

O DIVORTIUM NO DIREITO ROMANO E A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Débora Cristina Holenbach Grivot

Doutoranda em Direito na UFRGS. Mestre em Direito Privado pela UFRGS (2006), graduada em ciências jurídicas e sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1999). Membro associado da Asociación Iberoamericana de Derecho Romano - AIDROM. Professora de Direito Romano e História do Direito das Faculdades Integradas São Judas Tadeu de Porto Alegre. Professora de Direito Romano e História do Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre.

SUMÁRIO:

Introdução

Primeira Parte: A dissolução do matrimônio no direito romano

Capítulo I – A natureza jurídica do casamento romano determinando a natureza jurídica do divórcio

1.1 – *Affectio Maritalis* e o *Divortium*

1.2 – O papel da formalidade na dissolução do matrimônio romano

Capítulo II - O tratamento da matéria nas Fontes Romanas

2.1 – As fontes literárias

2.2 – O tratamento do divórcio no *Corpus Iuris Civilis*

Segunda Parte: A concretização da metamorfose do Divórcio

Capítulo I – O Direito Canônico: quando o divórcio deixou de ter os traços originais

1.1 – A indissolubilidade matrimonial provinda da doutrina canonística

1.2 – A indissolubilidade matrimonial e o direito civil

Capítulo II – A Emenda Constitucional 66/2010

2.1 – Percurso histórico da legislação brasileira pertinente a jurisdição do divórcio

2.2 – A aproximação axiológica do escopo da Emenda Constitucional 66/2010 e os princípios romanos acerca da dissolução matrimonial

Conclusão

Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a desconstituição do vínculo matrimonial. Os romanos tratavam desta matéria sob a denominação *divortium* e é este o objeto desta investigação. Procurou-se identificar o conteúdo normativo do divórcio, querendo agregar a esta tarefa o componente histórico. Para tanto se buscou apoio na idéia de universalidade e principalmente a importância de Roma para a realização de uma história universal¹. Com esta preocupação, o estudo inicia abordando o sentido de dissolução do matrimônio no direito romano, e para tanto, identifica na natureza jurídica do casamento romano a sua contrária natureza jurídica do divórcio. Isto se dá com apoio na identificação do elemento subjetivo do casamento – tecnicamente denominado de *Affectio Maritalis* – e na observação do papel da formalidade na dissolução do matrimônio no sistema romano. Para sustentar a investigação, o presente estudo se preocupa em demonstrar o tratamento da matéria nas Fontes Romanas, especificamente nas fontes pré-justinianéias e no *Corpus Iuris Civilis*.

Como seguimento, a pesquisa parte para análise de uma espécie de mutação do significado semântico da expressão divórcio em que pese à permanência do sentido lingüístico. Neste ponto, aborda-se o direito Canônico como formador do princípio da indissolubilidade matrimonial que informa princípio de direito civil moderno. A partir daí, elenca-se o percurso histórico da legislação brasileira pertinente a jurisdição do divórcio com o objetivo de demonstrar a evolução do conceito e de seu tratamento. Finaliza-se o estudo enfrentando o que se entende por aproximação axiológica do escopo da Emenda Constitucional 66/2010 com os princípios romanos acerca da dissolução matrimonial.

Dentre os intuitos deste trabalho, o principal está assentado na luta contra a aversão ao passado que está alastrada por todos os campos do direito atual. O esforço em trazer o direito romano como modelo do conteúdo da norma é em vão², não é uma simples demonstração de que não se trata se necrologia

1 IHERING, Rudolf Von, *El espíritu del derecho romano*, trad. Fernando Vela, Madrid: Marcial Pons, 2005, pg. 29: “Tres veces Roma dictó leyes al mundo y sirvió de lazo de unión entre los pueblos: primero por la unidad del Estado romano en la plenitud de su poderío; luego por la unidad de la Iglesia a la caída del Imperio; finalmente, por la unidad del derecho al ser adoptado el de Roma en la Edad Medio. La importancia y misión de Roma en la historia se resume en que representa el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades.”

2 Muitos historiadores ainda se esforçam em demonstrar a importância da cultura histórica. Em especial citamos a perplexidade demonstrada por Ivar Lissner, na sua obra “Assim viviam nossos antepassados”, cuja referência é: “Mas que são uns poucos milênios quando computados pelo relógio da eternidade que mede o ritmo do desenvolvimento humano? Tudo quanto fizemos, pensamos e criamos baseia-se no vasto alicerce das antigas civilizações. As obras magníficas da Grécia teriam sido inconcebíveis sem o antigo Oriente, sem a Suméria, Babilônia, Assíria e Egito. A vida dos gregos sua grandiosa imaginação e energia criadora irradiaram-se pelo Mediterrâneo oriental até a Itália. Somente porque Roma nos transmitiu a cultura grega é que o espírito da Grécia pode espalhar-se por todo o mundo ocidental. Nas artes plásticas, na literatura e na ciência, muitíssimos outros povos da antiguidade realizaram muito mais que os romanos. Mas os romanos ultrapassaram a todos na arte da política que fortaleceram por meio de uma cultura unificadora. Unir todos os países da área do Mediterrâneo numa paz oníbrangente, somente Roma pode fazê-lo. Os romanos praticaram a vida com tal imediatismo, eram tão praticamente orientados, e tão grandes estadistas e organizadores políticos que sua imaginação artística permaneceu necessariamente em segundo plano.

jurídica, mas é a defesa de que, sim, o direito romano pode ser modelo para o direito atual.

No campo da arte, não foram tão bem dotados como os gregos ou os egípcios, mas politicamente pode-se considerá-los, de certo, como o povo mais capaz que já existiu sobre a Terra. As rodas da história continuam a rolar pelo globo, o cenário sempre muda, as civilizações vêm e vão. Gerações após gerações marcham ao longo da infinda estrada através dos milênios. Essa estrada passa pelas maravilhosas civilizações da mesopotâmia; pelas pirâmides da IV Dinastia do Egito e dos Reis que eram deuses; pelos aristocratas comerciais da Fenícia; pelos palácios de Persepolis e pelo harem de Xerxes; pela promessa de redenção que a palestina deu à Humanidade; pelas misteriosas cidades de Mohenjo-Daro; pelas 40.000 torres da grande muralha da China; pelo labirinto do Rei Minus; pelo apogeu da Grécia, o classicismo que não admite ulterior perfeição. O homem se esgota em grandes realizações; nações a que devemos fabulosa herança desaparecem; perdidos impérios ensinam-nos a inconstância do destino e o ciclo eterno de toda a vida sobre a Terra. Que imensa estrada de experiências humanas! Gostaríamos de parar por um momento; de voltar para trás e olhar, para aprender a lição de tudo isso. Mas a estrada é por demais vasta, por demais longa e o homem é fraco e impotente, simples mancha num cosmos que permanece para sempre fora de sua compreensão." LISSNER, Ivar, *Assim Viviam nossos antepassados*, 1º volume, trad. Oscar Mendes, 5ª Edição, Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1968, pg. 463.

PRIMEIRA PARTE: A DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO NO DIREITO ROMANO

Como já foi referido na introdução deste trabalho, para apresentar um panorama do instituto do divórcio³, é imprescindível ilustrar a sua incidência no sistema jurídico romano. Desde os tempos mais remotos, o direito romano arcaico já conhecia o instituto do divórcio como meio para romper os laços matrimoniais⁴. Mesmo antes, descendentes e herdeiros da cultura etrusca, esta cultura também praticava o rompimento do vínculo conjugal pela vontade das partes⁵.

Mas, em que pese esta notícia acerca da sempre presente possibilidade de desconstituir o vínculo matrimonial⁶, já não parece mais ser dúvida entre os

³ No que diz respeito à etimologia da palavra divórcio, a palavra latina *divortium* – *divortere* – *divertere*, é sabido que esta expressão foi base para a formação das línguas neolatinas, que para o caso deste estudo, é a língua portuguesa. Assim, também a palavra de língua portuguesa ‘divórcio’ é oriunda da palavra de língua latina *divortium*. DONATO, Hernani, *A palavra escrita e a sua história*, 2ª edição, São Paulo: Edições Melhoramentos, 1951, pg. 90. Segundo este autor, sob a perspectiva jurídica o latim pode se perpetuar. Assevera o autor: “Um caso miraculoso – Eis o caso único e milagroso de uma língua oficialmente dada por morta e que todavia vive prodigiosamente imperante naquilo que os homens possuem de mais forte e de mais vivo: a Religião, a Lei, a Ciência. Sobre essa vida de uma língua oficialmente considerada morta, definiu-se muito bem o estudioso Paulo Savj-Lopez, pela forma seguinte: o latim vive ainda hoje uma vida férvida e fecunda nas línguas neolatinas. Aquele maravilhoso poder vital, em virtude do qual as leis do direito romano continuam ainda hoje em grande parte das legislações modernas, é o mesmo que faz a língua romana perpetuar-se com sempre renovada energia numa vasta superfície da Terra. Os idiomas neolatinos, na sua múltipla variedade, podem ser considerados, ou como outras tantas fases atuais do latim, ou como línguas novas, derivadas do latim; o que é certo, entretanto, é que substancialmente, o latim continua neles.”

⁴ Segundo John Gilissen, “Como na maior parte das sociedades arcaicas, o divórcio existia na sociedade romana apenas sob a forma do repúdio da mulher pelo marido ou, na sua falta, pelo *pater familias* deste. Mas, no casamento *sine manu*, o repúdio unilateral podia ser feito tanto pela mulher como pelo marido, bastando que um dos esposos manifestasse claramente a vontade de se divorciar – i.é., de repudiar o outro cônjuge (*repudium*). Daqui resultou, no fim da República e sob o Império, um grande número de divórcios, o que levou a uma crise de natalidade. Foi preciso, no entanto, esperar pela época dos imperadores cristãos para assistir às primeiras restrições da liberdade de divórcio, seja por comum acordo, seja por repúdio unilateral. GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pg. 656.

⁵ Esta informação pode ser encontrada nos ensinamentos de Silvio Meira: “Diz o cientista e etruscólogo francês Casati que o divórcio antecedeu a civilização romana na península itálica, sendo já conhecido pelos etruscos. Tendo os etruscos construído um grande Império nas regiões peninsulares marginais do Tirreno, onde criaram cidades notáveis como Tarquinia, Clusium, Caesares, Volsinia e outras, conceberam uma organização política e privada que profunda influência desempenhou na formação posterior do povo romano. Embora dominados pela força, os etruscos transferiram para os romanos muitos dos seus hábitos, de suas instituições, de sua arte, de sua cultura, em suma, sendo os romanos dotados de especial capacidade de assimilação, muito aproveitaram dessa herança imensa. São de Casati os seguintes conceitos: Nous sommes autorisés a croire que le divorce existait chez les Etrusques car il était reconnu généralement que les formes solennelles de la confarreatio, la diffarretio avait lieu avec la même solennité, et était restée une cérémonie aristocratique réservée aux pontifes, et revêtue d’un caractère sacré.” MEIRA, Silvio, *A Legislação romana do divórcio*, in: *Romanitas*, III, 3, 4, Rio de Janeiro, 1961, pg. 200.

⁶ Cf. Olís Robleda: “No se puede no admitir, ante todo, que el divorcio fué posible en Roma desde los mismos orígenes de la ciudad. Esto, no sólo puede deducirse del hecho que en todos los pueblos antiguos con los cuales Roma se comunicaba más o menos desde el principio, lo admitían, y sería muy raro que Roma constituyera una excepción entre ellos, sino que consta positivamente por Plutarco que recoge la tradición antigua, y nos la transmite, de una cierta ley atribuida al primer rey de Roma, Rómulo que señala las causas por las que al marido era permitido repudiar a su mujer. Fue, pues, licito el divorcio, según la tradición, al tiempo ya del primer rey de la ciudad. Más aun, se insinúa que aun realizado, por causas diversas, era válido, si bien ilícito.” ROBLEDA, Olís, *El matrimonio en el Derecho Romano*, Roma: Università Gregoriana

romanistas que nos primórdios de Roma o divórcio não era praticado⁷.

Na época monárquica, o rompimento do vínculo matrimonial era permitido juridicamente, mas limitado ética e moralmente porque o casamento é a consagração da família⁸, cerne do contexto social e político daquela fase histórica, onde, inclusive, a ordem pública não poderia interferir⁹, tudo isso principalmente em face dos costumes da época¹⁰. Segundo o que aponta a doutrina, a Rômulo é atribuída a elaboração de leis que restringem a liberdade de romper o matrimônio¹¹. Ainda, na obra de Aulo Gelio – Noites Áticas, no passo 4.3.2, há expressa indicação da raridade dos divórcios, como será visto a seguir. Desta forma, percebe-se o fulcro da raridade dos divórcios nos tempos mais primitivos de Roma pelo menos até meados do século III a.C.¹².

No período da República, segundo notícias literárias, o divórcio passou a ser mais freqüente a chegar a ponto de ser corriqueiro¹³, principalmente nas

Editrice, 1970, pg. 255.

7 Cf. Silvio Meira: “Explica-se a inexistência de muitos divórcios até o III século a. C. pela rigidez da organização da família romana antiga, subordinada ferreamente ao *pater* e, segundo salientam os historiadores, argamassada em bases sólidas e austeras. Essas solidez e austeridade só se decompueram em contacto com outros povos, com infiltração de novas idéias, o crescimento da população e a dissolução dos costumes, que se agigantou ao fim da República e início do Principado.” MEIRA, Silvio, A Legislação romana do divórcio, in: Romanitas, III, 3, 4, Rio de Janeiro, 1961, pg. 203.

8 Sobre a noção política da família romana, ver Pietro Bonfante: “Nel diritto romano debbono essere distinte due specie di rapporti e diritti familiari: quelli che si ricollegano all’organismo potestativo e político della familia romana e quelli che invece si richiamano al concetto della famiglia naturale nel senso moderno. Queste due categorie di rapporti sono essenzialmente diverse giacchè diversa é la struttura e la funzione sociale di quella che i Romani chiamano *familia* e della famiglia naturale per la quale i Romani non avevano un nome. BONFANTE, Pietro, Istituzioni di Diritto Romano, Torino: Giappichelli, 1946, pg. 142.

9 Cf. Maria Vital da Rocha: “Apesar da farta produção científica de que é objeto, a família romana continua a impressionar os estudiosos modernos em razão da sua complexidade. Várias são as teorias sobre a estrutura da família romana primitiva. Essa variedade decorre do modo como se concebe o grupo familiar daquela época: consorcio econômico, consorcio religioso ou consorcio político.” ROCHA, Maria Vital, Algumas Considerações sobre a Família Romana Primitiva, in: Pensar: R.C Direito Unifor/Fortaleza, v. 5, nº 5, fevereiro 2000, pg. 158.

10 Cf. María Isabel Paz: “La gravedad de las costumbres era una barrera con la que topaba el arbitrio de los cónyuges, más bien del cónyuge varón, ya que la voluntad de la mujer era aun irrelevante, que desearan disolver su matrimonio. Debido al escaso papel que desempeñaba el consentimiento no se puede hablar de divorcio en este periodo. Se trataba solo de repudios en los que con fuertes limitaciones externas solo el varón, normalmente *paterfamilias*, tenía iniciativa.” PAZ, María Isabel Nuñez, Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma, Salamanca: Secretariado de Publicaciones, 1988 pg. 84.

11 A autora María Isabel Nuñez Paz faz interessante indagação: “¿Existieran realmente estas leyes? Algunos autores afirman categóricamente esa existencia. Sin embargo, la doctrina más moderna parece inclinarse por la opinión de Bonfante en el sentido de que más bien se trata de una antigua tradición. De cualquier modo, aunque las leyes de Rómulo no hubieran existido realmente sí que parece, por las noticias de las fuentes, la formación de un Derecho no proclamado por el legislador, pero si manifestado espontáneamente en el obrar de los ciudadanos.” PAZ, María Isabel Nuñez, Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma, Salamanca: Secretariado de Publicaciones, 1988, pg. 84.

12 É no próprio texto de Aulo Gelio que está a referencia ao que teria sido o primeiro divórcio de Roma: “También Servio Sulpicio en el libro que escribió Sobre las dotes dice que las primeras cauciones para una dote parecieron necesarias por vez primera cuando Espurio Carvilio, apodado Ruga, de familia noble, se divorció de su mujer porque no le podía dar hijos a causa de un defecto corporal, el año 523 de la fundación de Roma, durante el consulado de Marco Atilio y Publio Valerio.” GELIO, Aulo, Noches Áticas, Santiago López Moreda, Madrid: Ediciones AKAL, 2009, pg. 241. Sobre o primeiro divórcio de Roma ver obra de Giuseppe Brini, Matrimonio e Divorzio el Diritto Romano, parte seconda, Bologna: Zanichelli, 1888.

13 Cf. Carla Fayer: “A partire dall’ultima epoca repubblicana la pratica del divorzio si diffuse sempre

classes mais abastadas¹⁴. Uma das explicações recorrentes deste fenômeno é a transição¹⁵ pela qual passaram os costumes nesta época¹⁶. Outro pode ser a própria expansão da cidade. Foi na época clássica¹⁷ que as relações econômicas deflagram-se como manifestação preliminar daquilo que viria a ser a “globalização” da antiguidade. O comércio, até então quase inexistente numa sociedade agrícola, irrompe com a integração de outros povos que ali em Roma encontravam o seu pólo econômico, trazendo consigo não só os seus hábitos comerciais, mas também a sua forma de viver¹⁸. Com o mistifório cultural, parece aos historiadores que os costumes da família também sofrem mutações e o antigo fenômeno da infrequência dos divórcios deu lugar a amplitude das dissoluções matrimoniais¹⁹.

di più, soprattutto nell'aristocrazia, come attestano le fonti, e numerosi esempi sono legati alla vita di illustri personaggi, taluni dei quali divorziarono per Porter stringere, mediante nuove nozze, vantaggiose alleanze politiche.” FAYER, Carla, *La Famiglia Romana: aspetti giuridici ed antiquari*. . Parte Terza – concubinato, divorzio, adultério. Roma: L'erma di Bretschneider, 2005, Pg. 98.

14 Cf. Paul Veyne: “On aurait tort d'imaginer que fréquent divorce et union libre sont les privilèges ou les vices des classes élevées et que dans les chaumières et les boutiques la morale conjugale règne ordinairement de par la normalité de la nature humaine Rome était plutôt inverse. Dans la classe moyenne des villes le mariage est moins fréquent que le type union que les romanistes appelaient concubina et dont on montré depuis il est rien autre que le concubinage pur et simple union libre. Plus encore instabilité des couples urbains semble avoir été répandue et le divorce était fréquent de nos jours le fréquent divorce est également un phénomène populaire en pays islamique.” VEYNE Paul. *La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain*. In: *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 33e année, N. 1, 1978. pp. 35-63.

15 Cf. Carla Fayer: “Certo, che i costumi romani, un tempo semplici ed austeri, abbiano subito, a partire dal I sec. a.C., una decadenza e coscienti ne erano gli stessi antichi, che la stabilità del matrimonio, un tempo bem salda, sai stata minata, rendendone fragile il legame, e che le donne, com la loro acquistata maggiore liberta, bbianco contribuito a questo mutamento, senza esserne però la sola causa, sono dei dati reali.” FAYER, Carla, *La Famiglia Romana: aspetti giuridici ed antiquari*. . Parte Terza – concubinato, divorzio, adultério. Roma: L'erma di Bretschneider, 2005, pg. 111.

16 Interessantíssima é a explicação de Fritz Schulz: “ No disponemos de datos seguros concernientes a los efectos sociales de la clásica libertad de divorcio en Roma. Ciertamente es que en el último siglo de la republica el número de divorcios fue muy superior al de los tiempos antiguos, pero ello no implica necesariamente una decadencia de la moralidad. El desenvolvimiento de la personalidad individual del hombre y de la mujer, aumenta inevitablemente las dificultades que plantea una vida matrimonial permanente.” SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clasico*, Trad. José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona: BOSCH, 1960, pg. 127.

17 A questão da divisão das fases históricas de Roma não é unânime, varia conforme o historiador e conforme o ponto de vista escolhido por ele. Silvio Meira expõe esta circunstância e aponta os mais diversos autores e suas classificações. A classificação mais abrangente apontada pelo romanista é entre Historia Externa e História Interna. É dentro da divisão da História Interna que está o período clássico do Direito Romano, porque este se divide da seguinte forma: período pré-clássico, clássico e pós-clássico. Para uma noção do que se trata o período clássico, vejamos o que nos ensina o jurista: “O chamado período do direito antigo ou pré-clássico termina, segundo muitos autores, com a Lei Ebúcia (149 a 126 a.C.). Esta lei, que deu início à transformação do direito adjetivo, constituiu um marco importante entre duas épocas. Alguns querem que o direito pré-clássico vá até Cícero. Com este se iniciaria a idade clássica, que estenderia até Diocleciano (284 da era Cristã). Diversos escritores preferem conceituar mais restritamente o período clássico, identificando-o com o Principado (de 27 a.C. com Augusto até 284 d.C. com Diocleciano), pois nesses três primeiros séculos é que surgiram os maiores jurisconsultos romanos, cujos trabalhos, embora em grande parte desaparecidos, ainda subsistem em fragmentos no *Digesto*. São três séculos de ouro do Direito Romano, em que viveram Sabino (Masúrio), Gaio Cássio Longino, Nerva Pai, Gaio, Celso, Pompônio, Ulpiano, Paulo, Papiniano, Modestino.” MEIRA, Silvio, *História e Fontes do Direito Romano*, São Paulo: Saraiva, 1966, pg. 24.

18 Cf. Bonfante: “Ma se il quadro dell'economia rurale è così lieto, esso si dipinge dei più foschi colori dal lato sociale. Già l'antica razza, semplice e frugale, solida e austera, diviene via via più, per effetto corruttore della conquista e il contatto colle mollezze orientali, una genia mercantile, ávida di ricchezze e di piaceri.” BONFANTE, Pietro, *Storia del Diritto Romano*, volume primo, Milano: Giuffrè, 1958, pg. 300.

19 Cf. Iglesias: “Hacia fines de la Republica fue concedida a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido, obligándole a declararlas libres. Por mucho tiempo el divorcio no constituyo un hecho frecuente en la sociedad romana. En cambio, su difusión alcanza extremos con la corrupción de costumbres que invade

Como decorrência deste fenômeno impôs-se a Augusto, na fase subsequente²⁰ – Império Romano – a premência de uma reforma legislativa, e com ela, uma restrição a ampla liberdade de dissolver o matrimônio: são as chamadas Leis Julias²¹. Esta solução, encontrada no início do Principado, serviu como medida de freio ao avanço exacerbado de novos costumes no âmbito do matrimônio e da família. Segundo alguns autores, é baseada na formalidade do divórcio e não na sua proibição que inicia a longa jornada da indissolubilidade do casamento²².

Este novo panorama, ainda que incipiente, encontra respaldo na próxima fase da história externa do direito romano – o Dominato – no qual a marca do direito relacionado ao matrimônio e ao divórcio estará identificada com a embrionária ideologia cristã ínsita nos textos legislativos dos Imperadores Cristãos²³. Segundo alguns autores, a primeira Constituição Imperial que disciplinou o divórcio em Roma foi elaborada por Constantino²⁴ e chega para nós pelo texto do Código

a Roma en la hora de la expansión." IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, Barcelona: Ariel, 1999, pg. 346.

20 Cf. Silvio Meira: "Ao fim da era republicana e início do Império os repúdios se tornaram numerosíssimos e independiam de quaisquer formalidades. Observa-se ao fim da República e começo do Império um número imenso de repúdios e divórcios. Ovídio teria casado três vezes; Plínio o jovem também três vezes; Cesar e Antonio quatro vezes cada um, Sila e Pompeu contraíram cinco matrimônios cada um, Tullia, filha de Cícero casou três vezes. Segundo Marquardt um epitáfio encontrado num túmulo em Pompéia faz referência a sete casamentos. A dissolução de costumes deve ter concorrido para outras tantas conseqüências. MEIRA, Silvio, A Legislação romana do divórcio, in: Romanitas, III, 3, 4, Rio de Janeiro, 1961, pg. 212.

21 Cf. Silvio Meira: "Para por um freio a excessos e abusos, o Imperador Augusto achou por bem promulgar leis de proteção ao casamento e de combate a repúdios. A *Lex Iulia de maritandis ordinibus* e a *Lex Iulia de Adulteris*, no início do Império. Foi essa uma das primeiras intervenções do Estado Romano no sentido de ditar regras à realização dos repúdios, porquanto até então imperava o princípio da liberdade individual, privada, absoluta, sem controle estatal, de acordo com o princípio *nuptias non concubitus sed consensus facit* (Ulpiano D.50.17.30). MEIRA, Silvio, A Legislação romana do divórcio, in: Romanitas, III, 3, 4, Rio de Janeiro, 1961, pg. 213.

22 Cf. Longo: "In epoca imperiale classica, in relazione alle leggi matrimoniali di Augusto, sorge il problema delle forme del divorzio ed esso é stato oggetto di ricerche numerose da parte di romaniste italiani e stranieri. Il problema che nasce dalla valutazione di un certo numero di passi delle fonti giuridiche e da un passo di Svetonio, ha dato luogo a divergenti soluzioni dottrinali. LONGO, Giannetto, Diritto Romano – Diritto di Famiglia, Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1953, pg. 87.

23 Sobre a fase decorrente das leis de Augusto e a fase que lhe sucede, e acerca de matéria específica (o divórcio da liberta) é muito interessante a perplexidade proposta por Solazzi: "Noi stiamo saldamente sul terreno della legislazione. Per lo storico del diritto romano il problema formidabile nasce nel momento in cui deve ammettere che Augusto abbia vietato e dichiarato nullo il divorzio della liberta. Come pote il principe non Cristiano impedire le nuove nozze alla mal divorziata e questo risultato non poterono conseguire gli imperatori cristiani? Come avvenne che la rivoluzione nel concetto romano del matrimonio sarebbe riuscita al tempo dell'impero appena nascente e non sarebbe durata al tempo dell'impero assoluto? Finché non rispondiamo a queste domande, la storia della legislazione romana del divorzio ci tormenterà con l'incubo di un assurdo inesplicabile. SOLAZZI, Siro, La legge augustea sul divorzio della liberta e il diritto civile. Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano, 1950, vol. LI-LII, pp. 328.

24 Cf. Rasi: "La reazione, specie da parte dell'autorità centrale si fa ben presto sentiré: Augusto inizia la lotta contro il malo costume, causa prima dela rovina morale della società, forse sperando di ridare attraverso a questa via alla famiglia l'antica santità; lo scopo però non sembra raggiunto. Cogli imperatori cristiani, per influenze delle idee della nuova religione, si reagisce no solo contro il malo costume, ma anche contro il sistema di divorzio col fine ultimo di rendere il vincolo indissolubile: un divorzio viene considerato un gravissimo delitto e punito con pene severe, eccetto in pochi casi tassativamente contemplati. Costantino, il primo della serie, ritorna ai tre casi di Plutarco." RASI, Piero, Consensus Facit Nuptias, Milano: Giuffrè, 1946, pg. 171.

Teodosiano (C.Th. 3.16.1)²⁵. Este período final pode ser entendido como aquele no qual a nova ideologia religiosa, a religião do Império, o cristianismo, opera a mutação do significado e da operabilidade do divórcio. Importante ressaltar que neste ponto não há a proibição do divórcio²⁶, mas limitações de ordem paralelas como punições pessoais, patrimoniais e penais²⁷. Assim, o divórcio consensual permanece válido ainda que submetido a algumas sanções de algum gênero, por todo o período pós-clássico²⁸.

Quando do final da História do direito romano, Justiniano²⁹ e a sua magnífica obra (*Corpus Iuris Civilis*) operam a matéria de outra forma. Através das Novelas, o imperador empreendeu uma verdadeira cruzada na luta contra a dissolução do matrimônio, como maneira de implementar no direito a sua ideologia cristã³⁰. Na Novela n. 22 (C.IV) houve o regramento dos tipos de divórcios e repúdios, que foram classificados e previstas penalidades. Já a novela 117, nos capítulos VII, IX e X, estabelecia respectivamente as justas causas que permitiam ao marido repudiar a mulher e vice-versa além da proibição da dissolução do casamento por mútuo consentimento³¹.

25 Assim é a explicação de Olga Vannucchi Forzieri, in: VANNUCCHI, «La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio», SHDI, 48(1982), p. 289-317.

26 Isso pode ser lido também nas palavras de Pontes de Miranda: “Nos primeiros tempos, a repulsa ao divórcio marcou a linha divisória entre o Cristianismo e a lei judaica - a despeito do Evangelho segundo São Mateus - que parece excetuar a regra da proibição. (...) Na prática, longo tempo permaneceu o uso do repúdio pelos cristãos. Os imperadores cristãos não aboliram o divórcio, satisfazendo-se com penalidades, se bem que, por vezes a sanção consistisse na incapacidade de convolar a novo casamento.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito de Família, volume 3. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, pg. 444.

27 Cf. Talamanca: “Accanto a queste misure che rendono solo più difficile il divorzio, il cristianesimo, pura vando trionfato come religione di stato, non riuscì ad imporre l'irrelevanza del *repudium* unilaterale: com andamento ondeggiante la legislazione imperiale si limitò, infatti, a fissare sanzioni personali, patrimoniali e penali contro il coniuge che avesse inviato il ripudio al di fuori dei casi consentiti dalla legge.” TALAMANCA, Mario, Elementi di Diritto Privato Romano, Milano: Giuffrè, 2001, pg. 79.

28 Cf. Talamanca: “è soltanto alla metà del VI sec. d.C. che alcune novelle giustinianee lo vietano prossoché totalmente al di fuori dei casi in cui è ammesso il ripudio unilaterale, ma, pochi anni dopo, i successori di Giustiniano nell'impero, Giustino II, lo reintroduce com la più ampia libertà. TALAMANCA, Mario, Elementi di Diritto Privato Romano, Milano: Giuffrè, 2001, pg. 79.

29 Cf. José Reinaldo de Lima Lopes: “Justiniano, os historiadores são unânimes em comentar isso, era um amante da passada glória romana. Reinando em Constantinopla, na metade ou lado grego oriental do Mediterrâneo, sonhava com a tradição latina. Era um restaurador e talvez um reacionário: tudo que era bom, para ele, estava no passado e sua missão seria restaurar aquele passado, militar e culturalmente. Triboniano foi seu auxiliar na restauração do direito clássico, como Belizário foi o general encarregado da restauração militar e territorial. Tem também um certo sucesso cultural: a construção da basílica da Santa Sabedoria (*Ágia Sofia*) em Constantinopla é testemunha disto. Seu arquiteto construindo com a mesma técnica fundamental da arquitetura romana (arcos de meio ponto e as cúpulas) consegue erguer um espaço arquitetônico até então inalcançado. Os mosaicos que enchem as igrejas mandadas construir ou restaurar por ele sobretudo na Itália, são ainda hoje admirados. No Direito, a compilação de constituições dos seus antecessores (no *Codex*), das suas próprias constituições (*Novellae*) e dos textos dos jurisconsultos (*Digesto* ou *Pandectas*) e do manual básico de ensino jurídico (*Instituta*), sobreviveu para testemunhar também a restauração que fez. LOPES, José Reinaldo de Lima, O Direito na História, São Paulo: Max Limonad, 2002, pg. 117.

30 Cf. Isidoro Martín Martínez: Señoreando entre todas los principios orientadores de la legislación justiniana, advertimos una tercera característica: el espíritu católico de que está animada. Justiniano es profunda y delicadamente religioso. El testimonio de sus contemporáneos es unánime y definitivo. MARTINEZ, Isidoro Martín, Los principios orientadores de la compilación justiniana, Sobre la Iglesia y el Estado, F.U.E., Madrid, 1989, pg. 428.

31 MEIRA, Silvio, A Legislação romana do divórcio, in: Romanitas, III, 3, 4, Rio de Janeiro, 1961, pg. 219: “Apesar das restrições de Justiniano ao divórcio por mútuo consentimento não conseguiu esse

Assim, as características arcaicas da liberdade irrestrita do divórcio, encontram ferrenho opositor de não pouca importância, já que se trata do imperador que deixará para o Ocidente o *Corpus Iuris Civilis*, obra jurídica de inigualável importância para a sobrevivência do direito romano, em especial pela sua Recepção na Idade Média.

De outra parte, findo este breve aceno acerca da história do percurso da possibilidade de desconstituição do vínculo conjugal no direito romano, parece importante ressaltar o conteúdo jurídico do divórcio naquele direito, e para tanto iniciamos uma análise da natureza jurídica do fenômeno da constituição do casamento para, a partir desta, apontar o que significava o instituto do divórcio para os romanos.

Imperador extirpar uma instituição que se encontrava arraigada no espírito do povo em tantos séculos de prática permanente.”

CAPÍTULO I – A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO ROMANO DETERMINANDO A NATUREZA JURÍDICA DO DIVÓRCIO

A observação do caráter do casamento no direito romano é fundamental para a averiguação do âmbito de incidência do divórcio. É seguro afirmar que existe estreita relação entre a compreensão do que é **casamento para os romanos** e a própria dissolução deste³². Segundo Paul Veyne, o casamento é um “dever a cumprir”, como mais um dos deveres cívicos³³. Pierre Gramal apresenta o exemplo de Turia – mulher que abre mão de sua posição de esposa porque não poderia com o seu marido procriar – como mais uma prova do verdadeiro espírito do casamento para os romanos, concluindo que estas posições, que hoje podem ser surpreendentes para os modernos, estão em perfeita sintonia com a *virtus* romana, o fundamento do matrimônio³⁴.

O casamento no direito romano surge e se apresenta como uma situação de fato. Esta é a opinião generalizada entre os romanistas³⁵. Porém,

32 Cf. Bujan: “El matrimonio como toda institución que tiene una tradición de siglos es un producto histórico. Constituye la expresión, en cada época, de una moral y de unos usos sociales, en la que se reflejan, si bien en una mayor medida en unas etapas que en otras, las tensiones, equilibrios, resistencias y oscilaciones, que las nuevas realidades o los cambios de mentalidad en una parte del universo social, producen en la valoración intrínseca de la institución, así como en el juego de fuerzas contrarias que aspiran a su conservación o remodelación. Sólo desde la interpretación de las fuentes de conocimiento que conforman la experiencia histórica que supuso la clásica, y siempre latente, tensión entre una concepción laica y secularizadora del matrimonio y otra concepción propia de una moral sacralizada y canónica, podrá procederse con fundamento a una adecuada valoración de la realidad presente, de su regulación jurídica y, en su caso, a su eventual reforma.” BUJAN < Antonio Fernandez de, Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano, in: *Novos Estudos Juridicos (Univali)*-Vol. 12 - n. 2 , jul-dez 2007, pg. 199.

33 VEYNE, Paul *Historia da Vida Privada. Do Império Romano ao ano Mil*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, pg. 46. Discorre o autor explicando a natureza do casamento: “Moral cívica, depois moral do casal. Quando se passou de uma á outra, em um século ou dois, o que mudou foi menos a conduta das pessoas (não sejamos demasiado otimistas), ou mesmo o conteúdo das normas que se devia seguir, do que uma coisa mais formal e contudo mais decisiva: a condição pela qual cada moral se arrogava o direito de dar ordens e ao mesmo tempo a maneira como considerava as pessoas: soldados do dever cívico ou criaturas morais responsáveis. E essas formas comportavam o conteúdo, A primeira moral dizia: - casar-se é um dos deveres do cidadão. A segunda moral: - Quem quer ser um homem de bem só deve fazer amor para ter filhos, o estado do casamento não serve aos prazeres venéreos. A primeira moral não questiona a fundamentação das normas: como apenas as justas núpcias permitem gerar cidadãos de modo regulamentar, deve-se obedecer e casar. A segunda, menos militarista, quer descobrir um embasamento das instituições, como o casamento existe e sua duração ultrapassa em muito o dever de gerar filhos, deve ter outra razão de ser; fazendo com que dois seres racionais, o esposo e a esposa, vivam juntos durante todas a sua existência, ele é, portanto, uma amizade, uma afeição duradoura entre duas pessoas de bem, que só hão de fazer amor para perpetuar a espécie. Em suma, a nova moral queria dar prescrições justificadas a pessoas racionais; sendo capaz de ousar criticar as instituições, cabia-lhe descobrir um fundamento não menos racional no casamento. Esta mistura de boa vontade e conformismo gerou o mito do casal. Na velha moral cívica, a esposa era apenas um instrumento da função de cidadão e chefe da família; fazia filhos e aumentava o patrimônio. Na segunda moral, a mulher é uma amiga, tornou-se a ‘companheira de uma vida’.

34 GRIMAL, Pierre, *A Civilização Romana*, Lisboa: Edições 70, 1984, pg.87. O autor refere uma famosa expressão em relação ao casamento romano: “No fundo do casamento romano mantém-se vivo o sentimento expresso pela fórmula do compromisso que a noiva, segundo consta, pronunciava enquanto unia a mão á do marido; “Ubi tu Gaius, ego Gaia’ – onde tu fores Gaio eu serei Gaia. A Fórmula de identificação absoluta das vontades, dos próprios seres, enquanto durasse a união. Quem se poderá surpreender por, na prática, este ideal sublime nem sempre se ter mantido? Não será pelo menos consolador vê-lo aceite pelo jovem casal no dia das suas núpcias?”

35 Sobre a estrutura jurídica do matrimônio romano, vide ORESTANO, Riccardo, *La struttura*

é importantíssimo ressaltar que numa tradição milenar, não há que se falar em uniformidade do instituto.

De outra parte, os romanos nunca tiveram a preocupação em formular uma teoria acerca da concepção jurídica do casamento. Esta preocupação tem sido palco de debates entre os estudiosos de direito romano, desde há muito tempo. A partir da escola dos glosadores, que utilizaram das definições encontradas no *Digesto*, a concepção do matrimônio é a de contrato, ainda que tenham por certo período afirmado ser um ato jurídico³⁶.

Os pós-glosadores afirmavam a posição de contrato pessoal, enquanto que a Escola Culta identificam o casamento como *species societatis*, isto é, uma espécie de sociedade³⁷. Segundo José Carlos Moreira Alves, os jurisconsultos dos séculos XVII e XVIII, em sua quase totalidade, consideraram o casamento romano um contrato, fixando-se, geralmente, no de sociedade³⁸, mas a partir do século XIX surge uma nova idéia acerca da natureza jurídica do casamento, baseado mais no acordo continuo do que na manifestação da vontade inicial.

É com esta nova tese que os estudos sobre a natureza jurídica do matrimônio no direito romano tomam força, com juristas de peso como, por exemplo, Pietro Bonfante. Para ele, o matrimônio em Roma era uma simples situação de fato que se iniciava, sem quaisquer formalidades, com o simples acordo de vontade do homem e da mulher, e que perdurava enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecer casados, dissolvendo-se, de imediato, no momento em que um deles (ou ambos) deixasse de tê-la.³⁹ Diante deste panorama, parece indispensável analisar o conteúdo da *affectio maritalis* para dela apontar o conteúdo do *divortium*. É o passo a seguir.

giuridica del matrimonio romano, vol. I, Milano: Giuffrè, 1951.

36 Cf. Moreira Alves: "Os glosadores, abstando-se de definir o casamento, o caracterizaram, a principio, como contrato sem fundo patrimonial (*contractus personarum*), em contraposição aos *contractus rerum* (contratos obrigatórios de fundo patrimonial). No entanto, segundo parece, os últimos glosadores, sob a influência dos canonistas, passaram a considerá-lo um *actus legitimus* (ato jurídico), à semelhança da adoção e da ad-rogação. MOREIRA ALVES, Jose Carlos, *Direito Romano*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 637.

37 MOREIRA ALVES, Jose Carlos, *Direito Romano*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 637.

38 MOREIRA ALVES, Jose Carlos, *Direito Romano*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 638.

39 Moreira Alves ainda acrescenta: "Enfim, há que se fazer referência á tese de Rasi, que, em 1946, no livro *Consensus facit nuptias*, combateu vigorosamente a teoria dominante, por entender que, também no direito romano, o casamento era um *vinculum iuris* (vínculo jurídico) surgido da vontade inicial manifestada em *stipulatio* (contrato verbal), sendo a construção doutrinária da *affectio maritalis* uma bela, mas absurda, utopia do mundo romanístico. Doze anos depois, em 1958, na obra *La conclusione del matrimonio nella dottrina prima del Concilio di Trento*, Rasi, reconhecendo que errara ao afirmar que, no direito romano, o casamento nascia de um contrato (*stipulatio*), reafirma sua posição contrária à doutrina dominante, e acentua que o matrimônio romano, como a teoria mais moderna reconhece, não é ao menos a partir do direito pós-clássico, uma relação de fato, mas sim um *vinculum iuris* (que só se dissolve com a morte, ou com a manifestação de vontade contrária à inicial), originado, senão de um verdadeiro contrato, do consentimento dos nubentes." MOREIRA ALVES, Jose Carlos, *Direito Romano*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 641.

I.1 – AFFECTIO MARITALIS E O DIVORTIUM

Como foi abordado anteriormente, no direito romano, o matrimônio determina a natureza jurídica do divórcio⁴⁰. Segundo uma boa parte da doutrina, o matrimônio no direito romano não se constitui num ato jurídico, mas justamente o contrário, é em si uma situação de fato que produz efeitos jurídicos. Esta situação de fato⁴¹ se perfectibiliza se vislumbrados os elementos constitutivos do casamento, quais sejam a convivência (elemento objetivo) e a intenção de ser marido e mulher (elemento subjetivo). O elemento objetivo concretiza-se pela coabitação, enquanto que o subjetivo pela denominada *affectio maritalis*. Sendo a *affectio maritalis* o elemento que constitui o matrimônio, a sua falta determina o fim do mesmo⁴². Sob esta perspectiva é preciso perceber que o fundamento da constituição do instituto jurídico é o mesmo na sua desconstituição.

Segundo Bonfante, pensar que um matrimônio pudesse perdurar mesmo cessada a *affectio maritalis*, a vida em comum, era uma coisa que o intelecto romano não poderia entender e teria sido para eles um absurdo ou um estranho fingimento legal⁴³. Assim, mesmo com toda a evolução das limitações ao amplo poder de dissolver o matrimônio, o divórcio não se dissociou da natureza jurídica do casamento e como instituto fundado na intenção matrimonial, o seu rompimento vai pela mesma via, ainda que inversa.

Por outro lado, se é possível basear-se na identificação do elemento subjetivo como formador do vínculo, não haveria espaço para a formalidade nem na constituição do casamento, nem na dissolução deste. Com base nesta afirmativa, passa-se a análise do papel da formalidade na desconstituição do casamento⁴⁴.

40 VOLTERRA, Edoardo, *Diritto di Famiglia - Appunti Raccolti dalle Lezioni per l'anno accademico 1945-46*. Bologna: Edizioni Universitarie, 1946. Pág. 187 "L'istituto del divorzio nel diritto romano è strettamente dipendente del concetto di matrimonio, ed anzi, si può veramente dire che è una conseguenza di questo, più che un istituto separato. Il matrimonio, abbiamo visto, consta di due elementi, uno obbiettivo, l'altro subbiettivo: il venir meno dell'intenzione reciproca di voler essere marito e moglie, fa venir meno necessariamente il vincolo coniugale perchè, per l'esistenza del matrimonio si richiede una volontà effettiva, continua, da parte di entrambi i coniugi. Dato che questo è il concetto del matrimonio, si comprende come non poteva affatti concepirsi l'impedire lo scioglimento una volta cessata la volontà; da ciò deriva in diritto classico il divieto di obbligarsi in qualsiasi maniera a non fare divorzio e la nullità dell'obbligazione che ha tale oggetto."

41 Segundo José Carlos Costa: "El matrimonio en Roma es considerado 'cosa de hecho' (*res facti*) y no 'cosa de derecho' (*res iuris*). Por ello, como en el caso de la posesión, no es de aplicación en el caso del *ius postliminii*. Este último es el derecho del ciudadano romano que cae prisionero o esclavo de guerra y que luego, por el motivo que fuese, vuelve a su hogar, recuperando todos los derechos a excepción del matrimonio, se la esposa contrajo nuevas nupcias. Esto es así por cuanto se considera al matrimonio una 'situación de hecho' con determinados efectos jurídicos', y no un acto jurídico en si mismo. Se aplica el criterio similar a la posesión, guardando ciertas similitudes, puesto que ha un hecho externo (convivencia) se le añade uno interno (*affectio maritalis*)." COSTA, José Carlos, *Manual de Derecho Romano*, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pg. 276.

42 RASI, Piero, *Consensus Facit Nuptias*, Milano: Giuffrè, 1946, pg. 125. "L'istituto del divorzio romano non ci presenta se non il venir meno dell'*affectio maritalis* nell'uno o nell'altro dei coniugi od in entrambi."

43 BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino: Giappichelli, 1946, pg. 192.

44 Para Piero Rasi: "Dimostrata la necessità di formalità ne deriverà una valida prova a sostegno

1.2 – O PAPEL DA FORMALIDADE NA DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO ROMANO

Da mesma forma que o resto da ciência do direito, e principalmente, da própria concepção jurídica do matrimônio e do divórcio no direito romano, é preciso afirmar com categoria que não existe consenso e unanimidade acerca da necessidade de forma específica para a dissolução do matrimônio. Para uns⁴⁵, a formalidade (até reforma legislativa de Augusto) era absolutamente prescindível. Para outros, como Piero Rasi, por exemplo, a formalidade do divórcio é um requisito de validade deste⁴⁶.

Segundo Piero Rasi, as formalidades existiam e sustentavam-se como medida de proteção do matrimônio. Para este autor, o casamento era uma forma contratual e para tanto imprescindível a solenidade, e que nos tempos mais antigos nascia da *stipulatio* – tipo de contrato verbal⁴⁷. Aponta ainda que algumas formalidades como *nuntium*⁴⁸ e, *libellum*⁴⁹ são referidas em muitos passos, como D.24.3.32.19, D.24.1. D.38.2, como serão estudados mais adiante.

Olís Robleda, apresentando excelente pesquisa e opinião dos autores mais renomados⁵⁰, conclui acerca da necessidade da forma para o divórcio, que a manifestação da vontade de dissolver o matrimônio apresenta-se também pela *certa verba*, uma forma usual de comunicar a vontade de divorciar. No que diz respeito a esta tese, o apoio pode ser o entendimento de Gaio, no passo D.23.2.2.1, pelo qual são necessárias expressões específicas para anunciar o repúdio⁵¹.

Já com o advento da *Lex Iulia de Adulteris*, o marido era obrigado a divorciar-se da mulher adúltera caso contrário incorria em *lenocinium*, e para a prática deste divórcio era obrigatória a presença de sete testemunhas, mas

della nostra tesi non solo pel semplice fatto che come ben notavano il Bonfante, il Volterra ed il Longo, *affectio* e formalità sono per sè stesse inconciliabili, ma soprattutto perchè tale circostanza é una riprova che anticamente il matrimonio nasceva da una *stipulatio*.” RASI, Piero, *Consensus Facit Nuptias*, Milano: Giuffrè, 1946, pg. 129.

45 COSTA, José Carlos, *Manual de Derecho Romano*, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pg. 276: “ A propósito, debe señalarse que toda aquella manifestación que acompaña a la celebración del matrimonio, como entrega de la mujer, convivencia de ambos esposos, escritura dotal, ritos, ceremonias sociales o religiosas, etc., no son sino medios de prueba que los juristas romanos tienen en cuenta para la exteriorización del consentimiento.”

46 “Il divorzio aformale solo nei riguardi delle parti che hanno manifestato la sua volontà di divorziare crea determinati effetti, sempre a danno degli sposi, tanto da far ritenere sciolto sotto un certo punto di vista il vincolo matrimoniale; nei rapporti cogli estranei invece la semplice volontà di divorziare degli sposi non manifestata nelle forme richieste dalla legge, non ha alcuna efficacia. RASI, Piero, *Consensus Facit Nuptias*, Milano: Giuffrè, 1946, pg. 130.

47 RASI, Piero, *Consensus Facit Nuptias*, Milano: Giuffrè, 1946, pg. 134.

48 Por mensageiro

49 Notificação por escrito do repúdio.

50 ROBLEDA, Olís “Il divorzio a Roma prima di Costantino”, ANRW (Aufstieg und Niedergang der römischen Welt) (1982) pp. 374.

51 *In repudiis autem (id est renuntiatione) comprobata sunt haec verba: tuas res tibi habeto. Item haec: tuas res tibi agito.*

mesmo neste caso, uma simples declaração formal era satisfatória para dissolver o matrimônio. Na época pós-clássica foi introduzido o habito de redigir um *libellum*, um documento escrito de formalização do divórcio, o que mais tarde converteu-se numa exigência legal. Justiniano manteve o preceito, mas os compiladores do Digesto permitiram a declaração feita perante sete testemunhas, generalizando as disposições da legislação de Augusto⁵².

Assim, parece suficiente admitir que, pelo menos no período clássico⁵³, a utilização dos meios para comunicar a vontade de divorciar está mais para uma veiculação do que para um requisito impositivo⁵⁴.

52 SCHULZ, Fritz, Derecho Romano Clasico, Trad. José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona: BOSCH, 1960, pg. 128.

53 Cf. Schulz: "El divorcio tenía lugar en los tiempos clásicos por convenio no formal o por declaración de uno de los cónyuges. En ambos casos se exigía la cesación del la vida en común. SCHULZ, Fritz, Derecho Romano Clasico, Trad. José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona: BOSCH, 1960, pg. 128.

54 Cf. Alvaro D'Ors: "Normalmente se enviaba un aviso al otro cónyuge, que solía estar ya distanciado (*nuntium mittere*); Es probable que antes del Principado en el matrimonio *cum manu* no se considerara haber repudio en tanto no tenía lugar a *remancipatio*. D'ORS, Alvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona: EUNSA, 2006, pg. 311.

CAPÍTULO II - O TRATAMENTO DA MATÉRIA NAS FONTES ROMANAS⁵⁵

Que o estudo do direito romano serve de excelente medida para compreender o estágio atual do fenômeno jurídico ocidental parece não haver mais dúvidas. Porém, para este estudo faz-se forçosa a dedicação às fontes romanas porque nelas estão o substrato do *ius romanum*⁵⁶. A preocupação não é em vão e sobre ela assenta-se a próxima etapa deste estudo.

2.1 – AS FONTES LITERÁRIAS

As fontes literárias estão sempre apoiando a pesquisa jurídica porque nelas são encontrados os substratos da vida em sociedade, base para a ciência do direito⁵⁷. No que diz respeito ao direito romano, estas fontes são de extrema importância, e também na matéria referente ao divórcio, é possível vislumbrar nas fontes literárias os aspectos mais jurídicos do sistema, tanto é assim como se

55 A preocupação deste capítulo a abordar o tema do divórcio apontando o tratamento que esta matéria teve na confecção romana das fontes. Para uma aproximação cada vez mais verídica, envidaram-se esforços no sentido de apresentar a fonte na sua língua original e a sua correspondente tradução para a língua corrente, como forma de aproximar todos os tipos de leitores. A tradução é sempre livre da autora e não corresponde a única versão possível da tradução.

56 Sobre as fontes do direito romano, a obra de Olis Robleda apresenta excelente relação e importância delas. É a introdução do capítulo sexto – *fonti di conoscenza del diritto*: “Nelle pagine precedenti abbiamo trattato delle fonti di produzione del diritto romano, ossia degli organi da cui tale diritto è stato emanato. Dobriamo in seguito parlare dei mezzi attraverso i quali noi possiamo venire a conoscenza di tale diritto. Ora di tale mezzi, ossia le fonti di conoscenza del diritto romano, alcuni sono giuridici o tecnici ed altri extragiuridici, ossia non tecnici. Si dicono fonti giuridiche quelle che sono ordinate precisamente alla conoscenza del diritto romano del quale parliamo: tali sono le collezioni delle norme tale diritto, siccome tutti i documenti o scritti (papiri, membrane, ecc), o iscrizioni su lapidi, su legno, su bronzo, nelle quali si trovi qualche norma o applicazione della stessa in qualche atto giuridico, come per es., un testamento, una compravendita, ecc., o l’interpretazione o commentario di essa. Sono invece extragiuridiche le fonti, le opere, iscrizioni a contenere il diritto o la sua applicazione ma ad altro: per es. Opere di storia, filosofia, poesia, retorica, nelle quali viene data qualche notizia sul diritto, ma unicamente *per accidens*, ossia di passaggio a modo di esempio, di argomentazione, ecc.” ROBLEDA, Olis, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, 2ª ed. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1979, pg. 237.

57 Cf. Alfonso Castro Sáenz: “Para Savigny, desde luego, como recuerda Bretonne, el derecho era un fenómeno fundamentalmente lingüístico-literario y la esencia del hombre mismo algo preñado de valores míticos. Preñada Roma como ésta del tuétano de lo jurídico, su *ethos* verdadero, sus escritores mencionan y tratan con abundancia instituciones y principios jurídicos en sus escritos y refieren, en ocasiones de forma preciosa para nosotros, datos y alusiones frecuentes a los juristas más característicos de las diversas etapas. Como se ha afirmado recientemente en un acercamiento sobre Horacio, ‘literature is not a ballon floating in the air, but a plant with its roots firmly fixed in the earth’. Aire, pero sobre todo tierra, su contracto atento nos puede permitir aprehender una perspectiva privilegiada sobre el tiempo estudiado *desde dentro*. Y si Galdós o Balzac nos permiten conocer, en sus extensas novelísticas que competían a su modo con el registro civil, es halito mismo de la vida de la sociedad de su tiempo, ello es aplicable, en masa, si bien en frascos distintos, a la nómina prácticamente completa de los escritores latinos, sin que se resienta de ello ni mínimamente por el hecho de que la novela fuese un género menor en el seno de la cultura grecolatina y solo diese dos frutos dignos del hombre concretamente en la de Roma. Se comprobará hasta qué punto hemos sido nosotros – romanistas – afortunados al disponer de este caudal literario, tan denso de noticias jurídicas pese a su tortuosa transmisión, cuando se advierta, en los capítulos dedicados a la recepción del derecho romano, como los escritores modernos son una fuente de incalculable menos valor a la hora de conocer, a través de sus páginas, en líneas generales el derecho de sus épocas.” SÁENZ, Alfonso Castro, *Compendio Histórico de Derecho Romano. Historia de la cultura jurídica europea*, 3ª ed., Madrid: Editorial Tebar, 2006, pg. 53.

observa em Plutarco⁵⁸:

Plutarco – Rom. 29

Constituit quoque leges quasdam, quarum illa dura est, quae uxori non permittit divertere a marito, at marito permittit uxorem repudiare propter beneficium vel supositionem partus vel falsationem clavium vel adulterium commissum, si vero aliter a quis a se dimitteret uxorem bonorum eius partem uxorem fieri partem Cereri sacram esse issuit, qui autem venderet uxorem diis infernis immolari.

Plutarco – Rom. 29

Entre as leis promulgadas por Rômulo há uma talvez muito dura, que não fosse lícito a mulher deixar o marido, mas pudesse o marido repudiar a mulher quando tivesse envenenado os filhos, falsificado as chaves ou cometido adultério. Se o marido repudiasse a mulher por outro motivo a lei determinava que a metade dos seus bens fosse entregue à mulher e a outra metade consagrada à deusa Ceres, sendo ele próprio devotado aos deuses infernais.

Segundo Antonio Marongiu, este passo tem leituras diversas pelos diferentes tradutores que dele se ocupam⁵⁹, mas vale mencionar que a referência à matéria foi feita, ainda que em contraste com as demais literaturas que podem se apresentar sobre a dissolução do casamento, como é o caso de Aulo Gelio⁶⁰, que refere não existir divórcio (e por isso nem mesmo legislação que o regulasse) antes de Espurio Carvilio. É o passo:

Noctes Atticae (IV,III)

Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse, quoniam profecto nihil desiderabantur nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus.

58 Cf. Sáenz: "Plutarco, moralista y político griego de fana universal y talante humanístico, lector insaciable, como prueban las fuentes de sus piezas romanas, escribió un sin fin de obras de las que para nosotros sobresalen como gemas de raro fulgor literario entre las de la literatura griega del Imperio, sus *vidas paralelas*, en las que se agrupan por parejas las biografías de un personaje griego y otro romano, entre los que a veces la conexión o paralelismo es más bien escaso o incluso inexistente, pero que abundan en páginas imborrables que han sugerido relecturas inolvidables en la literatura moderna. SÁENZ, Alfonso Castro, Compendio Histórico de Derecho Romano. Historia de la cultura jurídica europea, 3ª ed., Madrid: Editorial Tebar, 2006, pg. 71.

59 Per esempio, CARENA C. (*Vite parallele*, I, Torino, 2958, 60) dice che Romolo 'emanò anche certe leggi una delle quali, severa, vieta alla donna di abbandonare il marito, ma permette all'uomo di ripudiare la moglie se questa fa uso di veleni, sostituisce i figli o commette adulterio'. Invece NOAILLES, *Les Tabous du Mariage dans le droit primitif des Romains*, in *Fas et Jus*, Paris, 1948, 1-2, restituisce alla revocazione plutarchea il suo sapore arcaico rettificando le cause del divorzio per colpa della moglie nella '*cause d'empoisonnement d'enfants ou de soustraction de clefs et pour cause d'adultère*.' MARONGIU, Antonio, *Enciclopedia de Diritto*, vol. XIII (dis-dopp) Verbetes: DIVORZIO (STORIA), Milano: Giuffrè, 1964, pg. 483.

60 Cf. Xavier D'Ors: "Poco cabe decir con seguridad acerca de la vida de Aulo Gelio, autor de las 'Noches Áticas', donde se recoge este dialogo entre Favorino y Sexto Cecilio Africano, Nascido probablemente en el primer tercio del siglo II d. C., es discutida, sobre la base de algunos datos autobiográficos, la fecha concreta así como su lugar de origen. Incluso su propio nombre no fue bien entendido en la Edad Media, siendo conocido entonces como *Agellius*." D'ORS, Xavier, *Antología de textos jurídicos de Roma*, Madrid: Akal, 2001, pg. 61.

Noites Áticas (IV, III)

Chegou para nós a tradição que durante quase quinhentos anos depois da fundação da cidade de Roma não houveram ações legais nem cauções de dote da mulher na cidade de Roma nem no Lácio, simplesmente porque não eram necessários face a não haver até então divórcio.

É do mesmo autor a seguinte referência:

Anno deinde post Roman conditam quingentesimo undevicesimo, Sp. Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit, quod sterila esset iurassetque apud cum uxore se liberum quaerendorum causa habere.

No ano 519 de Roma Sp. Carvilius Ruga por conselho de seus amigos foi o primeiro a divorciar-se em Roma, porque a mulher era estéril e ele havia jurado perante os censores que se casava para ter filhos.

Como fonte segura de informação sobre o preciso momento em que o instituto do divórcio aparece pela primeira vez em Roma, parece ser discussão já vencida, até porque, como assevera Carla Fayer⁶¹, embora existam divergências acerca da data precisa, é expressiva a quantidade de autores que concordam que até Carvilio, em Roma, o divórcio não era praticado.

Assim, também as fontes literárias podem contribuir para o enriquecimento do estudo do direito romano, apresentando as vicissitudes e características da vida. Mas além das fontes literárias, principalmente as jurídicas apóiam a dedicação do estudioso nesta matéria, conforme se pode ver no item a seguir.

2.2 – O TRATAMENTO DO DIVÓRCIO NO CORPUS IURIS CIVILIS

Nesta seção, serão abordados alguns passos do Digesto como forma de corroborar as explicações antes observadas. Inicia-se pela definição de Paulo, não do que é divórcio, mas de como se desconstitui o matrimônio:

D.24.2.1 (Paulo) Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.

D.24.2.1 (Paulo) O matrimônio se dissolve pelo divórcio, pela morte, pelo cativo ou pela servidão que sobrevenha a qualquer dos cônjuges.

Segundo Carla Fayer, nesta definição a modalidade de rompimento matrimonial pelo divórcio é a primeira mencionada como se fosse para indicar a causa mais comum e freqüente que colocava fim a vida conjugal⁶². Ainda que este elemento *prius* não seja preciso ou verídico, o certo é que nas fontes

61 FAYER, Carla, La Famiglia Romana: aspetti giuridici ed antiquari. . Parte Terza – concubinato, divorzio, adultério. Roma: L'erma di Bretschneider, 2005, pg. 73

62 FAYER, Carla, La Famiglia Romana: aspetti giuridici ed antiquari. . Parte Terza – concubinato, divorzio, adultério. Roma: L'erma di Bretschneider, 2005, pg. 55.

romanas constantes do *Corpus Iuris Civilis*, a previsão do divórcio como medida de desconstituição do vínculo conjugal é categórica – não há que se falar em indissolubilidade matrimonial. Tanto é assim que o passo seguinte a este, atribuído a Gaio refere a origem da quebra, que pode ser por vontade dos cônjuges ou de pessoas diversas⁶³:

D.24.2.2 (Gaio) *Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium.*

D.24.2.2.(Gaio) Mas chama-se divórcio, ou pela diversidade de ânimos, ou porque são partes diversas que dissolvem o matrimônio.

Com isso, a expressão “diversidade de ânimos” constante na fonte parece significar a contrária “unificação de ânimos” que constituiu o casamento. Assim também a linha pela qual segue a caracterização do divórcio segundo Paulo no passo D.24.2.3:

D.24.2.3 (Paulo) *Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.*

D.24.2.3 (Paulo) Divórcio não é senão o verdadeiro que se faz com o ânimo de constituir separação perpétua. E assim qualquer coisa que ou se faz ou se diz no calor da ira não é válida antes que por sua perseverança tenha parecido que foi resolução do ânimo; e por isso, tendo mandado por

63 Sobre a vontade de outras pessoas na dissolução do vínculo conjugal, vide SOLAZZI, Siro, In tema di divorzio. I: Il divorzio della filia familias, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 34, 1925-26, pg. 28: “Il nostro studio ci há rivelato che per tutta l'epoca classica il divorzio della filia familias stette nell'arbitrio del padre, almeno in questo senso, che il padre poteva contro la vonlontà di lei romperne il matrimonio”. Também vide SOLAZZI, Siro, *Studi sul divorzio*, II – Il divorzio della liberta, in: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 34, 1926-27, pg. 297: “La regola classica non è dunque l'indissolubilità del matrimonio della liberta col patrono. Questo matrimonio, al pari i ogni altro, si scioglie col venire meno della volontà di esser moglie; ma la liberta che ha divorziato 'invito patrono', non può avere um altro marito.” Mais adiante o autor refere: “L'indissolubilità del matrimonio della liberta, uma regola cosi ostica al concetto del matrimonio non esisteva nel diritto classico (pg. 307).” Em outro trecho apresenta algumas perplexidades: “Non abbiamo bisogno di spiegare l'insuccesso toccato alla dottrina romano-ellenica. L'idea che il matrimonio duri non ostante che sai venuta meno la 'affectio maritalis' potrà attecchire solo quando sarà mutato il concetto del matrimonio; e il diritto giustiniano è ancora molto lontano da questa meta. Piuttosto è opportuno avvertire che il ragionamento ispirato dalla Lex iulia alle scuole romano-elleniche non era cattivo. La proibizione alla liberta di 'alii nubere invito patrono' creava una condizione análoga a quella che oggi deriva dalla separazione personale. A noi è familiare l'idea che la sostanza del divorzio stia nella possibilita di contrare um nuovo matrimonio; Ed è questa possibilita che alimenta le aversione contro l'istituto e induce a preferirgli la separazione personale. I bizantini, vedendo che la liberta non poteva più maritarsi, hanno detto che perciò il matrimonio col patrono durava ancora: 'lex iulia ... retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alli nubere'. S'ingannavano perché giuridicamente il divorzio è lo scioglimento del vincolo matrimoniale; ma non avevano torto di pensare che fosse inutile sciogliere il matrimonio quando la liberazione dal vincolo precedente non permetteva di contrarne um altro. Se si tratta di rompere soltanto la convivenza, basta l'istituto della separazione. Ma questo istituto era ignoto ai bizantini sicchè il loro ragionamento era votato all'insuccesso. Più importante per gli interpreti della compilazione giustiniana è l'insegnamento che si ritrae dal nostro studio. Le interpolazioni rivelano lo spirito del diritto giustiniano, purch' non siano anteriori a Giustiniano; altrimenti per accertare la norma del nuovo diritto potrebbero essere senza valore. La Nov. 22c. 37 ci ha evitato di cadere nell'equivoco, a cui avrebbero potuto trascinare le interpolazioni di D. 32.1.1.1 e D.23.2.45.6.” (pg.310).

acaloramento o repúdio, se a pouco voltou a mulher, não se considera que se divorciou.

No que diz respeito à formalidade, interessante é o passo de Ulpiano:

D.24.1.35 (Ulpiano)

Si non secundum legitimam observationem divortium factum sit, donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt, cum non videatur solutum matrimonium.

D.24.1.35 (Ulpiano)

Se não foi feito o divórcio com as formalidades legais, são de nenhum valor as doações feitas depois de tal divórcio como se considerasse como não dissolvido o matrimônio.

Desta forma, como refere Riccardo Orestano tratando da estrutura jurídica do matrimônio, a compilação de Justiniano, por mais que tivesse objetivado a organização, não conseguiu superar o caráter fragmentário da jurisprudência clássica e por isso não trata da matéria de forma uniforme⁶⁴. Inobstante este dado, as fontes jurídicas são materiais importantes para o pesquisador apoiar a sua investigação, que se pretende mais verossímil possível.

Assim, que encerrada a análise das fontes, o estudo dirige-se a evolução da matéria na Idade Média, conforme será visto a seguir.

⁶⁴ ORESTANO, Riccardo, La struttura giuridica del matrimonio romano, vol. I, Milano: Giuffrè, 1951, pg. 21

SEGUNDA PARTE: A CONCRETIZAÇÃO DA METAMORFOSE DO DIVÓRCIO

No início da Idade Média, o instituto do casamento tem três concepções diferentes⁶⁵: uma proveniente do direito romano, outra do direito germânico e a terceira do espírito cristão, fundamento do direito canônico⁶⁶. Aquela proveniente do direito romano já foi analisada. No que diz respeito ao direito germânico, desde os tempos mais primitivos, como relatado por Tácito, o divórcio apresenta-se como o repúdio da mulher pelo marido⁶⁷, e o matrimônio, apesar de dissolúvel, era o elemento instituidor de relações jurídicas⁶⁸. Já aquela concepção proveniente do direito canônico é justamente a que chega para o Ocidente com força normativa organizadora. É deste fenômeno que passamos a tratar⁶⁹.

65 GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pg. 564. Segundo o autor, “as concepções romana e germânica, que coexistiram durante algum tempo em virtude do princípio da personalidade dos direitos, fundiram-se no direito canônico por volta dos séculos VIII e IX. Casamento e divórcio continuam a ser regidos pelo direito da igreja até o século XVI e, em muitas regiões, mesmo até os séculos XVIII e XIX.

66 Cf. Flavia Lages de Castro: “Direito Canônico é o nome dado ao Direito da Igreja Católica e é chamado de canônico por causa da palavra ‘canon’ que em grego significa regra. Esse direito foi importantíssimo durante a Idade Média muito por causa da própria importância da Igreja, muito por se escrito. O fato de ser escrito dava a este direito primazia em muitos locais da Europa, visto que a oralidade imperava em um período de analfabetos. O caráter universal da Igreja e o domínio absoluto no campo religioso, que esta conseguiu entre os séculos VIII e XV deram a este direito um caráter unitário que nenhuma instituição poderia oferecer neste período.” CASTRO, Flávia Lages, *Historia do Direito Geral e do Brasil*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, pg. 133. Cf. Pedro Lombardia: “Chama-se *direito canônico* ao ordenamento jurídico da Igreja católica, vale, dizer, ao conjunto de fatores que estruturam a Igreja como uma sociedade juridicamente organizada. Utiliza-se também a expressão *direito canônico* para fazer alusão à ciência que estuda o ordenamento canônico como também a disciplina que o ministra nos cursos universitários.” LOMBARDIA, Pedro, *Lições de Direito Canônico*, São Paulo: Edições Loyola, 2008, pg. 15. Também, Eugenio Corecco e Libero Gerosa: “Per quanto liberante possa essere l’appartenenza alla comunità ecclesiale, la reazione normale del fedele di fronte al diritto canonico è per alcuni versi simili a quella del cittadino di fronte al diritto statale. Anche nella Chiesa la percezione del giuridico non è unívoca e presenta, per lo meno sotto il profilo fenomenológico non poche analogie com l’esperienza comune ed ambivalente del diritto di ogni società umana.” CORECCO, Eugenio, GEROSA, Libero, *Il diritto della Chiesa*, Lugano: Associazione Manuali di Teologia Cattolica, 1995, pg. 1.

67 TACITO, *La Germania*, ed. H. GOELZER, Paris, 1923, pg. 186-7: “Numa população tão numerosa, há muito poucos adultérios; o castigo para eles é imediato e deixado ao marido: depois de lhe ter rapado os cabelos e tirado toda a roupa, expulsa-a de sua casa na presença dos seus próximos e leva-a às chicotadas através da aldeia.

68 HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*, Tradução Gonzalo Hernández, Barcelona: Editorial Ariel, 1987, pg. 133: “Los germanos no eran superhombres en lo moral. Lo que Tácito destacaba a sus lectores romanos como ejemplar expresión de alto nivel ético, era más bien consecuencia de la gran importancia práctica que tenía el matrimonio. Para ellos las relaciones jurídicas sólo nacían en el seno de vínculos parentales. El matrimonio facilitaba la integración en el clan, en la aldea o en la tribu, y gozaba por tanto de especial rango como institución. Los enlaces matrimoniales conllevaban deberes de paz al tiempo que procuraban aliados. En cualquier caso, los germanos tenían no sólo un elevado concepto de la fidelidad conyugal, sino que castigaban duramente el adulterio.

69 Maurílio César de Lima faz um prolegômeno na sua obra indicando alguns conceitos básicos para compreender esta matéria: “Canônico: qualificativo de *Canon* palavra latina recebida do grego *kanon* = régua de medir, regra, guia, norma, princípio, determinação emitida pela autoridade legítima equivalente a lei. Desde o século IV designa decisão disciplinar ou dogmática tomada por concílios e sínodos em contraposição á que tomavam os imperadores bizantinos em assuntos eclesiásticos com força de lei: denominava-se então *nomocanon*.” LIMA, Maurílio Cesar de, *Introdução à História do Direito Canônico*, São Paulo: Edições Loyola, 2004, pg. 17.

CAPÍTULO I – O DIREITO CANÔNICO: QUANDO O DIVÓRCIO DEIXOU DE TER OS TRAÇOS ORIGINAIS

O direito matrimonial decorrente da influência da Igreja não foi construído de forma automática. Em verdade, a construção teve de percorrer mais de mil anos para que a sua linha tomasse uma forma distinta⁷⁰. O certo é que as raízes do direito matrimonial moderno no Ocidente não são derivadas do direito romano e tampouco do direito germânico, mas obra desta construção jurídica da igreja⁷¹, que desde muito cedo arrogou a matéria de direito de família⁷². Por isso que os traços característicos do divórcio na história do Ocidente são aqueles deixados pelo direito canônico⁷³.

A fundação do direito da Igreja⁷⁴ pode ser atribuída ao fabuloso trabalho de harmonização feito pelo monge italiano Graciano, denominado *Concordia Discordantium Canonum*, que era uma coletânea de mais de 3800 textos com comentários. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, o texto foi reconhecido, com autoridade intelectual e doutrinária, no qual foi capaz de, através do método escolástico, organizar, hierarquizar e expressar os princípios pelos quais se eliminavam as antinomias dos cânones⁷⁵. Assim, este trabalho fecha um período

70 Desde a oficialização da religião cristã como oficial do Império Romano pelo Imperador Constantino em 380 da nossa era até 1565 com as definições do Concílio de Trento.

71 HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*, Tradução Gonzalo Hernández, Barcelona: Editorial Ariel, 1987, pg. 133: “ La Iglesia fundamentó su doctrina en el precepto del Antiguo Testamento ‘y vedrán a ser los dos una sola carne’ (Génesis 2,24) y en la estricta interpretación que Jesús y Pablo dieran a esta palabra. Apartándose de la tradición judía del divorcio (deuteronomio 24), Jesús interpretó el término ‘una sola carne’ con esta afirmación (Mateo, 19.6): ‘DE manera que ya no son dos, sino una sola carne. Por tanto, lo que Dios unió no lo separe el hombre’. La prohibición – tácitamente expresada por Jesús en el mismo capítulo – de relaciones sexuales extramatrimoniales, la formulo Pablo más claramente recurriendo a los apelativos ‘concubinato, fornicación y adulterio’. Del matrimonio afirmaba (Efesios 5,32): ‘Gran misterio éste’ traducido al latín como ‘*sacramentum magnum est*’. Lo cual sería durante siglos el fundamento de todo derecho matrimonial y civil canónico. El matrimonio como sacramento se convertía así en una institución divina por encima de los consortes. Al ofrecerse estos mutuamente el sacramento, se unían indisolublemente en lo espiritual y en lo mundano. El estado matrimonial generado por ellos se sustraía a su libre disposición. Era una institución creada por Dios para el cumplimiento de una misión especial y para la obtención de especiales gracias.”

72 MARONGIU, Antonio, *Enciclopedia de Diritto*, vol. XIII (dis-dopp) Verbetes: DIVORZIO (STORIA), Milano: Giuffrè, 1964, pg. 492: “Non si dimentichi che, ormai, il diritto della Chiesa è un diritto che ha vigore nella pratica ed è applicato quotidianamente nei giudizi, da parte del foro ecclesiastico. Sia pure con qualche riluttanza o riserva tutti dovranno ammettere che le controversie matrimoniali sono oggetto e competenza dei tribunali, dell'autorità della Chiesa e questa ne rivendica gelosamente ed energicamente l'esclusivo esercizio. La questione matrimoniali sono propria ed esclusiva materia di giudizio. Le restrizioni e i divieti imperiali e successivi avevano tolto al divorzio il carattere di negozio libero e privato che avevano avuto in origine.

73 Cf. Pontes de Miranda: “Durante séculos, teve a Igreja de transigir com o divórcio. (...) Em verdade, porém, o princípio da indissolubilidade ficou ligado à legislação e à jurisdição da Igreja Católica sobre o casamento, embora contra a tradição passada. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito de Família*, volume 3. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, pg.443.

74 Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, um evento anterior marca um ponto de passagem na história do direito canônico, como uma transformação radical, já que até então a Igreja do Ocidente havia sido uma comunidade sacramental, espiritual, não jurídica e muito mais uma federação de Igrejas nacionais do que uma rígida monarquia centralizada em Roma, que é a reforma gregoriana. LIMA LOPES, José Reinaldo de , *O Direito na História*, São Paulo: Max Limonad, 2002, pg. 84.

75 LIMA LOPES, José Reinaldo de , *O Direito na História*, São Paulo: Max Limonad, 2002, pg. 96.

da história do direito canônico, caracterizado pela preocupação precípua de reordenar a milenária tradição normativa da Igreja⁷⁶.

No que diz respeito ao tratamento do divórcio nesta obra jurídica, segundo Giuliano Marchetto, as dúvidas que mais solicitaram a contribuição pessoal de Graciano e as contradições que ele pretendeu harmonizar referiam-se mais sobre a essência e a formação do matrimônio do que a sua possível dissolução.⁷⁷ Além disso, não consta desta obra a problemática da sacramentalidade do matrimônio, justificativa da construção canônica da indissolubilidade matrimonial.

Outro importante personagem na construção da história do direito da igreja foi Pietro Lombardo, que elaborou a obra *Liber Sententiarum* e que, segundo alguns juristas, atingiu melhores resultados que Graciano⁷⁸. Nesta obra aparece a distinção clara entre separação dos cônjuges (*divortium quoad thorum*) e o rompimento do matrimônio em função de algum vício (*divortium quod vinculum*), além da identificação da sacramentalidade do casamento, fundamento da indissolubilidade⁷⁹. Neste aspecto, parece importante a ressalva feita por Riccardo Orestano segundo o qual a indissolubilidade do matrimônio e o contrato são coisas diferentes já que o contrato não leva necessariamente a indissolubilidade e que esta se opera pela sacramentalidade do ato do matrimônio⁸⁰, mas é no século XV que os canonistas, mesmo falando sempre de matrimônio-contrato não conseguem distingui-lo do sacramento⁸¹ e por isso este é indissolúvel.

Assim, diz-se que o divórcio deixa de ter os traços originais porque a palavra continua, mas significando outro instituto: o da separação⁸². Isso porque,

76 MARCHETTO, Giuliano, *Il Divorzio Imperfetto – I giuristi Medievali e la separazione dei coniugi*, Bologna: Società editrice Il Mulino, 2008, pg. 43. O autor refere que logo após este trabalho surgiu o de Pietro Lombardo – *Quattuor Libri Sententiarum* – que fez um paralelismo quase perfeito com a obra de Graciano e assim o *Decretum* e as *Sententiae* forneceram fundamento para a doutrina sucessiva.

77 MARCHETTO, Giuliano, *Il Divorzio Imperfetto – I giuristi Medievali e la separazione dei coniugi*, Bologna: Società editrice Il Mulino, 2008, pg. 45: “Infatti fu principalmente a margine della questione attinente al ruolo del consenso e della *copula* nella conclusione delle nozze che affrontò il tema della separazione.”

78 Esta afirmação pode ser encontrada na obra de Giuliano Marchetto, citando em nota de rodapé G. Le Bras, *Pierre Lombard*, pg. 247-249. Nota 31, pg. 52.

79 MARCHETTO, Giuliano, *Il Divorzio Imperfetto – I giuristi Medievali e la separazione dei coniugi*, Bologna: Società editrice Il Mulino, 2008, pg. 53

80 ORESTANO, Riccardo, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1951, pg. 25: “Ancor più: nel primo periodo l'assimilazione canonistica del matrimonio al contratto non è fatta in base a schemi che nascono in seno al diritto canonico stesso, ma a schemi tratti dalle fonti romane. Invero i primi spunti della teoria matrimonio-contratto appaiono desunti dalle fonti romane e appoggiati all'autorità di queste. Di fronte a questo fatto di cose vien fatto di pensare che la teoria del matrimonio-contratto anziché esser passata dal diritto canonico al civile, come oggi diffusamente si ritiene, abbia seguito il cammino inverso.”

81 ORESTANO, Riccardo, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1951, pg. 29.

82 Cf. Pontes de Miranda: O divórcio acabou por ser eliminado, definitivamente, no direito canônico ocidental, excetuados os casos de dissolução do *matrimonium non consummatum* e o *casus apostoli*. Ainda assim, a palavra ‘divórcio’ subsistiu, às vezes designando, equivocadamente, a ação de nulidade de casamento, ao mesmo tempo que o divórcio *quoad thorum et mensam*. Foi sem frutos ter um Pedro Lombardo insistido na fixação do outro termo, *separatio* que abrangeria a *separatio corporalis* que é a separação de corpos, o desquite, e a *separatio sacramentalis* ou separação quanto ao sacramento, que só se dá com a morte. Rolando, que chamou a atenção

a partir da dominação da jurisdição canônica sobre a matéria de matrimônio, a possibilidade de acabar o vínculo conjugal não existe mais como nas antigas fontes romanas⁸³. Sobre este tema, passa-se a verificar a indissolubilidade matrimonial na doutrina canonística.

1.1 – A INDISSOLUBILIDADE MATRIMONIAL PROVINDA DA DOUTRINA CANONÍSTICA

Conforme o autor Giuliano Marchetto explica na introdução a sua obra intitulada “Il Divorzio Imperfetto”, no dia onze de novembro de 1563 foi encerrada uma longa e extenuante sessão do XXIV Concílio de Trento aprovando a reforma do matrimônio⁸⁴. Entre os resultados mais significativos estava a afirmação da sacramentalidade e da indissolubilidade do matrimônio⁸⁵. Assim, com esta baliza, a Igreja assume um papel de protagonista na formação de um direito. Estas medidas importantes foram tomadas pela Igreja também para reagir aos avanços das idéias de Martin Lutero⁸⁶ no movimento que se denominou de Reforma e que atingiu

para os dois vínculos oriundos do casamento, um ligado à vida, outro ao dever conjugal, persistiu no emprego da palavra *divortium*. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito de Família, volume 3. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, pg.445.

83 Cf Marongiu: “La possibilità di un vero e proprio divorzio è dunque venuta meno. Al suo posto si può invece, col concorso di gravi ragioni (in primo luogo, dell'adulterio dell'altro coniuge) ottenere la separazione coniugale: quel che conta non è la parola: è il fatto che vengono considerati e sono legati dal vincolo a suo tempo contratto e non possono contrarre altre nozze. MARONGIU, Antonio, Enciclopedia de Diritto, vol. XIII (dis-dopp) Verbetes: DIVORZIO (STORIA), Milano: Giuffrè, 1964, pg. 492.

84 LIMA, Maurílio Cesar de, Introdução à História do Direito Canônico, São Paulo: Edições Loyola, 2004, pg. 273: “Na cauda do turbilhão produzido pela reforma protestante, veio a Reforma católica e seu maior evento: o Concílio de Trento (1542-1563), convocado pelo papa Paulo III (1534-1549), com a bula *Laetare Hierusalem* de 22/5/1542. Sua finalidade era não só dirimir as dúvidas suscitadas pelo protestantismo, estabelecendo o dogma católico, como também promulgar cânones que corrigissem e precavesses desvios disciplinares. (...) O Concílio Ecumênico de Trento teve enorme importância para a vida da Igreja, não só por definir teses dogmáticas, como também por legislar em matérias disciplinares (e aqui sua notoriedade jurídico-institucional), de modo que alguém não duvida em deduzir dele um *Direito tridentino*.”

85 MARCHETTO, Giuliano, *Il Divorzio Imperfetto – I giuristi Medievali e la separazione dei coniugi*, Bologna: Società editrice Il Mulino, 2008, pg. 9. O autor prossegue explicando a origem da indissolubilidade conjugal segundo a Igreja Católica: “Nel proemio, che precede i dodici canoni de sacramento matrimonii e il decreto di riforma, è dichiarata l'origine divina del coniugio e sono ricordate la sua doppia istituzione, prima e dopo la Caduta, la sua efficacia salvifica in quanto sacramento, la simbologia ad esso connessa (l'unione di Cristo con la Chiesa) e, di conseguenza, la sua natura di vincolo indissolubile. Quest'ultima è rafforzata da alcuni dei canoni che seguono, in particolare il primo, che scomunica chiunque rifiuti di riconoscere la sacramentalità del matrimonio, il quinto, che condanna chi voglia sostenere che il matrimonio si scioglie a causa dell'eresia o della *molesta cohabitatio* e, soprattutto, il controverso canone settimo, che, con una complicata formulazione, anatemizza chiunque sostenga che la Chiesa erra nell'insegnare che il matrimonio non si scioglie a causa dell'adulterio. Fu questa la risposta del Concilio tridentino alle tesi protestanti che, come osserva Hubert Jedin, contestavano la sacramentalità del matrimonio «e perciò il diritto della Chiesa di stabilire degli impedimenti al matrimonio e quello di celebrare processi matrimoniali e di prendere delle decisioni sulla base del suo diritto matrimoniale». Lutero, pur non osando contestare direttamente il dogma dell'indissolubilità, di fatto lo privava del suo fondamento.”

86 Cf. Pontes de Miranda: “Os protestantes recusam o caráter de sacramento ao casamento. Para eles, são três tão-só, os sacramentos: o *batismo*, a *eucaristia*, a *ordem*. Lutero, de 1519 em diante, foi-se afastando da doutrina católica. Calvino, em 1536, foi claramente contra ela, indo às conseqüências últimas, inclusive a da incompetência das jurisdições eclesiásticas para as causas matrimoniais. Para esse, são quatro as causas de divórcio: *disparitas cultus*, incompatibilidade de temperamento (*non convenientia in conversatione*) longa ausência, adultério. Para Lutero, a despeito de reconhecer ao estado de casamento o valor de ordem religiosa, ‘ninguém ignora que

gravemente a autoridade da Igreja⁸⁷.

Segundo John Gilissen, a aplicação do decreto *Tametsi*⁸⁸ foi muito diferente de país para país, já que na Itália, na Espanha e em Portugal é possível perceber que foram amplamente recebidos e aplicados, enquanto que na França, o rei recusou-se a aplicá-los⁸⁹.

Mas deste ponto há de afirmar-se que de tão sólida que foi a reforma Tridentina, que seus preceitos perseveraram por séculos e ainda são preceitos válidos para a doutrina da Igreja. Na história, o que muda é a própria jurisdição eclesiástica sobre a matéria e não o dogma em si. Para analisar a passagem do sistema de indissolubilidade proveniente da doutrina canônica é preciso estudar como esta concepção formou-se como direito civil. É o próximo passo.

1.2 – A INDISSOLUBILIDADE CONJUGAL E O DE DIREITO CIVIL

Para tanto é ainda necessário regressar um pouco na história que até aqui está sendo traçada e chegar a um ponto na Idade Média em que o Direito Romano passa a ser o mote de estudos. O fenômeno da recepção do direito romano na Europa é espetáculo para a História do Direito. No que diz respeito à formação de um direito civil “renascido” do direito romano, os glosadores da Idade Média foram muito hábeis em ajustar a doutrina canônica da nova doutrina civil. Porém, quanto ao divórcio, segundo o que afirma Giuliano Marchetto, a divergência entre as duas normativas (a da Igreja e a do direito romano) é de tal sorte que não parece conciliável nem mesmo com as refinadas técnicas de harmonização das quais os medievais foram maestros⁹⁰.

seja o casamento coisa exterior e mundana, como as vestes, os alimentos, a casa...’ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito de Família, volume 3. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, pg.446.

87 MARONGIU, Antonio, Enciclopedia de Diritto, vol. XIII (dis-dopp) Verbetate: DIVORZIO (STORIA), Milano: Giuffrè, 1964, pg. 493: “Lutero, che già nel 1519 aveva in un suo sermone tratteggiato senza alcuna punta il regime della famiglia, l’anno dopo è già all’attacco e alla negazione della istituzione divina e della sacramentalità del matrimonio proclamate della Chiesa cattolica e, nel suo scritto *De captivitate* chiama quest’ultimo cosa del tutto terrena (*ein weltlich Geschäft, ein weltlich Ding*) che serve ad un fine naturale ed è quindi legato e limitato da questo, di modo che, cessata la possibilità di conseguirlo deve venir meno anche il vincolo.”

88 *Tametsi* foi um decreto pelo qual o casamento é um contrato solene e por isso exige formalidades para a sua celebração. A expressão *tametsi* significa “ainda que” e era por esta expressão que iniciava uma interessante concessiva “ainda que os matrimônios clandestinos anteriores sejam validos...” regulando as regras do procedimento sacramental.

89 GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pg. 573. E a respeito da aplicação na França prossegue explicando que “No entanto, na sua *ordonnance* de Blois de 1579, retomou quase textualmente as disposições do Concílio de Trento: o casamento devia ser celebrado na presença de quatro testemunhas, depois da publicação de três banhos; além disso, o cura era obrigado a transcrever o acto de casamento num registro.”

90 MARCHETTO, Giuliano, *Il Divorzio Imperfetto – I giuristi Medievali e la separazione dei coniugi*, Bologna: Società editrice Il Mulino, 2008, pg. 134. Segundo o autor: “I legisti paiono limitarsi, di conseguenza, a un assai poco incisivo commento delle fonti romane, lasciando trasparire solo episodicamente la coscienza del contrasto con il diritto canonico. Senza contare che il principio dell’indissolubilità del matrimonio andava annoverato tra le norme di diritto divino, contro le quali la prevalenza del diritto civile non era ipotizzabile nemmeno da parte del civilista più ostile al diritto canonico.”

Uma das explicações disto é que a Igreja tomou para si desde muito cedo na história da Idade Média, o monopólio da jurisdição matrimonial e era das suas concepções jurídico-religiosas que se estabelecia o regime jurídico do divórcio, consubstanciado na indissolubilidade, conforme já foi explicitado anteriormente. Desta exclusividade, a incipiente civilística não teve força imediata para articular uma mudança, mas justamente o contrário, no século XIII, através de renovado corpo de doutrinadores do direito canônico, a indissolubilidade matrimonial permanece forte.

A partir do surgimento da Escola do Direito Natural, sobretudo na Alemanha e na Suíça, foi observado o esforço pela secularização do casamento e o conseqüente restabelecimento do regime de divórcio⁹¹. Segundo a explicação de Hans Hattenhauer, baseando-se na doutrina romano-católica do *consensus* e na doutrina luterana, foi o próprio Hobbes que tratou do tema da secularização do casamento, ainda que incidentalmente⁹².

A revolução Francesa, rompendo com a concepção canônica da indissolubilidade, admitiu a dissolução completa e definitiva do laço conjugal, na condição de ser proferida por um tribunal⁹³, mas que uma legislação tão liberal tinha necessariamente que levar a abusos, e que o *Code Civil* de 1804 reagiu contra o que foi designado então como ‘torrente da imoralidade’ nascida das leis revolucionárias⁹⁴. Para Hans Hattenhauer, no código civil francês seguiu vigente o caráter contratual do matrimônio, mas o Império quis deduzir as conseqüências revolucionárias de um divórcio convencional ilimitado, já que dos excessos revolucionário tinha aprendido que o matrimônio não era assunto puramente privado e que requeria uma proteção institucional⁹⁵.

91 GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, 575.

92 HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*, Tradução Gonzalo Hernández, Barcelona: Editorial Ariel, 1987, pg. 137. A referência à Hobbes diz respeito à obra *De Cives* datada de 1642, cujo capítulo XVI tem o seguinte texto: “Não é meu assunto analisar a questão de se o matrimônio é um sacramento (no sentido que os teólogos dão a esta palavra). Somente digo que o contrato legal, quer dizer, admitido pela lei civil, entre um homem e uma mulher para viver juntos é certamente um matrimônio legal, seja ou não um sacramento.”

93 GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pg. 576: “A lei francesa de 20 de setembro de 1792, admite o divórcio com a maior facilidade: o divórcio pode ser obtido não apenas por consentimento mútuo, como ainda por inúmeras causas, entre as quais a simples incompatibilidade de feitio alegada por um dos cônjuges.”

94 GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pg. 577: “ Na Bélgica o *Code Civil* permaneceu quase inteiramente em vigor nesta matéria depois de 1814. Não assim em França, onde, sob a restauração – quando a religião católica foi declarada religião do estado – o divórcio foi suprimido por uma lei de 8 de maio de 1816, para dar satisfação à igreja. Em 1830, a religião católica deixou de ser ‘religião do Estado’; numerosos projectos tendentes ao restabelecimento do divórcio são aprovados pela Câmara dos Deputados, sendo porém, sistematicamente rejeitados pela Camara dos Pares. Coisa curiosa: nem mesmo a Revolução de 1848 pôde restabelecer o divórcio. Foi preciso esperar pela III República para se ver restabelecido o sistema de divórcio do *Code Civil de 1804*, que na Bélgica, tinha sido mantido no *Code civil* durante todo o sec. XIX e XX, apenas foi reintroduzido em França em 1975 e nos Países Baixos em 1971 e na Alemanha cerca de 1976. Em Itália, o divórcio apenas foi admitido em 1970, apesar do seu sucesso, ainda se confronta com uma viva resistência dos católicos.”

95 HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*, Tradução Gonzalo

Tratando da indissolubilidade do matrimônio no direito italiano, Antonio Marongiu afirma que a legislação pré-unitária (código Albertino e outras) consolida a idéia canônica, o que foi confirmado no código de 1865 segundo o qual o casamento não acaba se não por morte de um dos cônjuges⁹⁶ e na legislação sucessiva permanece a indissolubilidade⁹⁷.

No que diz respeito a Portugal⁹⁸, no domínio da dissolução do vínculo conjugal foi recebida a doutrina canônica, tendo como relevante o adultério da mulher e sevicias. Desde as Ordenações Filipinas, no Livro 5, título XIX, havia a prescrição de pena de morte para o homem que, casado, estabelecesse casamento com outra mulher. O Código Civil de 1867 instituiu pela primeira vez o casamento civil celebrado perante o oficial do registro com as condições e formalidades da lei civil⁹⁹. Com a legislação republicana, ficou positivada a possibilidade de dissolver o matrimônio, mas a Concordata de 7 de Maio de 1940 veio abolir a possibilidade de divórcio, o que somente em 25 de abril de 1974 o divórcio foi de novo permitido em todos os casamento¹⁰⁰.

Em relação ao direito brasileiro, o fim da história do divórcio é a euforia dos civilistas-divorcistas. Isso porque a legislação é recente, data de 2010, e mesmo tendo tido um percurso semelhante aos outros históricos nos países de sistema “romano-germânico” diferiu a sua mudança para tempos muito atuais. Sobre este percurso é a ocupação da seção que segue.

Hernández, Barcelona: Editorial Ariel, 1987, pg. 142: “ Esto quedo plasmado en la regulación que del divorcio hacia el Código. La praxis política tuvo que aceptar que los cristianos del país no estaban a favor de una secularización absoluta del matrimonio. Para no herir sus sentimientos ni sus consecuencias, el Código civil recogió la institución cristiana de la separación de mesa y cama, aunque con la reserva de que después de tal separación por tres años consecutivos uno u otro cónyuge podía demandar divorcio, lo que daba pie al divorcio por disolución después de tres años de separación.”

96 MARONGIU, Antonio, Enciclopedia de Diritto, vol. XIII (dis-dopp) Verbete: DIVORZIO (STORIA), Milano: Giuffrè, 1964, pg. 499: “Nel corso delle discussioni preliminare, il guardasigilli Pisanelli, dopo aver affermato che il divorzio era un fatto del tutto repugnante ai nostri costumi, tanto che nei dieci anni in cui esso era stato in vigore a Napoli non se ne erano avuti che pochissimi casi e ‘tra la generale aversione’ pronunciava parole che dovevano ancora echeggiare più tardi nella polemica pro e antidivorzista.”

97 MARONGIU, Antonio, Enciclopedia de Diritto, vol. XIII (dis-dopp) Verbete: DIVORZIO (STORIA), Milano: Giuffrè, 1964, pg. 500: “É, però poco ma sicuro che nessun dubbio dovette sorgere sul punto della indissolubilità. Questa, del resto, si trova pontualmente riaffermata nell’ar. 149 cc.vig. con la tradizionale massima ‘il matrimonio non si scioglie che con la morte di uno dei coniuge’, valida tanto per il matrimonio civile regolato dal codice, quanto per il matrimonio canonico-concordatario, quanto per il matrimonio religioso acattolico celebrato dal sacerdote di un culto acattolico (ebreo o protestante.” Aqui é importante referir que a legislação italiana sofreu modificação neste assunto com a lei 898 de 1970.

98 Sobre o conceito português, ver PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano, Esboço de hum dictionario juridico, theoretico e practico, remissivo as Leis Compiladas e extravagantes. Obra póstuma, Tomo Primeiro, A - E., Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825. VERBETE: DIVÓRCIO: “Divorcio he a separação dos cônjuges, quando á coabitación, e os bens, em virtude de Sentença, dada por Juiz Competente. O matrimonio, segundo Direito Canônico, que nesta parte se observa entre nós, he indissolúvel, excepto por via de nulidade. Veja-se a Epistola de S. Paulo aos Romanos 7.2, e aos Corinthios 1.7. Era tolerado pela Lei de Moyses. Deut. Cap. 24.”

99 GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pg. 578.

100 GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pg. 578.

CAPÍTULO II – A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

O propósito deste capítulo é a demonstração do percurso histórico da dissolução do casamento no ordenamento jurídico brasileiro, desde a sua mais remota regulação até o recentíssimo advento da reforma constitucional do divórcio – a Emenda Constitucional nº. 66/2010.

Para abordar o percurso histórico da evolução jurídica do divórcio no Brasil, foi adotada a sistematização apresentada pelos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Segundo eles, é possível vislumbrar quatro fases bem claras da evolução histórica do divórcio no Brasil. São elas: a) indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal (ausência de divórcio); b) possibilidade jurídica de divórcio, com imprescindibilidade da separação judicial como requisito prévio; c) ampliação da possibilidade do divórcio, seja pela conversão da separação judicial, seja pelo seu exercício direto; d) divórcio como exercício de um direito potestativo¹⁰¹. Esta ilustração parece muito boa porque sistematiza organicamente o que Nelson Carneiro¹⁰² veio a chamar de “luta pelo divórcio¹⁰³”. O que importa é perceber que não houve uma unanimidade de entendimentos e que a evolução não é rápida nem impassível, demanda muito tempo de maturação e reestruturação da sociedade e das fontes do direito¹⁰⁴.

2.1 – PERCURSO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PERTINENTE A JURISDIÇÃO DO DIVÓRCIO

O regramento do direito civil propriamente brasileiro se deu com o Código Civil de 1916. Até então, a rigor, vigorava no Brasil as disposições civis encontradas nas Ordenações Filipinas do Reino de Portugal, no que não tivesse sido alterado pontualmente. O direito constante naquelas Ordenações

101 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 516.

102 Sobre a historiografia de Nelson Carneiro, interessantíssimo artigo de José Fernando Simão, que em uma passagem escreve: “Nelson de Souza carneiro nasceu em 8 de abril de 1910, em Salvador na Bahia. Exerceu os seguintes mandatos: Deputado Federal 1947-1955, 1959-1963, 1967-1971, Senador 1971-1978, Senador 1979-1987, Senador 1987-1995. Faleceu em 6 de fevereiro de 1996, como jornalista, Mestre e Político levou sua luta à imprensa, à cátedra e aos palanques. Falou aos estudantes, aos governantes, às mulheres e aos chefes de família. Católico, buscou no direito canônico o apoio para responder aos adversários.” SIMÃO, José Fernando, Tributo a Nelson carneiro: Luta pelo Divórcio X Batalha do Divórcio, in: O Novo Divórcio no Brasil, Bahia: JusPodium, 2011, pg. 48.

103 CARNEIRO, Nelson, A Luta pelo Divórcio, São Paulo: Editora Lampião, 1977. Esta obra é o registro da evolução da matéria no país sob a perspectiva da elaboração do direito através do órgão competente. Trata-se de um livro que recolhe todos os discursos proferidos na Câmara de Deputados e/ou no Senado Federal pelos legisladores que propuseram e demandaram a instituição da dissolução conjugal na lei.

104 Muitas são as opiniões a este respeito. Os mais renomados juristas têm afirmado a premência desta atualização no direito brasileiro. Para Gagliano: “o reconhecimento do divórcio, desapegado dos grilhões religiosos que ao Direito não se afirmam mais, é imperativo para um Estado que se proponha a consagrar um sistema jurídico efetivamente democrático e propiciador de uma necessária ambivalência de promoção de dignidade da pessoa humana.” GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 516.

era marcado pela influência do direito canônico e no que diz respeito ao direito de família, sobressaía a predominância do cunho religioso sobre o civil¹⁰⁵. Assim, desde a Independência do Brasil e com a primeira Constituição Brasileira de 1824, o casamento era indissolúvel face ao seu caráter sacramental proveniente da união das disposições civis e religiosas¹⁰⁶.

A herança jurídica de Teixeira de Freitas, na Consolidação das Leis Civis, neste caso não foi profusa, já que deixava a matéria para tratamento canônico. O artigo 158 previa que “as questões de divórcio ou sobre a nulidade do matrimônio, ou sobre separação temporária ou perpetua dos cônjuges pertence ao Juízo Eclesiástico. A respeito deles nenhuma ingerência pode ter a jurisdição secular”.

Quando da proclamação da República, o Marechal Deodoro da Fonseca, então Presidente dos Estados Unidos do Brasil, por um decreto executivo em 24 de janeiro de 1890¹⁰⁷, promulga a instituição do casamento civil: é a marca da secularização¹⁰⁸. A Constituição, apesar da laicização que opera, não disciplina o assunto. Segundo consta, em 1893 um o primeiro projeto de regulação do divórcio foi apresentado por Erico Coelho na Câmara de Deputados e derrotado no Senado¹⁰⁹. Em 1º de agosto de 1900 um projeto de divórcio foi

105 Cf. Gagliano: “No primeiro momento histórico sobre o tema, em uma verdadeira ‘pré-história’ do divórcio, podemos verificar uma enorme resistência jurídica à extinção do vínculo conjugal, sente admitido no caso de morte ou reconhecimento de nulidade do matrimônio. A força da Igreja, notadamente a Católica, influenciou sobremaneira a disciplina normativa do casamento na sociedade ocidental e, em especial, a brasileira. Assim, o casamento seria considerado um pacto submetido às regras do Direito Natural, como uma consequência de preceito divino, dito pelo próprio Cristo (Mateus 19.3-6).” GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 524.

106 Neste ato consta a palavra divórcio, mas sabe-se que o sentido ali utilizado é o de apenas separação de corpos, o qual será renomeado já a partir do Código Civil de 1916 como desquite. Isso porque, mesmo sendo o casamento um ato civil e não mais religioso, não houve a previsão da desconstituição do vínculo conjugal que era considerado indissolúvel, resquício do caráter sacramental. Cf. Gagliano: “Assim, o sistema canônico mantinha a mentem a diretriz da indissolubilidade do matrimônio, consagrando a figura da separação com a permanência do vínculo, qual seja, o tão mencionado ‘desquite’. E, nesse diapasão, percebe-se a forte influência dos cânones romanos no sistema normatizado brasileiro” GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 527.

107 Cf. Zeno Veloso: “Com o repúdio das normas de direito canônico a respeito do casamento, que passou a ser civil, submetido à jurisdição do Estado, houve necessidade de serem editadas novas regras a respeito da matéria, e entrou em vigor a Lei do Casamento civil Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, cujo texto foi redigido pelo juriconsulto piauiense Coelho Rodrigues e não por Ruy Barbosa como muitos pensam. VELOSO, Zeno, Pequena História do Divórcio no Brasil, in: O Novo Divórcio no Brasil, Bahia: JusPodium, 2011, pg. 21.

108 Cf. Gagliano: “Com efeito, se um dos primeiros atos com a Proclamação da República em 1889, foi a subtração da competência do direito canônico sobre as relações familiares, especialmente o matrimônio (art. 72, § 4º), não há como rejeitar que o nosso primeiro código civil publicado em 1916 mas concebido originariamente no século XIX, incorporou concepções do sistema religioso, até então predominante.” GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 527.

109 Esta história é contada por Nelson Carneiro: “Em 1893 Erico Coelho apresentava o primeiro projeto de divórcio e em sua defesa ocuparia a tribuna da Câmara dos Deputados, ainda em 1894. Leite e Oiticica levaria mais tarde o problema ao exame do Senado Federal, também sem êxito. Ali fora derrotado após ‘três anos de separação definitiva, por sentença passada em julgado’. A controvérsia já apaixonava aos círculos políticos e jurídicos. Escreve Teófilo Cavalcanti Filho que ‘os debates de 1896 serviram, principalmente, para fixar, com contornos definitivos, os termos em que a discussão do problema da indissolubilidade do casamento deveriam ser colocados. De um lado, estavam aqueles que encaravam o problema do ângulo

aprovado no primeiro turno no Senado Federal, mas a proposta não voltou ao reexame do plenário, tendo sido frustrado o assunto novamente¹¹⁰. Ainda, tanto em 1908, pelo Congresso Jurídico Brasileiro, como em 1909, com o projeto de Alcindo Guanabara, a matéria foi aventada, mas não vencedora¹¹¹. Mas, conforme as palavras de Nelson Carneiro, “quando pareciam ameaçadas as fortalezas da indissolubilidade, o Governo Revolucionário convocou eleições para a Constituinte, em 1933, começando um novo capítulo, mais difícil, na luta em favor de uma solução mais justa e mais humana para os dissídios conjugais irremediáveis”¹¹². Assim, a Constituição de 1934 previa no art. 144: “A família constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.”

No que diz respeito ao Código Civil de 1916, a matéria permaneceu inalterada – casamento indissolúvel. A alteração que pode ser observada foi a da denominação ‘divórcio’, que até então era utilizada no sentido de separação de corpos, e que passou a ser chamado de ‘desquite’¹¹³. Em relação à evolução da matéria no campo constitucional¹¹⁴, a indissolubilidade passou pela Carta de

filosófico e religioso. Do outro, os que o consideravam de uma perspectiva jurídica. Para os primeiros, católicos todos, o casamento deveria ser analisado como instituição sagrada, não alterável portanto pela vontade humana. Para os demais, o problema era jurídico e como tal deveria ser tido. Entre estes, figuravam alguns, como Coelho Rodrigues, que se opunham à idéia do divórcio.” CARNEIRO, Nelson, *A Luta pelo Divórcio*, São Paulo: Editora Lampião, 1977, pg. 12.

110 Segundo Nelson Carneiro: “Mas, em 1º de agosto de 1900, um projeto de divorcio mereceria aprovação, em primeiro turno, no Senado federal. Martinho Garcez lograra obter maioria, para a sua iniciativa, acolhida pelos votos, além do seu, de Justo Chermont, Manoel Barata, Nogueira Paranaguá, J. Catunda, João Cordeiro, Bezerril Fontenelle, Almeida Barreto, José Marcelino, Arthur Rios, Quintino Bocayuva, Porciúncula, Manoel Queiroz, Moraes Barros, Metelo, Azeredo, Gustavo Richard, Pinheiro Machado e Julio Frota. A proposição não voltou ao reexame do plenário, enviada que foi á Comissão do Código Civil que Seabra presidia. Ainda que a maioria dos 21 fosse favorável ao divórcio, venceu a sugestão de que a matéria deveria ser objeto de lei especial. Com a ausência de Araujo Góis, e o voto dos divorcistas Seabra e Luiz Domingues, trinfou esse ponto de vista. Mas no curso dos debates, Anísio de Abreu, Adolfo Gordo, Fausto Cardoso, Carlos Perdigão, Vergne de Abreu e Sá Peixoto procuraram mostrar as vantagens do instituto em determinados casos, sobre a simples dissolução da sociedade conjugal.” CARNEIRO, Nelson, *A Luta pelo Divórcio*, São Paulo: Editora Lampião, 1977, pg. 13.

111 Cf. Carneiro: “Em 29 de agosto de 1908, reunia-se no Rio de Janeiro, o Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro. Fernando Mendes pedira votação nominal para o requerimento de Virgílio de Sá Pereira, favorável à implantação do divórcio, na esperança de derrotá-lo, ainda que um congressista houvesse anunciado: - ‘não receamos que as nossas opiniões sejam conhecidas’.O requerimento foi aprovado. Nos congressos posteriores, igualmente realizados pelo instituto dos Advogados dos Brasileiros, a corrente divorcista foi sempre majoritária.” CARNEIRO, Nelson, *A Luta pelo Divórcio*, São Paulo: Editora Lampião, 1977, pg. 13.

112 Cf. Carneiro: “Anunciado o pleito, a Liga Eleitoral Católica, recém-criada, passou a exigir, por escrito, o compromisso dos candidatos em torno de determinados pontos. Um deles era o da recusa ao divórcio. Comprometida que estava com a Igreja a grande maioria, fácil lhe foi, através de ilustres parlamentares (Adroaldo mesquita da Costa, Arruda Câmara, Ataliba Nogueira e outros) incluir pela primeira vez na Constituição artigo que declarava indissolúvel o casamento, no obstante a tenaz oposição de Tomás Lobo, Acúrsio Torres, Waldemar Mota, Idálio Sardenberg e Guaracy Silveira.” CARNEIRO, Nelson, *A Luta pelo Divórcio*, São Paulo: Editora Lampião, 1977, pg. 13.

113 Cf. Gagliano: “Assim, essa pode ser considerada a primeira fase do tema, com a ausência de extinção voluntária do casamento, salvo morte e anulação. Nesta fase, há apenas o desquite, instituto de influência religiosa, que gerava apenas a dissolução da sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo conjugal, e a impossibilidade jurídica de contrair formalmente novas núpcias, o que somente gerava ‘famílias clandestinas’, destinatárias do preconceito e da rejeição social.” GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 529.

114 Cf. Carneiro: “Para a aceitação do divórcio, levantara-se assim a barreira do impedimento constitucional. Havia, pois, que conjugar sistemas, numa guerra total. De um lado, ir derruindo pacientemente

1937¹¹⁵, pela Carta de 1946¹¹⁶, e foi repetida nas Constituições de 1967¹¹⁷ e 1969.

A próxima fase histórica da evolução do divórcio no Brasil surge com a Lei 6.515 de 1977. Ela foi amparada pela Emenda Constitucional n. 9 de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § do art. 175 da Constituição Federal vigente à época, para admitir que “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”¹¹⁸ Segundo os ensinamentos de Zeno Veloso, a Emenda Constitucional n.º 9 representou uma verdadeira revolução, uma intensa mudança de paradigma, um divisor de águas no Direito de Família brasileiro¹¹⁹. Como forma de justificação do movimento pela desconstituição do vínculo conjugal, afirmou Odilon de Andrade: “a indissolubilidade faz do casamento a única situação jurídica irrevogável por quem a estabeleceu, mesmo quando se torna impossível a sua finalidade, o que é um contrasenso, para não dizer dislate; que isso aconteça por força de um sacramento, compreende-se, porque sendo o eterno próprio da Igreja, nada mais lógico do que ligar sua idéia às coisas que disciplina; fora dela, porém, não se justifica, e só pelo habito de assisti-lo é que não se vê a incongruência de um ato jurídico irrevogável no efêmero consubstancial da vida.”¹²⁰ As principais mudanças desta lei foram: além da própria dissolubilidade matrimonial, a transformação do regime do ‘desquite’ em ‘separação judicial’ e a necessidade da separação judicial prévia ao divórcio, cujo prazo era de três anos¹²¹. Mas de tudo, há de se apontar

os alicerces, um a um, até que o edifício estivesse a pique de desabar. Por outro lado, atacá-lo de frente, através de emendas constitucionais, que fossem convocando os legisladores a enfrentar os problemas criados pelo desquite. CARNEIRO, Nelson, *A Luta pelo Divórcio*, São Paulo: Editora Lampião, 1977, pg. 14.

115 Constituição de 1937: Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado.

116 Constituição de 1946: Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito a proteção especial do Estado.

117 Constituição de 1967: Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito a proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel.

118 Segundo Nelson Carneiro: “Na manhã de 23 de junho, o Congresso Nacional, presente a frase unanimidade de seus membros, aprovou a Emenda Constitucional n. 9, que instituiu o divórcio no país. A afluência popular, que lotou galerias e corredores, era um espelho do interesse popular generalizado pelo êxito de uma campanha, que nos coubera continuar e conduzir através de insucessos e esperanças, se não com brilho, ao menos com a tenacidade e confiança. A bandeira não era nova. Fora desfraldada antes, com grande lucidez, por ilustres figuras da vida pública nacional. Instituído o casamento civil, não havia como recusar aos lares destroçados a possibilidade de completa dissolução.” CARNEIRO, Nelson, *A Luta pelo Divórcio*, São Paulo: Editora Lampião, 1977, pg. 11.

119 VELOSO, Zeno, *Pequena História do Divórcio no Brasil*, in: *O Novo Divórcio no Brasil*, Bahia: JusPodium, 2011, pg. 25: “Em vez de revogar, simplesmente, o art. 175 § 1º da Constituição fazendo ruir o vetusto princípio da indissolubilidade do casamento, e deixando que a legislação ordinária cuidasse do resto, regulando ela mesma o divórcio, preferiu-se agir com cautela e não na base do tudo ou nada, admitindo-se saídas políticas, transigências, soluções de compromisso, que os antidivorcistas continuavam vivos, eram muito aguerridos. A batalha tinha sido ganha na memorável sessão do Congresso Nacional, de 28 de junho de 1977, quando a Emenda Constitucional foi promulgada, mas não estava tudo acabado e resolvido, pois havia a necessidade ainda, de ser aprovada uma lei que regulasse a dissolução do casamento pelo divórcio, seguindo, obviamente, os parâmetros estabelecidos na EC n.º 9/1977.”

120 CARNEIRO, Nelson, *A Luta pelo Divórcio*, São Paulo: Editora Lampião, 1977, pg. 11.

121 Cf. Gagliano: “A idéia de exigência de decurso de um lapso temporal entre a separação judicial – extinguindo o consórcio entre cônjuges – e o efetivo divórcio – extinguindo, definitivamente, o casamento – tinha a suposta finalidade de permitir e instar os separados a uma reconciliação, antes que dessem o passo definitivo do fim do vínculo matrimonial.” GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo*

esta lei como marco importante para a concretização do instituto do divórcio no Brasil.

Depois de consagrada a possibilidade de dissolver o vínculo matrimonial pela Lei do Divórcio, ainda que com diversos requisitos (separação prévia, tempo, etc), a Constituição Federal de 1988 alcançou mais uma modificação no instituto, através da previsão do divórcio direto, mas sem extinguir a previsão da separação judicial¹²². Em 2003 entrou em vigor no Brasil o último Código Civil, que quanto a esta matéria seguiu os preceitos constitucionais de dissolubilidade matrimonial pelo divórcio, precedido de separação.

Chegando ao último estágio do processo evolutivo do divórcio, em 2010 foi emendada a Constituição Federal abrigando o seguinte texto: “O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio na forma da lei”. Assim, não há mais o requisito da separação judicial prévia para a perfectibilização da desconstituição do vínculo. A doutrina jurídica brasileira demonstrou apoio a mudança constitucional. Neste sentido Maria Berenice Dias assevera que o divórcio não tem o condão de colocar em risco a instituição da família, mas, ao contrário, estimula a criação de novas famílias, visto que os divorciados reúnem condições jurídicas para convolar novas núpcias¹²³. Para Dimas Messias de Carvalho, a alteração constitucional foi um grande avanço na legislação brasileira e fruto de enorme empenho do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.¹²⁴

Segundo Pablo Stolze Gagliano, trata-se de uma completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca se afastar da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem a necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante¹²⁵. É o reconhecimento do divórcio como exercício de um direito potestativo cujo exercício somente compete aos cônjuges não afetando porem a sua relação com os filhos¹²⁶. O estágio atual em matéria de divórcio chega às

Curso de Direito Civil, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 530.

122 VELOSO, Zeno, Pequena História do Divórcio no Brasil, in: O Novo Divórcio no Brasil, Bahia: JusPodium, 2011, pg. 30: “As normas básicas do direito de família brasileiro estão agora na Constituição Federal, que a respeito do assunto que vimos abordando, previa no art. 226 § 6: o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após previa separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Até em razão da força normativa da Constituição e da eficácia imediata de seus preceitos – especialmente de seus princípios - a nova regulamentação do divórcio entrou imediatamente em vigor, com a irremediável perda de validade das regras infraconstitucionais que até então tratavam da matéria, entraram em rota de colisão com a *Lex Mater* e não foram recepcionadas, conforme magistério de Hans Kelsen.”

123 DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pg. 161.

124 CARVALHO, Dimas Messias de, Divórcio Judicial e Administrativo, Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pg. 5: “A Ec n. 66/2010 foi um grande avanço na legislação brasileira e fruto de enorme empenho do IBDFAM, liderado por seu dinâmico presidente Rodrigo da Cunha Pereira, após deliberação em plenário no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte, no sentido de unificar no divórcio todas as hipóteses de cessação da vida conjugal, restando apresentadas as PECs 413/05 e 33/07, subscritas pelos deputados e associados do ISDFAM Antonio Carlos Biscaia, ex-promotor de justiça em vara de família, e Sergio Barradas Carneiro, consolidadas no substitutivo do deputado Joseph Bandeira.

125 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 532.

126 Sobre a percepção do exercício de um direito potestativo, ver Vicente Greco Filho: “Há duas

raias do direito de não permanecer casado¹²⁷, baseado na dignidade da pessoa humana.

Mas, depois de passados dois mil anos de história, estaria a história retornando aos seus primórdios, onde a simples falta da *affectio maritalis* é o bastante para a desconstituição do casamento? Perplexidade que será a bordada a seguir.

2.2 – A APROXIMAÇÃO AXIOLÓGICA DO ESCOPO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 E OS PRINCÍPIOS ROMANOS ACERCA DA DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL

A reconstrução histórica da evolução do divórcio teve o propósito de demonstrar o tratamento do tema nas suas diversas etapas. O ponto de partida foi o direito romano porque nele estavam dispostos princípios de simplicidade na elaboração do instituto, baseados em idéias fundamentais acerca de direito e justiça, idéias das quais derivaram princípios de direito privado¹²⁸. Para os romanos a vinculação matrimonial era simples situação de fato geradora de efeitos jurídicos. Na mesma esteira, a dissolução do vínculo dava-se pela manifestação contrária da vontade constitutiva, ou melhor, continuada. **Não tinham os romanos a idéia de direito potestativo**, marca da última evolução do instituto, mas tinham os inventores do direito privado ocidental a noção de que o casamento se constitui

hipóteses: a) os cônjuges estão de acordo quanto a todos os aspectos do desfazimento do casamento; b) um dos cônjuges discorda com o fazimento do casamento ou discorda de questões acessórias como pensão alimentícia ou guarda de filho. No primeiro caso, o consensual, pode ser feito inclusive em cartório, conforme a legislação vigente, independentemente de qualquer prazo. No segundo, caberá ao cônjuge que deseja o divórcio, requerê-lo ao juiz que em processo, não interessa se de jurisdição voluntaria ou contenciosa, determinar a citação do outro. Que poderá alegar ele em contestação? Jamais as condições relativas a pensão, bens guarda de filhos, questões sentimentais e outras. Muito menos a sua oposição ao próprio divórcio, salvo alegar que não houve casamento. A citação e a oportunidade de contestação, porém, será inevitável em virtude do principio do devido processo legal (...).” GRECO FILHO, Vicente, O Divórcio tornou-se potestativo, in: O Novo Divórcio no Brasil, Bahia: JusPodium, 2011, pg. 136.

127 Sobre o direito de não permanecer casado ver opinião de Cristiano Chaves de Farias: “Admitida primitivamente em caráter excepcional, como visto alhures, a dissolução do vínculo afetivo há de ser compreendida, hoje, como um verdadeiro direito da pessoa humana. No lúcido olhar de Fachin, uma história construída a quatro mãos tende ao sentido de permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado. Deste modo, findos os projetos e anseios comuns – que servem como base de sustentação do casamento – exsurge a dissolução do matrimônio como conseqüência natural, consubstanciando um direito exercitável pela simples vontade do individuo. Veja-se que a proteção devida á dignidade humana (art. 1º, III, CF) encerra verdadeiro direito fundamental genérico do homem consubstanciando uma clausula geral de proteção da personalidade ou a teoria geral de personalidade. Nessa mesma esteira, a Declaração dos Direitos do Homem (art. 12) e a Convenção da Europa (art. 8º) outorgam direitos fundamentais ao homem, conferindo proteção à vida privada e a familiar. FARIAS, Cristiano Chaves de, A proclamação da liberdade de não permanecer casado, in: Questões processuais do Novo Código Civil, org. Rodrigo Mazzei, Barueri: Manole, 2006, pg. 476.

128 Segundo Fritz Schulz: “estos principios no están expuestos de forma que se puedan leer cómodamente en nuestros textos. Los romanos no los expresaron, porque, en general, no era su costumbre la introspección ni la exposición de principios; se puede decir con certeza que muchos de ellos los romanos no tuvieron consciencia ni siquiera una vez.” SCHULZ, Fritz, Principios del Derecho Romano, traducion Manuel Abellán Velasco, Madrid: Civitas, 2000, pg. 24.

pela vontade e pela falta dela se desfaz.

Este trabalho não pretendeu, de forma nenhuma, afirmar a pertinência ou impertinência da indissolubilidade jurídica do casamento, já que para tanto existem opiniões de peso em qualquer dos sentidos, a favor ou contra¹²⁹. A pretensão foi a de ressaltar mais uma vez a genialidade romana a qual se equipara ao estágio mais avançado da evolução do instituto. Não se quer, em absoluto, defender uma aberração jurídica de transposição de princípios jurídicos vigentes há mais de dois mil anos ao direito atual. O que se defende são o conhecimento da história do direito e a exaltação da elegância daquele, que ao final das contas pode se comparar com a prática mais recente e por isso mais desenvolvida da ciência do direito.

Assim, a aproximação axiológica dos princípios romanos acerca da dissolubilidade do casamento aproximam-se, como pode se vislumbrar, pelas mais recentes teses de defesa do divórcio como exercício de um direito potestativo e a sua consagração na Constituição Federal do Brasil.

129 Ainda muito recente a mudança jurídica e quem sabe por este motivo não se encontraram outros argumentos arrebatadores contra a dissolução do vínculo conjugal que não aqueles sustentados na tradição religiosa. Como argumento interessante, consta da opinião de jurista espanhol do século XX: Si por divorcio se entiende en sentido propio La ruptura del vínculo matrimonial con posibilidad de anudar nuevo, ha de reconocerse que su admisión equivale generalmente a admitir La poligamia y a negar la indisolubilidad del matrimonio. En tal sentido, el divorcio, dadas las actuales circunstancias culturales, es la institución jurídica más peligrosa para la vida familiar, ya que, negando la indisolubilidad, todos los intentos de limitar sus estragos son vanos. Lo mismo en la Roma de los Cesares que en la Francia ultra burguesa de la tercera republica, en Norteamérica capitalista, que en Rusia comunista, la lógica desembocadura del divorcio es el libertinismo sexual. Entre los individualistas defensores del divorcio son pocos los que escapan a la lógica consecuencia de su postulado primordial, negador de todo vinculo, sea nascido de consentimiento o el amor, que no sea mantenido en cada momento por la libérrima arbitrariedad do individuo; y así su fórmula jurídica en cuanto al divorcio es su necesaria concesión judicial en caso de solicitarlo uno de los cónyuges. DICCIONARIO DE DERECHO RPIVADO, tomo I, Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jimenez-Alfaro, Barcelona: Labor, 1961, pg. 1609.

CONCLUSÃO

A dissolução do casamento no Direito Romano tinha uma particular significação dentro daquele sistema jurídico. É o fim da intenção matrimonial e como tal perfectibilizava-se pela conjugação da intenção de dissolvê-lo, sem que solenidades expressas fossem exigidas. Depois de séculos de história, tradição e metamorfoses, o rompimento do vínculo conjugal chega à atualidade como ato jurídico formal de cuja estrutura não podem subtrair-se os cônjuges que queiram o fim do casamento. Como última evolução neste tema, o ordenamento jurídico brasileiro reforma a sua Lei Máxima para assegurar (mediante Emenda Constitucional – EC 66/2010) a possibilidade de abreviar os trâmites judiciais, concedendo ao casal decidido a divorciar-se, agilidade e funcionalidade jurídicas. O presente ensaio buscou afirmar que o progresso da lei em matéria de formalidades jurídicas do divórcio, na verdade, retomam uma mentalidade elementar e prática típica do espírito romano. Assim, para encerrar este trabalho utiliza-se as palavras do eminente romanista Silvio Meira: “Povo prático, entendia o romano que o necessário para a existência do casamento era a *affectio maritalis*, a estima e o afeto recíproco, a vontade de viverem juntos como marido e mulher e toda a vez que a vontade dos dois reclamava um outro destino essa vontade era respeitada sendo até punidos aqueles que criassem empecilho à sua efetivação.¹³⁰” Bem assim é a mais nova regulação do tema divórcio no Brasil.

130 MEIRA, Silvio, A Legislação romana do divórcio, in: Romanitas, III, 3, 4, Rio de Janeiro, 1961, pg. 212.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BONFANTE, Pietro, Istituzioni di Diritto Romano, Torino: Giappichelli, 1946.
- BONFANTE, Pietro, Storia del Diritto Romano, volume primo, Milano: Giuffrè, 1958.
- BUJAN, Antonio Fernandez de, Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano, in: *Novos Estudos Juridicos (Univali)*- Vol. 12 - n. 2 , jul-dez 2007, pg. 199-209.
- CARNEIRO, Nelson, A Luta pelo Divórcio, São Paulo: Editora Lampião, 1977.
- CARVALHO, Dimas Messias de, Divórcio Judicial e Administrativo, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CORECCO, Eugenio, GEROSA, Libero, Il diritto della Chiesa, Lugano: Associazione Manuali di Teologia Cattolica, 1995.
- COSTA, José Carlos, Manual de Derecho Romano, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- CASTRO, Flávia Lages, Historia do Direito Geral e do Brasil, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, tomo I, Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jimenez-Alfaro, Barcelona: Labor, 1961, pg. 1609.
- D'ORS, Alvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona: EUNSA, 2006.
- D'ORS, Xavier, Antologia de textos jurídicos de Roma, Madrid: Akal, 2001.
- DONATO, Hernani, A palavra escrita e a sua história, 2ª edição, São Paulo: Edições Melhoramentos, 1951.
- FARIAS, Cristiano Chaves de, A proclamação da liberdade de não permanecer casado, in: *Questões processuais do Novo Código Civil*, org. Rodrigo Mazzei, Barueri: Manole, 2006.
- FAYER, Carla, La Famiglia Romana: aspetti giuridici ed antiquari. . Parte Terza – concubinato, divorzio, adultério. Roma: L'erma di Bretschneider, 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2011.
- GELIO, Aulo, Noches Aticas, Santiago López Moreda, Madrid: Ediciones AKAL, 2009.
- GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macásta Malheiros, 5ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.
- GRECO FILHO, Vicente, O Divórcio tornou-se potestativo, in: *O Novo Divórcio no Brasil*, Bahia: JusPodium, 2011.
- GRIMAL, Pierre, A Civilização Romana, Lisboa: Edições 70, 1984.
- HATTENHAUER, Hans, Conceptos Fundamentales del Derecho Civil, Tradução Gonzalo Hernández, Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

- IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, Barcelona: Ariel, 1999.
- IHERING, Rudolf Von, El espíritu del derecho romano, trad. Fernando Vela, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- LISSNER, Ivar, Assim Viviam nossos antepassados, 1º volume, trad. Oscar Mendes, 5ª Edição, Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1968.
- LONGO, Giannetto, Diritto Romano – Diritto di Famiglia, Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1953.
- LOMBARDIA, Pedro, Lições de Direito Canônico, São Paulo: Edições Loyola, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, O Direito na História, São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MARCHETTO, Giuliano, Il Divorzio Imperfetto – I giuristi Medievali e la separazione dei coniugi, Bologna: Società editrice Il Mulino, 2008.
- MARONGIU, Antonio, Enciclopedia de Diritto, vol. XIII (dis-dopp) Verbete: DIVORZIO (STORIA), Milano: Giuffrè, 1964.
- MARTINEZ, Isidoro Martin, Los principios orientadores de la compilación justiniana, Sobre la Iglesia y el Estado, F.U.E., Madrid, 1989, pg. 65-100.
- MEIRA, Silvio, História e Fontes do Direito Romano, São Paulo: Saraiva, 1966
- MEIRA, Silvio, A Legislação romana do divórcio, in: Romanitas, III, 3, 4, Rio de Janeiro, 1961, pg. 199-226.
- MOREIRA ALVES, Jose Carlos, Direito Romano, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PAZ, Maria Isabel Nuñez, Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma, Salamanca: Secretariado de Publicaciones, 1988.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano, Esboço de hum dicionario juridico, theoretico e practico, remissivo as Leus Compiladas e extravagantes. Obra póstuma, Tomo Primeiro, A - E., Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito de Família. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.
- RASI, Piero, Consensus Facit Nuptias, Milano: Giuffrè, 1946.
- ROBLEDA, Olís, El matrimonio en el Derecho Romano, Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970.
- ROBLEDA, Olís, Il divorzio a Roma prima di Costantino, ANRW (Aufstieg und niedergang der romischen welt) (1982) pp. 347-390.
- ROBLEDA, Olis, Introduzione allo studio del diritto privato romano, 2ª ed. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1979.
- ROCHA, Maria Vital, Algumas Considerações sobre a Família Romana Primitiva, in: Pensar: R.C Direito Unifor/Fortaleza, v. 5, nº 5, fevereiro 2000, pg. 157-164.
- SÁENZ, Alfonso Castro, Compéndio Historico de Derecho Romano. Historia de la cultura jurídica europea, 3ª ed., Madrid: Editorial Tebar, 2006.
- SCHULZ, Fritz, Derecho Romano Clasico, TRad. José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona: BOSCH, 1960.
- SCHULZ, Fritz, Principios del Derecho Romano, traducion Manuel

Abellán Velasco, Madrid: Civitas, 2000.

SIMÃO, José Fernando, Tributo a Nelson carneiro: Luta pelo Divórcio X Batalha do Divórcio, in: O Novo Divórcio no Brasil, Bahia: JusPodium, 2011.

SOLAZZI, Siro, La legge augustea sul divorzio della liberta e il diritto civile. Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano, 1950, vol. LI-LII, pp. 327-351.

SOLAZZI, Siro, In tema di divorzio. I: Il divorzio della filia familias, Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano, 34, 1925-26, pg. 1 – 28.

SOLAZZI, Siro, Studi sul divorzio, II – Il divorzio della liberta, in: Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano, 34, 1926-27, pg. 295 – 319.

TACITO, La Germania, ed. H. GOELZER, Paris, 1923.

TALAMANCA, Mario, Elementi di Diritto Privato Romano, Milano: Giuffrè, 2001.

VANNUCCHI, «La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio», SHDI, 48 (1982), p. 289-317.

VELOSO, Zeno, Pequena História do Divorcio no Brasil, in: O Novo Divórcio no Brasil, Bahia: JusPodium, 2011.

VEYNE, Paul Historia da Vida Privada. Do Império Romano ao ano Mil. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

VEYNE Paul. La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain. In: Annales. Économies, Sociétés, Civilisations. 33e année, N. 1, 1978. pp. 35-63.

VOLTERRA, Edoardo, Diritto di Famiglia - Appunti Raccolti dalle Lezioni per l'anno accademico 1945-46. Bologna: Edizioni Universitarie, 1946.