239.

[209] Cf. GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élementaire de droit romain*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1929, p. 153.

[210] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, v.1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 125.

[211] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 648.

[212] Cf. CUQ, Édouard. *Manuel*...op. cit. (nota 207), p. 160.

Para os homens, a idade de quatorze anos, que havia sido proposta pelos Proculianos, somente foi adotada por Justiniano, de modo que antes dessa mudança a puberdade masculina continuou a ser verificada por um exame individual durante todo o período clássico.[213]

Ressalte-se, contudo, que os *castrati* e os que não se desenvolveram fisicamente não podiam contrair matrimônio. [214]

Aponta, por fim, Maynz que quando a mulher atingisse a puberdade, a união com outro homem podia se converter em casamento caso continuasse a viver maritalmente.[215]

2.1.2.3 *Conubium*

A expressão c*onubium* é definida por Gaudemet como a reunião de condições jurídicas exigidas para que haja *iustum matrimonium*[216]. Para Moreira Alves, as condições exigidas poderiam ser consideradas em sentido lato e em sentido estrito[217]. Numa acepção lata, cabe destacar as relativas à liberdade, à cidadania, à monogamia e ao serviço militar.[218]

Quanto à liberdade, os escravos não podiam contrair o *iustum matrimonium*, de modo que uma união entre escravos ou entre um escravo e uma pessoa livre não era apta a produzir efeitos jurídicos. [219]

Com relação à cidadania, cite-se o fato de que os plebeus obtiveram o direito de se casarem com os patrícios somente com a edição da Lei Canuléia, de 445 a.C. [220]

A monogamia figurava também como uma das condições necessárias ao casamento[221], impossibilitando-o entre pessoas já casadas, sendo que no direito pós-clássico a bigamia passou a ser considerada como crime.[222]

---

[213] Cf. GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel*...op. cit. (nota 209), p. 155.
[214] Cf. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual*...op.cit. (nota 210), p. 125.
[215] Cf. MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Romain*. 5ème édition, tome 3ème. Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891, p. 8.
[216] Cf. GAUDEMET, Jean. *L'apport du droit romain à la construction du modèle occidental du mariage*. In: Colloque sur la famille, la loi, l'état – débats révolutionnaires. Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, 1989, p. 160.
[217] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 649.
[218] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 649.
[219] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 649.
[220] Cf. MAYNZ, Charles. *Cours de*... op.cit. (nota 215), p. 4. *Conformément aux usages des peuples d'Italie, les Romains n'accordaient point le conubium aux étrangers: pendant longtemps il n'y eut même pas de mariage civil entre les patriciens et la plèbe. Cette dernière incompatibilité disparut par suite de la loi Canuleia.*
[221] Afirma HENRIOT (*Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome*. Paris: Libraire de Firmin Didot Frères, Fils et Companie, 1865, p. 90) que a poligamia não foi tolerada pelos legisladores romanos, que

No que tange ao serviço militar, eram impedidos de se casar aqueles que estivessem em serviço.[223]

Já em sentido estrito, o *conubium* abrange circunstâncias que obstariam o casamento entre determinadas pessoas, versando as restrições sobre parentesco, afinidade, condição social e elementos de ordem prática ou política. [224]

Os nubentes não podiam ter relação de parentesco natural ou civil em linha reta ao infinito e em linha colateral até o sexto ou sétimo graus.[225] Afirma Moreira Alves, quanto à afinidade, que no Império não podiam se casar os afins em linha reta e no período pós-clássico era proibido o casamento entre cunhados.[226]

Com relação à condição social, havia, a título exemplificativo, impedimento para o casamento entre libertos e pessoas pertencentes à ordem senatorial.[227]

Por fim, entre os diversos impedimentos motivados por razões de ordem prática ou política, pode-se citar a proibição da união entre cristãos e judeus em virtude de constituições de imperadores cristãos.[228]

2.1.3 Elementos constitutivos

Apontados alguns pontos relevantes para que se configurasse o *iustum matrimonium*, há dois elementos, um de caráter objetivo (*honor matrimonii*) e outro de feição subjetiva (*affectio maritalis)* que indicavam efetivamente a formação e a manutenção do vínculo matrimonial.

2.1.3.1 *Affectio maritalis*

Como adiantado no início do capítulo, um dos aspectos mais importantes do casamento romano é a *affectio maritalis*, definida por Bonfante como uma vontade

---

admitiam somente a monogamia, única que poderia assegurar a execução da obrigação natural que têm os parentes de alimentar e educar a prole.

[222] Cf. GUARINO, Antonio. *Diritto*...op. cit. (nota 196), p. 516.

[223] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 649.

[224] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 650.

[225] Cf. TALAMANCA, *Istituzioni*... op.cit. (nota 202), p. 138. Moreira Alves não menciona a dúvida entre sexto ou sétimo graus, asseverando que o impedimento iria até o sexto grau (*Direito*...op.cit. (nota 38), p. 650).

[226] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 650.

[227] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 650.

[228] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 651.

duradoura, não momentânea, que se converte em um estado de ânimo[229] e por José Arias Ramos como um estado de vontade cotidiano.[230]

Em um primeiro momento, a palavra *affectio* poderia conduzir o intérprete a relacioná-la à afetividade. Salienta Eduardo Marchi, contudo, que o vocábulo em questão, ao invés de significar afeição, corresponderia mais propriamente ao termo "afecção", que indica uma situação que perdura.[231]

O fato é que a *affectio maritalis* se diferencia sobremaneira do consentimento prestado no casamento moderno.

Bonfante aponta que o casamento hodierno é o vínculo estabelecido a partir da troca de consentimentos entre o homem e a mulher, vínculo esse que, uma vez estabelecido, gera consequências jurídicas independentemente da permanência da vontade e dos afetos ou da vida comum e daquilo que na natureza e na vida social é o conteúdo e a base do matrimônio.[232]

O matrimônio romano, por sua vez, é estabelecido com base na manutenção das vontades e do propósito dos cônjuges de continuarem a ser marido e mulher, vínculo que se mantém diante da consistência e da continuidade da vida em comum. [233]

2.1.3.2 *Honor matrimonii*

Alexandre Correia e Gaetano Siascia se referem ao *honor matrimonii* como "elemento objetivo concretizado em uma série de fatos exteriores inequívocos (coabitação, constituição de dote, posição social, etc.)"[234] através dos quais se exterioriza a intenção contínua de viver como marido e mulher, expressa pela *affectio maritalis*.

---

[229] Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso*... op.cit. (nota 199), p. 256.
[230] Cf. RAMOS, José Arias. *Derecho romano: obligaciones (fuentes, garantia, cesión y extinción), derecho de família e derecho de sucesiones*, vol. II-III, 6ª edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 879.
[231] Cf. MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Matrimônio moderno e matrimônio romano clássico. In: _____. *Estudos de Direito Civil: a Garota de Âncio, a Nua Propriedade, a Causa Curiana e o Soneto de Fidelidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.
[232] BONFANTE, Pietro. *Corso*... op.cit. (nota 199), pp. 255-256.
[233] Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso*... op.cit. (nota 199), p. 256. *Il matrimonio romano invece è stabilito appunto dal perdurare dei volere e dal proposito di esser marito e moglie, dalla consistenza e dalla continuità della vita comune.*
[234] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de*...op.cit. (nota 210), p. 124.

Charles Maynz afirma que era presumido quando duas pessoas viviam juntas de modo a se passarem publicamente por esposos, notadamente quando a mulher participativa de fato da dignidade do marido.[235]

A vida comum não era compreendida em sentido excessivamente literal, mas em um significado ético e social traduzido pela efetiva subsistência de uma relação moral e social recíproca, que se manifestava pelo *honor matrimonii*.[236]

Em outras palavras, fazia-se necessária uma sucessiva e habitual convivência dos cônjuges sob o mesmo teto e, sobretudo, do complexo de recíproca relação e manifestação de intimidade[237], de modo que, segundo Talamanca, a existência do *honor matrimonii* diferenciava a esposa da concubina.[238]

2.1.4 Formas de casamento

O casamento romano dividia-se, tradicionalmente[239], em *cum manu* e *sine manu*[240], representando a *manus* o poder marital, um dos aspectos da *potestas*, decorrente do ingresso da mulher na família do marido.

2.1.4.1 *Cum manu*

Segundo Édouard Cuq, a aquisição da *manus* se dava nas seguintes circunstâncias: a) acordo de vontades dos chefes de família, caso os futuros esposos estivessem sob sua autoridade; caso contrário, pelo consentimento do marido e do tutor da mulher[241]; b) os

---

[235] Cf. MAYNZ, Charles. *Cours de*... op.cit. (nota 215), p. 13. *Le consentement des parts doit avoir pour objet de vivre ensemble comme mari et femme. Cet animus ou affectio maritalis n'a pas toujours besoin d'être exprimé d'une manière formelle ; il peut résulter des circonstances, et nous trouvons la disposition formelle qu'il doit être présumé lorsque deux personnes honnêtes vivent ensemble de manière à passer publiquement pour époux, notamment quand la femme participe de fait à la dignite du mari.*

[236] Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso*... op.cit. (nota 199), p. 257.

[237] Cf. GUARINO, Antonio. *Diritto*...op.cit. (nota 196), p. 517.

[238] Cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni*... op.cit. (nota 202), p. 134.

[239] Para Eduardo Marchi, "ao contrário do que se pensava até algum tempo atrás (e como ainda consta indevidamente de alguns manuais), não houve em Roma dois tipos de matrimônio [...] A manus ou poder do marido sobre a mulher consistia meramente em um dos aspectos do amplo senhorio – característico da sociedade patriarcal romana – representado pela famosa patria potestas, atribuída aos cidadãos romanos do sexo masculino, livres (não escravos) e independentes do pátrio-poder de outrem." (Matrimônio moderno e matrimônio romano clássico. In: _____. *Estudos de Direito Civil: a Garota de Âncio, a Nua Propriedade, a Causa Curiana e o Soneto de Fidelidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116)

[240] Nessa modalidade, de forma sintética, não havia poder marital, conforme assinala Thomas Marky (*Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 160).

[241] Segundo CUQ, Édouard (*Manuel des institutions juridiques des romains*. Paris: Librairie Plon, 1928, p. 155), em nenhum caso se exigia o consentimento da mulher. É o que afirma também BONFANTE, Pietro

esponsais *(sponsalia)*, confirmados por estipulações recíprocas, referendavam o acordo de vontades; c) cerimônias como o aperto de mão entre os nubentes (*dextrarum junctio)* e um sacrifício oferecido aos deuses para obtenção da fecundidade; c) entrada da mulher na casa do marido (*domum deductio)*, acolhida com água e fogo, símbolos de sua associação ao culto doméstico.[242]

Havia três modos determinados pelos quais se adquiria a *manus*, tratados no tópico seguinte.

2.1.4.1.1 *Confarreatio, coemptio e usus*

Trata-se do modo mais antigo da *conventio in manum*, dotado de um caráter eminentemente religioso, que provavelmente foi sempre inacessível aos plebeus[243], tendo durado até o fim da República.[244]

Na *confarreatio*, o grande pontífice, auxiliado por um sacerdote flâmine (*flamen dialis*) e na presença de dez testemunhas, consagrava o matrimônio pela pronúncia de uma fórmula solene (*verba certa et sollemnia*) e por meio do sacrifício do *farreus panis.*[245]

Tratava-se do modo mais próprio e respeitável de consagrar a aliança dos esposos e imprimir em sua descendência o selo de uma irrecusável legitimidade, dando-se os nomes de *patrimi* e *matrimi* somente aos filhos nascidos de casamento celebrados através da *confarreatio*.[246]

A *coemptio* representava um modo de aquisição semelhante ao de coisas preciosas e escravos[247], sendo que o pai da mulher permitia a sua realização por um preço fictício, passando a esposa a ser tratada como se filha fosse (*filiae loco)*, e não como escrava, na nova família. [248]

O *usus*, por sua vez, era um instituto conexo à *mancipatio*[249], em que se permitia ao marido ou ao *pater famílias*, caso ainda estivesse submetido à sua autoridade, que

---

(*Corso*... op.cit. (nota 199), p. 57), ao esclarecer que se a mulher fosse *alieni iuris*, a *conventio in manum* deveria ser feita com o consentimento (*auctoritas*) do *paterfamilias*. Caso fosse *sui iuris*, com o dos tutores.

[242] Cf. CUQ, Édouard. *Manuel*....op.cit. (nota 207), p. 155.

[243] Cf. GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel*...op. cit. (nota 209), p. 165. No mesmo sentido, afirma BONFANTE, Pietro (*Corso*...op.cit. (nota 44), p. 99): *La confarreazione appare quale una forma esclusiva dei patrizii, cioè dei discendenti e rappresentanti del primitivo popolo di Roma*.

[244] Cf. DESFORGES, Leon. *Étude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français*. Paris: Libraire Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1887.

[245] Cf. MAYNZ, Charles. *Cours de*... op.cit. (nota 215), p. 140.

[246] Cf. HENRIOT, Eugène. *Moeurs*... op.cit. (nota 221), p. 92.

[247] Cf. GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel*...op.cit. (nota 209), p. 149.

[248] Cf. CUQ, Édouard. *Manuel*....op.cit. (nota 207), p. 156.

[249] Cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni*... op.cit. (nota 202), p. 133.

adquirisse a *manus* ao final de um ano, por meio de um tipo de usucapião[250], com a condição de que a mulher não saísse por três noites consecutivas (*usurpatio trinoctti).* [251]

2.1.4.2 Sine manu

Segundo Mario Talamanca, o casamento *sine manu*, em que, como já ressaltado, a mulher não se submetia ao poder marital, seria formado apenas pela simples vontade recíproca dos cônjuges de serem marido e mulher. [252]

2.1.5 Dissolução do vínculo matrimonial

No direito romano, o vínculo matrimonial podia ser dissolvido por três modos: pela morte de um dos cônjuges, pela perda do *conubium* ou pelo divórcio.[253]

Além da natural dissolução pela morte, o vínculo se desfazia pela perda do *conubium* nos casos de *capitis deminutio maxima* ou *media* (perda da cidadania) ou ainda em algumas hipóteses tais como a adoção de um cônjuge pelo tutor ou curador do outro ou a adoção do genro ou da nora pelo sogro.[254]

Por fim, na concepção clássica, o divórcio[255] era o fato jurídico da cessação, em um ou ambos os cônjuges, da *affectio maritalis*.

2.2 Direito canônico

2.2.1 Conceito e natureza jurídica

---

[250] Cf. CUQ, Édouard. *Manuel*....op.cit. (nota 207), p. 156.
[251] Cf. HENRIOT, Eugène. *Moeurs*...op.cit. (nota 221), p. 94. "Ainsi le disposait la loi des Douze Tables: *Mulieris, quae annum, matrimonii ergo, apud virum remansit, ni trinoctium abe o absit usurpandi ergo usus esto*."
[252] Cf. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni*... op.cit. (nota 202), p. 132.
[253] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op. cit. (nota 192), p. 667. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de*...op.cit. (nota 210), p. 127.
[254] Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito*...op.cit. (nota 192), p. 668.
[255] Esclarecem Gaetano Sciascia e Alexandre Correia (*Manual de*...op.cit. (nota 210), p. 127) que quando a dissolução fosse fruto da vontade de um dos cônjuges, haveria o repudium. De outro lado, se a vontade fosse bilateral, tratar-se-ia de *divortium*. Ressaltam ainda que no casamento *cum manu* era possível o repúdio por parte do marido pela forma solene contrária àquela que criou o poder sobre a mulher (*difarreatio*, no casamento por *confarreatio* e *mancipatio* naquele realizado pela *coemptio*).

O matrimônio canônico pode ser considerado sob dois pontos de vista: o do vínculo (*in facto esse)* e o do momento formativo (*in fieri*), sendo o primeiro resultado da perfeição do segundo, ou seja, o conjunto de efeitos jurídicos que o pacto matrimonial produz.[256]

O matrimônio *in facto esse* constitui uma realidade estável, união permanente entre homem e mulher[257], abarcado pela clássica definição de que é a união marital do homem e da mulher, entre pessoas legítimas, que conservam o convívio indiviso de vida, recolhida no Decreto de Graciano e depois pelas sentenças de Pedro Lombardo.[258]

Trata-se de uma situação total que compreende tanto os sujeitos como o conteúdo, tanto o vínculo como o princípio jurídico unificador. [259]

Por sua vez, o Título VII do Código de Direito Canônico, intitulado *"Do matrimônio",* é inaugurado pelo Cânon 1055, que assim estabelece em seus parágrafos:

> "§ 1º: O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento.
> § 2º: Pelo que, entre batizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja, pelo mesmo fato, sacramento."

O § 1º, além de estabelecer os fins do matrimônio, descreve a sociedade conjugal, formada por homem e mulher, que nasce de um pacto[260], e estabelece três elementos constitutivos, a saber: a) a aliança (*foedus*), consubstanciada no contrato realizado; b) a comunhão por toda a vida (*consortium totius vitae*); c) o sacramento.[261]

Já o § 2º clarifica a natureza do matrimônio, ao tratar da inseparabilidade entre contrato e sacramento[262], corroborando sua perfeita identidade, diante da qual a troca dos consentimentos surge como sinal eficaz da graça.[263]

O casamento cristão, portanto, seria formado por "dois atos juridicamente distintos: o contrato, ato civil que cabe ao Estado disciplinar, e o sacramento, ato religioso de competência da Igreja."[264]

---

[256] Cf. HERVADA, Javier. *Vetera et Nova*. *Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-2004)*. Pamplona: Navarra Gráfica Ediciones, 2005, p. 19.
[257] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*. *Teología y vida*. Madrid: Ediciones Palabra, 1996, p. 41.
[258] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*...op.cit. (nota 257), p. 42. *Matrimonium est viri et mulieris maritalis coniunctio inter legitimas personas, individuam vitae consuetudinem retinens.*
[259] Cf. HERVADA, Javier. *Vetera et Nova*...op.cit. (nota 256), p. 27.
[260] Cf. INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA. *Código de Derecho Canónico*. 7. ed. bilingue y anotada. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2007, p. 652.
[261] Cf. CHAVES, Isivone Pereira. *Declaração de nulidade matrimonial no direito canônico e no direito civil*. 2005. 275 f. Tese (doutorado em direito) - Faculdade Paulista de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, pp. 31-32.
[262] Cf. INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA. *Código de Derecho Canónico*...op.cit. (nota 260), p. 652.
[263] Cf. ADNÈS S. J., Pierre. *Le mariage: théologie sacramentaire*. Tournai: Desclée, 1963, p. 144.
[264] LECLERCQ, Jacques. *A família*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968, p. 35.

Contudo, para bem compreender os preceitos apresentados pelos parágrafos em questão, há que se analisar algumas questões sensíveis ao matrimônio canônico, a começar pela proeminência do consentimento para sua formação e a relevância do aspecto sacramental.

2.2.2 Aspectos fundamentais

2.2.2.1 A centralidade do consentimento para a formação do matrimônio canônico

Um dos traços marcantes que permaneceram ao longo da história do casamento no mundo ocidental foi o do consensualismo, que segundo Jean Gaudemet, é a maior herança da tradição jurídica romana ao direito canônico e, através deste, aos direitos matrimoniais da maioria dos ordenamentos modernos.[265]

Através dos diversos documentos do Magistério da Igreja, é possível constatar o papel central que desempenha o consentimento para a formação do vínculo matrimonial, sendo exprimido em termos presentes (*tradit et acceptat)* e traduzindo um ato de vontade pelo qual se dá e se recebe o direito à vida comum e aos atos aptos à procriação.[266]

Na Encíclica *Casti connubii*, o Papa Pio XI afirma que a união conjugal "não nasce senão do livre consentimento de cada um dos esposos", sendo "tão necessário para constituir um verdadeiro matrimônio, que nenhum poder humano o pode suprir."[267]

Em discursos proferidos à Rota Romana, pontua o Papa João Paulo II que o vínculo nasce certamente do consentimento, ou seja, um ato de vontade do homem e da mulher[268] e que o matrimônio consiste essencial, necessária e unicamente no consentimento mútuo expressado pelos cônjuges, que não seria mais do que a assunção consciente e responsável de um compromisso mediante um ato jurídico através do qual, em doação recíproca, os nubentes se prometem um amor total e definitivo.[269]

---

[265] Cf. GAUDEMET, Jean. *Les legs du droit romain en matière matrimoniale*. In: *Il matrimonio nella società altomedievale. Settimane di studio del centro italiano di studi sull'alto medioevo XXIV, t. I.* Roma: Presso La Sede del Centro, 1977, p. 144.

[266] Cf. ADNÈS S. J., Pierre. *Le mariage*...op. cit. (nota 263), p. 130.

[267] PAPA PIO XI. *Casti connubii*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html>, p. 3.

[268] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos pontificios a la Rota Romana*. Navarra: EUNSA, 2012, p. 70.

[269] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 72.

O núcleo essencial da celebração do matrimônio, portanto, consiste na manifestação do consentimento por parte dos noivos, que implica necessariamente na intervenção do intelecto, tanto de sua atividade cognoscitiva com relação ao objeto, como a deliberativa, no sentido de avaliar o desejo concreto do objeto determinado.[270]

O Ponto 1626 do Catecismo da Igreja Católica afirma que "a Igreja considera a permuta dos consentimentos entre os esposos como o elemento indispensável que constitui o Matrimônio. Se faltar o consentimento, não há Matrimônio."[271]

No Código de Direito Canônico, assim preceitua o § 1º do Cânon 1057: "Origina o matrimônio o consentimento entre pessoas hábeis por direito, legitimamente manifestado, o qual não pode ser suprido por nenhum poder humano."[272]

O § 2º do mesmo Cânon, por sua vez, preceitua que "o consentimento matrimonial é o ato da vontade pelo qual o homem e a mulher, por pacto irrevogável, se entregam e se recebem mutuamente, a fim de constituírem o matrimônio."[273]

Como se pode atestar pelo tratamento dispensado ao consentimento matrimonial, é inequívoca sua imprescindibilidade para a constituição do vínculo matrimonial.

2.2.2.2 A sacramentalidade do matrimônio

Durante os primeiros séculos da história da Igreja, não existia uma elaboração teológica sobre o conceito de sacramento em geral, de modo que somente no século XII se determinou o sentido próprio e restrito do termo[274], cuja definição dogmática se deu apenas no século XVI, através do Concílio de Trento, em que se estatuiu que fosse declarado anátema aquele que dissesse que o matrimônio não era verdadeira e propriamente um dos sete sacramentos da lei do Evangelho.[275]

Naquele contexto, em que os protestantes afirmavam ser o matrimônio um assunto exclusivamente profano (secular), o Concílio de Trento dedica uma de suas sessões para

---

[270] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*...op.cit. (nota 257), p. 346.
[271] CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p2s2cap3_1533-1666_po.html>. Acesso em: 10 mar 2017.
[272] CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuriscanonici_po.pdf>. Acesso em: 10 mar 2017.
[273] CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO...*op.cit.* (nota 272).
[274] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*...op.cit. (nota 257), p. 129.
[275] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano*. 4. ed. Navarra: EUNSA, 2012, p. 129-130.

tratar do matrimônio e definir sua sacramentalidade, estatuindo que o sacramento causa a graça necessária para que os esposos vivam a unidade e indissolubilidade.[276]

Nesse sentido, no Ponto 1641 do Catecismo da Igreja Católica tem-se que a graça própria do sacramento matrimonial "destina-se a aperfeiçoar o amor dos cônjuges e a fortalecer a sua unidade indissolúvel."[277]

Como sacramento, o matrimônio é uma ação de Cristo, um sinal que significa e causa a graça, ou seja, que a anuncia e produz, de modo que os que se casam são santificados real e verdadeiramente. Trata-se de uma atualização real, não só figurativa, da aliança de amor entre Cristo e a Igreja.[278]

Assevera João Paulo II, na Exortação Apostólica *Familiaris consortio* que "em virtude da sacramentalidade do seu matrimônio, os esposos estão vinculados um ao outro da maneira mais profundamente indissolúvel. A sua pertença recíproca é a representação real, através do sinal sacramental, da mesma relação de Cristo com a Igreja."[279]

O mesmo Pontífice, em outra ocasião, afirma ser o matrimônio cristão um sacramento - já que todo matrimônio entre batizados é sacramento[280] - que realiza uma espécie de consagração a Deus e que torna visível o sentido do amor divino e a profundidade do dom conjugal.[281]

2.2.3 O matrimônio nas Escrituras

2.2.3.1 Antigo Testamento

Desde as primeiras páginas do Gênesis às últimas do Livro do Apocalipse, as Escrituras trazem diversos ensinamentos acerca do casamento[282], tendo sempre presentes os desígnios originais de Deus.[283]

---

[276] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 130.
[277] CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p2s2cap3_1533-1666_po.html>. Acesso em: 12 jul 2017.
[278] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 131.
[279] PAPA JOÃO PAULO II. *Familiaris consortio*, p. 9. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio.html>. Acesso em: 12 jul 2017.
[280] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 266.
[281] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 267.
[282] Cf. ADNÈS S. J., Pierre. *Le mariage*...op. cit. (nota 263), p. 8.
[283] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 75.

As duas passagens mais significativas, contidas nos capítulos iniciais do Gênesis, por serem consideradas fundamentais em matéria matrimonial para a Tradição e o Magistério da Igreja[284], serão estudadas em tópico próprio.

2.2.3.1.1 Gn 1, 26-28

No primeiro capítulo do Livro do Gênesis, relevante o seguinte trecho que aponta o ser humano como ponto culminante da obra criadora de Deus.[285]

> "Então Deus disse: "Façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastam sobre a terra. Deus criou o homem e a mulher. Deus os abençoou: "Frutificai, disse ele, e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a. Dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todos os animais que se arrastam sobre a terra."

A partir precisamente deste excerto, a monogamia e a indissolubilidade são implicitamente afirmadas, segundo Pierre Adnès. [286]

A união é também tratada sob o aspecto da procriação, que assegura a multiplicação da espécie humana, destinada a reinar sobre a terra e dominar tudo o que ela contém.[287]

O relato, de acordo com Augusto Sarmiento, indica que o ser humano não é independente da sexualidade, mas que, ao contrário, deve observá-la e respeitá-la, por fazer parte de sua vocação pessoal.[288]

Por fim, dado que somente Deus é o Criador, a procriação aparece como uma participação no poder divino com o objetivo de transmitir a imagem e semelhança de Deus a cada geração.[289]

2.2.3.1.2 Gn 2, 18-24

Já no segundo capítulo, também do Livro do Gênesis, há outro excerto relevante sobre a figura da mulher e a necessidade de que o homem esteja acompanhado:

> "O Senhor Deus disse: "Não é bom que o homem esteja só; vou dar-lhe uma ajuda que lhe seja adequada". Tendo, pois, o Senhor Deus formado da terra todos os animais dos campos, e todas as aves dos céus, levou-os ao homem, para ver como ele os havia de chamar; e todo o nome que o homem pôs aos animais vivos, esse é o seu verdadeiro nome. O homem pôs nomes a todos os animais, a todas as aves dos céus e a todos os animais dos campos; mas não se achava para

---

[284] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 76.
[285] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 77.
[286] Cf. ADNÈS S. J., Pierre. *Le mariage*...op. cit. (nota 263), p. 11.
[287] Cf. ADNÈS S. J., Pierre. *Le mariage*...op. cit. (nota 263), p. 11.
[288] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 78.
[289] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 78.

> ele uma ajuda que lhe fosse adequada. Então o Senhor Deus mandou ao homem um profundo sono; e enquanto ele dormia, tomou-lhe uma costela e fechou com carne o seu lugar. E da costela que tinha tomado do homem, o Senhor Deus fez uma mulher, e levou-a para junto do homem. "Eis agora aqui, disse o homem, o osso de meus ossos e a carne de minha carne; ela se chamará mulher, porque foi tomada do homem." Por isso o homem deixa o seu pai e a sua mãe para se unir à sua mulher: e já não são mais que uma só carne."

Explica-se, segundo Pierre Adnès, a atração poderosa e misteriosa que conduz o homem à mulher, reconhecendo-a como um ser da mesma natureza[290], sendo a ligação que o atrai à sua esposa mais imperiosa que sua própria origem, na medida em que deve deixar os seus pais para que se una à mulher.[291]

O efeito de tão forte adesão é o de que o homem e a mulher passam a formar uma só carne, no sentido de uma união profunda de vontade e de amor, considerando-se que o termo "carne" significa "pessoa", manifestada e representada pela aparência externa de sua humanidade.[292]

2.2.3.2 Novo Testamento

2.2.3.2.1 Evangelhos

2.2.3.2.1.1 Mt 19, 3-9

No Evangelho segundo Mateus, é relatado relevante episódio em que os fariseus, para colocarem Jesus à prova, questionam-lhe acerca da possibilidade de repudiarem suas esposas:

> "Os fariseus vieram perguntar-lhe para pô-lo à prova: "É permitido a um homem rejeitar sua mulher por um motivo qualquer?" Respondeu-lhes Jesus: "Não lestes que o Criador, no começo, fez o homem e a mulher e disse: Por isso, o homem deixará seu pai e sua mãe e se unirá à sua mulher; e os dois formarão uma só carne? Assim, já não são dois, mas uma só carne. Portanto, não separe o homem o que Deus os uniu. Disseram-lhe eles: Então, por que mandou Moisés dar-lhe carta de divórcio, e repudiá-la? Disse-lhes ele: Moisés, por causa da dureza de vossos corações, vos permitiu repudiar vossas mulheres; mas ao princípio não foi assim. Eu vos digo, porém, que qualquer que repudiar sua mulher, por causa de fornicação, e casar com outra, comete adultério; e o que casar com a repudiada também comete adultério."

Segundo Augusto Sarmiento, referido trecho contém importantes ensinamentos para a teologia do matrimônio, sob a perspectiva do homem "histórico" e do matrimônio

---

[290] Cf. ADNÈS S. J., Pierre. *Le mariage*...op. cit. (nota 263), p. 9.
[291] Cf. ADNÈS S. J., Pierre. *Le mariage*...op. cit. (nota 263), p. 10.
[292] Cf. ADNÈS S. J., Pierre. *Le mariage*...op. cit. (nota 263), p. 10.

"das origens", de modo que a resposta de Cristo aos fariseus acerca da prática do divórcio descreve a identidade e as características fundamentais da união entre homem e mulher.[293]

O excerto indica as propriedades essenciais do matrimônio, unidade e indissolubilidade, que, por terem sido inscritas segundo o desígnio divino na natureza humana, não podem ser alteradas.[294]

Ainda que o pecado original tenha dado lugar à "dureza do coração" e, como consequência, ao obscurecimento do desígnio primitivo de Deus sobre o matrimônio, este último não foi modificado, de modo que as palavras mencionadas têm um sentido normativo, na medida em que se diz com claridade que a única forma válida de entender e viver o matrimônio está na conformidade com a vontade de Deus manifestada no princípio.[295]

2.2.3.2.2 Escritos de São Paulo

Os escritos paulinos são bastante relevantes em matéria matrimonial, em especial a Primeira Epístola aos Coríntios e a Carta aos Efésios.

Na Primeira Carta aos Coríntios, São Paulo procura responder a questões que lhe foram postas por escrito, lecionando a respeito do matrimônio:

> "Todavia, para evitar a fornicação, tenha cada homem a sua mulher e cada mulher o seu marido. O marido cumpra o dever conjugal para com a esposa; e a mulher faça o mesmo em relação ao marido. A mulher não dispõe do seu corpo; mas é o marido quem dispõe. Do mesmo modo, o marido não dispõe do seu corpo; mas é a mulher quem dispõe."[296]
> "Serão dois em uma só carne."[297]

Já na Epístola aos Efésios, Paulo se dirige aos cristãos em uma época em que nas "cristandades asiáticas começavam a propagar-se doutrinas judaico-gnósticas sobre as forças espirituais, os anjos, colocando-os acima de Cristo"[298], admoestando-os, a respeito do casamento, com as seguintes palavras:

> "Sujeitando-vos uns aos outros no temor de Deus. Vós, mulheres, sujeitai-vos aos vossos maridos, como ao Senhor; porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da Igreja, sendo ele próprio o salvador do corpo. De sorte que, assim como a Igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres sejam em tudo sujeitas a seus maridos. Vós, maridos, amai vossas

---

[293] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), pp. 83-84.
[294] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 84.
[295] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 84.
[296] 1 Cor 7, 2.
[297] 1 Cor 6, 16.
[298] Disponível em: <http://www.capuchinhos.org/biblia/index.php?title=Carta_aos_Efésios>. Acesso em: 31 nov 2016.

> mulheres, como também Cristo amou a Igreja e a si mesmo se entregou por ela, para a santificar, purificando-a com lavagem da água, pela palavra para a apresentar a si mesmo Igreja gloriosa, sem mácula, nem ruga, nem coisa semelhante, mas santa e irrepreensível. Assim devem os maridos amar as suas próprias mulheres, como a seus próprios corpos. Quem ama a sua mulher, ama-se a si mesmo. Porque nunca ninguém odiou a sua própria carne; antes a alimenta e sustenta como também o Senhor à Igreja; porque somos membros do seu corpo, da sua carne, e dos seus ossos. Por isso deixará o homem seu pai e sua mãe e se unirá a sua mulher, e serão dois numa carne. Grande é este mistério; digo-o, porém, a respeito de Cristo e da Igreja. Assim também vós, cada um em particular, ame a sua própria mulher como a si mesmo, e a mulher reverencie o marido."[299]

Referido excerto trata das relações da mulher com o marido, deste com aquela e as razões que fundamentam essas relações, afirmando-se que o matrimônio converte os esposos em sinais do amor de Cristo pela sua Igreja.[300]

O ponto de referência dos casais cristãos, portanto, é precisamente a aludida união entre Cristo e a Igreja, não só como modelo que devem imitar, mas como realidade da salvação de que tomam parte. [301]

2.2.4 Propriedades essenciais: unidade e indissolubilidade

O Cânon 1056 do Código de Direito Canônico dispõe que as propriedades essenciais do matrimônio "são a unidade e a indissolubilidade, as quais, em razão do sacramento, adquirem particular firmeza no matrimônio cristão."[302]

A unidade é a propriedade do matrimônio por meio da qual só pode ser celebrado entre um homem e uma mulher, fazendo com que careça de validade qualquer tentativa de contrair matrimônio em condições distintas.[303]

Contudo, no Antigo Testamento, muito embora a unidade fosse propriedade do matrimônio desde o princípio, não foi observada pelo povo eleito, já que a poligamia foi praticada pelos povos vizinhos a Israel e também ali admitida.[304]

O cristianismo, por sua vez, deu nova força ao ideal monogâmico, não só porque permaneceu fiel aos ensinamentos de Jesus que resgatavam o matrimônio dos princípios,

---

[299] Ef 5, 21-33.
[300] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 85.
[301] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*...op.cit. (nota 257), p. 119.
[302] CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO...*op.cit.* (nota 272).
[303] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 277.
[304] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 281.

mas porque o matrimônio dos cristãos é a imagem da única e indissolúvel união entre Cristo e a Igreja.[305]

Para justificá-la, os Santos Padres, além de recorrerem à alusão da união de Cristo com sua Esposa, a Igreja, afirmam ainda ser necessário observar a unidade por ser uma exigência do desígnio de Deus desde o princípio e por ter sido ratificada por Cristo.[306]

No século XVI, em oposição à tese protestante que defendia a poligamia baseando-se no fato de que havia sido praticada no Antigo Testamento, o Concílio de Trento proibiu aos católicos que tivessem várias mulheres. [307]

Nessa esteira, a Encíclica *Casti connubii*, de Pio XI, insiste que a unidade é uma propriedade do matrimônio exigida pela fidelidade e santidade da união matrimonial, reclamada pela própria natureza do amor conjugal, da dignidade dos esposos e do bem dos filhos.[308]

Por fim, ainda com relação à unidade, aparece confirmada por uma igual dignidade pessoal que deve ser reconhecida aos esposos: pela sua masculinidade e feminilidade, homem e mulher são diferentes, mas radicalmente iguais enquanto pessoas.[309]

Quanto à outra propriedade do matrimônio, a indissolubilidade, tem-se que se diferencia da unidade, na medida em que esta versa sobre uma entrega recíproca e exclusiva e aquela sobre o fato de perdurar por toda a vida.[310]

A indissolubilidade não pode ser entendida como uma condição extrínseca, justaposta ao matrimônio, na medida em que não está na vontade dos cônjuges poder romper o vínculo conjugal que contraíram. Por esse motivo, trata-se o matrimônio como intrinsecamente indissolúvel.[311]

É através da sacramentalidade do matrimônio que os esposos estão vinculados da maneira mais profundamente indissolúvel e que encontram a necessária liberdade, de modo que o Aquinate defende que a razão última dessa indissolubilidade está precisamente na sacramentalidade do matrimônio cristão.[312]

---

[305] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*...op.cit. (nota 257), p. 235.
[306] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 284.
[307] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 286.
[308] Cf. PAPA PIO XI. *Casti connubii*, p. 6. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html>. Acesso em: 13 jul 2017.
[309] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 288.
[310] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 297.
[311] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 298.
[312] Cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Traduzida por Alexandre Correia. São Paulo: Odeon, 1936, Suplemento, q. 67, a.1, pp. 3996-3997. Disponível em: <http://alexandriacatolica.blogspot.com.br/2017/04/suma-teologica-traducao-de alexandre.html> Acesso em: 17 ago 2107.

Diante desse contexto, comete adultério tanto quem se divorcia de seu cônjuge e se casa com outro, como o que casa com pessoa já divorciada.

2.2.5 Fins do matrimônio

A elaboração teológica da doutrina acerca dos fins matrimoniais tem por principal expoente Santo Tomás de Aquino, muito embora Santo Agostinho, no século V, já tenha se referido à questão, ainda que com um marco bastante distinto, qual seja, o de defender o valor moral do matrimônio, em sua obra *De bono coniugali*.[313]

O bispo de Hipona, portanto, não explica a natureza e a finalidade do matrimônio, mas apenas situa sua reflexão sob uma perspectiva ética e elencando os seus bens: prole (procriação e educação dos filhos), fidelidade (compromisso de amor e entrega recíprocos próprios do vínculo conjugal) e sacramento (enquanto dotado de um valor simbólico especial).[314]

Já no século XIII, Santo Tomás passa a analisar a questão do ponto de vista da causalidade, afirmando que o matrimônio apresenta fins essenciais (procriação e ajuda mútua dos esposos) e outros acidentais (os contraentes podem ter por sua própria conta), sendo possível, dentre os primeiros, dividi-los em principais (procriação e educação da prole) e secundários (mútua fidelidade e o sacramento).[315]

A teoria dos fins torna-se comum a partir do século XVI, com os comentadores de Santo Tomás. Contudo, a terminologia "fins primários" e "fins secundários" só é incorporada aos documentos do Magistério da Igreja no século XX, sendo utilizada pela primeira vez no Código de Direito Canônico de 1917.

No Concílio Vaticano II, guiado por um viés pastoral, não se aborda a questão dos fins do matrimônio, mas fala-se da procriação e do amor conjugal a ela ordenado. A reflexão conciliar integra os valores pessoais e institucionais, o amor conjugal e o da pessoa, perspectiva que seria desenvolvida à frente na Encíclica *Humanae Vitae*, de Paulo VI. Ressalta-se, portanto, a unidade existente entre todos os valores, enquanto exigências intrínsecas do matrimônio. [316]

---

[313] Cf. SANTO AGOSTINHO. *Dos bens do matrimônio*. Traduzido por Pe. Vicente Rabanal, OSA. São Paulo: Paulus, 2000.
[314] Cf. SANTO AGOSTINHO. *Dos bens...op.cit.* (nota 313), pp. 27-28.
[315] Cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma...op.cit.* (nota 312), Suplemento, q. 65, a.1, pp. 3980-3983.
[316] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), pp. 370-372.

Já o Catecismo da Igreja Católica une indistintamente os termos "bens" e "fins" do matrimônio, ao assegurar, em seu ponto 2363, que a união conjugal se realiza pelo bem dos esposos e para a transmissão da vida.[317]

Por fim, afirma Sarmiento que entre os diversos fins do matrimônio não pode haver nenhuma contradição objetiva, de modo que estão todos tão intimamente relacionados que não se podem dar separadamente. São, na essência, dimensões da mesma realidade. [318]

2.2.6 Dissolução do vínculo matrimonial

Todo matrimônio canônico, como já estudado, tem por característica a indissolubilidade, de modo que aquele que for considerado *ratum* e *consumatum* (realização de ato sexual apto para a geração da prole), não pode ser dissolvido por ninguém e por nenhuma outra causa que não seja a morte de um dos esposos. [319]

Contudo, o matrimônio não consumado, ainda que seja batizado apenas um dos cônjuges, pode ser dissolvido pelo Romano Pontífice caso exista justa causa e não haja perigo de escândalo.[320]

Para isso, necessária se faz, por meio de um procedimento especial, uma verificação da existência das condições para conceder a dispensa da indissolubilidade, ressaltando-se que, nesse caso, como há presunção de consumação se os cônjuges conviveram depois das bodas, deve-se demonstrar que não houve convivência ou elidir a presunção de consumação com argumentos convincentes.[321]

Há também a chamada dissolução em favor da fé, em que se está diante de um casamento em que um dos cônjuges se batiza e outro não. Se a parte não batizada não quiser coabitar com a batizada pacificamente e sem ofensas ao Criador, o vínculo pode ser dissolvido em prol da fé de quem recebeu o batismo.[322]

Essa dissolução em prol da fé, também chamada de privilégio petrino, tem lugar nos casamentos não ratificados - em que, como ressaltado, pelo menos uma das partes não

---

[317] CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p2s2cap3_1533-1666_po.html>.
[318] Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio*..op.cit. (nota 275), p. 373.
[319] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción al derecho canónico*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 134.
[320] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 146.
[321] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 146.
[322] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 146.

é batizada - ou não consumados após a sacramentalização. Nesses casos, o objetivo é "tutelar o exercício livre da fé dos cônjuges e a educação da prole na mesma."[323]

A dissolução, nessa hipótese, se produz no momento em que a parte batizada contrai novo matrimônio. Contudo, para que seja válido é necessário que depois do batismo, o batizado não tenha dado motivo ao outro para se separar e que se pergunte à parte não batizada se quer receber o batismo ou se está disposta ao menos a coabitar pacificamente com a batizada sem ofender a Deus. [324]

Existe ainda a possibilidade de dissolução em favor da fé quando se batiza alguém que tem várias mulheres ou vários maridos e não pode – ou se demonstra difícil – permanecer unido ao primeiro deles. De tal feita, pode escolher qualquer um entre eles e contrair matrimônio canonicamente, abandonando aos demais.[325]

Por fim, quem está casado, recebe o batismo e não pode restabelecer a convivência com o cônjuge em razão de prisão ou perseguição, pode se casar com outra pessoa.[326]

2.2.7 Declaração de nulidade

O presente tópico demandará uma subdivisão para que seja possível estudar as três ocasiões em que se pode declarar a nulidade do matrimônio: a) consentimento inválido; b) vício na forma; c) ocorrência de impedimentos.

2.2.7.1 Consentimento inválido

Como afirma Pedro-Juan Viladrich, o consentimento válido é um ato único de estrutura complexa, de modo que na sua consideração de causa eficiente, o consentimento gera o vínculo conjugal apenas quando atua a partir da unidade dos seus diversos componentes: vontade interna dos contraentes, pessoas hábeis e manifestação legítima.[327]

Contudo, pode haver circunstâncias em que não é prestado de maneira válida. Para o presente trabalho, interessam algumas hipóteses que serão tratadas a seguir.

O Capítulo IV do Código de Direito Canônico, intitulado "Do consentimento matrimonial", é inaugurado com a seguinte prescrição:

---

[323] HORTAL, Jesús. *O que Deus uniu. Lições de direito matrimonial canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 2006, pp. 200-201.
[324] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 146.
[325] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 147.
[326] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 147.
[327] Cf. VILADRICH, Pedro-Juan. *O consentimento matrimonial: validade e nulidade*. Braga: Oficinas Gráficas de Barbosa e Xavier, 1997, p. 304.

> "Cân. 1095 — São incapazes de contrair matrimônio:
> l° os que carecem do uso suficiente da razão;
> 2° os que sofrem de defeito grave de discrição do juízo acerca dos direitos e deveres essenciais do matrimônio, que se devem dar e receber mutuamente;
> 3° os que por causas de natureza psíquica não podem assumir as obrigações essenciais do matrimônio."[328]

No primeiro caso, o uso suficiente da razão indica o grau de domínio da própria inteligência e vontade para realizar atos humanos e assumir a responsabilidade em relação a eles.[329]

No caso seguinte, não basta ter o uso da razão para estar em condições de se casar, sendo necessário ter também suficiente discrição de juízo, proporcional à gravidade dos compromissos que serão assumidos. Em outras, palavras há necessidade de uma capacidade deliberativa, dirigida a sopesar os elementos favoráveis e contrários para a assunção de deveres e obrigações no casamento.[330]

A terceira hipótese é comumente adotada pelos direitos seculares, sem impor ao intérprete grandes dificuldades. Contudo, há ainda outra possibilidade prevista pelo Cânon 1096, § 1º do Código de Direito Canônico: "Para que possa haver consentimento matrimonial, é necessário que os contraentes pelo menos não ignorem que o matrimônio é um consórcio permanente entre um homem e uma mulher, ordenado à procriação de filhos, mediante alguma cooperação sexual."

2.2.7.2 Vício na forma

A relevância social do matrimônio, também no direito canônico, exige que seja celebrado publicamente de modo a assegurar a liberdade dos contraentes e para que seja conhecido o vínculo que os une.[331]

Embora seja o consentimento a causa eficiente do matrimônio, a Igreja exige para sua validade que seja manifestado de forma legítima, qual seja, na presença do Ordinário ou do pároco do lugar de celebração e de duas testemunhas.

A forma canônica, portanto, não é constitutiva do consentimento naturalmente suficiente que não pode ser suprido por nenhum poder humano, mas um ato de reconhecimento de sua existência pública na comunidade eclesial.

---

[328] CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO...*op.cit.* (nota 292).
[329] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*...op.cit. (nota 257), p. 310.
[330] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*...op.cit. (nota 257), pp. 310-311.
[331] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 144.

O sacerdote assiste o matrimônio como testemunha qualificada e não como ministro do sacramento, já que este papel é desempenhado pelos próprios contraentes. Em outras palavras, "a conjunção numa das duas vontades não é obra da testemunha qualificada, ao pedir a manifestação", mas, em sentido estrito, "obra exclusiva dos contraentes."[332]

Relevante notar que a forma canônica deve ser observada para a validade do matrimônio quando ao menos uma das partes seja católica e não tenha se apartado da Igreja por ato formal.

Além da forma ordinária, a que se acaba de aludir, existe a possibilidade de celebração na forma extraordinária, que se dá somente na presença de duas testemunhas em caso de perigo de morte ou, ainda que este não se verifique, se prevê que a situação de dificuldade para acudir ao ministro assistente durará ao menos um mês.[333]

Haverá defeito na forma capaz de tornar nulo o casamento quando: a) o ministro assistente qualificado não tiver qualificação para assistir o casamento; b) o sacerdote assistir o casamento em paróquia alheia, sem autorização explícita do respectivo pároco; c) o Ministro Sacro, por doença psíquica, embriaguez ou sob efeito de drogas, não tiver plena consciência do que faz; d) não estiverem presentes, pelo menos, duas testemunhas; e) a delegação não for dada de maneira expressa e determinada, mas indeterminada; f) o Ministro se portar passivamente diante dos contraentes, não pedindo nem recebendo os consentimentos; g) o sacerdote não receber a delegação geral e por escrito e subdelegar um outro sacerdote para assistir o casamento.[334]

2.2.7.3 Impedimentos

Os impedimentos são fatos ou circunstâncias pessoais que criam obstáculos ao matrimônio, inabilitando o sujeito a celebrá-lo validamente, chamando-se "públicos" aqueles que podem ser provados por foro externo (testemunhas, documentos, etc.) e "ocultos" os que não puderem.[335]

---

[332] VILADRICH, Pedro-Juan. *O consentimento*...op.cit. (nota 327), p. 308.
[333] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 144.
[334] Cf. CHAVES, Isivone Pereira. *Declaração de nulidade*...op.cit. (nota 261), pp. 147-148.
[335] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 140.

Destacam-se, para o estudo pretendido no presente trabalho, os impedimentos relativos à consanguinidade, sendo proibido o casamento entre quaisquer ascendentes e descendentes até o quarto grau na linha colateral.[336]

O objetivo principal é proteger a dignidade familiar, de modo que as íntimas relações que se desenvolvem naturalmente no seio da convivência familiar não ultrapassem os seus próprios limites, desnaturalizando-se.[337]

Com relação ao parentesco por afinidade, só em linha reta é nulo o matrimônio entre afins (sogro e nora, sogra e genro).[338]

O impedimento de idade também é relevante: não podem se casar o homem antes dos dezesseis anos cumpridos e a mulher antes dos catorze, também cumpridos, nos termos do Cânon 1083, § 1º do Código de Direito Canônico.

Estão igualmente impedidos de se casar os nubentes, dentre outros, nos casos em que um dos nubentes seja impotente (Cânon 1084, § 1º do Código de Direito Canônico) ou em que o nubente tenha sido raptado (Cânon 1089).

2.2.7.4 Críticas aos pedidos de declaração de nulidade infundados

Em alocução à Rota Romana, o Papa João Paulo II afirmou que a tradição canônica e a jurisprudência rotal, para afirmarem a exclusão de uma propriedade essencial ou a negação de uma finalidade do matrimônio, sempre exigiram que se realizassem com um ato positivo da vontade, que supere uma vontade habitual e genérica ou uma veleidade interpretativa.[339]

Adverte o pontífice polonês ainda que a injustiça de uma declaração de nulidade, oposta à verdade dos princípios normativos e dos fatos, reveste-se de particular gravidade.[340]

Já Bento XVI, em alocução ao mesmo Tribunal, critica os pedidos de declaração de nulidade considerados somente em face da constatação do fracasso do matrimônio, afirmando que nos processos que os envolvem, não há que se falar em uma parte contra a outra, já que o destinatário da solicitação de declaração é a própria Igreja.[341]

---

[336] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 143.
[337] Cf. INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA. *Código de Derecho Canónico*. 7. ed. bilingue y anotada. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2007, p. 676.
[338] Cf. MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 143.
[339] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 86.
[340] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 85.
[341] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 84.

Ainda nessa esteira, o pontífice alemão afirmou ser necessário preservar a comunidade eclesial do escândalo de ver destruído o valor do matrimônio cristão com a multiplicação exagerada e quase automática das declarações de nulidade em caso de fracasso do matrimônio, sob o pretexto de uma certa imaturidade ou debilidade psíquica do contraente.[342]

2.2.8 Convalidação

É possível que existam matrimônios aparentemente válidos, mas que, na realidade, são nulos. Diante dessa situação, pode-se requerer a declaração de nulidade pelo tribunal eclesiástico competente ou então convalidar o matrimônio, sendo esta última opção mais aconselhável se a vida conjugal se desenvolveu normalmente.[343]

As causas de nulidade que permitem a convalidação são basicamente a existência de um impedimento dirimente dispensável[344], um defeito no consentimento ou um defeito de forma canônica.[345]

As formas de convalidação de que passaremos a tratar são duas: a simples e a *sanatio in radice*.

A convalidação simples é um ato jurídico mediante o qual o matrimônio se constitui validamente com a renovação do consentimento, uma vez que o óbice foi sanado. Tem como pressupostos: a) tratar-se de matrimônio nulo, mas celebrado, aparentemente, de forma válida; b) no caso de nulidade pela existência de impedimentos, estes devem ter cessado; c) sendo necessário renovar o consentimento matrimonial, este deve perseverar em ambas as partes.[346]

Já a sanação radical (*sanatio in radice)* consiste na convalidação sem a necessidade de renovar o consentimento matrimonial, sendo os efeitos canônicos retroativos à celebração do matrimônio. Só é possível sua concessão quando o matrimônio é nulo por

---

[342] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 90.
[343] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*...op.cit. (nota 257), p. 375.
[344] Como exemplo, pode haver dispensa na observância do impedimento de casamento entre consanguíneos até o quarto grau, considerado inválido pelo Cânon 1091, § 2° do Código de Direito Canônico. Nesse sentido, o Cânon 1156, § 1° do mesmo diploma autoriza a convalidação de matrimônio inválido por motivo de impedimento dirimente, desde que o impedimento cesse ou seja dispensado.
[345] Cf. MIRALLES, Antonio. *El matrimonio*...op.cit. (nota 257), p. 375.
[346] Cf. GIL, Frederico R. Aznar in *Derecho Canónico II. El derecho en la misión de la Iglesia*. Biblioteca de autores cristianos: Madrid, 2006, p. 193.

um impedimento ou defeito de forma, já que deve existir um consentimento naturalmente suficiente.[347]

2.2.9 Magistério da Igreja

2.2.9.1 Discursos Pontifícios à Rota Romana

A Rota Romana é o tribunal ordinário constituído pelo Romano Pontífice que julga, dentre outras, as causas previstas pelo Cânon 1.405, § 3º do Código de Direito Canônico e aquelas por ele encomendadas, recebendo apelações dos tribunais eclesiásticos inferiores e funcionando como última instância para as causas que não formaram coisa julgada.[348]

Há mais de meio século, iniciou-se uma tradição segundo a qual no início de cada ano judicial, o Papa se dirige formal e solenemente aos membros da Rota Romana, estabelecendo critérios e indicações que, não poucas vezes, devem ser entendidos como verdadeiras normas jurídicas.

As sentenças proferidas pela Rota Romana são pontos de referência e orientação para todo o direito canônico, afirmando o Papa João Paulo II que existe um vínculo profundo entre a Cátedra de Pedro e o grave ofício confiado ao Tribunal, que julga em nome da autoridade papal. [349]

Assevera ainda que a jurisprudência da Rota deve garantir uma fidelidade cada vez maior à doutrina da Igreja acerca das propriedades do matrimônio, cuja profundidade extrapola os juízos individuais em relação às partes interessadas.

Em discurso proferido no ano de 1999, o Papa João Paulo II destacou que o mero sentimento está ligado à variabilidade do ânimo humano e que não se deve confundir uma forte atração psicofísica com o amor efetivo a uma outra pessoa, que se sustenta no desejo sincero de seu bem e no compromisso concreto para realizá-lo.[350]

Diante desse contexto de mutabilidade dos afetos, mencionam-se os esforços que devem ser empreendidos pelos esposos para a manutenção do casamento:

> *Frente a las dificultades de la relación , es preciso no dejarse dominar por el impuslo del temor o por el peso del cansacio; hay que saber hallar en los recursos del amor la valentia de la coherencia con los compromisos asumidos."*
> *"*[...] *Necesidad del sacrificio, de la aceptación del dolor y de la lucha como realidades indispensables para ser fieles a los próprios deberes.*

---

[347] Cf. GIL, Frederico R. Aznar in *Derecho* ...op.cit. (nota 346), p. 193.
[348] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 15.
[349] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 17.
[350] Cf. ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 43.

> [...] *Tampoco el matrimonio escapa a la lógica de la cruz de Cristo, que certamente exige esfuerzo e sacrificio e implica también dolor y sufrimiento, pero no impede, en la aceptación de la voluntad de Dios, una plena y auténtica realización personal y con serenidad de espíritu.*[351]

O pontífice polonês faz questão de diferenciar o matrimônio canônico, fundado na unidade e indissolubilidade, daquele realizado na Roma antiga, pontuando que os autores cristãos sentiram-se impulsionados pelo Evangelho a superar o conhecido princípio pelo qual o vínculo conjugal permanece enquanto perdura a *affectio maritalis*.

2.2.9.2 Encíclica *Casti connubii*

Trata-se de documento do Papa Pio X sobre o matrimônio cristão em face "das atuais condições, exigências, erros e vícios da família e da sociedade"[352], em que faz diversas ponderações sobre as propriedades essenciais do matrimônio[353] e reafirma a proibição da poligamia e da poliandria.[354]

Reputa a união conjugal "como, acima de tudo, um acordo mais estreito que o dos corpos", não sendo "um atrativo sensível nem uma inclinação dos corações o que a determina, mas uma decisão deliberada e firme das vontades: e desta conjunção dos espíritos, por determinação de Deus, nasce um vínculo sagrado e inviolável."[355]

Defende o amor matrimonial que seja fundado "já não somente na inclinação dos sentidos, que em breve se desvanece, nem também somente nas palavras afetuosas, mas no íntimo afeto da alma, manifestado ainda exteriormente, porque o amor se prova com obras."[356]

Também com relação à indissolubilidade do vínculo entre os esposos, assevera que o casal "tem na estabilidade absoluta do vínculo aquele sinal certo de perenidade que é exigido por sua natureza pela generosa doação de toda a pessoa e pela íntima união dos corações, visto que a verdadeira caridade não conhece limites."[357]

2.2.9.3 Constituição dogmática *Lumen gentium*

---

[351] ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), pp. 32-33.
[352] PAPA PIO XI. *Casti connubii*, pp. 4-5. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html>. Acesso em: 14 jul 2017.
[353] Cf. TRECCALLI, Ana Lúcia Simões Salgado. *Fontes do Cânon 1056 do CIC/83 em doutrina canônica sobre as propriedades essenciais do matrimônio*. Revista de Cultura Teológica, v. 13, n. 52, jul/set 2005, p. 124.
[354] Cf. PAPA PIO XI. *Casti*...op.cit. (nota 352), p. 6.
[355] PAPA PIO XI. *Casti*...op.cit. (nota 352), p. 3.
[356] PAPA PIO XI. *Casti*...op.cit. (nota 352), p. 7.
[357] PAPA PIO XI. *Casti*...op.cit. (nota 352), p. 11.

A Constituição em questão, tal como a anterior, se encontra no seio do Concílio Vaticano II e trata da Constituição da Igreja, não só como instituição, mas como Corpo Místico de Cristo.

Ainda que brevemente, não deixa de mencionar o estado matrimonial, em que, assim como nos demais, os fiéis devem "ordenar retamente os próprios afetos, para não serem impedidos de avançar na perfeição da caridade pelo uso das coisas terrenas e pelo apego às riquezas, em oposição ao espírito da pobreza evangélica, segundo o conselho do Apóstolo: os que usam no mundo, façam-no como se dele não usassem, pois é transitório o cenário deste mundo."[358]

Afirma, com relação aos esposos e pais cristãos que "devem, seguindo o seu caminho peculiar, amparar-se mutuamente na graça, com amor fiel, durante a vida inteira, e imbuir com a doutrina cristã e as virtudes evangélicas a prole que amorosamente receberam de Deus."[359]

Por fim, ressalta que "[os esposos] dão assim a todos exemplo de amor incansável e generoso, edificam a comunidade fraterna e são testemunhas e cooperadores da fecundidade da Igreja, nossa mãe, em sinal e participação daquele amor, com que Cristo amou a Sua esposa e por ela Se entregou."[360]

2.2.9.4 Constituição pastoral *Gaudium et spes*

Trata-se de documento promulgado pelo Papa Paulo VI em 1965, em sessão solene do Concílio Vaticano II e serve como fonte imediata do Código de Direito Canônico de 1983.[361]

Posiciona a Igreja em "íntima união com toda a família humana", afirmando partilhar as "alegrias e esperanças, as tristezas e as angústias" dos homens de seu tempo.[362]

No capítulo que trata da "promoção da dignidade do matrimônio e da família", afirma-se que a dignidade do matrimônio "encontra-se obscurecida pela poligamia, pela

---

[358] PAPA PAULO VI. *Lumen gentium*, p. 31. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19641121_lumen-gentium_po.html>. Acesso em: 14 jul 2017.
[359] PAPA PAULO VI. *Lumen*...op.cit. (nota 358), p. 29.
[360] PAPA PAULO VI. *Lumen*...op.cit. (nota 358), p. 29.
[361] Cf. TRECCALLI, Ana Lúcia Simões Salgado. *Fontes*...op.cit. (nota 353), p. 125
[362] PAPA PAULO VI. *Gaudium et spes*, p. 1. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 15 jul 2017.

epidemia do divórcio, pelo chamado amor livre e outras deformações"[363], acrescentando que "o amor conjugal é muitas vezes profanado pelo egoísmo, amor do prazer e por práticas ilícitas contra a geração."[364]

Reafirma que "em vista do bem tanto dos esposos e da prole como da sociedade, este sagrado vínculo [matrimonial] não está ao arbítrio da vontade humana"[365] e, por ser "dom recíproco de duas pessoas, exige, do mesmo modo que o bem dos filhos, a inteira fidelidade dos cônjuges e a indissolubilidade da sua união."[366]

Com relação ao amor, "dado que é eminentemente humano - pois vai de pessoa a pessoa com um afeto voluntário - compreende o bem de toda a pessoa e, por conseguinte, pode conferir especial dignidade às manifestações do corpo e do espírito, enobrecendo-as como elementos e sinais peculiares do amor conjugal."

Há ainda interessante aspecto acerca da livre prestação do consentimento dos filhos, caso e quando queiram casar-se, admoestando aos pais que "evitem cuidadosamente forçá-los, direta ou indiretamente, a casar-se ou a escolher o cônjuge."[367]

Por fim, pontua-se que a família é o fundamento da sociedade e exorta a todos os que tenham alguma influência nas comunidades e grupos sociais, que contribuam eficazmente para a promoção do matrimônio e da família.[368]

2.2.9.5 Encíclica *Humanae vitae*

Nesta Encíclica, apesar de tratar da regulamentação sobre o controle da natalidade, o Papa Paulo VI dirige também algumas palavras que interessam ao tema da afetividade.[369]

Leciona que o amor conjugal "não é simples ímpeto do instinto ou do sentimento; mas é também, e principalmente, ato da vontade livre, destinado a manter-se e a crescer, mediante as alegrias e as dores da vida cotidiana, de tal modo que os esposos se tornem um só coração e uma só alma e alcancem juntos a sua perfeição humana."[370]

---

[363] PAPA PAULO VI. *Gaudium*...op.cit. (nota 362), p. 29.
[364] PAPA PAULO VI. *Gaudium*...op.cit. (nota 362), p. 29.
[365] PAPA PAULO VI. *Gaudium*...op.cit. (nota 362), p. 30.
[366] PAPA PAULO VI. *Gaudium*...op.cit. (nota 362), p. 30.
[367] PAPA PAULO VI. *Gaudium*...op.cit. (nota 362), pp. 33-34.
[368] Cf. PAPA PAULO VI. *Gaudium*...op.cit. (nota 362), p. 34.
[369] Cf. TRECCALLI, Ana Lúcia Simões Salgado. *Fontes*... op.cit. (nota 353), p. 126.
[370] PAPA PAULO VI. *Humanae Vitae*, p. 4. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_po.html>. Acesso em: 16 jul 2017.

O amor em questão é total, ou seja, "uma forma muito especial de amizade pessoal, em que os esposos generosamente compartilham todas as coisas, sem reservas indevidas e sem cálculos egoístas."[371]

É ainda fecundo, já que não se esgota na comunhão entre os cônjuges, mas está "destinado a continuar-se, suscitando novas vidas."[372]

Por ser total e fecundo, o amor conjugal ainda requer dos esposos uma "consciência da sua missão de "paternidade responsável", que significa também o necessário domínio que a razão e a vontade devem exercer sobre as "tendências dos instintos e paixões."[373]

2.2.9.6 Exortação Apostólica *Familiaris consortio*

Trata-se de documento, de lavra de João Paulo II, dirigido ao clero e aos fiéis e que trata sobre a função da família cristã nos tempos atuais, em que muitas "tornaram-se incertas e perdidas frente a seus deveres, ou ainda mais, duvidosas e quase esquecidas do significado último e da verdade da vida conjugal e familiar."[374]

Ao se referir ao amor conjugal, afirma que "comporta uma totalidade na qual entram todos os componentes da pessoa - chamada do corpo e do instinto, força do sentimento e da afetividade, aspiração do espírito e da vontade - ; o amor conjugal dirige-se a uma unidade profundamente pessoal, aquela que, para além da união numa só carne, não conduz senão a um só coração e a uma só alma."[375]

Quanto à unidade entre o corpo e a alma, aduz que "a sexualidade, mediante a qual o homem e mulher se doam um ao outro com os atos próprios e exclusivos dos esposos, não é em absoluto algo puramente biológico, mas diz respeito ao núcleo íntimo da pessoa humana como tal."[376]

Acrescenta ainda que a pessoa "realiza-se de maneira verdadeiramente humana, somente se é parte integral do amor com o qual homem e mulher se empenham totalmente um para com o outro até a morte. A doação física total seria falsa se não fosse sinal e fruto da doação pessoal total, na qual toda a pessoa, mesmo na sua dimensão temporal, está

---

[371] PAPA PAULO VI. *Humanae*...op.cit. (nota 370), p. 4.
[372] PAPA PAULO VI. *Humanae*...op.cit. (nota 370), p. 4.
[373] PAPA PAULO VI. *Humanae*...op.cit. (nota 370), p. 4.
[374] PAPA JOÃO PAULO II. *Familiaris consortio*, p. 1. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio.html>. Acesso em: 16 jul 2017.
[375] PAPA JOÃO PAULO II. *Familiaris*...op.cit. (nota 374), p. 9.
[376] PAPA JOÃO PAULO II. *Familiaris*...op.cit. (nota 374), p. 7.

presente: se a pessoa se reservasse alguma coisa ou a possibilidade de decidir de modo diferente para o futuro, só por isto já não se doaria totalmente."[377]

Por fim, reafirma o caráter monogâmico do vínculo matrimonial, ao aduzir que a poligamia nega "diretamente o plano de Deus como nos foi revelado nas origens, porque contrária à igual dignidade pessoal entre o homem e a mulher, que no matrimônio se doam com um amor total e por isso mesmo único e exclusivo."[378]

2.2.9.7 Exortação Apostólica *Amoris laetitia*

Trata-se de documento recente do Papa Francisco, publicado em 2016, que versa sobre o amor na família e que apresenta os resultados dos Sínodos dos Bispos sobre a Família ocorridos nos anos anteriores.

Afirma que "se o amor se reduzir a mera atração ou a uma vaga afetividade, isto faz com que os cônjuges sofram duma extraordinária fragilidade quando a afetividade entra em crise ou a atração física diminui."[379]

Ressalta que a palavra "amor" aparece por muitas vezes desfigurada[380] e cita São Paulo para ressaltar que "o amor não é apenas um sentimento, mas deve ser entendido no sentido que o verbo "amar" tem em hebraico: "fazer o bem", citando ainda Santo Inácio de Loyola, segundo o qual "o amor deve ser colocado mais nas obras do que nas palavras."[381]

Afirma ainda o pontífice argentino que "quem vive intensamente a alegria de se casar não está a pensar em algo de passageiro"[382], de modo que "na própria natureza do amor conjugal, existe a abertura ao definitivo."[383] Nesse sentido, "um amor frágil ou enfermiço, incapaz de aceitar o matrimônio como um desafio que exige lutar, renascer, reinventar-se e recomeçar sempre de novo até à morte, não pode sustentar um nível alto de compromisso."[384]

---

[377] PAPA JOÃO PAULO II. *Familiaris*...op.cit. (nota 374), p. 7.
[378] PAPA JOÃO PAULO II. *Familiaris*...op.cit. (nota 374), p. 13.
[379] PAPA FRANCISCO. *Amoris laetitia*, p. 171. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html>. Acesso em: 18 jul 2017.
[380] PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), p. 73.
[381] PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), p. 76.
[382] PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), p. 96.
[383] PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), p. 96.
[384] PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), pp. 96-97.

Conceitua o matrimônio como "uma amizade que inclui as características próprias da paixão, mas sempre orientada para uma união cada vez mais firme e intensa."[385], sendo que tal amizade "adquire um caráter totalizante, que só se verifica na união conjugal."[386]

Por fim, quanto à volatilidade dos sentimentos, assevera não ser possível "prometer que teremos os mesmos sentimentos durante a vida inteira; mas podemos ter um projeto comum estável, comprometer-nos a amar-nos e a viver unidos até que a morte nos separe, e viver sempre uma rica intimidade. O amor, que nos prometemos, supera toda a emoção, sentimento ou estado de ânimo, embora possa incluí-los."[387]

2.3 Direito Francês

2.3.1 Do casamento regido pelo direito canônico ao casamento exclusivamente civil

Praticamente até a parte final do século XVI, a França não conheceu outra realidade a não ser a do casamento regulado única e exclusivamente pelas leis da Igreja, com breves ressalvas que se deram até o fim do século XVIII, em que ocorreram sólidas mudanças no contexto político e jurídico francês.

Muito embora houvesse uma tentativa de ampliar os poderes do monarca francês com relação à autoridade religiosa, por meio do regalismo[388] e mais propriamente do galicanismo[389], o fato é que, quanto ao casamento, não se vislumbrava a possibilidade de submetê-lo total e oficialmente a regras civis.[390]

O cenário em questão começou a manifestar sinais de mudança com o advento do protestantismo, mas o período até a consolidação do casamento civil, como se verá, foi razoavelmente longo.

---

[385] PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), p. 97.
[386] PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), pp. 97-98.
[387] PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), pp. 125-126.
[388] "Regalista: do latim medieval, regalia, jura, direitos reais. Defensores da doutrina que admite a ingerência do chefe do Estado em questões religiosas." LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de...op.cit.* (nota 1), p. 268.
[389] "Galicanismo: tendência jurídica e religiosa que defendia, no séulo XVI, a interferência dos reis franceses nos negócios eclesiásticos e, mais tarde, a autonomia dos bispos franceses em face da autoridade pontifícia romana." LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de...op.cit.* (nota 1), p. 268.
[390] DESFORGES, Léon. *Étude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français.* Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1887, p. 239. *À la fin du XVIème siècle on ne pense pas que la formation du mariage puisse dépendre en quelque manière que ce soit, de la puissance temporelle.*

Em 1598, foi promulgado o Édito de Nantes, pelo Rei Henrique IV, que conferia liberdade de culto aos protestantes franceses, até então perseguidos, como se recorda pelo massacre da Noite de São Bartolomeu, vinte e seis anos antes.

O documento em questão, ao permitir o exercício público do culto protestante, reconhecia implicitamente o direito dos fiéis de celebrarem o casamento diante dos seus ministros.[391]

Contudo, em 1685, o Édito foi revogado por Luís XIV, de modo que até 1787, segundo Léon Desforges, colocava-se uma questão bastante controversa, em matéria de direito e moral: os protestantes poderiam se casar? E, caso sim, como se daria o casamento?[392]

Por meio de uma decisão de 15 de setembro de 1685, de lavra do Conselho Real, pretendia-se dar meios para que os reformados pudessem se casar comodamente: caberia a ministros escolhidos pelos *intendants* celebrar o casamento, evitando-se conferir a tarefa aos ministros protestantes.[393]

Trata-se, portanto, de uma situação bastante peculiar, já que no século XVII estabeleceu-se um verdadeiro casamento civil apenas para os protestantes, continuando os católicos a se casarem conforme previam os cânones da Igreja.[394]

Na penúltima década do século XVIII, a questão começou a ganhar contornos mais sólidos por meio do Édito de 1787[395], que previu a possibilidade de regularizar os casamentos que não haviam sido celebrados seguindo as regras do culto católico, legitimando também as crianças frutos dessas uniões.[396]

Como resume Léon Desforges, o casamento se torna, para os não-católicos, um contrato solene, celebrado perante um oficial público que o constata verbalmente e valida o ato.[397]

---

[391] Cf. DESFORGES, Léon. *Étude...op.cit.* (nota 390), p. 186.
[392] Cf. DESFORGES, Léon. *Étude...op.cit.* (nota 390), p. 184.
[393] Cf. DESFORGES, Léon. *Étude...op.cit.* (nota 390), p. 189.
[394] Cf. DESFORGES, Léon. *Étude...op.cit.* (nota 390), p. 189.
[395] *Pourront ceux de nosdits sujets ou étrangers domiciliés dans notre royaume, qui ne seraient pas de la religion catholique, y contracter des mariages dans la forme ci-après prescrite; voulons que lesdits mariages puissent avoir dans l'ordre civil, à l'égard de ceux qui les auront contractés dans ladite forme, et de leurs enfants, les mêmes effets que ceux qui seront contractés et célébrés dans la forme ordinaire par nos-dits sujets catholiques.*
[396] Cf. MANNEVILLE, Philippe. *L'édit de 1787 et la régularisation des mariages protestants au Havre.* Annales de Normandie, 1987, v. 37, n. 4, p. 364.
[397] Cf. DESFORGES, Léon. *Étude...op.cit.* (nota 390), p. 238.

Quatro anos mais tarde, a Constituição de 1791, já no seio da Revolução Francesa, decide retirar de vez o casamento do âmbito religioso, prescrevendo, em seu artigo 7°, que a lei considera o casamento somente como um contrato civil.[398]

2.3.2 Disciplina do casamento pelo Código Napoleônico

2.3.2.1 Conceito e natureza jurídica do casamento

Segundo a definição de Colin e Capitant, o casamento é um contrato civil e solene pelo qual um homem e uma mulher se unem com o objetivo de viverem juntos e formarem uma família, sobre a qual asseguram a direção moral e material.[399]

Afirmam eles que a definição de casamento em questão contempla apenas as suas características essenciais, nada dizendo, por exemplo, sobre aspectos como a perpetuação da espécie, como havia sugerido Portalis na sua exposição de motivos.[400]

Os doutrinadores em tela afirmam ainda que seria de ordem puramente sentimental e literária uma definição que fizesse do mútuo amor uma das obrigações fundamentais dos esposos ou um dos fins essenciais do casamento.[401]

Reconhecem que uma atração mútua entre os cônjuges desempenha um papel importante em diversos casamentos, mas em muitos outros aparece como uma função secundária, de modo que é possível casar por amor, mas também por razão, por interesse, por ambição, por reconhecimento, por dever.[402]

Para Aubry e Rau, o casamento seria, segundo o direito que intitulam de filosófico, a sociedade perpétua que contratam duas pessoas de sexos diferentes, com o objetivo de imprimir um caráter de moralidade à união sexual e às relações naturais que dali nascem[403]

---

[398] *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil.*

[399] COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de Droit Civil Français.* Tome premier. Paris: Librairie Dalloz, 1914, p. 112. *Le mariage est un contrat civil et solennel par lequel un homme et une femme s'unissent en vue de vivre ensemble et de fonder une famille dont ils assurent ensemble la direction morale et matérielle.*

[400] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 112.

[401] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 112.

[402] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), pp. 112-113.

[403] Cf. AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae.* Troisième édition, tome quatrième. Paris: Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1860, p. 5. [...] *la société pérpectuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle et aux rapports naturels qui doivent en naître.*

e sob a perspectiva do direito positivo, a união de duas pessoas de sexos diferentes contratada com algumas solenidades.[404]

Entre os estudiosos contemporâneos, Jean Carbonnier afirma que o Código Civil não definiu o casamento e ele teve razão. Cada um sabe o que se deve entender por ele: é o mais velho costume da humanidade e o estado da maioria dos indivíduos adultos[405]. E prossegue: o casamento parece responder a uma necessidade física e moral da espécie humana. A necessidade física não é aquela da conjunção sexual ou da procriação, porque relações episódicas entre homem e mulher, como uma união livre qualquer, um concubinato, poderiam satisfazê-los: deve-se sobretudo pensar na educação das crianças, incomparavelmente mais longa na espécie humana do que fora dela, o que postula entre esses dois educadores uma união durável. E, por fim, quanto à necessidade moral, assevera que cada homem a experimenta no sentimento de ser mortal: é para ele uma maneira exaltante de lutar contra a sua fragilidade o ligar-se para a vida pelo casamento, ou seja, até a morte; o casamento extrai desse fato, mesmo depois de laicizado, uma espécie de gravidade religiosa que lhe é própria e que o separa da união livre.[406]

Na apresentação ao corpo legislativo da exposição de motivos do Código Civil, feita por Portalis, este se referiu às famílias como o berçário do Estado, sendo o casamento responsável por sua formação.[407] O mesmo jurista, citado por Demolombe, definiu o casamento como sendo a sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a sua espécie, para se ajudar, por apoios mútuos, a carregar o peso da vida e para partilhar o seu destino comum.[408]

---

[404] Cf. AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours...op.cit.* (nota 403), p. 5. *[...] l'union de deux personnes de sexe différent contractée avec certaines solemnités.*

[405] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille, les incapacités*. Paris: Presses Universitaires de France, 1977, p. 19. *Le C.C. n'a pas défini le mariage, et il a eu raison: chacun sait ce qu'il faut entendre par là; c'est la plus vieille coutume de l'humanité, et l'état de la plupart des individus adultes.*

[406] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 19. *Quoique le mariage dépende d'un acte de volonté dans chaque cas particulier, c'est un phénomène détérminé et nécessaire si l'on envisage les grands nombres. Il semble répondre à une nécessité, physique et morale, de l'espèce humaine. La nécessite physique n'est pas celle de la conjonction sexuelle et de la génération, car des rapports épisodiques entre homme et femme, à plus forte raison une union libre quelconque, un concubinage, pourraient tout aussi bien y satisfaire: il faut plutôt penser à l'éducation des enfants, incomparablement plus longue dans l'espèce humaine que partout ailleurs, ce qui postule entre les deux éducateurs, également utiles, une association durable. Quant à la nécessite morale, chaque homme l'éprouve dans le sentiment qu'il a d'être mortel: c'est, pour lui, une manière exaltante de lutter contre sa fragilité que de se lier pour la vie, c'est-à-dire jusqu'à la mort; le mariage tire de là, même depuis qu'il est laïcisé, une sorte de gravité religieuse qui lui est propre, et qui le sépare de l'union libre.*

[407] Cf. FENET, P. A. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*. Tome neuvième. Paris: Videcoq, 1836, p. 138. *Législateurs, les familles sont la pépinière de l'état, et c'est le mariage qui forme les familles.*

[408] DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon III: Traité du mariage et de la séparation de corps*. Paris: A. Duran, 1860, p.1. [...] *la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur*

Sobre a natureza jurídica do casamento, muito embora tenha sido clara a definição da Constituição Francesa de 1791, como já indicado, acerca do seu caráter contratual e apesar de referendada por grandes juristas como os acima citados, houve quem se indispusesse contra essa característica.

O grande opositor do caráter contratual do casamento foi Charles Lefebvre, que proferiu palestra na Sorbonne em 1902, intitulada *Le mariage n'est-il qu'un contrat?* (O casamento é somente um contrato?).[409]

Nessa ocasião, defendeu que o casamento, ainda que analisado no início do século XX, seria uma instituição não pertencente à ordem jurídica dos contratos e que apresentaria, para unir os nubentes, um elemento não menos essencial que o consentimento: a autoridade divina no sacramento matrimonial.[410]

Afirma o jurista, dentre outros argumentos, que antes do século XVII, nem na Roma Anrtiga e tampouco na França, houve a ideia de atribuir ao casamento o *status* de um verdadeiro contrato.[411]

Contudo, o fato é que a doutrina e jurisprudência francesas, sobretudo com base nas disposições constitucionais e legais em matéria matrimonial, não hesitam em atribuir ao casamento os contornos de um contrato civil.

2.3.2.2 Impedimentos matrimoniais

Ambroise Colin e Henri Capitant citam quatro impedimentos previstos pelo Código Civil que criam obstáculos à validade do casamento.[412]

O primeiro deles, erigido pelo art. 147 daquele diploma[413], enuncia ser proibido contrair um segundo matrimônio antes da dissolução do primeiro, vedação essa que concretiza o princípio da monogamia.

Para tornar mais eficaz essa prescrição, a lei de 17 de agosto de 1897, modificando os artigos 70 e 76 do Código Civil, determinou que todo casamento realizado passasse a constar à margem do registro de nascimento dos esposos, de modo que antes de celebrá-lo

---

espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur communé destinée.

[409] LEFEBVRE, Charles. *Le mariage n'est il qu'un contrat?* In Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger, 1902, pp. 301-334.

[410] Cf. LEFEBVRE, Charles. *Le mariage...op.cit.* (nota 409), pp. 301-302.

[411] Cf. LEFEBVRE, Charles. *Le mariage...op.cit.* (nota 409), p. 304.

[412] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 140.

[413] Artigo 147 do Código Civil Francês: *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.*

passou a ser necessário apresentar ao *officier d'état civil* uma certidão de nascimento expedida há no máximo três meses.[414]

O segundo impedimento, não mais em vigor, vinha estabelecido pelos artigos 228 e 236, que determinavam o chamado *délai de viduité*, que correspondia a um lapso temporal de dez meses em que a mulher viúva ou divorciada não podia contrair um outro casamento.[415]

O objetivo desses dispositivos era afastar uma possível incerteza quanto à filiação paterna caso o novo casamento fosse contraído pouco tempo após a dissolução do anterior.[416]

O terceiro impedimento diz respeito ao parentesco por consanguinidade ou por afinidade e foi consagrado pelo Código, segundo Colin e Capitant, por exigência de uma alta moralidade e também diante da ideia bastante difundida à época de que a união entre pessoas do mesmo sangue poderia conduzir ao enfraquecimento da raça.[417]

O artigo 161 do Código Napeolêonico, ainda em vigor, estabelece a proibição do casamento entre todos os ascendentes e descendentes em linha reta, bem como com relação aos parentes por afinidade na mesma linha.[418]

O artigo seguinte proíbe o casamento entre irmãos e irmãs[419] e o artigo 163 veda a celebração do matrimônio entre tio e sobrinha e tia e sobrinho.[420]

Contudo, muito embora haja vedação expressa ao casamento entre tios e sobrinhos e entre parentes por afinidade na linha reta, o artigo 164 permite que o Presidente da República levante a proibição autorizando a celebração do casamento ainda que nessas circunstâncias. Para isso, é necessário que se trate de causa grave e que no caso do

---

[414] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 140.
[415] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 140.
[416] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 140.
[417] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 141.
[418] Artigo 161 do Código Civil Francês: *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne*.
[419] Artigo 162 do Código Civil Francês: *En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la soeur, entre frères et entre sœurs.* Este artigo sofreu pequena mudança em virtude da edição da lei de 17 de maio de 2013, que será estudada em detalhes, que passou a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. De tal feita, houve um acréscimo na parte final do dispositivo para incluir a proibição de casamento entre dois irmãos ou duas irmãs.
[420] Artigo 163 do Código Civil Francês: *Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce.* Tal como sucedeu com o dispositivo anterior, o artigo transcrito também foi modificado para que a vedação também passasse a abarcar o casamento entre tia e sobrinha e tio e sobrinho.

casamento entre parentes por afinidade na linha reta, tenha falecido o cônjuge que havia unido o outro à sua família.[421]

Afirma Portalis que as restrições a casamentos entre pessoas de parentesco próximo derivam do princípio da honestidade pública, já que a família seria o santuário dos costumes.[422]

O último impedimento, não mais em vigor, se referia à impossibilidade de se casarem duas pessoas que já haviam sido casadas entre si e que depois se divorciaram, contraíram novas núpcias e em seguida se divorciaram novamente.[423]

Segundo Colin e Capitant, o objetivo do dispositivo em questão era o de estimular os cônjuges a refletirem seriamente antes de pedirem o divórcio.[424]

2.3.2.3 Condições de validade

2.3.2.3.1 Diferença de sexos

Até 17 de maio de 2013, data em que entrou em vigor lei francesa que trouxe sensíveis modificações a respeito do casamento, o Código Civil Napoleônico exigia a diversidade de sexos para que fosse possível contrair matrimônio.

Contudo, antes de analisar propriamente a lei em questão e as alterações que operou, cumpre fazer alguns breves apontamentos.

Louis Josserand, em seu tratado de direito positivo francês, cuja terceira edição foi lançada ao final da década de 30, chamou atenção para a necessidade de se utilizar a diferenciação entre nulidade e inexistência em matéria de casamento.

Como à época era bastante aplicada a regra *pas de nullité sans texte*, julgava ser necessário compreender que por vezes a lei não contemplava exigências óbvias e imperiosas como a necessidade da diferença dos sexos entre os nubentes.[425]

Aplicando-se a regra que impede a declaração de nulidade se não há texto legal que a preveja, um casamento entre pessoas do mesmo sexo não poderia seria declarado nulo, já

---

[421] Artigo 164 do Código Civil Francês: *Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées: 1-Par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée; 2-(Abrogé); 3-Par l'article 163.*

[422] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 150.

[423] Artigo 295 do Código Civil Francês: *Les époux divorcés ne peuvent plus se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce.*

[424] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 144.

[425] Cf. JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français.* Troisième édition. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 440

que não havia expressa exigência legal nesse sentido[426]. Por essa razão, Josserand defendeu a utilização da categoria da inexistência, que seria útil para disciplinar situações como a referida.[427]

Afirma o jurista que durante os trabalhos preparatórios para a confecção do Código Civil, Napoleão teria insistido em diversas ocasiões na premente necessidade de se diferenciar os casos de nulidade e de inexistência.[428]

Ainda segundo Josserand[429], o resultado dessa exigência de Bonaparte foi o artigo 146, ainda em vigor, que dispõe que não há casamento se não houver consentimento.[430] Diz o doutrinador que esse dispositivo contempla os casos de inexistência (quando, por exemplo, a mulher diz "não" diante do *officier d'état civil*) e de nulidade (em que, também a título exemplificativo, a mulher diz "sim", mas sem um consentimento livre).[431]

Feita essa breve retrospectiva histórica, o fato é que passou-se a permitir o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo diante da mobilização de uma parte da sociedade francesa, que se agregou em um movimento chamado *mariage pour tous* (casamento para todos), cuja atuação culminou com a edição da lei de 17 de maio de 2013.

A partir da promulgação dessa lei, o art. 143 do Código Civil Francês passou a prever que o casamento é contratado por duas pessoas, de sexo diferente ou do mesmo sexo.[432]

A mesma lei, como já detalhado anteriormente, ampliou as hipóteses de impedimento para o casamento, passando a incluir nas vedações as uniões entre pessoas do mesmo sexo nos casos específicos de consanguinidade e parentesco por afinidade.

2.3.2.3.2 Puberdade

Na exposição de motivos do Código Civil Francês, Portalis, ao constatar que a puberdade não se alcança de maneira uniforme e que há diversas causas que podem

---

[426] Cf. JOSSERAND, Louis. *Cours de...op.cit.* (nota 425), p. 440.
[427] Cf. JOSSERAND, Louis. *Cours de...op.cit.* (nota 425), p. 440.
[428] Cf. JOSSERAND, Louis. *Cours de...op.cit.* (nota 425), p. 440.
[429] Cf. JOSSERAND, Louis. *Cours de...op.cit.* (nota 425), p. 440.
[430] Artigo 146 do Código Civil Francês: *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.*
[431] Cf. JOSSERAND, Louis. *Cours de...op.cit.* (nota 425), p. 440.
[432] Artigo 143 do Código Civil Francês: *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe.*

acelerá-la ou retardá-la, concluiu pela necessidade de se fixar uma idade padrão para que os nubentes pudessem contrair casamento.[433]

Com esse intuito, a idade que acabou por ser estabelecida logo que entrou em vigor o Código Civil foi a de dezoito anos para homens e a de quinze para mulheres.[434]

A justificativa, segundo Portalis, seria de que a natureza se desenvolve muito mais rapidamente em um sexo do que em outro: uma mulher que definharia penosamente em uma espera muito longa, perderia uma parte de seus atrativos que podem favorecer o seu estabelecimento e, com frequência, se acharia exposta a perigos que poderiam comprometer sua virtude.[435]

Somente dois séculos depois da promulgação do Código Civil Napoleônico é que foi editada a lei de 4 de abril de 2006, que aumentou a idade núbil das mulheres de quinze para dezoito anos, equiparando-a à dos homens.

2.3.2.3.3 Consentimento dos esposos

Nos dizeres de Charles Demolombe, é necessário que cada um dos futuros esposos consinta e que o consentimento seja suficientemente livre e esclarecido[436], sendo todo projeto de casamento condicional, conservando cada nubente, até o momento da celebração, a possibilidade de não prestá-lo.[437]

Jean Carbonnier leciona que faz parte da filosofia individualista do Código Civil o fato de se posicionar o elemento psicológico, a vontade dos futuros esposos, no centro de gravidade de toda a instituição matrimonial.[438]

Nessa esteira, o já citado artigo 146 do Código Civil estabelece que não há casamento se não houver consentimento[439], deixando claro que nenhum outro requisito, como a conjunção carnal ou a fundação efetiva de um lar, tem o condão de aperfeiçoar o casamento.[440]

---

[433] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 142. "Chega-se à verdadeira puberdade por meio de progressos mais ou menos lentos, mais ou menos rápidos; trata-se de uma flor que é colorida pouco a pouco e que desabrocha na primavera da vida." Tradução livre.
[434] Cf. AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours...op.cit.* (nota 403), p. 50.
[435] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 145. *Une fille qui languirait péniblement dans une trop longue attente, perdrait une partie des attraits qui peuvent favoriser son établissement, et souvent même elle se trouverait exposée à des dangers qui pourraient compromettre sa vertu.*
[436] Cf. DEMOLOMBE, Charles. *Cours de...op.cit.* (nota 408), p. 26.
[437] Cf. DEMOLOMBE, Charles. *Cours de...op.cit.* (nota 408), p. 44.
[438] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1169.
[439] Artigo 146 do Código Civil Francês: *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.*
[440] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1169.

O consentimento previsto no dispositivo analisado não seria nem o amor nem o desejo sexual, mas a vontade, que, lidando com os sentimentos e os apetites, vai direito ao objetivo, qual seja, o casamento.[441]

Contudo, ainda segundo Carbonnier, o consentimento não se resume apenas a escutar o "sim" de cada um dos nubentes, mas para que exista realmente, a vontade deve ser consciente e séria.[442]

O consentimento deve ser prestado no próprio momento da celebração, diante do *officier d'état civil*, sendo a causa eficiente do casamento a troca das vontades privadas na presença do representante do Estado.[443]

2.3.2.3.4 Consentimento dos pais

O direito francês codificado procurou extrair também dos pais dos nubentes a prestação de consentimento para que o casamento desses últimos fosse realizável.

Portalis, na exposição de motivos do Código Napoleônico, faz questão de assentar, a esse respeito, que a necessidade de consentimento, reconhecida por todas as leis antigas, é fundada no amor e na razão dos pais e na sua incerteza da razão dos filhos, acrescentando que o casamento, sendo de todas as ações humanas a que mais interessa ao destino dos homens, deve estar envolta de bastantes precauções.[444]

Segundo o redator daquele diploma, reputou-se adequado reviver essa espécie de "piedade filial" no ato de requerer o consentimento aos pais, na medida em que revestiria de dignidade e majestade essa relação que a própria natureza estabeleceu entre os filhos e os pais, sendo estes a imagem e os próprios ministros do Criador.[445]

Por essa razão, em um primeiro momento, que coincide com o início da vigência do Código em estudo, o casamento, sendo os nubentes maiores ou menores de idade, pressupunha o consentimento dos pais[446], de modo que, segundo Bethery de la Brosse, nesse período pós-revolucionário, a apologia à liberdade individual consagrada pela Revolução Francesa não pretendia conduzir ao abandono das relações familiares.[447]

---

[441] Cf. CARBONNIER, Jean, *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1169. *Le consentement dont parle l'a. 146, ce n'est ni l'amour, ni le désir sexuel, c'est la volonte - la volonté qui, bousculant les sentiments et les appétits, va droit au but, le but étant le mariage.*
[442] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1170.
[443] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1199.
[444] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 144.
[445] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 148.
[446] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 148.
[447] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour…*op. cit. (nota 2), p. 238.

Ainda nesse contexto, se o pai e mãe fossem falecidos, os avós os substituiriam, à falta dos quais seria exigido o consentimento dos tutores e dos Conselhos de Família.[448]

Havia ainda no consentimento parental um outro interesse social evidente, qual seja, a necessidade de proteger a fragilidade e imaturidade dos jovens, vitimas fáceis de suas paixões e incapazes de discernirem o seu verdadeiro interesse.[449]

Nessa esteira, Portalis[450], inclusive, chegou a afirmar que o consentimento dos pais não tinha como objetivo subtrair a liberdade dos esposos, mas sim de protegê-los contra a violência das suas inclinações.[451]

Bigot-Préameneu, durante os trabalhos preparatórios do Código Civil, também na mesma linha, defendeu que é sobretudo na época em que, pelo seu casamento, os filhos vão formar uma nova família e fixar o seu destino, que eles necessitam do auxílio do pai e da mãe para não se perderem por conta de suas paixões.[452]

Bethery de la Brosse, ao analisar esse contexto, pondera que à época eram temidas as ações gratuitas e irracionais, ditas "amorosas". Acrescenta ainda que tinham grande peso as questões financeiras, de modo que chegou a afirmar um autor que retratava o século XIX francês que o parentesco serve às heranças e o amor não é mais do que um exercício do corpo.[453]

Josserand, pouco mais de um século depois da promulgação do Código Civil Napoleônico, denotando a mudança havida quanto à antiga necessidade geral de consentimento parental para o casamento, relata apenas um caso em que passou a se fazer necessário: quando os nubentes eram menores de idade.[454]

Atualmente, nesse sentido, encontra-se em vigor o artigo 46 do Código Civil Francês, que dispõe que os menores não podem se casar sem o consentimento do pai e da mãe, sendo que eventual divergência entre eles importa em autorização.[455]

---

[448] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 146.
[449] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*...op. cit. (nota 2), p. 239.
[450] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 144.
[451] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*...op. cit. (nota 2), p. 239.
[452] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*...op. cit. (nota 2), p. 239. *C'est surtout à l'époque où, par leur mariage, les enfants vont former une nouvelle famille, et fixer ainsi leurs destinée, qu'ils ont besoin du secours des père et mère pour ne pas être égarés par leur passions.*
[453] Trata-se de Alfred de Musset, escritor francês, ícone do Romantismo, que publicou em suas *Confessions d'un enfant du siècle: La parenté sert aux héritages, l'amour n'est qu'un exercice du corps.* (Paris: Gallimard, 1973, p. 31).
[454] Cf. JOSSERAND, Louis. *Cours de...op.cit.* (nota 425), p. 409.
[455] Artigo 148 do Código Civil Francês: *Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement.*

2.3.3 Nulidades

2.3.3.1 Relativas

De acordo com Henri Capitant e Ambroise Colin, que escrevem no início do século XX, a nulidade relativa no direito francês diz respeito a vícios no consentimento prestado, sob as modalidades de erro e violência, além da falta de autorização dos pais quando necessária, já tratada em tópico anterior[456].

O art. 180 do Código Civil Francês, ainda em vigor, ao inaugurar o Capítulo IV, trata das demandas de nulidade em matéria de casamento e prevê, de fato, a possibilidade de ser anulado quando não houve consentimento livre, elencando também o erro em relação à pessoa ou às suas qualidades essenciais[457].

O mesmo dispositivo prevê ainda uma hipótese não aludida pelos juristas citados, qual seja, a anulabilidade em caso de constrangimento exercido sobre os esposos, inclusive por medo reverencial em relação a um ascendente.

A falta de um consentimento livre, referida pelo dispositivo estudado, se relaciona, segundo Demolombe, à violência, situação em que o indivíduo tem diante de si duas alternativas que não deseja (casar-se ou sofrer a violência), de modo que sua escolha não reflete resultado livre da sua adesão[458].

Com relação ao erro, também os franceses se apoiam na fórmula *non videntur qui errant consentire*. Tal como sucede no Brasil, o erro, para ser capaz de anular um casamento, deve recair sobre aspectos essenciais.[459]

Quanto ao erro sobre a pessoa, é unanimemente reconhecida a possibilidade de se anular o matrimônio quando recai sobre a sua identidade física. Além dela, Demolombe reconhece o erro sobre a pessoa social, ou seja, sobre a identidade da pessoa sob o prisma de seu estado civil.[460]

---

[456] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 165.
[457] Artigo 180 do Código Civil Francês: *Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.*
[458] Cf. DEMOLOMBE, Charles. *Cours de...op.cit.* (nota 408), pp. 396-397.
[459] Cf. DEMOLOMBE, Charles. *Cours de...op.cit.* (nota 408), p. 404.
[460] Cf. DEMOLOMBE, Charles. *Cours de...op.cit.* (nota 408), p. 406.

Já com relação ao erro sobre as qualidades do cônjuge, afirma Josserand que podem versar, dentre outros aspectos, sobre nacionalidade, religião, passado e honra.[461]

2.3.3.2 Absolutas

Ambroise Colin e Henri Capitant citam quatro causas de nulidade absoluta no casamento: impuberdade, bigamia, incesto e, por fim, falta de publicidade ou incompetência.[462]

Havendo a impuberdade sido detalhadamente tratada em tópico anterior, convém iniciar os estudos tratando da questão da bigamia, que impede que um marido tenha mais de uma mulher, ou o contrário, e também constitui óbice à realização de um segundo casamento se o primeiro ainda estiver válido.

Nesse sentido, afirma Portalis, ainda na exposição de motivos do Código Napoleônico, que está presente nos costumes do povo francês o fato de que um primeiro casamento válido e subsistente seja um obstáculo a um segundo.[463]

Justificou-se que a multiplicidade de maridos ou mulheres conduziria necessariamente à servidão e ao despotismo de um sexo em relação ao outro[464]. Nas palavras do jurista francês, a poligamia chocaria todas as ideias, desnaturaria todos os sentimentos, tirando do amor todos os seus charmes e subtraindo dele tudo o que tem de exclusivo.[465]

Portalis, ainda com o objetivo de justificar a proibição da poligamia, cujos fatores de vedação seriam de tal maneira fortes e naturais que teriam se dado em quase toda a Terra independentemente de comunicação[466], afirma que permiti-la significaria afastar-se da própria moral.[467]

A respeito da vedação ao incesto, afirma Portalis que a esperança de um casamento entre pessoas que vivem sob o mesmo teto e que, por essa circunstância, já são convidadas por uma série de motivos a se aproximarem e se unirem, poderia despertar desejos

---

[461] Cf. JOSSERAND, Louis. *Cours de...op.cit.* (nota 425), p. 457.
[462] Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours...op.cit.* (nota 399), p. 170.
[463] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 148.
[464] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 149.
[465] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 149. [...] *elle choque toutes les idées, elle dénature tous les sentiments; elle ôte à l'amour tous ses charmes en lui ôtant ce qu'il a d'exclusif.*
[466] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 150.
[467] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 149.

criminosos e desordens que destruiriam a casa, banindo a inocência e perseguindo a virtude até o seu último asilo.[468]

Como última causa de nulidade absoluta, tem-se a falta de publicidade ou incompetência, prevista pelo artigo 191 do Código Civil Francês, que dispõe que "todo casamento que não foi contratado publicamente e que não foi celebrado perante o *officier public* competente, pode ser atacado, em um prazo de trinta anos a contar da sua celebração, pelos próprios esposos, pelos pais, pelos ascendentes e por todos aqueles que apresentam um interesse nato e atual, assim como pelo Ministério Público." [469]

2.3.4 Direitos e deveres dos esposos

Os artigos 212 a 226 compõem o Capítulo IV do Código Civil, intitulado *Dos deveres e dos direitos respectivos dos esposos.*

Segundo Carbonnier, os dispositivos em questão tratam de restrições à liberdade pessoal que cada um dos esposos voluntariamente aceitou, sendo que o título do capítulo se inicia com "deveres" e não "direitos" para evidenciar que cada cônjuge deve se mostrar mais exigente consigo mesmo do que com o outro.[470]

Feita essa breve introdução, interessam ao presente trabalho, sobretudo, o dever de fidelidade e o de assistência.

Acerca do primeiro, tem-se que a sua quebra pode se dar fisicamente, quando o cônjuge mantém relações carnais com outro indíviduo ou moralmente, quando a infidelidade se manifesta em intrigas amorosas.[471]

Já o dever de assistência pode ser compreendido como um dever de ajuda e cuidado em campos diversos como o do trabalho ou quando um cônjuge está enfermo, de modo que a medida e as modalidades desse dever dependem dos costumes e das circunstâncias.

Por fim, Carbonnier elenca alguns deveres que chama de "implicitamente ligados ao casamento", cuja violação pode dar ensejo ao divórcio, tais como os de paciência, de sinceridade e de manter com o outro cônjuge certa comunhão espiritual.[472]

---

[468] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 150.
[469] Artigo 191 do Código Civil Francês: *Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.*
[470] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1215.
[471] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1221.
[472] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1222.

O jurista relata ainda que o fato de o amor conjugal não ser elencado como um dever no artigo 212 do Código Civil surpreendeu a muitos, entre eles Paul Hervieu, membro da primeira comissão de reforma do diploma um século depois de sua promulgação, que propôs seu acréscimo ao texto legal.[473]

Um artigo publicado pelo jornal *Le Figaro* [474] reproduziu os diálogos, traduzidos livremente, que se deram entre os membros da referida comissão, encarregados de discutir eventuais modificações com relação aos deveres e direitos dos cônjuges.

Harvieu, sobre o teor de referido artigo, teria requisitado: "Eu exijo que a palavra amor figure nesse artigo. Ela não está em nenhuma parte do Código e é, entretanto, uma das mais nobres palavras da linguagem humana."[475]

O Presidente da Comissão interveio: "Mas, enfim, meu caro colega, como o senhor deseja constranger os esposos a se amarem? A lei só tem valor na medida em que se pode constranger alguém a respeitar aquilo que ela prevê. "Amor" é uma palavra admirável, mas juridicamente é uma palavra vazia. Fale-me de auxílio, de assistência, que podem ser realizados na prática!"[476]

De fato, a sugestão de Harvieu não foi aceita e o artigo 212 permaneceu inalterado. Contudo, relata Edmon Cleray que poderiam muito bem ressoar as palavras que teria imaginado Jules Cazot, primeiro Presidente da Corte de Cassação e, à época, Senador da República, sentado em uma poltrona como que observando crianças que brincavam: "Adiante. Baguncem meu velho Código a golpes de argumentos literários. Ele é feito do mármore de Roma: durará mais do que nós!"[477]

Por fim, ainda no mesmo século, Carbonnier faz referência a decisão prolatada no início da década de 70, que havia recusado conceder divórcio sob a alegação de falta de amor, sob o fundamento de que a lei impõe não sentimentos, mas somente a observância de uma fidelidade objetiva.[478]

---

[473] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1222.

[474] Cf. CLERAY, Edmond. *Le jour où l'amour est entré dans le Code Civil.* Disponível em: <http://www.lefigaro.fr/mon-figaro/2012/11/30/10001-20121130ARTFIG00560-le-jour-o-l-amour-est-entre-dans-le-code-civil.php>. Acesso em: 02 jul 2017.

[475] CLERAY, Edmond. *Le jour...op.cit.* (nota 474), p. 4. *Je demande que le mot "amor" figure dans cet article. Il n'est nulle part dans le Code et c/'est pourrant un des plus nobles mots du langage humain.*

[476] CLERAY, Edmond. *Le jour...op.cit.* (nota 474), p. 4. *Mais enfin, mon cher collègue, comment voulez-vous contraindre des époux à s'aimer? La loi n'a de valeur que dans la mesure où l'on peut contraindre à la respecter celui qui y déroge. Amour est un admirable mot, mais juridiquement c'est un mot vide. Parlez-moi de secours, d'assistance, qui peuvent se réaliser pratiquement!*

[477] CLERAY, Edmond. *Le jour...op.cit.* (nota 474), p. 4. *Allez, pensait-il évidemment, bousculez mon vieux Code à coups d'arguments littéraires. C'est du marbre de Rome: il durera plus que nous!*

[478] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1222.

2.3.5 Divórcio

A lei de 20 de setembro de 1792 admitia o divórcio no ordenamento jurídico francês não somente em razão de causas determinadas mas também por consentimento mútuo e até por incompatibilidade de humor.[479]

Ressalta Carbonnier que entre o sistema de indissolubilidade absoluta que propunha o Antigo Regime e o divórcio inteiramente aberto, que a Revolução Francesa havia instituído, o Código Civil preferiu adotar um meio-termo, mantendo o princípio do divórcio, de conformidade com sua filosofia individualista e laicista, sob a influência de Napoleão, que gostaria de se reservar à liberdade de usá-lo um dia.[480]

Contudo, pouco tempo após a promulgação do Código Napoleônico, a lei de 8 de maio de 1816 aboliu o divórcio porque a Igreja Católica o condenava. Quase ao final do século XIX, o Partido Republicano, que havia acabado de assumir o poder, editou a lei de 27 de julho de 1884, que restabeleceu o divórcio naquele país, mas de forma moderada: excluindo a possibilidade de consentimento mútuo.[481]

Durante a Segunda Guerra Mundial, sob o governo de Vichy, tentou-se, sem sucesso, reagir contra as mudanças legislativas favoráveis ao divórcio, de modo que a partir dos anos 60 não houve mais como evitar a crescente facilitação do acesso ao divórcio.[482]

Feita essa breve retrospectiva histórica, cumpre analisar quais são as atuais possibilidades de se divorciar no ordenamento francês.

Jean Carbonnier elenca as seguintes causas de divórcio: a) culpa; b) *les charges assumées*; c) consentimento mútuo; d) *le double aveu*.[483]

2.3.5.1 Culpa

Até a metade da década de 70, data em que foi editada a lei de 11 de julho de 1975, que inseriu mudanças substanciais quanto ao regramento do divórcio, a culpa de um dos cônjuges era a única hipótese em que era permitido.[484]

---

[479] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1277.
[480] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1277.
[481] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1278.
[482] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1278.
[483] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1287.
[484] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1290.

O Código Napoleônico elencava cinco causas concretas que poderiam configurar a culpa: a) adultério; b) condenação a uma pena aflitiva e infamante; c) *excès* (excesso); d) *sévices* (abusos); e) injúria grave.[485]

Contudo, a referida lei de 1975 acabou por substituir o sistema antigo, de causas concretas, nomeadas e determinadas por um modelo centrado em uma causa abstrata, geral indeterminada.[486]

De tal feita, o art. 242 do Código Civil Francês passou a prever que o divórcio pode ser requerido por um dos cônjuges diante de fatos constitutivos de uma violação grave ou reiterada de deveres e obrigações, imputada ao outro cônjuge, que torne intolerável a manutenção da vida em comum.[487]

A imputabilidade, segundo Carbonnier, supõe uma vontade capaz e livre, de modo que o ato realizado sob o império de um problema mental não poderia ser levado em consideração.[488]

Quanto à violação de deveres e obrigações, esta tem de ser grave, na medida em que deve haver um grande campo de tolerância entre os cônjuges. Nas palavras de Carbonnier, andou bem o legislador ao reprovar, além daquela acometida de gravidade, também a conduta reiterada, já que alfinetadas reiteradas atrapalham também indubitavelmente a harmonia conjugal assim como o faz uma falha mais intensa, porém isolada.[489]

Quanto à parte final do dispositivo acerca da intolerabilidade da manutenção da vida em comum, o juiz não deveria, segundo o jurista, posicionar a "barra" da intolerabilidade nem muito baixo, já que não é possível conceber uma coabitação sem um certo sacrifício das individualidades, nem muito alto, já que o direito não pode exigir o heroísmo de se continuar uma vida em comum que não pode ser razoavelmente imposta.[490]

2.3.5.2 *Les charges assumées*

---

[485] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1291.
[486] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1292.
[487] Artigo 242 do Código Civil Francês: *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune.*
[488] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1292.
[489] CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1293. [...] *des piqûres d'épingle renouvelées brisent aussi sûrement l'harmonie conjugale qu'une faute plus éclatante, mais isolée.*
[490] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1295.

A causa de divórcio estudada no presente tópico passou a ser considerada depois de árduas discussões, na medida em que os seus opositores a caracterizavam como espécie de repúdio, por se tratar de uma vontade unilateral do demandante.

As *charges assumées* constituem uma causa dupla: situam-se no passado, em que se deu a ruptura da vida comum e no presente, por meio da consideração das consequências (*prise en charge des conséquences)*.[491]

O mais decisivo é verificar se e quando a comunicação afetiva se rompeu já que, apesar de não haver mais coabitação, a comunidade de vida pode subsistir através de um fluxo de sentimentos.[492]

Em suma, em cada caso concreto, deve-se verificar se a vida dos cônjuges feita separadamente apresenta a significação psicológica de um estado de ruptura.[493]

O art. 237 do Código Civil Francês dispõe que o divórcio pode ser requerido por um dos cônjuges na medida em que o liame conjugal foi definitivamente alterado[494]. O dispositivo seguinte, por sua vez, define a alteração definitiva do liame conjugal como sendo a cessação da comunidade de vida entre os esposos, pelo fato de viverem separados há pelo menos dois anos.[495]

A ruptura da vida comum também pode se dar por uma alteração grave das faculdades mentais. Com razão, questiona-se Carbonnier: se o casamento é uma união para o melhor e para o pior, seria justo permitir ao cônjuge em boas faculdade mentais que seja concedido o divórcio, desprezando o dever de assistência para com o enfermo?[496]

Com efeito, o legislador francês, por meio da lei de 11 de julho de 1975, admitiu o divórcio nessas circunstâncias, mediante a verificação de algumas condições: a) alteração das faculdades mentais; b) desaparecimento da comunidade de vida; c) relação de causalidade entre a enfermidade mental e o desaparecimento da comunidade de vida.[497]

O nome dessa modalidade de divórcio (*les charges assumées)*, deve-se ao fato de que aquele que toma a iniciativa do divórcio se obriga de pleno direito, com relação ao outro cônjuge, a assumir todas as suas consequências. Em outras palavras, a lei demonstra ao demandante que a liberdade que deseja somente pode ser adquirida a título oneroso,

---

[491] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1303.
[492] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1304.
[493] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1304.
[494] Artigo 237 do Código Civil Francês: *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré.*
[495] Artigo 238 do Código Civil Francês: *L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés dépuis deux ans lors de l'assignation en divorce.*
[496] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1304.
[497] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), pp. 1304-1305.

normalmente provando com sua folha de pagamento que tem condições de cumprir o dever de assistência.[498]

2.3.5.3 Consentimento mútuo

Como bem aponta Carbonnier, ao passo que no casamento o *officier d'état civil* registra a troca dos "sim" para declarar os nubentes casados, no divórcio por consentimento mútuo, o juiz exerce um controle sobre o acordo dos esposos, que a ele é submetido para homologação.[499]

O divórcio por consentimento mútuo, como o próprio nome sugere, repousa na convergência de duas vontades, exigindo algumas condições de fundo e de forma para a sua consecução.[500]

A vontade dos esposos deve se revestir de algumas características, que precisam ser verificadas pelo juiz. Faz-necessário que seja: a) real, sendo rejeitada se aparentar que foi lançada *sur un coup de tête* (por um capricho), sendo a rejeição um convite para uma reflexão sobre a intenção dos cônjuges de se divorciarem; b) livre, sem nenhuma espécie de pressão ou tentativa de levar o outro cônjuge ao engano; c) persistente, na medida em que não é suficiente que as vontades sejam convergentes apenas na requisição inicial, já que o divórcio por consentimento mútuo é um contrato que se forma por etapas.[501]

Exige-se que o pedido de divórcio seja apresentado juntamente com uma proposta de acordo temporária e outra definitiva sobre as consequências do divórcio, testando seriamente, segundo Carbonnier, a vontade dos esposos.[502]

Nesse contexto, um formalismo acentuado tem como objetivo chamar a atenção dos cônjuges para a gravidade do procedimento a que estão dando início, incluindo conselhos e advertências que ficam a cargo do juiz.[503]

Contudo, pela lei de 18 de novembro de 2016, que acrescentou os artigos 229-1, 229-2, 229-3, 229-4 e alterou os artigos 230 e 232, o procedimento ficou mais simples, com menos possibilidades de ingerência do Estado.

---

[498] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1306.
[499] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1314.
[500] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1315.
[501] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1315.
[502] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1316.
[503] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1316.

Antes da lei em questão, cabia ao juiz, como dito acima, dar conselhos e advertir as partes sobre a decisão que estavam tomando, sendo possível exercer um direito de arrependimento até o último momento da homologação.[504]

Também era necessário, nos termos do art. 231, suprimido pela mesma lei, respeitar um prazo de três meses de reflexão.[505]

Em suma, afigura-se possível o divórcio por consentimento mútuo extrajudicial, regrado pelos artigos 229-1 a 229-4 e também aquele judicial, segundo os artigos 230 e 232 do Código Civil Napoleônico.

2.3.5.4 *Le double aveu*

O divórcio por *double aveu*, ou dupla confissão, não se confunde com nenhuma das modalidades anteriores de divórcio, muito embora traga consigo alguns traços de cada uma daquelas.[506]

Trata-se do divórcio demandado por um dos cônjuges e aceito pelo outro. Recebe, por essa razão, também o nome de *divorce accepté* (divórcio aceito), vindo disciplinado pelos artigos 233 e 234 do Código Civil e pelos artigos 1129 a 1138 do Código de Processo Civil.

A definição, trazida pelo primeiro dispositivo citado do diploma civil francês, é a seguinte: "O divórcio pode ser demandado por um ou outro dos esposos ou pelos dois se aceitarem o princípio da ruptura do casamento sem consideração dos fatos que estão em sua origem. Esse aceite não é suscetível de retratação, mesmo pela via da apelação."[507]

A confissão tem de ser expressa por escrito, constando de um documento chamado de *mémoire*, sendo ambos os cônjuges convidados a escrever cada qual o seu, em que descreverão as memórias de sua vida conjugal, para que tomem consciência do que se enfraqueceu ou foi ferido durante a relação.[508]

Jean Carbonnier fala em um duplo esforço de sinceridade, de libertação psicológica, que pode ser capaz de conduzir a uma reconciliação, já que os documentos

---

[504] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1317.
[505] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1317.
[506] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1322.
[507] Artigo 233 do Código Civil Francês: *Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci. Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel.*
[508] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1323.

que cada qual redige devem tratar dos fatos - e não das culpas - que tornaram intolerável a manutenção da vida comum.[509]

A confissão, por meio dos *mémoires*, não é encarada como uma manifestação de vontade, mas como uma expressão de sentimentos, através de palavras que não produzem efeitos jurídicos, não podendo ser utilizadas contra ou a favor dos esposos.[510]

Trata-se de interessante instrumento que tanto pode levar à uma reconciliação como ao próprio divórcio, mas, neste último caso, com uma vontade esclarecida, fruto de uma ponderação e reflexão proporcionadas pelos *mémoires*.

2.3.6 Transformação na essência do casamento

2.3.6.1 A consideração do afeto

Portalis afirma na exposição de motivos do Código Napoleônico que o desejo que conduz um sexo em direção ao outro pertence à ordem física da natureza, de modo que a escolha, a preferência, a ligação pessoal que determinam esse desejo pertencem ao império do direito natural.[511]

Comparando os homens aos animais, explica Portalis que os últimos cedem a um movimento ou a um instinto de maneira cega, estabelecendo relações fortuitas ou periódicas privadas de qualquer moralidade. Os homens, por sua vez, segundo o jurista, vivem de modo que a razão sempre se mistura de algum modo a todos os atos de sua vida, de maneira que o sentimento está ao lado do desejo e o direito sucede ao instinto.[512]

Afirma ainda que o casamento não pode ser abandonado às paixões: se, nas coisas sobre as quais os nossos sentidos podem exercer um império tirânico, o uso das nossas forças e das nossas faculdades não fosse constantemente regido por leis, há muito tempo o gênero humano teria perecido pelos mesmos meios que lhe foram concedidos para se conservar e reproduzir.[513]

---

[509] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1323.
[510] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), p. 1324.
[511] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), pp. 139-140.
[512] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 140.
[513] FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 141. *Ne craignons pas de le dire: si, dans des choses sur lesquelles nos sens peuvent exercer un empire tyrannique, l'usage des nos forces e de nos facultés, n'eût été constamment réglé par des lois, il y a longtemps que le genre humain eût péri par les moyens mêmes qui lui ont été donnés pour se conserver et pour se reproduire.*

Portalis relata, por fim, que os redatores, ao determinarem as qualidades e as condições necessárias para contrair matrimônio, procuraram defender o homem moral das suas próprias paixões e das dos demais.[514]

Portanto, nota-se que, para o legislador da codificação francesa, os afetos eram vistos com menos nobreza do que outras potências humanas, como a vontade e a inteligência, de modo que estas últimas deveriam sempre prevalecer, devidamente amparadas pela lei.

2.3.6.2 Rumo a uma apreensão inteiramente subjetiva do casamento

Mais de dois séculos de vigência do Código Civil Napoleônico, permeados por uma mudança no contexto político-social francês, provocaram sensíveis mudanças na essência do casamento, fato que levou Bethery de la Brosse a tratar do novo cenário apresentado ao final do século XX como uma revolução ideológica que conduz ao que chama de "uma apreensão inteiramente subjetiva do casamento".[515]

O pensamento jurídico dominante a partir de maio de 1968, ao invés de partir da regra para definir os direitos e as liberdades, caminha no sentido contrário, já que deseja erigir diretamente esses direitos e liberdades em regra, pouco importando a coerência histórica ou o fato de se ampararem ou não em regras imutáveis.

As grandas mudanças no tratamento jurídico do casamento se produzem, portanto, nos anos 60 e 70, período em que o existencialismo e o personalismo se apresentam para exaltar a liberdade do indivíduo e afirmar sua autonomia para uma construção social racional e normativa, diminuindo o Estado e promovendo o indivíduo.[516]

Essas correntes filosóficas proporcionaram uma grande repercussão social não por causa de suas lógicas, mas por suas forças de "libertação", através de um ímpeto existencial que coloca o amor e o desejo em primeiro lugar.

Como consequência, o direito e o Estado se tornam apenas um instrumento ao serviço dessas liberdades inteiramente subjetivas, de modo que também o casamento passa a entrar nessa categoria pessoal, individual e autônoma.[517]

---

[514] Cf. FENET, P. A. *Recueil...op.cit.* (nota 407), p. 142.
[515] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour...op. cit.* (nota 2), pp. 358-378.
[516] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour...*op. cit. (nota 2), p. 359.
[517] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour...*op. cit. (nota 2), p. 362.

Bethery de la Brosse critica ainda o que chama de "ideologia dos direitos do homem", que é unicamente reivindicadora, apontando um objetivo à política sem fornecer nenhum meio para alcançá-lo.

Como consequência, o direito passa a evoluir proporcionalmente ao poder das reivindicações que são feitas, dando origem a *lobbies* em prol de um individualismo exagerado, que se coloca como criador do amor, tendo como resultado um pluralismo matrimonial e familiar que se impõe ao jurista em nome dos direitos individuais.

Concebe-se, portanto, uma "sociedade do indivíduo", contraditória em sua essência, que desresponsabiliza os indivíduos, que esperam tudo do Estado, assumindo um grande paradoxo: o reinado do indivíduo passa pela hegemonia do Estado, que é o único capaz de assegurar a sua realização.

Nesse contexto, ainda de acordo com Bethery de la Brosse, o casamento, por ser concebido de maneira puramente individual e subjetiva, torna-se vazio em sua dimensão política, perdendo a qualidade de ato fundador da família. Deixa de ser uma instituição jurídica e passa a ser o que chama de "fato privado."[518]

2.3.7 Análise crítica de decisão da Primeira Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa

Após pesquisas realizadas em todas as plataformas eletrônicas que disponibilizam os julgados dos Tribunais franceses, verificou-se a existência de uma única decisão que trata especificamente da relação entre os afetos e o casamento.

O caso paradigmático que se pretende analisar é oriundo da Primeira Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa (n° de *pourvoi* 09-15606), julgado em 19 de dezembro de 2012, que versa sobre a necessidade de estabelecimento de uma ligação afetiva no casamento.

Madame "X", que já era mãe de um filho com um terceiro, casou-se com Philippe "Y" em 12 de julho de 1996, tendo consentido em manter relações sexuais com seu marido apenas no dia de seu casamento.

O esposo, desconfiando das intenções de sua mulher e imaginando que ela havia se casado somente por conta de sua condição financeira, manifesta a algumas pessoas próximas o desejo de pedir a anulação do matrimônio que havia contraído.

---

[518] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*... op. cit. (nota 2), p. 373.

Contudo, pouco menos de um mês depois do casamento, Madame "X" agrediu violentamente seu marido, que veio a falecer.

O Ministério Público, contestando a legitimidade de Madame "X" para figurar como sucessora de seu ex-marido, demandou a anulação do casamento, como forma de privá-la dos direitos sucessórios.

O Tribunal de Grande Instância de Paris confere a ela a faculade de reivindicar os direitos em questão na condição de cônjuge supérstite, decisão essa reformada pela Corte de Apelação da mesma cidade, apoiando-se sobre provas testemunhais no sentido de que no momento do casamento, a única intenção de Madame "X" era a de usufruir do patrimônio de seu marido para garantir o seu futuro e o deu seu filho, fruto de outra união.

Os juízes da referida Corte consideraram que a mulher não tinha a intenção de se submeter a todas as obrigações que nascem de uma união conjugal, anulando, portanto, o casamento.

A Corte de Cassação confirmou o entedimento do Tribunal de Apelação e manteve a anulação por vício de consentimento.

Artigo publicado por Marie-Anne Frison-Roche aponta relevante crítica com relação ao julgado, chegando a afirmar que a Corte de Cassação parece aprovar a exigência de uma ligação amorosa para a validade do casamento.[519]

Citando um adágio francês no sentido de que o direito não se deixa levar pelos sentimentos[520], questiona como pode ter sido possível analisar a validade do casamento sob o prisma dos afetos, já que o casamento francês se funda apenas na vontade dos nubentes.[521]

Nesse contexto, se a esposa se nega a cumprir algumas obrigações do casamento, evitando formar uma efetiva comunidade de vida, seria o caso de dissolver o vínculo pelo divórcio, caso o marido não houvesse sido assassinado, e não anulá-lo.[522]

Afirma Frison-Roche ser inadequada a anulação do casamento já que as vontades foram claramente manifestadas quando da celebração do casamento, de modo que o

---

[519] Cf. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Par son arrêt du 19 décembre 2012, la première chambre de la cour de cassation semble approuver l'exigence d'un lien d'amour lorsque se noue le lien du mariage.* Disponível em: <http://mafr.fr/fr/article/par-son-arret-du-19-decembre-2012-la-premiere-cham/>. Acesso em: 07 jul 2017.

[520] *Le droit ne sonde pas les reins et les coeurs.*

[521] Cf. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Par son arrêt...op.cit.* (nota 519), p. 3.

[522] Cf. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Par son arrêt...op.cit.* (nota 519), p. 3.

presente julgado se afasta de toda uma tradição jurídica ao anular com naturalidade um casamento sob o fundamento de que não havia ligação amorosa entre os cônjuges.[523]

2.3.8 Conclusão do capítulo

2.3.8.1 Direito romano

Como ressaltado no capítulo introdutório, a análise dos aspectos essenciais do casamento em cada um dos direitos escolhidos pretende fornecer elementos que, ainda que de maneira indireta ou implícita, permitam avaliar, ao final, os pontos de contato ou mesmo de divergência com relação ao papel da afetividade para a formação e constituição do vínculo matrimonial no ordenamento brasileiro.

Apontadas algumas peculiaridades do casamento romano, é possível estabelecer conclusões parciais que se relacionam com a afetividade, no sentido de que o casamento não podia se realizar em quaisquer circunstâncias ou entre quaisquer pessoas.

Os traços principais do matrimônio romano indicam as inegáveis marcas que transmitiu ao casamento no direito ocidental[524], sendo algumas delas elencadas por Gaudemet, dentre as quais o consensualismo, sendo este último, segundo ele, o maior legado de Roma, consolidado posteriormente pelo direito canônico.[525]

O consensualismo prestigia, de fato, a autonomia dos nubentes, na medida em que vai retirando da órbita dos genitores o poder de ingerência quanto à formação do casamento.

Contudo, essa crescente relevância dada ao consentimento prestado pelos próprios nubentes não nos permite concluir que, no direito romano, houvesse uma consideração preponderante do afeto para a constituição do vínculo conjugal, na medida em que o casamento, tal como nos direitos ocidentais modernos até o século XIX, se inseria num âmbito de estratégia familiar, fortemente permeado por questões sociais e econômicas,

---

[523] Cf. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Par son arrêt...op.cit.* (nota 519), p. 3.

[524] Cf. HENRIOT, Eugène. *Moeurs...* op.cit. (nota 221), p. 87. [...] *le mariage dans cette Rome antique, dont les institutions ont laissé de si profondes empreintes dans les nôtres ; quelle marche il a suivie dans le cours des siècles ; comment, et par quels éléments dissolutifs, il a complétement dégénéré : et d'autre part, ils reconnaîtront que'entre les ménages de ces temps-là et ceux des temps modernes il y a bien de la ressemblance.*

[525] Cf. GAUDEMET, Jean. *Les legs du droit romain en matière matrimoniale.* In: *Il matrimonio nella società altomedievale. Settimane di studio del centro italiano di studi sull'alto medioevo XXIV, t. I.* Spoleto: SICAM, 1977, p. 175.

interessando sobremaneira à família a entrada da mulher e a eventual prole oriunda da união. [526]

O aspecto da publicidade, por sua vez, que permitia distinguir o casamento do concubinato, tornou-se ainda mais intenso com a secularização do casamento, em que o Estado passa a regulá-lo.

A diferença de sexos e o caráter monogâmico[527] foram também características importantes que permaneceram por longos séculos no mundo ocidental.

A bigamia, como já apontado, era punida inclusive como crime no direito pós-clássico, de modo que o casamento destinado a somente duas pessoas figura como outro indicativo de que o afeto não poderia se impor perante determinadas regras sociais.

Além da monogamia, vislumbram-se no direito romano, nas palavras de Gaudemet, outras exigências jurídicas, tais como, com relação ao c*onubium*, a proibição de uniões incestuosas, entre parentes em linha reta, em parentesco natural ou adotivo, ou em linha colateral até o sexto grau.[528]

Trata-se de importante elemento que indica que nem todo afeto poderia se traduzir em casamento.

Por último, uma das diferenças mais notáveis com relação aos casamentos modernos reside na a*ffectio maritalis*.

Diferentemente do matrimônio romano, em que o consentimento não se encerrava no momento em que se contraía o vínculo, mas persistia como uma vontade duradoura, reforçada objetivamente pelo *honor matrimonii*, o casamento moderno exige apenas uma manifestação de vontade inicial.

Não era possível, tal como pode suceder hoje, que um casamento perdurasse muito embora insubsistente a contínua vontade de permanecerem como marido e mulher.

Ou seja, ao passo em que, no direito romano, a coerência residia em conferir ao casamento, enquanto realidade social, uma relevância jurídica, hodiernamente, contudo, a realidade social pode, muitas vezes, não corresponder ao *status* jurídico que lhe é atribuído.

O casamento romano seria, portanto, uma comunidade entre dois esposos (monogamia e diversidade de sexos), em uma associação de corpo e alma (transcendência

---

[526] Cf. GAUDEMET, Jean. *L'apport*...op.cit. (nota 216), p. 159.
[527] Cf. GAUDEMET, Jean. *L'apport*...op.cit. (nota 216), p. 158.
[528] Cf. GAUDEMET, Jean. *L'apport*...op.cit. (nota 216), p. 160.

do vínculo), que duraria ordinariamente por toda a vida (*consortium omnis vitae)* e que persistiria, segundo Gaudemet, apesar das inconsequências do coração ou dos sentidos.[529]

Pode-se concluir, portanto, que o mero afeto não podia se sobrepor a diversas circunstâncias sociais e presumia uma comunhão efetiva entre os esposos, traduzida pela disposição interior de permanecerem unidos e manifestada externamente pelo *honor matrimonii*, levando Marchi a ressaltar "seu elevado conteúdo ético e de decoro e respeito humano recíproco na união conjugal entre um homem e uma mulher", acrescentando que não seria exagerado se sustentar a "superioridade ética do matrimônio romano clássico em relação ao casamento do direito moderno."[530]

2.3.8.2 Direito canônico

Pelo quanto apresentado no presente capítulo, é possível, com relação à afetividade, estabelecer algumas conclusões, ainda que de maneira indireta ou implícita.

Tal como no Direito Romano, verifica-se que o casamento canônico não pode se dar em quaisquer circunstâncias ou entre quaisquer pessoas. Em outras palavras, a simples existência do afeto não autoriza contrair o vínculo matrimonial.

A poligamia, como visto, é expressamente excluída, assim como a possibilidade de o casamento se dar entre pessoas do mesmo sexo, nos termos do citado Cânon 1055, § 1° do Código de Direito Canônico.

A existência de impedimentos, sobretudo os relativos à consanguinidade e à afinidade demonstra a preocupação em bem delimitar os laços familiares ou criados com a família do cônjuge.

Aspecto relevante na análise da realidade canônica é a de que o amor conjugal não é vislumbrado como mera afetividade, mas encarado sobretudo como um ato de vontade. Essa concepção pode ser claramente notada nos últimos documentos do Magistério da Igreja que foram devidamente analisados.

A esse respeito, nas palavras de João Paulo II, em discurso proferido à Rota Romana em 1999, o amor conjugal "não é somente nem sobretudo um sentimento; é, ao contrário e essencialmente, compromisso com outra pessoa, que se assume mediante um ato de vontade bem determinado."[531]

---

[529] Cf. GAUDEMET, Jean. *L'apport*...op.cit. (nota 216), p. 158.
[530] MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. *Matrimônio*....op.cit. (nota 76), p. 123.
[531] ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos*...op.cit. (nota 268), p. 43.

Já o Ponto 1643 do Catecismo da Igreja Católica afirma que "o amor conjugal comporta um todo em que entram todas as componentes da pessoa – apelo do corpo e do instinto, força do sentimento e da afetividade, aspiração do espírito e da vontade –; visa uma unidade profundamente pessoal – aquela que, para além da união numa só carne, conduz à formação dum só coração e duma só alma –; exige a indissolubilidade e a fidelidade na doação recíproca definitiva; e abre-se à fecundidade."[532]

Ainda nesse sentido, leciona Martín de Agar que às vezes se fala de um matrimônio como uma espécie de noivado indefinido e se conclui que se o amor decai, o matrimônio deixa de existir, quando, na verdade, esse modo de ver não é correto, entre outras razões, porque se confunde amor com sentimento ou atração, como se em nada se relacionasse com a vontade.[533]

Por fim, é possível perceber por todos os elementos estudados nesse capítulo, que, tal como citado pelo Papa Francisco na Exortação Apostólica *Amoris Laetitia*, o amor não pode se reduzir a mera atração ou vaga afetividade, sob pena de os cônjuges experimentarem uma extraordinária fragilidade diante da volatilidade de ambas.[534]

2.3.8.3 Direito francês

Os elementos de direito francês em matéria de casamento estudados no presente capítulo possibilitam apontar aspectos relevantes sobre como aquele ordenamento, direta ou indiretamente, considera a questão da afetividade.

O primeiro fato digno de nota é que tal como no direito romano e no direito canônico, também no direito francês o casamento não pode se dar em quaisquer circunstâncias ou entre quaisquer pessoas, muito embora esteja sendo cada vez mais flexibilizado.

A esse respeito, interessam a este estudo as vedações à poligamia e ao casamento entre pessoas que apresentam estreitos laços de consanguinidade, padrão largamente seguido pelos países ocidentais.

---

[532] CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p2s2cap3_1533-1666_po.html>.
[533] MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción*...op.cit. (nota 319), p. 133.
[534] Cf. PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), p. 171.

Entretanto, ainda que haja impedimentos dessa ordem, são objeto de dura crítica de Bethery de la Brosse, que aponta um recuo na utilização de critérios de ordem natural para os impedimentos no casamento.[535]

Cita, como exemplo, o fato de que impedimentos como os relativos à idade, ao incesto e à bigamia não são dirimentes pelo fato de que são naturais, mas o são em razão da lei.[536]

Segundo ele, portanto, esse recuo é uma consequência da concepção sobretudo legalista do liame conjugal, de modo que, a partir do momento em que a realidade matrimonial tem o seu centro na vontade do legislador, as realidades naturais passam a ter menos destaque, tendo a união valor somente pelo fato de ser consagrada pela lei.[537]

Fato é que o matrimônio francês, sobretudo a partir de sua disciplina no Código Civil Napoleônico, passou a apresentar fortes traços de individualismo. Trata-se da passagem, apontada por Bethery de la Brosse e já ressaltada, de um contexto de heteronomia para outro de autonomia, em que o indíviduo quer que o Estado reconheça e lhe atribua os direitos de que se julga titular.

Nessa esteira, segundo Eduardo de Oliveira Leite, "a filosofia das Luzes, aliada aos ideais da Revolução Francesa, favoreceu o desenvolvimento de duas grandes e novas ideias que repercutiram consideravelmente na estrutura familiar: as ideias de igualdade e de felicidade individual."[538]

A ideia de felicidade individual passa realmente a ser fortalecida. Como exemplo, o consentimento dos pais, que era exigido para o casamento do maior ou do menor de idade no início da vigência do Código Napoleônico, passou a ser deixado em segundo plano.

Os nubentes passam, portanto, a ser soberanos em suas escolhas matrimoniais, o que ajuda a afastar o antigo costume de casamentos de interesses econômicos e sociais e lhes dá autonomia para se autogovernarem.

A análise de Bethery de la Brosse sobre as mudanças operadas em matéria matrimonial no século XX lança muitas luzes para a compreensão de seu estágio atual. A influência do personalismo e do existencialismo nas décadas de 60 e 70 na França contribuiu para que o indivíduo quisesse se afirmar cada vez mais em relação ao Estado, cabendo a este último prover-lhe os "direitos" que deseja.

---

[535] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*...op. cit. (nota 2), p. 246.
[536] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*...op. cit. (nota 2), p. 247.
[537] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*...op. cit. (nota 2), pp. 246-247.
[538] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de*...op. cit. (nota 1), p. 292.

Nesse contexto, também o casamento passa a ser um mero direito, estritamente privado, que o Estado tem de garantir ao indivíduo. Por essa razão, o jurista francês chama de "sociedade do indivíduo" o ambiente em que são reivindicados os direitos de cada qual, dando origem a um pluralismo familiar e matrimonial.

Fruto dessas transformações, o *mariage pour tous* ("casamento para todos"), movimento que contribuiu para a aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo na França, evidencia também a lógica individualista, confirmando que o Estado não parece ter mais o poder de fixar padrões de conduta nessa seara, limitando-se a conferir direitos a indivíduos ou grupos de indivíduos que sejam capazes de se organizar e reivindicá-los.

As modalides de divórcio estudadas também permitem algumas análises pertinentes.

No divórcio por *charges assumées*, faz-se necessária a verificação de quando a comunicação afetiva se rompeu. Nesse contexto, como já se ressaltou, o casamento pode subsistir, apesar de não haver mais coabitação, por um fluxo de sentimentos. Indaga-se, contudo, nesse particular, se a mera existência de sentimentos poderia manter o casamento se todos os seus outros componentes (comunhão de vida, coabitação, dever de assistência) aparentam ter se esvaído.

Outro ponto bastante peculiar nessa modalidade de divórcio se refere à sua possibilidade quando se der alteração grave das faculdades mentais de um dos cônjuges.

Ora, se o casamento pressupõe uma comunhão para toda a vida, na saúde e na doença, na alegria e na tristeza, soa irrazóavel haver uma previsão que contemple justamente uma ruptura quando um dos cônjuges passar a padecer de enfermidade mental.

Nesse aspecto específico, nota-se uma grande diferença com relação ao ordenamento brasileiro - que será estudado adiante - que passou a conferir, com a promulgação do Estatuto das Pessoas com Deficiência, um tratamento mais digno a esses indivíduos.

Notou-se também interessante dispositivo (artigo 230 do Código Civil Francês), na redação que precedeu a promulgação da lei de 18 de novembro de 2016, que impedia que os esposos casados há menos de seis meses recorressem ao divórcio por consentimento mútuo, já que não teriam experimentado todas as possibilidades do casamento.

Contudo, o mesmo artigo, em sua redação atual, deixou de contemplar a necessidade de observância do referido prazo antes do pedido de divórcio.

Trata-se de outra demonstração de que o Estado está cada vez menos propenso a ordenar padrões de comportamento em matéria matrimonial. A supressão em questão permite que um casamento seja dissolvido de maneira inegavelmente precoce.

No que se refere ao divórcio por consentimento mútuo, havia uma grande diferença com relação à possibilidade correspondente no Brasil, a partir da Emenda Constitucional n° 66/2010, que será devidamente estudada em capítulo próprio.

Até o advento da lei de 18 de novembro de 2016, o divórcio por consentimento mútuo na França seguia um procedimento bastante formal e não muito célere, que incluía, por exemplo, conselhos e advertências dados pelos juiz acerca do divórcio e também contava com o antigo artigo 231, que conferia um prazo para reflexão de três meses, antes do qual o divórcio não poderia ser oficializado.[539]

Contudo, diante da promulgação da referida lei, o procedimento acabou por se tornar mais simples, evidenciando-se, uma vez mais, a cada vez menor ingerência do Estado, que deixa de editar normas que objetivem evitar a consumação do divórcio.

Igualmente relevante a análise do divórcio pela via do *double aveu* ou da dupla confissão. O duplo esforço de sinceridade, de que fala Carbonnier, através da redação dos ditos *mémoires*, pode ser capaz de gerar a reconciliação, permitindo que o casal analise o caminho percorrido até então e identifique o que prejudicou a relação.

Em suma, os elementos estudados em direito francês com relação à afetividade no casamento traçam um panorama bastante claro: parte-se de uma compreensão dos afetos como sendo menos nobres, inequiparáveis à inteligência e à vontade humanas e que deveriam, a todo custo, ser evitados e parte-se para uma realidade, cuja ideologia teve o ápice nas décadas de 60 e 70 do século passado, em que a felicidade individual tem de ser garantida a todo e qualquer indivíduo, inclusive em matéria matrimonial.

---

[539] Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la famille...op.cit.* (nota 405), pp. 1316-1317.

3 DIREITO BRASILEIRO

3.1 Breve retrospectiva histórica: o regramento do casamento no cenário anterior à Constituição de 1988

3.1.1 Brasil-Império

Durante o período imperial, o casamento e seus aspectos essenciais, como celebração, impedimentos, dispensas, separação e nulidade foram regrados pelo Direito Canônico, de modo que o Direito Civil apenas se ocupava dos regimes de bens e alimentos, bem como das questões relativas à criação dos filhos.[540]

A principal fonte de Direito Canônico eram as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia[541], promulgadas no início do século XVIII, que reuniam as disposições do direito da Igreja em vigor à época, apresentando frequentes remissões seja a disposições conciliares e decretos papais, seja a Ordenações do Reino e doutrina.[542]

Quanto a estes últimos, destacam-se a Sessão XXIV do Concílio de Trento, o Livro IV, Título XLVI, § 1° das Ordenações Filipinas e as leis de 29 de novembro de 1775 e de 6 de outubro de 1784[543], analisando-se cada qual em particular.

3.1.1.1 Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia

As Constituições Primeiras eram divididas em cinco livros, sendo que o primeiro se ocupava, dentre outra questões, dos setes sacramentos da Igreja e dos modos de administrá-los. O casamento, enquanto sacramento, foi tratado nos Títulos LXII a LXXIV, cujas principais disposições serão a seguir comentadas.

3.1.1.1.1 Conceito e fins do matrimônio

---

[540] Cf. AMARAL, Isabela Guimarães Rabelo do. *Obstáculos ao casamento no Brasil imperial*, p. 2. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fccb60fb512d13df>. Acesso em: 27 ago 2017.

[541] CONSTITUIÇÕES PRIMEIRAS DO ARCEBISPADO DA BAHIA. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>. Acesso em: 27 ago 2017.

[542] Cf. POVEDA VELASCO, Ignacio Maria. *Os esponsais no direito luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 47.

[543] Cf. SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. *O matrimônio no Império do Brasil: uma questão de Estado*. Revista Brasileira de História das Religiões, ano 4, n. 12, 2012, p. 82.

No § 259 do Título LXII, define-se o matrimônio como o último dos sete sacramentos instituídos por Cristo: "E sendo ao princípio um contrato com vínculo perpétuo e indissolúvel, pelo qual o homem e a mulher se entregam um ao outro, o mesmo Cristo Nosso Senhor o levantou com a excelência do sacramento, significando a união que há entre o mesmo Senhor e a sua Igreja, por cuja razão confere graça aos que dignamente o recebem."

O § 260 do mesmo Título trata dos aspectos mais relevantes acerca da estrutura e dos fins do matrimônio, a saber: a) a "propagação humana, ordenada para o culto e honra de Deus"; b) "a fé e lealdade, que os casados devem guardar mutuamente"; c) "inseparabilidade dos mesmos casados, significativa da união de Cristo Senhor Nosso com a Igreja Católica"; d) remédio à concupiscência ("assim São Paulo o aconselha como tal aos que não podem ser continentes").

Acrescenta ainda o parágrafo em tela a prescrição de que os nubentes devem ser instruídos a respeito dessas características, para que celebrem o casamento "com fim santo e honesto e se disponham para receber seus efeitos, que são causar graça, como os mais sacramentos, e dar especiais auxílios para satisfazer cristãmente as obrigações de seu estado."

3.1.1.1.2 Capacidade e impedimentos

De acordo com o § 267 do Título LXII do Livro Primeiro, para que pudessem contrair matrimônio, o homem deveria ter quatorze anos completos e a mulher doze também completos, "salvo quando antes da dita idade, constar que tem discrição e disposição bastante, que supra a falta daquela."

Não podia se casar o doido ou "desacisado", se não entendesse o que fazia nem pudesse dar para o ato o legítimo consentimento. Contudo, se tivesse intervalos lúcidos, lhe era permitido contrair matrimônio nesses períodos.

Quanto aos impedimentos, as disposições do § 284 indicavam o cuidado que se devia ter para se evitar os danos que poderiam resultar da sua ignorância. Para isso, determinava-se aos párocos e capelães, sob pena de mil réis, que lessem os dispositivos correspondentes ao povo duas vezes ao ano, uma no primeiro domingo depois da Epifania e outra no primeiro domingo depois da Páscoa.

Em seguida, o parágrafo seguinte começa a elencar os impedimentos dirimentes: erro; condição ("convém saber se algum dos contraentes é cativo e o outro não sabe, antes

trata de casar com ele, tendo para si que é livre"); voto; cognação (natural, se os contraentes forem parentes por consanguinidade dentro do quarto grau; espiritual, "que se contrai nos sacramentos do batismo e da confirmação entre o que batiza e o batizado, e seu pai e mãe e entre os padrinhos e o batizado e seu pai e mãe, da mesma maneira no sacramento da confirmação"; legal, em virtude da adoção); crime; disparidade de religião ("porque nenhum infiel pode contrair matrimônio com pessoa fiel e, contraindo-o, é nulo e de nenhum efeito"); força ou medo; ordem; ligame ("se algum dos contraentes é casado por palavras de presente com outra mulher ou marido, ainda que o matrimônio seja somente rato e não consumado"); pública honestidade; afinidade ("convém a saber que o marido pelo matrimônio consumado contrai afinidade com todos os consanguíneos de sua mulher até o quarto grau e, assim, morta ela, não pode contrair matrimônio com alguma sua consanguínea dentro dos ditos graus"); impotência; rapto; ausência.

Já no § 286, estatui-se que além dos impedimentos dirimentes citados, "os quais não só impedem, mas dirimem o matrimônio depois de contraído", há ainda outros que somente impedem o matrimônio que ainda não se celebrou: proibição eclesiástica; voto; esponsais.

3.1.1.2 Concílio de Trento

Na sessão XXIV do Concílio de Trento, ocorrida em 11 de novembro de 1563, foram estabelecidos alguns cânones acerca do matrimônio, sobretudo em razão das polêmicas doutrinárias causadas pela Reforma Protestante.

Fez-se necessário reafirmar a validade do Magistério da Igreja em matérias bastante sensíveis, como as relativas à sacramentalidade, indissolubilidade e consentimento paterno.[544]

Quanto ao caráter sacramental do matrimônio, o ponto 970 do documento conciliar, antes de elencar os canônes propriamente ditos, ressalta que "o matrimônio da Lei Evangélica excede pela graça de Cristo os antigos matrimônios" e que "com razão ensinaram os nossos santos Padres, os Concílios e toda a Tradição da Igreja, que ele deve ser enumerado entre os sacramentos da Nova Lei".

---

[544] Cf. FERNANDES, Maria de Lurdes Correia. *Espelhos, cartas e guias: casamento e espiritualidade na Península Ibérica: 1450-1700*, pp. 201-202. Disponível em: < http://ler.letras.up.pt/site/default.aspx?qry=id06id134&sum=sim>. Acesso em: 27 ago 2017.

Nesse sentido, estabeleceu o ponto seguinte, através do Cânon 1º, que deve ser excomungado todo aquele que disser que "o matrimônio não é verdadeira e propriamente um dos sete sacramentos da Lei Evangélica, instituído por Nosso Senhor Jesus Cristo, e [disser] que foi inventado pelos homens na Igreja e que não confere graça."

Igualmente relevantes o Cânon 2º, apresentado pelo ponto 971, que veda a poligamia[545], o Cânon seguinte, que trata dos impedimentos relativos à consanguinidade e à afinidade[546], e o Cânon 7º, contido no ponto 977, que reafirma o ensinamento da Igreja no sentido de que "o vínculo do matrimônio não pode ser dissolvido pelo adultério dum dos cônjuges e que nenhum dos dois, nem mesmo o inocente que não deu motivo ao adultério, pode contrair outro matrimônio em vida do outro cônjuge, e que comete adultério tanto aquele que, repudiada a adúltera, casa com outra, como aquela que, abandonado o marido, casa com outro."

3.1.1.3 Ordenações Filipinas

Como já se ressaltou, o Direito Canônico regia substancialmente o direito matrimonial, tratando de seus aspectos mais relevantes, ao passo que ao Direito Civil foi atribuída a competência para tratar dos regimes de bens e alimentos, bem como das questões relativas à criação dos filhos.

Nesse sentido, o Livro IV, Título XLVI, § 1° das Ordenações Filipinas estatui que, via de regra, marido e mulher são meeiros em seus bens, "salvo quando entre as partes outra coisa for acordada e contratada, porque então se guardará o que entre eles for contratado."

As outras poucas disposições em matéria de casamento contidas nas Ordenações dizem respeito à prova do débito conjugal também visando aos efeitos patrimoniais, bem como aos outros requisitos necessários para se provar a celebração do casamento.[547]

---

[545] "972. *Cân. 2.* Se alguém disser que é licito aos cristãos ter ao mesmo tempo muitas mulheres, e que isto não é proibido por nenhuma lei divina (Mt 19, 4 ss 9) — *seja excomungado."*

[546] "973. *Cân. 3.* Se alguém disser que só aqueles graus de consanguinidade e de afinidade que se declaram no Levítico (Lv 18, 6 ss) podem impedir de contrair matrimônio e dirimi-lo depois de contraído; ou que a Igreja não pode dispensar de alguns desses impedimentos ou estabelecer outros [graus] que impeçam e dirimam — *seja excomungado."*

[547] "E quando o marido e mulher forem casados, por palavras de presente à porta da Igreja, ou por licença do Prelado fora dela, havendo cópula carnal, serão meeiros em seus bens e fazenda. E posto que eles queiram provar, e provem que foram recebidos por palavras de presente, e que tiveram cópula, se não provarem que foram recebidos à porta da Igreja ou fora dela, com licença do Prelado, não serão meeiros."

3.1.1.4 Leis de 29 de novembro de 1775 e de 6 de outubro de 1784

Duas leis extravagantes, somadas a alguns alvarás do século XVIII[548], complementaram a regulamentação do matrimônio durante o Império. Trata-se das leis de 29 de novembro de 1775 e de 6 de outubro de 1784, a respeito das quais se tecem breves comentários.

A primeira lei em questão tratou dos casos em que a celebração dos matrimônios era obstada pela falta de consentimento dos pais, tutores ou curadores. O imperador, ao editá-la, manifestou seu descontentamento com o fato de que o consentimento dos responsáveis vinha sendo negado mesmo nos casamentos mais úteis, correspondentes às qualidades das famílias, de modo que o poder que se lhes atribuía se tornou despótico, "em notório prejuízo das famílias e da povoação de que depende a principal força dos Estados."

Portanto, para coibir "tão perniciosos abusos" e conter o poder paterno "nos seus justos e racionáveis limites", dentre outras determinações, estabeleceu-se que em caso de negativa de consentimento por parte dos pais, tutores ou curadores, seria possível recorrer à Mesa do Desembargo do Paço, "a qual, informada das qualidades das famílias e das conveniências dos casamentos, e ouvidos, em termo breve e sumário, os pais, mães, tutores ou curadores, concederá ou negará as pretendidas licenças, segundo o merecimentos dos recursos."

Dependendo do *status* social do demandante, o pedido deveria ser dirigido não ao Desembargo do Paço, mas a outros órgãos competentes: "ordeno que as outras pessoas da corporação e grêmios dos Artífices e das ocupações da plebe, recorram nos sobreditos casos nesta Corte aos Corregedores do Cível dela ou da cidade; e nas Províncias, aos corregedores ou Provedores das Comarcas."

Suprido o consentimento por qualquer das autoridades mencionadas, as licenças deveriam ser apresentadas aos párocos para serem os nubentes admitidos em matrimônio, "como se para eles interviesse expresso consentimento dos pais, mães, tutores ou curadores."

Já a edição da lei de 6 de outubro de 1784 se deu em um contexto em que ocorriam graves abusos que se praticavam na celebração do contrato esponsalício diante da falta de regramento.

---

[548] Como exemplo, o alvará de 17 de agosto de 1761, que tratava do luto das viúvas e dos abusos de dispensas com relação aos casamentos de pessoas de primeira grandeza e aquele de 23 de novembro de 1770, dispondo sobre os matrimônios lesivos também dos viúvos.

Dona Maria, antes de elencar suas determinações, afirma que os contraentes "muitas vezes se obrigam a casar por promessa, pactos e convenções clandestinas, feitas sem conselho e consentimento dos pais e, na falta destes, dos respectivos tutores ou curadores, por mero impulso de suas próprias e desordenadas paixões, ou por solicitações de pessoas interessadas em semelhantes ações", contexto esse que as obrigações nasciam "no seio do vício, da precipitação e do engano", sendo "o fecundo princípio de inumeráveis desordens, dissensões e escândalos, que perturbam a paz interior das famílias, arruinam as casas, pervertem os costumes e impedem o feliz êxito dos matrimônios, com grave e considerável prejuízo do bem público."

Diante de tal situação, ordenou-se que nenhuma pessoa, de qualquer qualidade ou condição, pudesse contrair esponsais sem ser por escritura pública, lavrada por tabelião e assinada pelos contraentes, pelos pais de cada um deles e por duas testemunhas, ao menos.

Estabeleceu-se também que os "os filhos famílias e os menores não poderão contrair esponsais até a idade de vinte e cinco anos, sem consentimento dos pais, tutores ou curadores."

Em suma, além de prescrever a forma como as promessas de casamento deveriam ser realizadas, a lei em tela, ao trazê-las para a jurisdição civil, constituiu claro exemplo da tentativa de reforçar a autoridade estatal sobre a religiosa.[549]

3.1.2 Brasil-República

Apenas um ano após a Proclamação da República Brasileira e antes mesmo da Constituição Federal de 1891, foi editado o decreto 181/1890, de lavra do Marechal Deodoro da Fonseca, que trouxe diversas disposições acerca do casamento.

A principal delas foi trazida pelo art. 109: "Da mesma data por diante [24 de maio de 1890] todas as causas matrimoniais ficarão competindo exclusivamente à jurisdição civil. As pendentes, porém, continuarão o seu curso regular, no foro eclesiástico."

Trata-se da instauração no ordenamento jurídico brasileiro do casamento exclusivamente civil, subtraindo a competência canônica até então vigente.

Semelhantemente ao que ocorreu na França, em que também se negou o reconhecimento dos matrimônios religosos a partir do período revolucionário, e diferentemente de outros países ocidentais em que havia proteção legal tanto ao casamento

---

[549] Cf. POVEDA VELASCO, Ignacio Maria. *Os esponsais...op.cit.* (nota 546), p. 55.

civil como ao religioso, a mudança no Brasil se deu de maneira abrupta, ignorando a longa relação do povo com o casamento na Igreja.

O cenário não se alterou, como se verá, com a entrada em vigor da primeira Constituição Republicana do Brasil, de modo que somente no governo de Getúlio Vargas o casamento religioso voltou a ser protegido pela legislação.

Cabe analisar, portanto, o que trouxeram de relevante em matéria matrimonial as Constituições a partir do final do século XIX no Brasil.

3.1.2.1 Constituições Federais

A primeira Constituição Federal Brasileira no período republicano foi a de 1891, que declarou em seu art. 72, § 4° que "a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita."

Trata-se de ratificação do teor do decreto 181/1890 e de outro decreto (526 de junho do mesmo ano) que, diante da relutância da população em seguir o novo regramento civil, assim estabeleceu: "o casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes. O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa da metade do tempo. No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas penas."

Apesar da vigência dos dois decretos mencionados e dos próprios termos da Constituição de 1891, que ratificavam o casamento exclusivamente civil, a arraigada tradição do casamento religoso fez com que a Constituição de 1934 criasse a figura do casamento religioso com efeitos civis.

Com esse intuito, após afirmar no art. 144 que a família tinha origem no casamento indissolúvel, que gozava de proteção especial do Estado, a Carta redigiu o art. 146 nos seguintes termos: "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, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil."

A Constituição seguinte, ainda sob a era Vargas, limitou-se a reiterar que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sem que tenha feito referência à sua forma, no art. 124 daquele diploma.[550]

A Carta de 1946, por sua vez, além de manter a indissolubilidade do casamento, concedeu nos parágrafos do art. 163 a possibilidade de se obter os efeitos civis do casamento religioso também no caso da habilitação civil se dar após a celebração religiosa.

A Constituição de 1967 e a Emenda 01/1969 não apresentaram nenhuma modificação substancial, diferentemente do que se deu com a Emenda Constituicional 09/1977, que inovou o ordenamento jurídico com a possibilidade do divórcio, tema que será tratado em tópico próprio.

3.1.2.2 Código Civil de 1916

O Código Civil idealizado por Clóvis Bevilácqua cuidava do casamento a partir do art. 180, dispositivo que inaugura a Parte Especial, Livro I, Título I daquele diploma.

O Direito de Família, como um todo, foi objeto de poucas modificações com a promulgação do Código Civil de 1916, preservando-se a essência do Direito Canônico em temas como o do matrimônio como instituição destinada à procriação e da distinção entre filhos legítimos, nascidos de pais casados, e ilegítimos. Por essa razão, já se disse que "o Código Civil de 1916 acabou conservando a visão da época, preservando, portanto, a tradição católica, em vez de rompê-la."[551]

Além das mencionadas, dentre as diversas peculiaridades daquele Código citam-se: a) a figura do marido como chefe da sociedade conjugal, nos termos do art. 233; b) a possibilidade de desquite, que apesar de isentar os cônjuges dos deveres matrimoniais, não rompia o vínculo conjugal; c) a ausência de plena capacidade da mulher casada; d) a comunhão universal de bens como regime legal.

Contudo, logo nas primeiras décadas que se seguiram ao início da sua vigência, o Direito de Família passou por consideráveis transformações, em virtude da edição de diversas leis e decretos que procuraram adequar a legislação às mudanças sociais percebidas no início do século XX.

---

[550] Cf. COSTA, Dilvanir José da. *A família nas Constituições*. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, pp. 13-19, jan./mar. 2006, p. 15.

[551] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O legado do Código Civil de 1916*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 111, pp. 85-100, jan./dez. 2016, p. 91.

Pela relevância de que gozaram, pode-se mencionar: o Decreto-Lei 3.200/41, que permitiu o casamento entre colaterais em terceiro grau; o Decreto 4.737/42, admitindo a possibilidade de reconhecimento de filhos ilegítimos após o fim da sociedade conjugal; Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), que extinguiu a capacidade relativa das esposas.[552]

Para efeitos de comparação com o Código Civil de 2002 e com o objetivo de se ater aos temas principais que foram analisados de forma mais aprofundada nos outros direitos estudados no presente trabalho, serão objeto de uma análise mais detida os seguintes temas: conceito e fins do matrimônio, condições de validade e impedimentos.

3.1.2.2.1 Conceito e fins do casamento

Apesar de não haver uma conceituação legal do matrimônio, o art. 229 do Código Civil de 1916 indicava que o casamento criava a família legítima, legitimando os filhos comuns nascidos ou concebidos antes de sua celebração.[553]

Clóvis Bevilácqua definia o matrimônio como "a regulamentação social do instinto de reprodução, trabalhada de um modo lento, através de muitas e diversíssimas vicissitudes, até à acentuação de sua forma vigente entre os povos cultos."[554]

Trata-de do contrato mais solene que já existiu, por ser a mais importante de todas as transações humanas e a base de toda a constituição da sociedade civilizada, tendo efeitos mais extensos, valor social maior, já que legitima a família e "faz tecer-se uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres."[555]

Orlando Gomes, criticando as definições que se apoiavam sobre elementos morais e religiosos, conceituou o casamento como "a legalização de uma união sexual, o ato pelo qual pessoas de sexo diferente fundam uma família legítima."[556]

Por sua vez, Washington de Barros Monteiro, um dos defensores da teoria institucionalista, que trata o matrimônio como uma grande instituição social, define-o como "a união indissolúvel entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos."[557]

---

[552] Cf. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O legado...op.cit.* (nota 551), p. 95.
[553] Art. 229 do Código Civil de 1916: *"Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos."*
[554] BEVILÁCQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 33.
[555] BEVILÁCQUA, Clóvis. *Direito...op.cit* (nota 554), p. 35.
[556] GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 46.
[557] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 4.ed, rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 15.

Como se percebe, muitos dos conceitos propostos acabam por indicar, em sua essência, os próprios fins do matrimônio. Sem prejuízo dessa constatação e diante do breve posicionamento do Código Civil, que trata do caráter legitimador do casamento, cumpre investigar o que mais apontavam os doutrinadores como finalidades do casamento.

Orlando Gomes aponta que o fim principal ou natural do casamento é dignificar as relações sexuais, de modo a estabilizá-las em uma sociedade única e indissolúvel, mas assevera que, juridicamente, o fim essencial do matrimônio é a constituição de uma família legítima.[558]

Pontes de Miranda, após asseverar que o matrimônio não é somente uma relação jurídica, mas sim - e antes de tudo - uma relação de caráter moral, sustenta que os fins do matrimônio, tal como concebidos no Código Civil de 1916, seriam legalizar as relações sexuais, estabelecendo o *debitum coniugale*, probir a cópula com terceiros e criar a família legítima.[559]

3.1.2.2.2 Condições de validade

Para que fosse contraído validamente nos moldes do Código Civil de 1916, o casamento tinha de cumprir algumas condições, em homenagem à moralidade, segurança e publicidade e à sua própria importância, sendo que essas condições se dividiam em três categorias, a saber: requisitos exigidos às pessoas do nubentes, solenidades preliminares para verificá-los e dar-lhes publicidade e, por fim, a celebração de acordo com as normas legais.[560]

Quanto à primeira categoria, pode-se dividir os requisitos em condições naturais de aptidão, que se subdividem em física (puberdade, potência e sanidade[561]) e intelectual (capacidade natural e consentimento íntegro) e condições de ordem moral e social (grau de parentesco e existência de vínculo matrimonial válido).[562]

A puberdade, tal como se verificou nos demais direitos, se relaciona ao atingimento da idade núbil, que permite a celebração do casamento aos que o desejarem, já que,

---

[558] Cf. GOMES, Orlando. *Direito...op.cit.* (nota 556), p. 56.
[559] Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo VIII: Dissolução da sociedade conjugal. Casamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 169.
[560] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso...op.cit.* (nota 557), p. 57.
[561] A sanidade, em particular, não tinha previsão no Código Civil de 1916. Apesar disso, Orlando Gomes elenca-a como condição física necessária para o casamento, com o intuito de evitar a geração de prole que não fosse sadia.
[562] Cf. GOMES, Orlando. *Direito...op.cit.* (nota 556), p. 70.

presumivelmente, estariam fisiologicamente aptos a procriar. Nos termos do art. 183, XII do Código Bevilácqua, não podiam se casar as mulheres menores de 16 e os homens menores de 18 anos.

A potência, ou seja, a necessária aptidão para a realização do ato sexual, apesar de não se exigir a sua prova antes da celebração do matrimônio, caso viesse a faltar e fosse caso de *impotentia coeundi*, poderia conduzir a anulação do casamento.[563]

Já com relação à aptidão intelectual, pode-se entender a capacidade natural como a aptidão para contrair direitos e obrigações e o consentimento íntegro como aquele que não é maculado por nenhuma espécie de vício ou defeito.

Por fim, as ditas condições de ordem moral, por serem abarcadas pela noção de impedimentos, serão objeto de análise no tópico seguinte.

3.1.2.2.3 Impedimentos

O art. 183 do Código Civil de 1916 elencava dezesseis impedimentos para a celebração do casamento, sendo metade deles dirimentes, tornando nulos de pleno direito os casamentos realizados sem a sua observância, e a outra metade meramente impedientes, sendo nesse caso anuláveis ou havendo imposição de penas.[564]

Vejam-se, portanto, os mais relevantes dentre as quaze duas dezenas.

Os primeiros quatro incisos do dispositivo apresentam impedimentos resultantes do parentesco, baseados em razões de moralidade familiar e em homenagem à exogamia, traço característico da civilização cristã, sempre refratária ao incesto.[565]

A proibição do casamento, com esse propósitos, se estendia à união entre ascedentes e descendentes, fosse o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil (inciso I), entre os afins em linha em reta, também em vínculo legítimo ou ilegítimo (inciso II), entre o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (inciso III) e, por fim, entre os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive (inciso IV).

Com o fito de proibir a poligamia, o inciso VI não permitia o casamento entre pessoas casadas, cuidando-se de vedação "geralmente consagrada nas leis dos povos

---

[563] Cf. GOMES, Orlando. *Direito...op.cit.* (nota 556), p. 72.
[564] Cf. BEVILÁCQUA, Clóvis. *Direito...op.cit* (nota 554), pp. 57-58.
[565] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso...op.cit.* (nota 557), p. 43.

cultos", "uma conquista definitiva da disciplina social, que a biologia aprova", de modo que as exceções como os muçulmanos e os mórmons não infirmam a regra.[566]

Revestido de objetivo também de índole moral, o inciso VII fixava a impossibilidade de casamento do "cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado". Tratava-se, contudo, de impedimento relativo, por meio do qual os adúlteros estavam proibidos de casar um com o outro caso tenha havido condenação, ou seja, quando o adultério fosse judicialmente declarado como a causa da separação.[567]

Por fim, outro impedimento relevante elencado pelo Código Bevilácqua, no inciso IX do art. 183, dizia respeito à união entre pessoas "por qualquer motivo coatas e incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento"

3.1.2.3 Divórcio

3.1.2.3.1 Breve histórico

Somente na segunda metade do século XX é que o divórcio passou a ser admitido no ordenamento jurídico brasileiro, através de um processo que durou décadas e que dividiu opiniões na sociedade, movimentando intensamente as forças políticas no país.

Apesar de a permissão do divórcio ter sido concedida apenas na Constituição de 1967, já no seio da Carta anterior haviam sido empreendidas tentativas de introduzi-lo no Brasil, seja indiretamente, através do "divórcio disfarçado" por meio do acréscimo de uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial nos casos em que houvesse incompatibilidade invencível entre os cônjuges, seja diretamente pela tentativa de suprimir o art. 163 da Constituição de 1946, que dispunha que "a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado."[568]

Historicamente, tem sido atribuído ao Senador Nelson Carneiro o papel de destaque na introdução do divórcio no Brasil. Já na década de 40, enquanto deputado pelo estado da Bahia, havia proposto projetos sobre os direitos da concubina, tendo assumido a elaboração

---

[566] Cf. BEVILÁCQUA, Clóvis. *Direito...op.cit* (nota 554), p. 68.
[567] Cf. GOMES, Orlando. *Direito...op.cit.* (nota 556), p. 88.
[568] Cf. CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

do estatuto da mulher casada e, na década de 60, tratou do reconhecimento de filhos adulterinos.[569]

Na obra de Rubens Limongi França, que documentou os discursos e as discussões em torno da votação da Proposta de Emenda à Constituição 09/77 e da Lei do Divórcio, destaca-se a fala de Nelson Carneiro: "Sr. Presidente, esta não é uma luta, como se disse, dos que têm interesses pessoais. Não. Esta é uma luta dos que têm sensibilidade para as desventuras alheias, dos que têm olhos para seus próprios lares, para os lares de seus parentes, para os lares de seus amigos e até piedade para com o lar de seus inimigos, que estão destroçados pelo desquite, que ninguém, absolutamente ninguém, teve a coragem de defender nesta tribuna. O que eu quero, Exas., é substituir a imoralidade do desquite, que apenas possibilita, depois do sacrifício de um casal legítimo, a constituição de dois casais ilegítimos, por uma outra sociedade onde, sobre os escombros de um lar destruído, possam erigir-se duas famílias legítimas; onde nasçam filhos legítimos que não carregam, inocentes que são, por toda a vida, a pecha da ilegitimidade." E, adiante, arrematou: "Sr. Presidente, estou satisfeito. O Congresso compareceu em peso. Vote o Congresso como quiser, a favor ou contra, mas o que nós não poderemos ser, já o disse tantas vezes, é aquela imensa bacia onde, como novos Pilatos, lavamos as mãos das lágrimas, das aflições e do desespero da família brasileira."[570]

Diversos parlamentares se opuseram à pretensão conduzida pelo Senador Carneiro, entre eles, a título exemplificativo, o Deputado Antônio Bresolin[571], que pede vênia para ler trechos "da maior obra contra o divórcio já escrita no Brasil". Trata-se do livro do Padre Leonel Franca, intitulado "O divórcio", cujos pontos principais serão comentados no tópico seguinte.

3.1.2.3.2 Resistência à introdução do divórcio no Brasil

Houve considerável resistência à ideia do divórcio por parte de diversos setores da sociedade. Na Igreja Católica, que se contrapunha frontalmente ao projeto divorcista, sobressaiu, entre outras, a aludida figura do Padre Leonel Franca, crítico contumaz do divórcio.

---

[569] Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 36.
[570] FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio...op.cit.* (nota 569), pp. 438-439.
[571] Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio...op.cit.* (nota 569), p. 417.

Em obra publicada na década de 30, mas que continuou reverberando no debate das décadas seguintes, Franca relaciona a possibilidade de ruptura do vínculo conjugal a uma série de consequências negativas.

Nesse sentido, faz menção à inversão na hierarquia dos fins da família, à tendência de suprimir a prole e comprometer-lhe a educação, à preparação de um casamento infeliz, à facilitação das infidelidades conjugais, a uma espécie de egoísmo anti-social e a um sintoma de decadência.

No primeiro capítulo do livro em tela, Leonel Franca afirma, com relação à sociedade doméstica, que "sua finalidade, superior aos caprichos efêmeros das paixões, independente do arbítrio das convenções positivas, é ditada pela natureza imutável das coisas." Adiante, completa: "a natureza não é contraditória. Não costuma opor mas conciliar os interesses. A grande lei da perpetuidade do vínculo conjugal, tão imperiosamente exigida pelo bem da prole, é também o postulado psicológico da felicidade individual dos cônjuges."[572]

Os prejuízos do divórcio aos filhos constituem um dos pilares na tese do Padre Franca, afirmando que "fundidos pela intimidade recíproca do amor numa só unidade moral, que corresponde à unidade física do filho, os pais constituem, na família regularmente organizada, o exemplo de uma sociedade inteiramente orientada para o bem de um terceiro."[573]

Reconhece as dificuldades que envolvem a convivência matrimonial, mas não deixa de pontuar que "a vida comum não se mantém nem se desenvolve sem a tolerância mútua, feita de sacrifícios recíprocos, de dedicações renovadas, de conquistas progressivas no domínio de si mesmo. A vontade vigilante de todos os dias vai afirmando a unidade de sua constância e imprimindo ao caráter a continuidade de sua coerência contra as veleidades fúteis, as desigualdades do temperamento, as irreflexões da linguagem."[574]

Em suma, consegue sintetizar o indigno papel do divórcio, ao ressaltar que "uma legislação arbitrária dos homens, visivelmente inspirada pelo egoísmo das paixões, tenta substituir-se à ordem natural das relações que a razão serena reconhece e impõe à consciência como a inviolabilidade de um dever."[575]

---

[572] LEONEL FRANCA S. J., Padre. *O divórcio*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. - Editores, 1931, p. 18.
[573] LEONEL FRANCA S. J., Padre. *O divórcio...op.cit.* (nota 572), p. 19.
[574] LEONEL FRANCA S. J., Padre. *O divórcio...op.cit.* (nota 572), p. 22.
[575] LEONEL FRANCA S. J., Padre. *O divórcio...op.cit.* (nota 572), p. 31.

3.1.2.3.3 A aprovação do divórcio

Longe de alcançar a unanimidade, o fato é que a frente parlamentar favorável à implantar o divórcio no Brasil logrou êxito em seu intento mediante a aprovação da Emenda Constitucional 09/77, alterando o § 1° do art. 175 da Constituição de 1967, que previa a indissolubilidade do casamento, permitindo aos cônjuges que passassem a ter a possibilidade de se divorciar nos casos previstos em lei: "O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos."

Com a permissão constitucional do divórcio fazendo referência a casos expressos em lei, fazia-se necessária a edição de um diploma legal capaz de regulamentá-lo.

Visando a esse objetivo, não tardou para que fosse promulgada a lei 6515, no dia 26 de dezembro de 1977, tendo o projeto sido apresentado apenas quatro meses antes e havendo o Senado Federal, no início daquele mês, aprovado o texto em sua redação definitiva, adotando algumas emendas propostas pela Câmara e rejeitando outras.[576]

Cumpre ressaltar que seu ingresso no direito pátrio foi efetivamente uma novidade, na medida em que, diferentemente do desquite, que consistia na separação dos cônjuges com relação à cohabitação e aos bens, o divórcio é a dissolução do próprio vínculo matrimonial em vida dos cônjuges, mediante sentença judicial transitada em julgado.[577]

Por fim, em tópico à parte, pretende-se colocar em evidência os aspectos mais relevantes da lei 6515/77, que regulou o divórcio no Brasil, procurando identificar suas modalides e requisitos.

3.1.2.3.4 Aspectos principais da Lei 6515/77

A lei 6515/77, que ficou conhecida como a Lei do Divórcio, adotou as teorias do divórcio-remédio (solução para os casos em que situações insustentáveis sacrificassem exageradamente um dos cônjuges), divórcio-falência (quando houvesse uma ruptura da vida em comum, impossibilitando sua reconstituição) e divórcio-sanção (aplicado ao cônjuge que violasse os deveres conjugais).[578]

---

[576] Cf. CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação...op.cit.* (nota 568), p. 42.
[577] Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio...op.cit.* (nota 569), p. 33.
[578] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 5° volume: direito de família* – 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 322.

O art. 39 da lei em questão determinou a substituição do termo "desquite", em vigor no período anterior à sua edição, por "separação": "no capítulo III do Título II do Livro IV do Código de Processo Civil, as expressões "desquite por mútuo consentimento", "desquite" e "desquite litigioso" são substituídas por "separação consensual" e "separação judicial".

Nos termos do já citado § 1° do art. 175 da Constituição de 1967, a separação judicial por mais de três anos (antigo "desquite"), que colocava fim à sociedade conjugal sem, contudo, extinguir o vínculo matrimonial, figurava como requisito para o divórcio chamado de indireto (por conversão).[579]

A separação, portanto, nos termos do art. 3° da Lei do Divórcio, colocava fim "aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido", sem que se pudesse, entretanto, tratá-la automaticamente como divórcio.

O prazo mínimo de três anos para que a separação fosse convertida em divórcio denota claramente a concessão de um tempo para que os cônjuges pudessem refletir sobre a intenção de realmente colocarem termo ao vínculo matrimonial.

Nesse sentido, o § 2° do mesmo dispositivo dispunha que "o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário."

A respeito da possibilidade do divórcio direto e das mudanças operadas pela Emenda Constitucional 66/2010, reserva-se um tópico próprio para analisá-las, já no contexto da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002.

3.2 Análise a partir da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002

A Constituição Federal de 1988 apresentou em seu Capítulo VII, denominado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", um novo cenário no direito de família, tornando mais elástico o seu conceito e estendendo sua proteção a entidades familiares que passaram a se tornar mais comuns no seio da sociedade.

---

[579] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

Como exemplos, os §§ 3° e 4° do art. 226 da Carta Maior passaram a reconhecer expressamente a união estável, em um primeiro momento apenas entre homem e mulher, e a família monoparental, "formada por qualquer dos pais e seus descendentes", como entidades dignas da proteção estatal.

O novo diploma constitucional consagrou em seu texto alguns princípios que norteiam a família e o casamento. Pode-se mencionar, primeiramente, o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges - e dos companheiros, no caso da união estável. O § 5°, também do art. 226, ao dispor que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", faz desaparecer o poder marital e atribui à mulher o mesmo poder do homem para a tomada de decisões no seio da vida conjugal.[580]

Outro princípio digno de nota é o estabelecido pelo § 6° do art. 227, que, ao enunciar a igualdade jurídica de todos os filhos, impede tratamento diferenciado com relação a eles, seja qual for a origem da filiação, atribuindo a todos igual dignidade.

Com base nessas diretrizes e diante de sua intensa acolhida pelos Tribunais, afirma parte da doutrina que se consolidou em nosso ordenamento a família socioafetiva, sobretudo aquela que não tem como origem o casamento. A afetividade, cujos alegados contornos constitucionais serão apreciados no capítulo seguinte, teria penetrado no direito de família, capaz de se sobrepor, inclusive, à verdade biológica.[581]

O Código Civil de 2002, por sua vez, também operou diversas mudanças com relação ao direito de família e à figura do casamento.

Foi ampliada a noção de parentesco, que tanto pode ser natural, caso oriundo de relação consanguínea, como civil, caso seja diversa a origem, contemplando a adoção e a paternidade socioafetiva.[582] Trata-se da interpretação que se atribui ao art. 1.593 do Código Civil: "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem."

Observa-se também que, apesar de o adultério continuar a figurar como possível causa de dissolução do casamento, diante da quebra do dever de fidelidade (art. 1.566, I),

---

[580] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de...op.cit.* (nota 578), p. 18.
[581] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Volume V: Direito de família*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 46-47.
[582] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v.2: direito de família* – 42. ed., rev. e. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

não há mais a proibição, que existia em virtude do art. 183, VII do Código anterior, de que o cônjuge adúltero venha a se casar com o seu cúmplice.

Apresentado esse breve panorama, confiram-se, de forma mais aprofundada, outras mudanças verificadas a partir das promulgações da Constituição de 1988 e do Código de 2002, bem como a visão doutrinária heterogênea e o posicionamento jurisprudencial.

3.2.1 Conceito e fins do casamento

De acordo com o art. 167 da Constituição de 1967, o objetivo do casamento era o de constituir família, ao passo que não há na Carta de 1988 dispositivo com natureza semelhante, apenas mencionando o Código Civil de 2002, em seu art. 1.511, que "o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges."

A doutrina contemporânea, contudo, apresenta visão bastante plural acerca do casamento, sobretudo em relação aos seus objetivos.

Quanto ao conceito, apesar dos autores apresentarem diferentes definições, há convergência quanto à presença de alguns pontos, como o seu caráter contratual, mas se vislumbra também uma tentativa de incorporar os afetos na definição própria do casamento.

É essa, por exemplo, a proposição de Flávio Tartuce e José Fernando Simão, ao tratarem o casamento como a união de pessoas de sexos distintos, devidamente reconhecida e regulamentada pelo Estado, sendo formada com o objetivo de constituição de família e baseada em um vínculo de afeto.[583]

Os afetos, como se verá no capítulo seguinte com a devida profundidade, apesar de não constarem expressamente da Constituição e do Código Civil, passam, na visão de parte da doutrina, a constituir a essência mesma do casamento, sendo contemplados, como consequência, em sua própria conceituação.

Maria Berenice Dias critica o fato de que o Código Civil dedica mais de cem artigos para tratar do casamento, indicando os requisitos para sua celebração, os direitos e deveres e disciplinando os regimes de bens, sem, contudo, conceituá-lo e sequer definindo

---

[583] Cf. SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010, pp. 59-60.

o sexo dos nubentes. Elogia a definição de família na Lei 11.340/06 (Maria da Penha), como "relação íntima de afeto", sugerindo sua adoção também para definir o casamento.[584]

Sobre a comunhão plena de vida, enquanto fim do casamento eleito pelo art. 1.511 do Código Civil, há doutrinadores que tomam-na como sinônimo de felicidade. Dentre eles, Rolf Madaleno: "logo, inimaginável haja casamento sem comunhão de vida dos cônjuges, sinônimo da felicidade e pressuposto fundante da união, não fazendo qualquer sentido manter unido um casal que confessa não estar feliz, porque não mais encontra, ou talvez porque nunca tenha encontrado em seu relacionamento a imprescindível comunhão plena de vida."[585]

Regina Beatriz Tavares da Silva, ao atualizar a obra de Washington de Barros Monteiro, critica a pretensão de juristas ligados ao IBDFAM de eliminar a figura do casamento, suprindo as sanções pelo descumprimento dos deveres conjugais e tornando-os apenas recomendações. Ressalta a tentativa dos estudiosos em questão de permitir a poligamia no seio das uniões e também a maneira como rechaçam a finalidade do casamento enquanto instrumento necessário para a preservação da sociedade.[586]

3.2.2 Condições de validade

A idade núbil, que era de dezesseis anos para a mulher e dezoito para o homem, nos termos do art. 183, XII do Código Civil de 1916, passou a ser de dezoito anos para ambos, por força do art. 1.517 do novo diploma civil.

O dispositivo em questão, contudo, ressalva a possibilidade de casamento se os nubentes já houverem completado dezesseis anos, desde que com a autorização dos pais ou dos representantes legais.

Nos mesmos moldes da divisão feita por Orlando Gomes, apresentada em tópico anterior com relação ao Código Bevilácqua, Maria Helena Diniz elenca dois grupos de condições necessárias à validade do ato nupcial, quais sejam, as condições naturais de aptidão física e intelectual e as condições de ordem social e moral.[587]

---

[584] Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 138.
[585] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 106.
[586] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v.2: direito de família* – 42. ed., rev. e. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva...*op.cit.* (nota 582), pp. 86-88.
[587] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de...op.cit.* (nota 578), pp. 56-60.

Nesse âmbito, com exceção da referida mudança quanto à idade núbil, que passou a ser idêntica para ambos os sexos, não houve transformações consideráveis com relação aos requisitos de validade previstos pelo Código Civil de 1916.

Com relação às condições de aptidão física, continuam a figurar, além da puberdade, a potência e a sanidade física e no que diz respeito à aptidão intelectual, a doutrina permanece elencando os requisitos do consentimento íntegro e da maturidade intelectual e sanidade mental.

Com relação ao segundo grupo, nas condições de ordem social, resta inalterada a vedação da bigamia, ao passo que as condições de ordem moral são representadas pela figura do impedimento, que merece um tópico à parte.

3.2.3 Impedimentos

Com relação aos impedimentos para contrair matrimônio, o art. 1.521 do Código Civil de 2002 trouxe algumas mudanças em comparação com o diploma anterior.

O antigo art. 183 do Código Bevilácqua teve suas hipóteses contempladas pelo novo diploma, com apenas algumas ressalvas no sentido de que não se fala mais em parentesco legítimo e ilegítimo e, como já se ressaltou, não há mais proibição para que o cônjuge adúltero venha a casar com o seu cúmplice.

Feitas essas breves considerações, continuam vedados os casamentos de ascendentes com descendentes (seja o parentesco natural ou civil), de afins em linha reta, do adotante com quem foi cônjuge do adotado e do adotado com quem o foi do adotante, de irmãos e colaterais até o terceiro grau inclusive, do adotado com o filho do adotante, das pessoas casadas e do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Por sua vez, os incisos XIII a XVI do antigo Código, que constavam também do art. 183 e eram denominados impedimentos meramente proibitivos, também chamados de impedientes, passaram a ser disciplinados no novo diploma como causas suspensivas, previstas pelo art. 1.523.

Apesar da mudança na nomenclatura, permanecem contempladas as mesmas hipóteses. Não devem casar: "o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros"; "a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal"; "o tutor ou o curador e os seus

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

Nesses casos, nos termos do art. 1.641, I do Código Civil de 2002, torna-se obrigatória a observância do regime da separação de bens.

Não há mais a previsão do inciso XVI que fixava impedimento impediente com relação ao "juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior."

Note-se também que, como o Código Bevilácqua não previa originariamente a possibilidade de divórcio, a hipótese do atual art. 1.523 não era contemplada ("[não deve se casar] o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal").

3.2.4 O divórcio a partir da Emenda Constitucional 66/2010

A Emenda Constitucional 66 de 2010 deu nova redação ao § 6° do art. 226 da Constituição Federal que, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos, passou a dispor acerca da dissolução do casamento pelo divórcio: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

A proposta de Emenda à Constiuição Federal foi concebida pelo IBDFAM e levada à discussão em âmbito parlamentar pelos Deputados Antônio Carlos Biscaia e Sérgio Barradas Carneiro, tendo como objetivo facilitar a dissolução do casamento, sem investigar as razões íntimas que levaram ao fim da união, sem exigir lapso temporal e sem a necessidade de submeter os cônjuges a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão).[588]

Contudo, a maior questão surgida após a vigência da Emenda em questão diz respeito à subsistência ou não da separação judicial no ordenamento brasileiro.

A maior parte da doutrina defendeu a sua extinção, o que não impediu que alguns juristas continuassem a pugnar pela sua permanência no sistema, tal como fez Regina Beatriz Tavares da Silva, ao sustentar que "Constituições anteriores, especificamente as de

---

[588] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio...op.cit.* (nota 579), pp. 50-51.

1937, de 1946 e de 1967, respectivamente, em seus arts. 124, 163 e 167, silenciaram sobre o desquite, antiga denominação da separação, sendo que a Constituição anterior, de 1934, em seu art. 144, parágrafo único, citava-o. Ninguém sustentou, naquela época, a absurda tese de que o desquite teria sido eliminado do ordenamento legal infraconstitucional, já que continuava a ser previsto no Código Civil então vigente, do ano de 1916." Prossegue argumentando que: a) a eliminação da separação judicial poderia violar o direito previsto no art. 5º, VIII da Constituição Federal, já que há religiosos que não admitem o divórcio e somente podem regular seu estado civil sem a dissolução do vínculo conjugal; b) "nessa espécie dissolutória [separação com análise da culpa] não se investiga a causa da falta do amor, mas, sim, o descumprimento de deveres conjugais. A infidelidade, assim como a violência física ou moral, entre outros descumprimentos de deveres conjugais, deve ter consequências civis para quem pratica esses atos, como a perda do direito à pensão alimentícia plena e o dever de reparar os danos morais e materiais causados ao cônjuge lesado. Portanto, há interesse jurídico e moral na verificação da causa culposa da dissolução do casamento, que é a grave violação a dever conjugal."[589]

A questão foi abordada em decisão proferida em março de 2017 pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no seio de processo que corria em segredo judicial.

A relatora do Recurso Especial, Ministra Isabel Gallotti, acompanhada pelo colegiado, afirmou que a separação judicial subsiste porque "quem pode o mais [divórcio], pode o menos também" e se trata de "medida temporária e de escolha pessoal dos envolvidos, que podem optar, a qualquer tempo, por restabelecer a sociedade conjugal ou pela sua conversão definitiva em divórcio para dissolução do casamento."[590]

3.3 Conclusão do capítulo

Depois de estudados os direitos romano, canônico e francês, chegou-se ao direito brasileiro, procurando abordar como se deu a evolução do casamento desde o período imperial até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

---

[589] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v.2: direito de família* – 42. ed., rev. e. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva...*op.cit.* (nota 582), pp. 633-643.

[590] Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges>. Acesso em: 25 set 17.

Observou-se que durante o período imperial, o casamento foi substancialmente regido pelas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, que faziam remissões às Ordenações e ao Concílio de Trento. Em outras palavras, as regras relativas ao casamento, com pequenas exceções, como a questão do regime de bens, eram oriundas do Direito Canônico, de modo que até a proclamação da República, o Estado pouco interferiu na regulamentação do casamento.

Contudo, logo no início do período republicano, a longa tradição de discplina canônica do casamento foi abruptamente rompida com a edição do Decreto 181/1890, que, a exemplo do que aconteceu na França, tornou o casamento exclusivamente civil, tendo essa situação perdurado, como se apontou, até a Constituição de 1934, que instituiu o casamento religioso com efeitos civis.

A propósito, analisou-se o conteúdo das Constituições com relação ao casamento e verificou-se que, além de passarem a atribuir validade aos casamentos religosos realizados segundos os termos da lei, faziam questão de enfatizar, com exceção da Constituição de 1988, a indissolubilidade matrimonial.

Nesse sentido, ainda quando da vigência da Constituição de 1967, foi aprovada a Emenda Constitucional 09/77, posteriormente regulamentada pela Lei 6515 do mesmo ano, que introduziu o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

Foi possível notar que, apesar de o projeto divorcista ter logrado êxito apenas na década de 70, já há considerável tempo uma parcela da sociedade vinha se movimentando com esse intuito. Figuras de destaque no embate político que se travou foram o Padre Leonel Franca, contrário à introdução do divórcio no Brasil, e Nelson Carneiro, senador que liderou o processo político rumo à sua aprovação.

Destacou-se a Emenda Constitucional 66/2010, que pretendia excluir a separação do ordenamento brasileiro e facilitar o divórcio, suprimindo o lapso temporal que se devia observar para a conversão da separação em divórcio.

De fato, o caminho para o divórcio tornou-se muito fácil, mas não se pode afirmar peremptoriamente que a separação deixou de existir. Além de doutrinadores que defendem sua permanência no sistema, decisão proferida em Recurso Especial julgado pelo STJ indica que ainda é dada aos cônjuges a opção de se valerem da separação.

Constatou-se, por fim, que já há doutrinadores que incluem os afetos na própria conceituação do casamento, como parte integrante de sua estrutura.

Esse breve panorama permitirá, por fim, que se inicie o último capítulo do presente trabalho em que, finalmente, será objeto específico de estudo o princípio da afetividade no moderno direito de família.

4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO MODERNO DIREITO BRASILEIRO

4.1 O surgimento da afetividade como espinha dorsal do direito de família

Muito embora não haja menção expressa do princípio da afetividade na Constituição Federal de 1988 e tampouco no Código Civil, a doutrina começou a desenvolvê-lo mais de dez anos após a promulgação da Carta Maior.[591]

Argumentou-se que a sociedade já estava permeada por diversas mudanças, dentre as quais o surgimento de novas modalidades de famílias, em um contexto em que teria diminuído consideravelmente o poder de influência de agentes externos, como a religião e o próprio Estado, proporcionando um "crescente espaço destinado à realização existencial afetiva dos seus integrantes."[592]

Diante desse novo cenário de complexas relações familiares, argumentou-se que o direito deveria fornecer respostas à realidade apresentada, ainda que não houvesse expressa previsão no ordenamento jurídico.

Em outras palavras, sustentou-se que havia um descompasso entre as configurações familiares que se verificavam na prática e o tratamento dispensado pelas normas que regiam a matéria tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional.

A situação em tela requereria da doutrina um papel ativo, no sentido de explicitar o que o legislador teria deixado encoberto ou pouco claro, isto é, aquilo que representaria a sua vontade, muito embora não declarado formalmente.

Nessa esteira, cunhou-se um novo princípio, que pareceria capaz de regular a extensa gama de relações modernas, atualizando a interpretação das regras e adaptando o direito a um novo cenário, no qual as relações se estabelecem preponderantemente por meio dos afetos, chegando-se a afirmar, em artigo disponibilizado pelo sítio eletrônico do

---

[591] Cf. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. *(In)viabilidade do princípio da afetividade*. Universitas JUS, v. 27, n. 2, 2016, p. 114.

[592] CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*, p. 1. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>. Acesso em: 02 set 2017.

Instituto Brasileiro de Direito de Família, que "a família, na atualidade, não se justifica sem a existência do afeto, pois é elemento formador e estruturador das entidades familiares."[593]

Ora, se o afeto é o elemento central das entidades familiares, supõe-se que haja parâmetros objetivos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, capazes de ratificar essa tese.

Os autores passaram a defender, portanto, que o princípio da afetividade estaria presente no texto constitucional, de maneira implícita, já que "os princípios constitucionais de liberdade, igualdade, dignidade e solidariedade incidiram no direito de família, permitindo a releitura de diversas categorias jurídicas, muitas delas mais aptas às demandas da plural e fluida sociedade do presente."[594]

De todos os princípios mencionados, o que mais foi empregado para defender a existência implícita do princípio da afetividadade foi o da dignidade da pessoa humana, fixado pelo art. 1º, III, da Constituição Federal.

O uso desses princípios serve, segundo os defensores da afetividade enquanto princípio, para transcender e acompanhar a evolução social, cabendo ao direito legitimar o que é aceito e imposto pelo comportamento humano.[595]

Mencionam-se, ainda, para justificar esse caráter implícito: o art. 226, § 4° da Constituição, que reconhece a existência e proteção da família monoparental; o art. 227, *caput*, também da Carta Maior, que garante à criança e ao adolescente a convivência familiar e o § 6°, do mesmo dispositivo, que equipara os filhos oriundos do casamento ou não e também os adotados.[596]

A família e o casamento, dessa feita, haveriam adquirido um novo perfil, já que teriam passado a apresentar como objetivo a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes.[597]

Contudo, apesar do desejo de muitos doutrinadores de que o princípio da afetividade seja reconhecido, o fato é que não há uma conceituação precisa a seu respeito.

---

[593] PESSANHA, Jackelline Fraga. *A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar*, p. 2. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 02 set 2017.

[594] CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio...op.cit.* (nota 592), p. 3.

[595] Cf. HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade*, p. 94. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/2363/3772>. Acesso em: 02 set 2017.

[596] Cf. NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. *Novos vínculos jurídicos nas relações de família*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 29.

[597] Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de...op.cit.* (nota 584), p. 68.

Pelo contrário, sobressaem diferentes concepções, de modo que cada doutrinador acrescenta em sua própria definição elementos notadamente subjetivos.

Como já se citou a título introdutório no presente trabalho, autores como Rolf Madaleno[598], Paulo Lôbo[599], Adriana Dabus Maluf[600], além de Maria Berenice Dias[601], empreendem o esforço de definir o que seja afetividade, sem que se chegue a um denominador comum.

Não há nos conceitos em questão nenhum elemento exógeno, oriundo por exemplo de estudos filosóficos ou antropológicos, mas apenas uma avaliação bastante pessoal do que se acredita ser a afetividade. Em outros termos, trata-se de uma incorporação ao direito de um conceito que não lhe pertence, sem que se tome a cautela de averiguar o que dizem as outras ciências a seu respeito.

O fato é que, apesar da inquestionável diversidade na conceituação, o intento da doutrina de vivificar um princípio que se convencionou chamar de afetividade logrou razoável êxito, haja vista a acolhida por parte de alguns Tribunais.

4.2 A problemática da afetividade enquanto princípio

A afetividade, que não é prevista na Constituição nem no Código Civil, antes de ser alçada à condição de princípio, tinha sua presença defendida no ordenamento através de interpretações extensivas, conforme à Constituição ou mesmo por meio de mutações constitucionais.[602]

---

[598] MADALENO, Rolf. *Curso de...op.cit.* (nota 9), p. 95. "O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana".

[599] LÔBO, Paulo. *Direito...op.cit.* (nota 10), p. 70. "[O princípio da afetividade] fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico."

[600] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito...op.cit.* (nota 11), p. 18."A afetividade pode ser entendida como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. É um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem. Pode também ser considerado o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada."[600]

[601] DIAS, Maria Berenice. *Manual de...op.cit.* (nota 584), p. 68. "O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família."

[602] Cf. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. *(In)viabilidade...op.cit.* (nota 591), p. 115.

Parte da doutrina, como se viu, começou a desenvolver o que denominou "princípio da afetividade", que passou a ser crescentemente acolhido pelos Tribunais - como se discutirá em tópico próprio - e, assim, passou a se tornar relevante.

O ingresso da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de princípio e seu destaque na fundamentação de decisões judiciais revela uma maneira bastante peculiar com que os princípios são concebidos e largamente utilizados, levando estudiosos a tratarem dessa realidade como "panprincipiologia" ou "principiolatria."

Lênio Streck usa os termos em questão para se referir a "um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito", "verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade", construídos ignorando-se o caráter deontológico - e não teleológico - que devem apresentar.[603]

Cumpre, portanto, verificar em que contexto foi possível o desenvolvimento de um Estado em que reinam os princípios na construção e aplicação do Direito.

A supervalorização dos princípios se dá mediante as "tentativas de superar o modelo civilista clássico pela captura do conteúdo axiológico, em geral, do valor Justiça, por pré-definições do que seja adequado socialmente ou conforme ao interesse coletivo, ao bem-comum ou à dignidade da pessoa humana", revelando uma falsa impressão de que o Direito Civil seria ultrapassado e incapaz de amparar os direitos dos hipossuficientes, de gênero ou das minorias. [604]

Especificamente com relação ao citado princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente utilizado para ratificar a existência do princípio da afetividade, impressiona o resultado de pesquisa que constatou a altíssima quantidade de decisões que o apresentam como fundamento.[605]

---

[603] Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 03 set 2017.

[604] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*, p. 51. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%B3gico-do-Direito-civil contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 03 set 2017.

[605] Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto...op.cit*. (nota 604), p. 63. "O quadro na jurisprudência é desalentador. A prova disso baseia-se em dados empíricos. Em pesquisa realizada apenas em um periódico jurídico, a Revista dos Tribunais, compreensiva dos anos de 1995-2010, coletaram-se duzentos e dezessete acórdãos nos quais a expressão "dignidade humana" é encontrada como fundamento da decisão adotada pelos seguintes tribunais, com os respectivos quantitativos de acórdãos: 1) STF (23 ac.); 2) STJ (25 ac.); 3) TRF-1.a Região(4 ac.); 4) TRF- -2.a Região(4 ac.); 5) TRF-3.a Região (2 ac.); 6) TRF-4.a Região (6 ac.); 7) TRF-5.a Região (2 ac.); 8) TJAC (3 ac.); 9) TJAP (4 ac.); 10) TJDF (8 ac.); 11) TJES (2 ac.); 12) TJGO (3 ac.); 13) TJMA (1 ac.); 14) TJMT (3 ac.); 15) TJMS (6 ac.); 16) TJMG (10 ac.); 17) TJPA (4 ac.); 18) TJPB (1 ac.); 19) TJPR (5 ac.); 20) TJPE (1 ac.); 21) TJPI (3 ac.); 22) TJRN (5 ac.); 23) TJRS (7 ac.); 24) TJRO (5 ac.); 25) TJSC (5 ac.); 26) TJSP (48 ac.); 27) TJMSP (1 ac.); 28) TAMG (5 ac.); 29) TAPR (1 ac.); 30) TARJ

O uso principiológico como fundamentação de decisões judiciais acaba por descartar ou tirar a eficácia de normas, inclusive de cunho constitucional, que não apresentam indeterminação, como se deu com a equiparação das uniões homossexuais ao casamento - que será estudada no tópico que trata do acolhimento do princípio da afetividade pelos Tribunais.

O panprincipiologismo se dá em um contexto bastante peculiar, em que o Direito Civil-Constitucional - ou fenômeno da constitucionalização do Direito Civil - serve como "imenso guarda-chuvas teórico" para dar suporte à utilização de novos fatores de correção do Direito Civil, contexto em que a teoria dos direitos fundamentais é manipulada para releituras inadequadas de categorias jurídicas ou princípios.[606]

O uso abundante de princípios como forma de construção das decisões judiciais ocasiona uma discricionariedade - podendo redundar em arbitrariedade - também notável, sobretudo quando se considera essa atuação do Poder Judiciário para garantir os citados direitos fundamentais.[607]

Nessa esteira, a realidade de diversos julgamentos em que o julgador parece querer fazer valer suas vontades próprias, segundo sua própria maneira de conceber o mundo, faz com que seja necessário ponderar que "não se pode criar um princípio para justificar pretensões pessoais do julgador, que é o que vem ocorrendo hoje. Decidir é diferente de escolher. O julgador não é um protagonista nesse sentido."[608]

Esse "Estado Principiológico", que exalta os princípios em detrimento das regras[609], apresenta como uma de suas grandes incoerências a realidade de que o magistrado acaba atuando como legislador, ainda que lhe falte legitimidade democrática, em clara ofensa ao modelo de separação de poderes, cuja crítica se comentará no tópico seguinte.

4.3 Neoconstitucionalismo, crítica à teoria da separação de poderes e ativismo judicial como instrumentos para a valorização dos princípios

---

(1 ac.); 31) TARS (1 ac.); 32) TACrimSP (10 ac.); 33) 1.o TACivSP (6 ac.); 34) 2.o TACivSP (2 ac.)."

[606] Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto...op.cit.* (nota 604), p. 56.

[607] Cf. COUTO, Mônica Bonetti; SILVA, Jonathan Eugenio Leite da. *Decisão judicial, o papel dos princípios e os perigos do pan-principiologismo,* pp. 5-7. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z307l234/p8a0lhk1/PmCeEpVbm6mhB74O.pdf>. Acesso em: 04 set 2017.

[608] WEBBER, Suelen da Silva. *O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais.* Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 13, n. 13, pp. 305-324, jan./jun. 2013, p. 319.

[609] Cf. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. *(In)viabilidade...op.cit.* (nota 591), p. 116.

Para Otavio Luiz Rodrigues Junior, o neoconstitucionalismo, a crítica à teoria da separação de poderes e o ativismo judicial são as forças mais evidentes de um processo de transformação que remove os alicerces da tradição jurídica brasileira, tendo como um de seus efeitos a supervalorização dos princípios.[610]

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo contemporâneo ou constitucionalismo de direitos, apresenta a Constituição como centro e significado de toda a ordem jurídica, sobretudo diante do fato de que abriga em seu seio os direitos fundamentais.[611]

Nesse modelo, a Constituição passa a gozar de uma força normativa superior às demais fontes legislativas. Susanna Pozzolo, a primeira estudiosa a utilizar o termo "neoconstitucionalismo", elenca as características dessa corrente: a) o ordenamento jurídico se compõe de normas e princípios; b) os princípios não seriam interpretáveis pelo método comum chamado de subsunção, mas necessitam de um próprio, chamado de ponderação; c) a Constituição não tem por objeto unicamente a distribuição e a organização dos poderes, mas apresenta um conteúdo substancial que condiciona a validade das normas infraconstitucionais; d) a substancialização da Constituição coloca em primeiro plano a consideração das exigências de justiça material que o caso concreto traz consigo.[612]

No neoconstitucionalismo, defende-se que a argumentação jurídica acaba por adquirir traços políticos e morais justamente em razão dos princípios, que conferem a possibilidade de os julgadores penetrarem nessa seara político-moral, que, originalmente, não lhes diz respeito. O Direito, adquire, portanto, uma carga axiológica por conta dos princípios, notadamente sob a forma de direitos fundamentais.[613]

Notadamente em razão dessa interferência é que se passou a falar em dois aspectos marcantes do neoconstitucionalismo: a quebra da clássica teoria da separação de poderes e o ativismo judicial, ambos intimamente ligados.

---

[610] Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto...op.cit.* (nota 604), p. 44.

[611] Cf. ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. *Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?*, p. 15. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/download/986/957>. Acesso em: 04 set 2017.

[612] Cf. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional.* Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho, v. 21, n. 2, pp. 339-353. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf>. Acesso em: 04 set 2017. A jurista aponta que embora não haja um movimento unitário entre filósofos como Dworkin e Alexy, é possível reunir noções elementares defendidas por eles e outros jusfilósofos que permitem agrupar os seus pensamentos em uma única corrente, que denomina neoconstitucionalismo.

[613] Cf. ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. *Neoconstitucionalismo...op.cit.* (nota 611), p. 20.

Como já se ressaltou no tópico anterior, o panprincipiologismo tem permitido que os magistrados extrapolem seus poderes judicantes, com o agravante de que não possuem legitimidade democrática, como a de que gozam os legisladores.

Desse modo, a separação harmoniosa e equilibrada entre os poderes executivo, legislativo e judiciário restaria prejudicada pela atuação legiferante dos juízes, sobretudo por meio do que se convencionou chamar de ativismo judicial.

Na doutrina, é possível encontrar defensores do referido ativismo, já que seria uma condição necessária para a garantia de direitos fundamentais e para evitar prejuízos às minorias, cujos direitos não sejam expressamente declarados pela lei. Para os que partilham dessa visão, é benéfica "uma leitura moral da Constituição no sentido de uma interpretação criativa ou construtiva que não apenas revela novos direitos, mas principalmente, alarga o campo de cabimento e proteção daqueles já existentes."[614]

Para outra parte dos estudiosos, contudo, o ativismo judicial encerra graves realidades, dentre as quais a invocação de princípios ou valores constitucionais usados para se desfazer de regras em que há univocidade semântica e "o barateamento da dignidade e da importância das normas constitucionais, que se vêem citadas em pequenos conflitos individuais."[615]

4.4 Acolhida pelos Tribunais

Em matéria de família, diversas são as decisões prolatadas pelos Tribunais Estaduais e também pelos Superiores que se valem do princípio da afetividade como um dos pilares de suas fundamentações.

Talvez a decisão mais relevante já proferida tenha sido aquela da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4277/DF, proposta pela Procuradoria Geral da República, julgada conjuntamente com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 132/RJ, que foi àquela incorporada. Ambas objetivavam o reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico, invocando diversos preceitos constitucionais.

O Relator, ex-Ministro Ayres Britto, seguido pela maioria, resolveu conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil para excluir qualquer significado capaz de impedir o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar.

---

[614] ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. *Neoconstitucionalismo...op.cit.* (nota 611), p. 21.
[615] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto...op.cit.* (nota 604), pp. 54-57.

A decisão acabou por prestigiar a afetividade que une pessoas do mesmo sexo, sendo a importância que lhe foi atribuída verificada pelas palavras do Relator: "revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito "das famílias", isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar." [616]

Igualmente digno de nota foi o acórdão proferido no Mandado de Segurança n° 32.866/AL, impetrado por André Frazão de Omena em face do Conselho Nacional de Justiça, que questionava a validade de deliberação deste último em procedimento de controle administrativo que havia negado remoção para o acompanhamento de cônjuge.

O Relator, Ministro Celso de Mello, concedeu liminar autorizando a remoção do impetrante para a comarca para a qual havia sido deslocada sua cônjuge.

Em sua fundamentação, o julgador em questão afirmou que "há de se considerar, no tema concernente à denominada união de cônjuges (ou de pessoas integrantes de uniões estáveis hétero e homoafetivas), o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, em ordem a valorizar, sob tal perspectiva, esse novo paradigma, reconhecido como núcleo conformador do próprio conceito de família e foco de irradiação de direitos e deveres resultantes de vínculos fundados no plano das relações familiares." E complementou: "cabe enfatizar, por isso mesmo, que esse entendimento – no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional – tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário."[617]

Apesar da sua aplicação e crescente recepção pelos Tribunais remontar a mais de uma década, Flávio Tartuce chegou a descrever 2016 como sendo o ano da afetividade na jurisprudência superior brasileira, sobretudo em razão do Recurso Extraordinário n° 878.694/MG, cujo julgamento se iniciou naquele ano e foi concluído no seguinte.[618]

De fato, a decisão proferida naqueles autos ocasionou mudanças bastante significativas no direito de família e das sucessões no Brasil ao reconhecer que o

---

[616] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 26 ago 2017, p. 815.

[617] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32866.pdf>. Acesso em: 26 ago 2017, p. 7.

[618] Cf. TARTUCE, Flávio. *2016: O ano da afetividade na jurisprudência superior brasileira*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI250528,91041-2016+O+ano+da+afetividade+na+jurisprudencia+superior+brasileira>. Acesso em: 26 ago 2017.

companheiro tem os mesmos direitos sucessórios que pertenceriam ao cônjuge do falecido, ainda que não o seja.

Ressalta o Ministro Luis Roberto Barroso, Relator do caso, que "se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional."

Nota-se, portanto, que a afetividade tem sido utilizada como elemento central dos casamentos ou de outros tipos de união, proporcionando o reconhecimento de institutos e atribuindo direitos aos titulares.

4.5 A inadequação do princípio da afetividade

Como já apontado, chama atenção na tentativa de juridicizar o princípio da afetividade a falta de critérios objetivos, que derivariam de um estudo aprofundado de outras ciências.

Diversas e bastante subjetivas, como se pode verificar no presente capítulo, são as tentativas de conceituação acerca do que seja a afetividade. Também Otavio Luiz Rodrigues Junior demonstra espanto ante a essa constatação: "é um claro exemplo de que o rei está nu, mas sem que haja uma criança corajosa, no meio da multidão, para o dizer. Se, como princípio, a afetividade representa tudo o que dela se afirma, ela nada representa."[619]

Deve-se atentar também para o fato de que os afetos também podem ter uma conotação negativa, ponto que parece ter passado desapercebido pelos defensores de seu caráter principiológico, motivo pelo qual não poderia ser associado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como exemplo, os afetos, quando apreendidos pelo sujeito

[619] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto...op.cit.* (nota 604), p. 61.

sem a devida ponderação da vontade e da inteligência, podem conduzir à desobediência ao dever de fidelidade.[620]

Como pontuou Dietrich von Hildebrand, não se pode separar a experiência afetiva do objeto que a motiva e ao qual responde de forma significativa[621], de modo que uma afirmação objetiva do que seja a afetividade certamente não é capaz de abarcar todos os tipos de situações e as variedades de sentimentos correspondentes. Precisamente desse ponto é que surge a dificuldade em trazer os afetos à esfera jurídica.

Conforme alertado em artigo de Antonio Jorge Pereira Junior, de fato, "a abertura do sistema pode propiciar abusos, especialmente se falta técnica e sobra motivação ideológica aos que se debruçam sobre as normas principiológicas."[622]

Já se discorreu sobre a falta de técnica com que a afetividade foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro e dos perigos - inclusive de viés democrático - oriundos do ativismo judicial e do panprincipiologismo.

Especialmente com relação à afetividade, que surgiu tão recentemente em âmbito jurídico e que desde então vem sendo cada vez mais prestigiada pela doutrina e pela jurisprudência, deve-se atentar para o ensinamento de Lênio Streck, no sentido de que "não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira "ad hoc" para solucionar pseudo-problemas não são princípios porque princípios não existem sem a historicidade do direito."[623]

Nesse exato sentido, a pertinente crítica de que o direito privado tem sua tradição e fatores de correção próprios, de maneira a não necessitar de interferência do Direito Público, o que acaba por desnaturar seus institutos.

Abandona-se a análise interna do Direito para "se fazer toda uma sorte de abusos, em geral de caráter judiciário, em nome da justiça distributiva ou de valores tidos como superiores, quase sempre originados do Direito Público." Nesse sentido, o Direito Civil tem sua própria história, metodologia, princípios e funções, sendo inadequado transplantar

---

[620] Cf. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. *(In)viabilidade...op.cit.* (nota 591), p. 119.
[621] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 36.
[622] PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. *(In)viabilidade...op.cit.* (nota 591), p. 114.
[623] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

elementos do Direito Público para o Privado, por representarem escolhas "irracionais, entrópicas e de altíssima subjetividade."[624]

O fato é que os deveres devem estar firmados sobre compromissos objetivos e não sobre sentimentos. O compromisso solene do casamento e o dever de auxílio mútuo geram a responsabilidade dos cônjuges, que não pode ser entendida como mero sentimento de responsabilidade.

Dietrich von Hildebrand já havia alertado sobre essa situação ao considerar o perigo de se transformar a responsabilidade que resulta de uma promessa, que para ele é um entidade jurídica objetiva, em mero sentimento de responsabilidade, fazendo-se com que se conduza naturalmente a um descrédito natural de todo sentimento.[625]

Ora, se a afetividade diz respeito às percepções íntimas e subjetivas do indíviduo e o direito se ocupa das relações sociais de maneira objetiva, soa inadequado o seu emprego principiológico. Dito de outro modo, os deveres têm origem em uma situação objetiva e não em um sentimento, ainda que este possa se fazer presente na base factual de onde decorre o dever.[626]

Já há no ordenamento jurídico brasileiro as regras e os princípios aptos a tutelar as relações de família, especialmente em matéria de casamento, sendo desnecessário importar elementos subjetivos e alheios ao direito para a garantia de direitos.[627]

4.6 Conclusão do capítulo

É possível apontar algumas conclusões com base no objeto de estudo do presente capítulo. A primeira delas é que, além de o princípio da afetividade ter ingressado no

---

[624] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto...op.cit.* (nota 604), p. 64. O autor faz pertinente comparação para demonstrar a incompatibilidade da presença de elementos do Direito Público na seara do Direito Privado: "O nepotismo é prática abolida no ambiente público. Há o artigo 37, caput, da Constituição, com o princípio da impessoalidade, e a Súmula Vinculante STF n° 13, que proíbe o nepotismo na Administração Pública. Ninguém discute as vantagens desse modelo na esfera estatal. O que dizer da gestão de grandes empresas privadas, baseadas no critério dos laços de sangue? Quem contesta a sucessão familiar nos grupos econômicos? No programa jornalístico de maior audiência da televisão brasileira, que muita vez denunciou o nepotismo no Governo brasileiro, a bancada de âncoras é ocupada por marido e mulher, assim como muitos dos atores são filhos ou casados com colegas de profissão, diretores ou produtores da radiodifusora. Perderia em legitimidade a televisão por favorecer o nepotismo em seus quadros ou isso é uma decorrência do regime privado de sua organização, pautado na liberdade dessas escolhas?"

[625] Cf. HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón...op.cit.* (nota 87), p. 38.

[626] Cf. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. *(In)viabilidade...op.cit.* (nota 591), p. 119.

[627] Como exemplo, o art. 1.566 do Código Civil, que elenca os deveres dos cônjuges na constância do casamento, dentre os quais o de mútua assistência e respeito e consideração recíprocos, revestidos de força constitucional em razão do § 5° do art. 226 da Constituição Federal.

ordenamento jurídico brasileiro muito recentemente, a sua incorporação se deu de maneira um tanto heterodoxa.

Como se estudou em tópico próprio, o neoconstitucionalismo, a quebra da separação dos poderes e o ativismo judicial favoreceram a criação e a entrada no ordenamento jurídico da afetividade enquanto princípio.

Principalmente pelo fato de se tratar de conceito alheio ao direito e de caráter eminentemente subjetivo, verificado também pela multiplicidade de definições propostas pelos doutrinadores, não há como ignorar a necessidade do amparo de outras ciências, como a antropologia e a filosofia.

O panprincipiologismo, fenômeno em que os princípios têm alta revelância no ordenamento jurídico, sobretudo para a confecção das decisões judiciais, acaba por atribuir aos magistrados poderes que originalmente não lhes competem.

Nesse contexto, soa totalmente desproporcional e inadequado com os dispositivos correspondentes em vigor a afirmação de que "a família, na atualidade, não se justifica sem a existência do afeto, pois é elemento formador e estruturador das entidades familiares."[628]

Ora, não há nenhum dispositivo de caráter constitucional ou infraconstitucional que possibilite fazer afirmação tão categórica e tampouco a tradição jurídica do direito de família caminha nesse sentido.

Entenda-se bem: não se está aqui a desprezar os afetos na formação ou constância do casamento. Contudo, objetivamente, estão longe de ser o elemento central de um matrimônio. As justificativas de ordem afetiva para que se contraia casamento escapam ao direito.

Nessa mesma esteira, o cumprimento dos deveres conjugais, como os de assistência mútua e respeito e consideração recíprocos, não são impostos em virtude dos afetos. Estes, inclusive, por sua natureza volátil, podem vir a faltar. Caso isso ocorra, a consideração do afeto como elemento central levaria o cônjuge a não mais respeitar os deveres que lhe foram impostos.

Dito de outro modo, os afetos, que podem dirigir o homem para o bem, também podem fazer o mesmo para o sentido contrário.

Justamente em razão de seu caráter subjetivo, pessoal, íntimo, transitório, não tem o condão de se transmutar em princípio jurídico.

---

[628] PESSANHA, Jackelline Fraga. *A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar*, p. 2. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 05 set 2017.

CONCLUSÃO

Apesar da complexidade do tema, das diferentes visões antropológicas e filosóficas acerca da afetividade, do vasto e heterogêneo patrimônio jurídico dos direitos romano, canônico e francês, é possível chegar a algumas conclusões sobre o valor dos afetos no direito de família brasileiro e, mais especificamente, no matrimônio.

Ao contrário do direito romano, em que o casamento se verifica ordinariamente pela presença da *affectio maritalis*, uma vontade duradoura que se manifesta também na constância do vínculo matrimonial, no direito brasileiro só se manifesta essa vontade quando de sua celebração, podendo ocasionar a não rara situação em que se está formalmente casado, mas separado no plano dos fatos.

O ato de vontade não só para a formação como para a manutenção do casamento, que é verificado objetivamente apenas no direito romano, embora seja esperado para qualquer tipo de matrimônio realizado sob a égide de qualquer direito, caminha de encontro com a tese de Aristóteles no sentido de que "o amor mútuo envolve escolha e a escolha origina-se de uma disposição de caráter."[629]

A escolha a que se refere o Estagirita se manifesta em um primeiro e solene momento que se dá com a celebração do matrimônio e o intercâmbio das vontades dos nubentes, sendo que escolhe-se também, a partir de uma disposição do caráter, ratificar continuamente essa escolha por meio de atos em direção ao bem do cônjuge.

Essa realidade sugere aos diversos casamentos contemporâneos que se baseiam somente ou de maneira preponderante no amor romântico de que fala C.S. Lewis, que atentem para o fato de que a permanência e o aprimoramento do vínculo conjugal - já que é sempre possível amar mais, ainda que de modo diverso - dependem de um renovado ato de vontade por partes dos casados.

Nesse aspecto, o direito canônico, além de ter conferido ao consentimento matrimonial uma função central, revelou principalmente através dos documentos do Magistério da Igreja o papel que deve ocupar a afetividade no seio do casamento.

Diversos foram os apontamentos: a) o amor matrimonial deve ser fundado "já não somente na inclinação dos sentidos, que em breve se desvanece, nem também somente nas palavras afetuosas, mas no íntimo afeto da alma, manifestado ainda exteriormente, porque o amor se prova com obras"[630]; b) o amor conjugal "não é simples ímpeto do instinto ou do

---

[629] ARISTÓTELES. *Ética*...op.cit. (nota 13), p. 179.
[630] PAPA PIO XI. *Casti*...op.cit. (nota 352), p. 7.

sentimento; mas é também, e principalmente, ato da vontade livre, destinado a manter-se e a crescer, mediante as alegrias e as dores da vida cotidiana, de tal modo que os esposos se tornem um só coração e uma só alma e alcancem juntos a sua perfeição humana"[631]; c) "se o amor se reduzir a mera atração ou a uma vaga afetividade, isto faz com que os cônjuges sofram duma extraordinária fragilidade quando a afetividade entra em crise ou a atração física diminui"[632]; d) o amor que um cônjuge promete ao outro deve superar toda a emoção, sentimento ou estado de ânimo, ainda que possa incluí-los.[633]

No direito francês, por sua vez, observou-se, dentre outros aspectos, que a ideia de felicidade individual passou realmente a ser fortalecida, sendo que o casamento se torna um mero direito, estritamente privado, que o Estado tem de garantir ao indivíduo. Por essa razão, Bethery de la Brosse chama de "sociedade do indivíduo" o ambiente em que são reivindicados os direitos de cada qual, dando origem a um pluralismo familiar e matrimonial.[634]

Observou-se que é cada vez menor a ingerência do Estado, que deixa de editar normas que objetivem evitar a consumação do divórcio, como ocorria nos casos estudados em que o juiz podia dar conselhos para que os cônjuges permanecessem casados ou então nas situações em que havia um prazo de reflexão para o pedido de divórcio.

Outro ponto relevante bastante particular da realidade francesa é a possibilidade de divórcio pela via do *double aveu* ou da dupla confissão, em que se dá um duplo esforço dos cônjuges, através da redação de documentos chamados *mémoires*, que podem ser capazes de gerar a reconciliação justamente porque permitem ao casal que analise o caminho percorrido até então e identifique o que prejudicou a relação.

Mais recentemente, o *mariage pour tous* ("casamento para todos"), movimento que contribuiu para a aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo na França, evidencia também a lógica individualista, confirmando que o Estado apenas tem de se limitar a conferir direitos a indivíduos ou grupos de indivíduos que sejam capazes de se organizar e reivindicá-los.

Em suma, no direito francês partiu-se de uma compreensão dos afetos como sendo menos nobres, inequiparáveis à inteligência e à vontade humanas e que deveriam, a todo custo, ser evitados e partiu-se para uma realidade, cuja ideologia teve o ápice nas décadas

---

[631] PAPA PAULO VI. *Humanae*...op.cit. (nota 370), p. 4.
[632] PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), p. 171.
[633] Cf. PAPA FRANCISCO. *Amoris*...op.cit. (nota 379), pp. 125-126.
[634] Cf. BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour*...op. cit. (nota 2), p. 247.

de 60 e 70 do século passado, em que a felicidade individual tem de ser garantida a todo e qualquer indivíduo, inclusive em matéria matrimonial.

Por fim, no direito brasileiro, verificou-se que o princípio da afetividade foi muito recentemente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, mas não sem grandes críticas a seu respeito, diante de sua notável heterodoxia.

O contexto de panprincipiologismo de que se tratou no capítulo anterior revela a grande importância que assumiram os princípios, sobretudo para fundamentar as decisões judiciais. Contudo, como se apontou, diversos são os problemas que emergem do ativismo judicial, que se vale mormente dos princípios para inovar o direito.

O principal desses problemas é a falta de legitimidade democrática dos magistrados, que não foram eleitos para desempenhar atividade legiferante. Por esse motivo, é temerário constatar o grande volume de decisões que tem sido tomadas com base em princípios implícitos, construídos doutrinariamente ou pelos próprios julgadores.

Como já se ressaltou, o Direito se ocupa majoritariamente de condutas objetivas e não de meros sentimentos, ainda que estes últimos possam estar presentes, que pertencem à esfera pessoal e íntima de cada indidívuo e que, portanto, escapam ao âmbito jurídico.

Conclui-se pela desnecessidade do princípio da afetividade no direito de família brasileiro, diante da existência de regras e parâmetros constitucionais e infraconstitucionais que garantem aos titulares os direitos que lhes correspondem.

Contudo, diante do fato de que o princípio em questão demonstra estar incorporado ao ordenamento pátrio, sobretudo diante da inegável acolhida por parte dos Tribunais Superiores, anotam-se algumas críticas para a sua melhor compreensão e o seu aprimoramento.

Como já se disse, um grande ponto a ser ressaltado é o de que a responsabilidade que resulta de um casamento solene e validamente celebrado não pode passar a ser um mero sentimento de responsabilidade, como pode levar a crer a interpretação do princípio da afetividade.

O vínculo matrimonial não é apenas um sentimento de responsabilidade, mas sim uma responsabilidade efetiva, que se apoia também sobre a inteligência e a vontade, de modo que quando determinado sentimento se esvai ou se transforma, as outras potências humanas servem para apontar o reto caminho em direção ao bem dos cônjuges e de sua eventual prole.

O amor romântico de que trata C.S. Lewis, embora costume ser o combustível para a formação do casamento, dificilmente será o pilar em que ele se sustentará para se manter

sólido. Por seus próprios traços de inconstância e volatilidade, os afetos na modalidade *eros* não podem sustentar um vínculo que, na realidade, demanda sobretudo uma verdadeira disposição da vontade de ambos os cônjuges, através de sacrifícios e abnegações mútuos.

Não se pode dizer que foi negativa a mudança que se vislumbrou nos últimos séculos, em que os casamentos deixaram de ser majoritariamente fruto de interesses econômicos e familiares e passaram a considerar, de maneira mais ou menos intensa, os afetos que unem os nubentes.

É salutar a consideração dos afetos, desde que se compreendam os seus traços principais. Quando os afetos, sobretudo em matéria de amor romântico, são considerados como deuses, passam, invariavelmente, como alertou Lewis, a se tornar demônios.

Esse contexto perigoso para a manutenção do vínculo matrimonial é particularmente recorrente na sociedade contemporânea justamente porque os nubentes estabelecem como alicerce de suas uniões, com exclusividade, o amor romântico, esquecendo-se de que elas se mantêm sobretudo pelo amor de amizade, que não desnatura nem prejudica aquele.

Os afetos, então, para que penetrem de maneira coerente e autêntica na seara jurídica, devem ser bem compreendidos e o Direito, como se demonstrou, não tem instrumentos suficientes para possibilitar essa compreensão.

Como última conclusão, desvelado todo o contexto histórico, jurídico, antropológico e filosófico que permeia a afetividade no casamento, é oportuno se valer das palavras de Denis de Rougemont: "se nossa civilização pretende subsistir, será necessário que faça uma grande revolução; ela precisa reconhecer que o casamento, do qual depende sua estrutura social, é mais grave que o amor que ela cultiva, e que ele necessita de outros fundamentos além de uma bela febre."[635]

---

[635] ROUGEMONT, Denis de. *O amor*… op. cit. (nota 6). Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988, p. 11.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADNÈS S. J., Pierre. *Le mariage: théologie sacramentaire*. Tournai: Desclée, 1963.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 90, 1995, pp. 3-47.

_____. *J. E. Labbé e a natureza jurídica do casamento romano*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 74, 1979, pp. 109-117.

AMARAL, Isabela Guimarães Rabelo do. *Obstáculos ao casamento no Brasil imperial*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fccb60fb512d13df>.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

ARTOLA, Alejandro Lizarraga. *Discursos pontificios a la Rota Romana*. Navarra: EUNSA, 2012.

ATTUEL MENDES, Laurence. *Consentement et actes juridiques*. Bibliothèque de Droit de l'Entreprise: Lexis Nexis, 2008.

AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*. Troisième édition, tome quatrième. Paris: Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1860.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. *L'apport du droit canonique à la construction du modèle occidental du mariage*. In: _____, *Église et autorités*, Limoges: Presses Universitaire Limoges, 2006.

BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadeplhia: The American Philosophical Society, 1953.

BETHERY DE LA BROSSE, Arnould. *Entre amour et droit: le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XV*e -XXe siècles). Paris: Lextenso éditions, 2011.

BEVILÁCQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BOLOGNE, Jean-Claude. *Histoire du mariage en occident*. Paris: Calmann-Lévy, 1997.

BONFANTE, Pietro. *Corso de Diritto Romano*. Volume primo: Diritto di Famiglia. Milano: Giuffrè, 1963.

_____. *Scritti Giuridici Varii. v. I: Famiglia e Successione*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1916.

BRASIL, *Código Civil*, 2002.

BRASIL, *Constituição Federal*, 1988.

BRASIL, *Decreto n° 181*, 1890.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil. Introduction: les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. Paris: Quadrige, 2004.

CARNEIRO, Nelson. *A família nas Constituições Brasileiras*. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista2/revista2%20NELSON%20CARNEIRO%20A%20fam%C3%ADlia%20nas%20Constitui%C3%A7%C3%B5es%20brasileiras.pdf>.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/p2s2cap3_1533-1666_po.html>.

CHAMPION, Bernard. *Du "mariage arrangé à "l'amour passion".* In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, Église et autorités, Limoges: Presses Universitaire Limoges, 2006.

CHAVES, Isivone Pereira. *Declaração de nulidade matrimonial no direito canônico e no direito civil.* 2005. 275 f. Tese (doutorado em direito) - Faculdade Paulista de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

CIFUENTES, Rafael Llano. *Novo Direito Matrimonial Canônico: o matrimônio no Código de Direito Canônico de 1983: estudo comparado com a legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 2000.

CLERAY, Edmond. *Le jour où l'amour est entré dans le Code Civil.* Disponível em: <http://www.lefigaro.fr/mon-figaro/2012/11/30/10001-20121130ARTFIG00560-le-jour-o-l-amour-est-entre-dans-le-code-civil.php>.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuriscanonici_po.pdf>.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de Droit Civil Français.* Tome premier. Paris: Librairie Dalloz, 1914.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, v.1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1949.

COSTA, Dilvanir José da. *A família nas Constituições*. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, pp. 13-19, jan./mar. 2006.

COUTO, Mônica Bonetti; SILVA, Jonathan Eugenio Leite da. *Decisão judicial, o papel dos princípios e os perigos do pan-principiologismo*. Disponível em:

<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z307l234/p8a0lhk1/PmCeEpVbm6mhB74O.pdf
>.

CRUZ, Fernando Castro da. *Casamento à luz do direito canônico*. Belo Horizonte: Palpite, 1998.

CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. Paris: Librairie Plon, 1928.

DAUMARD, Adeline. *Affaire, amour, affection: le mariage dans la société bourgeoise au XIXème sicècle* in *Romantisme*, 1990, n° 68, *Amours et société*.

DEL PRIORE, Mary. *História do amor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2005.

DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon III: Traité du mariage et de la séparation de corps*. Paris: A. Duran, 1860.

DESFORGES, Léon. *Étude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1887.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 5° volume: direito de família* – 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

DITTGEN, Alfred. *La forme du mariage en Europe. Cérémonie civile. Cérémonie religieuse. Panorama et évolution*. In: Population. 49ème année, n. 2, 1994, pp. 339-368.

DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

FENET, Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*. Tome neuvième. Paris: Videcoq, 1836

FERNANDES, Maria de Lurdes Correia. *Espelhos, cartas e guias: casamento e espiritualidade na Península Ibérica: 1450-1700*. Disponível em: < http://ler.letras.up.pt/site/default.aspx?qry=id06id134&sum=sim>.

FULCHIRON, Hugues. *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*. Paris : Dalloz, 2009.

FRANÇA, *Code Civil Français*, 1804.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Par son arrêt du 19 décembre 2012, la première chambre de la cour de cassation semble approuver l'exigence d'un lien d'amour lorsque se noue le lien du mariage*. Disponível em: <http://mafr.fr/fr/article/par-son-arret-du-19-decembre-2012-la-premiere-cham/>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAUDEMET, Jean. *L'apport du droit romain à la construction du modèle occidental du mariage*. In: Colloque sur la famille, la loi, l'état – débats révolutionnaires. Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, 1989.

_____. *L'engagement conjugal. Le regard des canonistes à la veille de la Révolution*. In: Colloque sur la famille, la loi, l'état – débats révolutionnaires. Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, 1989.

_____. *Les legs du droit romain en matière matrimoniale*. In: *Il matrimonio nella società altomedievale. Settimane di studio del centro italiano di studi sull'alto medioevo XXIV, t. I.* Spoleto: SICAM, 1977.

_____. *Le mariage en occident: les moeurs et le droit*. Paris: Éd. du Cerf, 1987.

_____. *Sociétés et mariage*. Strasbourg: CERDIC Publications, 1980.

GIL, Frederico R. Aznar in *Derecho Canónico II. El derecho en la misión de la Iglesia*. Biblioteca de autores cristianos: Madrid, 2006.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élementaire de droit romain*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1929.

GODÉ, Pierre, *Volonté et manifestations tacites*. Paris: Presses universitaires de France, 1977.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Direito de Família*. 14. ed., 3. tiragem/ rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família* – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. 5. ed. Napoli: Editore Jovene Napoli, 1976.

HENRIOT, Eugène. *Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome*. Paris : Libraire de Firmin Didot Frères, Fils et Companie, 1865.

HERVADA, Javier. *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-2004)*. Pamplona: Navarra Gráfica Ediciones, 2005.

HILDEBRAND, Dietrich von. *El corazón*. Madrid: Ediciones Palabra, 2009.

HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade*. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/2363/3772>.

HORTAL, Jesús. *O Código de direito canônico e o ecumenismo: implicações ecumênicas da atual legislação canônica*. 2. ed. Loyola, 1990.

_____. *O que Deus uniu. Lições de direito matrimonial canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA. *Código de Derecho Canónico*. 7. ed. bilingue y anotada. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2007.

JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français.* Troisième édition. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.

KASER, Max. *Direito privado romano*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

LAFERRIÈRE, M.F. *Histoire du droit français*. Tome premier. Paris: Joubert, Librairie-Éditeur, 1838.

_____. *Histoire du droit français*. Tome second. Paris: Joubert, Librairie-Éditeur, 1838.

LECLERCQ, Jacques. *A família.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968

LEFEBVRE, Charles. *Le mariage n'est il qu'un contrat?* In Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger, 1902, pp. 301-334.

LEFEBVRE-TEILLARD, Anne. *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

LEONEL FRANCA S. J., Padre. *O divórcio*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. - Editores, 1931.

LEWIS, C.S. *Os quatro amores*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v.5: direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil***.** *Fontes das obrigações: contratos*. v. III. 6. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MALO PÉ, Antonio. *Antropología de la afectividad*. Navarra: EUNSA, 2004.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Matrimônio moderno e matrimônio romano clássico. In: _____. *Estudos de Direito Civil: a Garota de Âncio, a Nua Propriedade, a Causa Curiana e o Soneto de Fidelidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARGADANT, Guillermo Floris. *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporanea*. Naucalpan: Editorial Esfinge, 1989.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTÍN DE AGAR, José T. *Introducción al derecho canónico*. Madrid: Tecnos, 2001.

MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Romain*. 5ème édition, tome 3ème. Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891.

MIRALLES, Antonio. *El matrimonio. Teología y vida*. Madrid: Ediciones Palabra, 1996.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo VIII: Dissolução da sociedade conjugal. Casamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Renata Oliva. *A Emenda Constitucional n° 66/2010 e a responsabilidade civil nas relações conjugais*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 4.ed, rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. *Curso de direito civil, v.2: direito de família* – 42. ed., rev. e. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREAU-DAVID, Jacqueline. *Le consentement des parents au mariage des enfants protestants* in Colloque sur la famille, la loi, l'état – débats révolutionnaires. Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, 1989.

MORTARI, Vincenzo Piano. *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*. Milano: Giuffrè, 1962.

NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. *Novos vínculos jurídicos nas relações de família*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

OLIVEIRA NETO, José Weidson de; MEIRELES, Ivson Antonio de Sousa. O Princípio da Afetividade no Ordenamento Jurídico Brasileiro ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VI, no 12, jul-dez/2014. ISSN 2175-7119.

PAPA FRANCISCO. *Amoris laetitia*. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html>.

_____. *Discurso aos bispos da Áustria em visita ad limina apostolorum*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2014/january/documents/papa-francesco_20140130_ad-limina-austria.html>.

PAPA JOÃO PAULO II. *Familiaris consortio*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio.html>.

PAPA PAULO VI. *Dignitatis* humanae. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_po.html>.

_____. *Gaudium et spes*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>.

_____. *Humanae Vitae*. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_po.html>.

_____. *Lumen gentium*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19641121_lumen-gentium_po.html>.

PAPA PIO XI. *Casti connubii*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html>.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Volume V: Direito de família*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. História do Direito Brasileiro, v. 7. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família*. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 57-58.

_____; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. *(In)viabilidade do princípio da afetividade*. Universitas JUS, v. 27, n. 2, pp. 113-125, 2016.

PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di Diritto Romano*. 2.ed. riveduta e ampliata, vol. II. Roma: Athenaeum, 1928.

PESSANHA, Jackelline Fraga. *A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>.

PETRINI, Giancarlo. *Significado social da família*. Cadernos de arquitetura e urbanismo, v. 16, n. 18/19, pp. 111-121, 2009.

PORCHAT, Reynaldo. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Duprat, 1907.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil.* Paris: Joubert, Librairie de la Cour de Cassation, 1844.

POUMARÈDE, Jacques. *De la sécularisation au déclin contemporain.* In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, Église et autorités. Limoges: Presses Universitaire Limoges, 2006.

POVEDA VELASCO, Ignacio Maria. *Os esponsais no direito luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Ordenações do Reino de Portugal.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 89, pp. 11-67, 1994.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional.* Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho, v. 21, n. 2, pp. 339-353. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf>.

RASAMIMANANA, Gilbert Augustin. *L'indissolubilité du mariage et ses impacts dans le context Malagasy, en particulier chez les Betsimisaraka.* 2011. 347 f. Tese (doutorado em direito canônico) - Faculdade de Direito Canônico, Universidade de Ottawa, Ottawa. 2011.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. *Aspectos de interesse atual do matrimônio romano*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 93, p. 82,

jan. 1998. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67400>.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%B3gico-do-Direito-civil contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>.

ROJAS, Enrique. *La conquista de la voluntad*. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1994.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. *Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?* Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/download/986/957>.

ROUGEMONT, Denis de. *O amor e o ocidente*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.

SALEILLES, Raymond. *De la declaration de la volonté*. Paris: Librairie Cotillon, 1901.

SANDRI, Silvia Taisa Rodrigues. *Constituição e dissolução da sociedade conjugal no direito canônico: Concílio de Trento e as Primeiras Constituições do Arcebispo da Bahia*. Revista Jurídica Cesumar, v. 3, n.1, pp. 429-440, 2003.

SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. *O matrimônio no Império do Brasil: uma questão de Estado*. Revista Brasileira de História das Religiões, ano 4, n. 12, pp. 81-122, 2012.

SANTO AGOSTINHO. *Dos bens do matrimônio*. Traduzido por Pe. Vicente Rabanal, OSA. São Paulo: Paulus, 2000.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Traduzida por Alexandre Correia. São Paulo: Odeon, 1936, Suplemento, q. 65, a.1, pp. 3980-3983. Disponível em: <http://alexandriacatolica.blogspot.com.br/2017/04/suma-teologica-traducao-de alexandre.html>

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Direito e afetividade: estudo sobre a influência dos aspectos afetivos nas relações jurídicas*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano*. 4. ed. Navarra: EUNSA, 2012.

SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1964.

SILVA, Ivo Pereira da. *Do casamento misto ao casamento civil no Brasil: debates parlamentares em torno do matrimônio na segunda metade do século XIX*. Revista Portuguesa de História, v. XLVI, pp. 391-411, 2015.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. In *Novo Código Civil Comentado* – Coordenação Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIMÃO, José Fernando. *Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco?* Revista Brasileira de Direito Civil, v.2, out/dez 2014, pp. 66-84.

_____; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

SIQUEIRA, Neusa Valadares; GONÇALVES, Ailton de Souza. *O casamento nas Constituições de 1824 e 1891, na disputa entre o poder civil e o eclesiástico*. Ciências da religião - História e sociedade, v. 11, n. 2, pp. 138-152, 2013.

STEINWASCHER NETO, Helmut. *A procriação e o interesse da "res publica": uma análise das leis matrimoniais de Augusto*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>.

TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990.

TAPIA, Eloisa Veloso Rodriguez. *O conceito jurídico de família nas Constituições Brasileiras de 1824 a 1988: um estudo histórico-historiográfico*. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/viewFile/14679/9424>.

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011.

_____. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036&revista_caderno=14>.

_____. 2016: O ano da afetividade na jurisprudência superior brasileira. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI250528,91041-2016+O+ano+da+afetividade+na+jurisprudencia+superior+brasileira>.

TODD, Emannuel. *L'origine des systèmes familiaux*. Paris: Gallimard, 2011.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O legado do Código Civil de 1916*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 111, pp. 85-100, jan./dez. 2016.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2004.

VILADRICH, Pedro-Juan. *O consentimento matrimonial: validade e nulidade*. Braga: Oficinas Gráficas de Barbosa e Xavier, 1997.

VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid: Civitas, 1991.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

WEBBER, Suelen da Silva. *O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais*. Revista de direitos fundamentais e democracia, v. 13, n. 13, pp. 305-324, jan./jun. 2013.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.