

UNIVERSIDADE DE SANTO AMARO

Felipe Rodrigues de Souza

**O MATRIMÔNIO NO DIREITO COMPARADO:
UM PARALELO ENTRE O DIREITO CANÔNICO E
O DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

**SÃO PAULO
2021**

FELIPE RODRIGUES DE SOUZA

**O MATRIMÔNIO NO DIREITO COMPARADO:
UM PARALELO ENTRE O DIREITO CANÔNICO E
O DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santo Amaro – UNISA, como requisito parcial para obtenção do título Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof. Ms. Roberta Vicente de Carvalho

**SÃO PAULO
2021**

S718m Souza, Felipe Rodrigues de

O matrimônio no direito comparado: um paralelo entre o direito canônico e o direito civil brasileiro / Felipe Rodrigues de Souza. – São Paulo, 2021.

48 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Santo Amaro, 2021.

Orientador(a): Profª. Ms. Roberta Vicente de Carvalho.

1. Matrimônio Canônico. 2. Matrimônio Civil. 3. Contrato matrimonial. I. Carvalho, Roberta Vicente de, orient. II. Universidade Santo Amaro. III. Título.

Felipe Rodrigues de Souza

**O MATRIMÔNIO NO DIREITO COMPARADO:
UM PARALELO ENTRE O DIREITO CANÔNICO E
O DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santo Amaro – UNISA, como requisito parcial para obtenção do título Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ms. Roberta Vicente de Carvalho

São Paulo de de 2021

Banca examinadora

Prof. Dr.

Profa.Dra.

Profa.Dra.

Conceito Final: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa, quem continuamente está ao meu lado para apoiar, inspirar e fazer vencer.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade de Santo Amaro (UNISA) pela oportunidade de realizar essa iniciação científica.

Agradeço também à Prof.a Vivian Gerstler Zalcman que confiou em mim e ajudou infatigavelmente a levar a cabo este que é o primeiro passo da minha produção acadêmica no âmbito do Direito.

Agradeço de forma particular à Prof.a Roberta Vicente de Carvalho que aceitou o desafio de orientar o meu trabalho e ajudou a levá-lo a cabo com muita paciência e carinho.

Agradeço ainda a todos que estiveram ao meu lado e que prestaram, cada um ao seu modo, o auxílio que necessário na hora certa.

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser a base da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país.

(Eduardo Espínola Filho)

RESUMO

Atualmente o matrimônio no Brasil possui duas realidades que convivem em harmonia, como duas faces de uma mesma moeda. Por um lado, ele encarna o aspecto religioso que, para quem vive de acordo com os ditames da fé, é como uma fonte de onde se obtém a energia necessária para suportar as adversidades da vida. Por outro, ele constitui o ato civil mais solene que temos em nosso ordenamento jurídico. Esses dois elementos não são – nem poderiam ser – contraditórios ou antagônicos. Muito pelo contrário, eles possuem diversas características comuns e, de certa forma, se completam. É o que pretende apresentar esse trabalho.

Palavras Chaves: Matrimônio Canônico. Matrimônio Civil. Contrato matrimonial. Celebração do matrimônio. Impedimentos matrimoniais.

ABSTRACT

Marriage today in Brazil has two realities that live together in harmony, like two sides of the same coin. On the one hand, it embodies the religious aspect which, for those who live according to the dictates of faith, is a source from which one obtains the energy necessary to withstand the adversities of life. On the other hand, it constitutes the most solemn civil act we have in our legal system. These two elements are not - nor could they be - contradictory or antagonistic. Contrariwise, they have several common characteristics and, in a sense, they complement each other. This is what this work intends to present.

Key Words: Canonical Marriage. Civil Marriage. Marriage Contract. Celebration of marriage. Marriage Impediments.

SUMÁRIO

1 Introdução.....	11
2 Matrimônio no Código de Direito Canônico.....	13
2.1 Conceito de Matrimônio	13
2.2 Matrimônio como Ato e como Estado.....	16
2.3 Matrimônio como Sacramento	17
2.3.1 Matéria e Forma do Sacramento do Matrimônio.....	20
2.3.2 Ministros e Sujeitos do Sacramento do Matrimônio.....	20
2.3.3 Celebração ou Forma Canônica do Matrimônio	21
2.4 Matrimônio como Contrato Canônico	22
2.4.1 Consumação do Matrimônio	23
2.4.2 Finalidade do Matrimônio	24
2.4.3 Propriedades Essenciais: Indissolubilidade e Unidade.....	24
2.5 Causas de Nulidade Matrimonial.....	26
2.5.1 Impedimentos Matrimoniais	26
2.5.1.1 Impedimentos de Direito Natural	27
2.5.1.2 Impedimentos de Direito Eclesiástico.....	28
3 Matrimônio no Código de Direito Civil Brasileiro.....	31
3.1 Definição de Matrimônio.....	31
3.2 Finalidade do Casamento	32
3.3 Contrato ou Instituição?	33
3.4 Características do Matrimônio Civil	35
3.4.1 Liberdade	35
3.4.2 Solenidade	35
3.4.3 União Permanente	35
3.4.4 União Exclusiva	36
3.5 Impedimentos e Causas Suspensivas.....	36
3.6 Formalidades Legais do Casamento.....	37
4. Confronto entre o Direito Canônico e o Direito Civil no âmbito do direito matrimonial.....	40
4.1 Casos em que a Igreja Católica “canoniza” ou recebe uma norma civil em seu ordenamento jurídico, nas causas matrimoniais.....	40
4.2 O acordo Brasil Santa Sé.....	41
4.3 Casos em que a convergência entre o Direito Canônico e o Direito Civil Brasileiro não é possível	42
4.4 A união entre pessoas do mesmo gênero	43
4.5 Estado e Igreja são sociedades independentes que podem viver em harmonia.....	46
5 Conclusão	48
Referências	49

1 INTRODUÇÃO

O matrimônio tem sido uma prática comum a todos os povos ao longo da história humana. Embora ele não seja absolutamente necessário para a procriação, constituiu ao longo dos tempos uma coluna de sustentação que vem mantendo, até nossos dias, a continuidade da raça humana.¹

“Seus limites ultrapassam a mera união entre duas pessoas e se estendem à formação de grupos de pessoas, pois as famílias dos cônjuges também se unem e passam a constituir uma só família”. (MARCONI; PRESOTTO, 2007, p. 97). O casamento é, portanto, um fenômeno social de vital importância para a humanidade, ele é “a célula básica e originária da Sociedade”. (CIFUENTE, 2007).

Independente das circunstâncias histórico-culturais de cada época e do entendimento antropológico de cada povo, o matrimônio sempre possuiu um certo caráter jurídico que lhe proporcionava a solidez necessária para atravessar as vicissitudes nascidas do convívio entre aqueles que se uniam para formar uma família. E embora muitas vezes essas uniões tivessem como objetivo apenas estabelecer alianças políticas ou militares², ou tão somente garantir a continuidade de uma determinada linhagem³, sempre existiu uma forma jurídica com vistas a garantir a estabilidade dessas uniões. Por isso, o aspecto jurídico, manifestado ao modo de contrato, sempre esteve presente na realidade do matrimônio ao longo da história. (DINIZ, 2014, p. 51ss).

Outro aspecto que também acompanhou a instituição do matrimônio por milênios, e ainda hoje tem uma força e influência imensas, é o caráter religioso que se encontra presente na realidade cotidiana de todos os povos. No caso concreto do matrimônio, como ele é praticado na Igreja Católica, existe um duplo alcance: o teológico e o canônico. São aspectos indissociáveis, mas distintos, não se pode entender um sem o outro.

O primeiro capítulo deste trabalho será dedicado à análise do matrimônio segundo o entendimento da Igreja Católica e sua forma legal, expressa no Código de

¹ Embora exista controvérsia, é uma teoria sustentada por inúmeros autores. Ver entre outros: DINIZ, 2014, p. 24ss; MARCONI; PRESOTTO, 2007, p. 92ss.

² Como era o caso, muitas vezes, das monarquias europeias.

³ Como acontecia no povo judeu em virtude da lei do levirato (Dt 25, 5-6), por onde o homem era obrigado a se casar com a viúva de seu irmão, caso ela não lhe tivesse dado filho, com vistas a perpetuar o seu nome.

Direito Canônico.⁴ No segundo capítulo, serão apresentados os aspectos mais relevantes – para efeitos desse paralelo – dele na legislação civil, de acordo com o Código de Direito Civil Brasileiro vigente. Na conclusão se fará uma comparação entre os aspectos principais, com objetivo de apontar as semelhanças e diferenças entre amos sistemas normativos.

Além dos respectivos Códigos, serão utilizados autores clássicos no âmbito da teologia, como São Tomás de Aquino, Santo Agostinho e Karl Rahner. Também se fará uso de autores consagrados no Direito Canônico como Piero Amenta, José Fernando Castaño, Rafael Iino Cifuentes e Jesus Hortal, entre outros. E por fim, como não poderia deixar de ser, os papas João XXIII e João Paulo II, principais figuras na composição do novo Código de Direito Canônico.

No âmbito do Direito Civil também se fará uso de autores contemporâneos consagrados, como Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno e Ives Gandra, entre outros.

Não há a pretensão de esgotar o tema em todas as suas *nuances*, mas apontar alguns aspectos principais que convergem ou divergem de maneira especial. Por isso, não serão abordados todos os elementos do Direito de Família, mas tão somente aqueles concernentes ao casamento, sua definição, finalidade, atos constitutivos, formalidades e impedimentos.

⁴ O Código de Direito Canônico tem a abreviação CIC (*Codex Iuris Canonici*) e que será utilizada de agora em diante neste trabalho.

2 MATRIMÔNIO NO CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO

A Igreja Católica parte de uma concepção criacionista do mundo, ou seja, de um Deus que criou todas as coisas do nada.⁵ Todas as suas explicitações teológicas partem desse princípio, e no caso do matrimônio não é diferente: “A íntima comunhão de vida e de amor conjugal que o Criador fundou e dotou com suas leis é instaurada pelo pacto conjugal, [...] o próprio Deus é o autor do matrimônio”. (CONCÍLIO VATICANO II. *Gaudium et Spes*, n. 48).

Nessa perspectiva, o matrimônio faz parte da própria natureza humana. Contudo, convém que seja orientado por uma autoridade constituída:

Certamente o Direito Positivo [revelação] não pode abranger e exprimir todos os aspectos e níveis que contém esse instituto tão complexo, o qual o precede porque é ditado pela natureza e pela vontade de Deus Criador. Entretanto, sem pretender resolver todas as questões que implica uma matéria ‘tão obscura e matizada’ (Agustinus, *De coniugiis adulterinis*, lib. I, c. 25), tenta responder aos desafios históricos que a ligação conjugal põe na responsabilidade dos Pastores da Igreja, caminhando sobre um terreno minado por uma problemática que no passado, e ainda hoje, induz a conjecturar soluções que arriscam distorcer o verdadeiro conceito de casamento e de família, seu significado particularíssimo e seus fundamentos complexos. (AMENTA, 2008, p. lxxix).

Sendo um “instituto tão complexo”, como se mencionou acima, é mister que os líderes da Igreja tenham um especial desvelo e cerquem de cuidado tudo o que se refere ao matrimônio, sobremaneira nos dias atuais em que as transformações acontecem de maneira tão rápida.

2.1 Conceito de Matrimônio

Para se compreender bem o entendimento que a Igreja Católica tem sobre o matrimônio, deve-se levar em consideração que ela foi profundamente influenciada pelo direito romano, do qual, aliás, colheu trechos literais. Alguns são particularmente interessantes e merecem menção.

⁵ São Tomás de Aquino foi quem cunhou a melhor explicação sobre a existência de um Deus criador, com base na razão natural e na observação das coisas criadas, conhecida com *As cinco Vias*: 1. Motor imóvel; 2. Causa eficiente; 3. Contingente e necessário; 4. Graus de perfeição; 5. Governo das coisas e finalidade do ser. Para maior aprofundamento ver: TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*, I pars.

Modestino⁶ já no século II afirmava: “O matrimônio é a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano”. (I, 1, Dig., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2). Essa definição foi utilizada na elaboração do antigo Código de Direito Canônico⁷, e citada literalmente por Pio XI na encíclica *Casti Connubii* de 1930.

O imperador Justiniano, no século VI, propunha que o matrimônio era “A união de um varão e uma mulher com vistas a partilharem o costume de vida”. (Inst. §1, *De patria potestate*, I, 9).

Já Gratiano por sua vez acrescentava um pequeno, mas importante matiz: “União entre o homem e a mulher para estabelecer um **consórcio** por toda a vida”. (c. 11, X, *De prescriptionibus*, 2, 23, grifo nosso).

Séculos mais tarde, os teólogos medievais burilariam essas definições adequando-as às máximas da Igreja Católica. Entre eles, dois tiveram especial relevo em sua época, Pedro Lombardo e São Tomás de Aquino.

Pedro Lombardo afirmou: “A união, entre pessoas legítimas, de um varão e uma mulher, para estabelecer um consórcio marital indivisível por toda a vida”. (*Summa Sententiarum*, I. IV, dist. 27).

Adotando essa mesma definição, São Tomás comentaria:

A definição dada em seu livro toca na essência do matrimônio, na sua conjugação. Mas ela também adiciona uma novidade ao dizer ‘entre pessoas legítimas’. Ela também coloca uma diferença de espécie contratual quando fala do ‘consórcio marital’: porque, como o matrimônio é uma união em ordem a determinado fim, essa união comporta aquilo para o qual ela está ordenada; isto é, aquilo que pertence aos esposos. O poder dessa união, que é indissolúvel, está em que ela é indivisível. (*Suppl.* 44, 3; In IV Sent. dist. 27).

De São Tomás até o Concílio Vaticano II não houve grande mudança no entendimento de matrimônio no ambiente católico.

⁶ Jurista romano, considerado o último dos grandes juristas clássicos. Escreveu em grego e latim de forma simples e clara obras elementares destinadas ao ensino do Direito. Compôs uma série de trabalhos elementares para uso prático, e entre eles sobre o matrimônio (190 – 244 a.C.).

⁷ Conhecido como Código de 1917, ano de sua publicação. Embora existam muitas críticas sobre o seu texto, foi um grande avanço para a época. Para entender melhor o assunto ver, entre outras, a seguinte obra: FELICIANI, Giorgio. *Dal codice del 1917 al codice de 1983: Il nuovo codice di Diritto Canonico*. Bologna: Il Mulino, 1983.

Entretanto, uma abordagem séria do direito – seja qual for o âmbito – deve considerar o contexto histórico e cultural no qual está inserido. Na atualidade não se pode deixar de sopesar o progresso da ciência, os avanços da tecnologia, a experiência de vida contemporânea, as diversas origens étnicas, geográficas e culturais, a situação concreta e real da humanidade pós globalização e, no caso do Direito Canônico, a vivência da própria Igreja Católica diante desses acontecimentos.

Essa mesma Igreja, levando isso em consideração, percebeu a necessidade da elaboração de um novo texto legal que refletisse melhor o seu objetivo com as normas canônicas, e permitisse o progresso espiritual e humano de seus fieis.

Essa percepção já se fazia presente no momento histórico do Concílio Vaticano II. O Papa João XXIII, em 1959, ao mesmo tempo que convocou o Vaticano II anunciou a reforma do Código de Direito Canônico, e o Concílio teve profunda influência na elaboração do novo Código, como ressaltou o Papa João Paulo II ao apresentar e promulgar o novo Código em 1983:

Às leis da disciplina sagrada teve a Igreja Católica, no decurso dos séculos, o costume de as reformar e renovar para que, conservando sempre a fidelidade ao seu divino Fundador, correspondessem adequadamente à missão salvífica que lhe foi confiada. Movidos por este mesmo propósito e satisfazendo finalmente a expectativa de todo o orbe católico, determinamos neste dia, 25 de janeiro de 1983, a publicação do Código de Direito Canônico já revisto. Ao fazê-lo, o nosso pensamento volta-se para o mesmo dia do ano 1959, quando o nosso predecessor João XXIII, de feliz memória, anunciou pela primeira vez ter decidido a reforma do *Corpus* vigente das leis canônicas, que tinha sido promulgado na solenidade de Pentecostes do ano 1917. (JOÃO PAULO II, 1983 apud CIC, 2001, p. 7).

A constituição pastoral⁸ *Gaudium et Spes*, um dos principais documentos produzidos no Concílio Vaticano II, exprime com particular brilho a nova visão da Igreja sobre o matrimônio:

A íntima comunhão de vida e de amor conjugal que o Criador fundou e dotou com suas leis é instaurada pelo pacto conjugal, ou seja: o consentimento pessoal irrevogável. Dessa maneira, do ato humano pelo qual os cônjuges se doam e recebem mutuamente, origina, também diante da sociedade, uma instituição firmada por uma ordenação divina. No intuito do bem, seja dos esposos como da prole e da sociedade, esse vínculo não depende do arbítrio humano. Mas o próprio Deus é o autor do matrimônio dotado de vários bens e fins, que são todos de máxima importância para a continuação do gênero humano, para o aperfeiçoamento pessoal e a sorte eterna de cada um dos membros da família, para a dignidade, estabilidade, paz e prosperidade da própria família e da sociedade humana inteira. O instituto do matrimônio e o

⁸ Constituição pastoral é um tipo de documento emanado pelo Papa com vistas a orientar os membros da Igreja Católica. Ele não tem força dogmática, mas faz parte do ensinamento ordinário da Igreja.

amor dos esposos estão, pela sua índole natural, ordenados à procriação e à educação dos filhos em que culminam como numa coroa. Por isso, o homem e a mulher, que pelo pacto conjugal “já não são dois, mas uma só carne” (Mt 19, 6), prestam-se mutuamente serviço e auxílio, experimentam e realizam cada dia mais plenamente o senso de sua unidade, pela união íntima das pessoas e das atividades. Essa união íntima, doação recíproca de duas pessoas, e o bem dos filhos exigem a perfeita fidelidade dos cônjuges e sua indissolubilidade. (CONCÍLIO VATICANO II, *Gaudium et Spes*, n. 48).

É inegável influência do Vaticano II na elaboração da definição jurídico-canônica do novo Código:

O pacto matrimonial, pelo qual um homem e uma mulher constituem entre si o consórcio de toda vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre os batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento. (CIC 1.055).

Esta definição traz consigo um progresso fundamental em relação à redação do código anterior, e que é o “bem dos cônjuges”. Aqui fica patente que o matrimônio não se restringe apenas à união dos corpos, mas estabelece uma relação mais ampla, completa, e que abrange todos os aspectos da vida: “o que se entrega e aceita no matrimônio é a própria pessoa, e não um aspecto parcial dela”. (CIFUENTE, 2007).

Além disso, nela se encontram claramente distintas duas realidades do matrimônio: o *ato* pelo qual se manifesta o consentimento e que constitui propriamente o contrato; e o *estado* de vida que resulta dessa aceitação mútua. São esses os dois aspectos que constituem o matrimônio canônico, ou matrimônio religioso, na Igreja Católica.

2.2 Matrimônio como Ato e como Estado

O matrimônio canônico é constituído por um *ato*, que se compõe do consentimento que um homem e uma mulher manifestam de formarem um *consortium vitae*, uma sociedade de vida. Esse *ato* recebe no Direito Canônico o nome de matrimônio *in fieri*.

A expressão *in fieri* designa o ato do matrimônio, ou como se costuma chamar, o casamento, as bodas. Pode-se dizer que:

o ato contratual, bilateral e recíproco, consensual e formal, entre pessoas juridicamente hábeis, que surge do consentimento legitimamente manifestado, pelo qual um varão e uma mulher se dão e se aceitam, por aliança irrevogável, para constituir o matrimônio. (SALVADOR, 1997, p. 480).

Em outras palavras, é propriamente o ato no qual os cônjuges realizam o *contrato* e manifestam o *consentimento* matrimonial através do qual se estabelece o *vínculo*.

Já o *estado* de vida que dele se origina recebe o nome de matrimônio *in facto esse*. A expressão *in facto esse* significa a vida matrimonial como uma “realidade permanente”. (CASTAÑO, 1992, p. 21). Já não é mais o ato, mas o estado matrimonial, ou a sociedade conjugal. Em termos mais precisos é “a comunidade permanente e exclusiva entre um varão e uma mulher, orientada, por sua própria índole natural, à perfeição própria e à procriação e educação da prole” (CIC 1.055 §1º).

Para a Igreja Católica, portanto, o matrimônio é verdadeiro contrato.⁹ Contudo, para que tal contrato seja válido precisa obedecer a uma série de requisitos. O primeiro é que seja, entre os batizados, um *sacramento* validamente celebrado.¹⁰

2.3 Matrimônio como Sacramento

A palavra sacramento provém originalmente do termo grego *mysterion*, que significa coisa sagrada, oculta ou secreta, e que posteriormente foi traduzida para o latim como *sacramentum*, ou seja, *res sacrans*, coisa que santifica. (ARNAU-GARCIA, 1994, p. 35ss).

Nos dizeres de AGOSTINHO “o sacramento é um sinal visível da realidade invisível, isto é, um sinal sagrado”. (*De civitate Dei*, X, 5). Essa é a *definição nominal* do termo. Nesse sentido, todas as realidades sagradas do Antigo Testamento – o Cordeiro Pascal, a circuncisão, os sacrifícios – também poderiam ser consideradas como sacramento (SADA; MONROY, 1998, p. 15). Por isso,

Tomás de Aquino dizia que os sacramentos da Antiga Aliança eram aqueles pelos quais o homem ‘testemunhava sua fé na futura vinda do Salvador’, mostrava – ainda sem dar ao simbolismo a densidade que nós reconhecemos que ele tem – a total homogeneidade entre o mundo da fé e o universo sacramental. (LAURET; REFOULÉ, 1984, p. 362).

⁹ Existe uma certa polêmica de natureza jurídica sobre se o matrimônio é um contrato ou uma instituição, mas a corrente mais forte sustenta, com base no próprio texto do código, que o matrimônio é melhor representado pelo termo contrato. Para maiores detalhes ver: HORTAL, Jesus. *O que Deus uniu*: lições de Direito Matrimonial Canônico. São Paulo: Loyola, 1991, p. 19ss.

¹⁰ O Código, no §2º do cânon 1.055, traz a seguinte norma: “Portanto, entre os batizados não pode haver contrato matrimonial válido, que não seja por isso mesmo sacramento”.

Para a Igreja, entretanto, a *definição real* de sacramento “Por sacramentos da Igreja entendemos, no sentido estrito do termo, aqueles sinais exteriores que significam e nos comunicam a graça de Cristo”. (SCHEEBEN, 1953, p. 59).

Os teólogos definem a graça como “Uma qualidade habitual que modifica acidentalmente a alma que a recebe, tornando-a deiforme, ou seja, semelhante a Deus, ao comunicar-lhe uma participação de sua própria natureza divina”. (ROYO MARÍN, 1977, p. 14).

Em outras palavras, é um dom sobrenatural que Deus concede à pessoa para que ela possa alcançar seu fim sobrenatural que é a salvação eterna, o que acontece de modo especial nos sacramentos.

O tema da graça é de particular importância na vida da Igreja e por isso foi amplamente desenvolvido pelos teólogos. A graça se divide em atual e habitual. A graça habitual, ou santificante, é a que se recebe no momento do batismo e pela qual a pessoa se torna filho de Deus e passa a participar da vida divina. Ela só pode ser perdida pelo pecado mortal, mas pode ser restaurada pela confissão sacramental. A graça atual são todas as outras, porque atuam em determinado momento. É o caso dos sacramentos – exceto o batismo – ou das moções sobrenaturais que Deus concede continuamente para ajudar seus filhos. A graça atual se subdivide em outras categorias, entre elas está a graça sacramental que é aquela própria a cada sacramento, com efeitos específicos.

No caso do matrimônio a graça sacramental tem como efeito principal conferir aos cônjuges o auxílio para desempenharem suas obrigações, ou seja, santificarem-se mutuamente e à prole sob educação cristã. Esse efeito não dura apenas durante a celebração do casamento, mas acompanha os esposos ao longo de toda vida.

O caráter simbólico sempre esteve presente nas celebrações da Igreja Católica e foi objeto de inúmeras apreciações pelos chamados Padres da Igreja, que consideravam o símbolo como um meio para distribuir os sacramentos, tão intimamente ligado a eles que não se podia separar um do outro.

ORIGENES, por exemplo, dizia que “O sinal é aquilo por meio do qual se mostra algo a alguém”. (*In Ioannem*, 13, 60: PG 14, col. 521).

Já AGOSTINHO voa mais alto, e mostra que o sinal deve servir para fazer conhecer uma realidade que não se vê: “Sinal é aquilo que, acima da impressão que causa aos sentidos, faz alguém conhecer determinada coisa”. (*De doctrina christiana*, II, 1, 1).

Também os medievais têm uma palavra a dizer: “O sacramento é um elemento corpóreo ou material composto de uma estrutura sensível, que representa algo em virtude da semelhança que tem com a realidade sobrenatural”. (HUGO DE SAN VÍCTOR, *De sacramentis*, I, IX, 2. In: PL 176, col. 317-318).

Contudo, esse entendimento não ficou apenas da antiguidade, avançou e sobreviveu até nossos dias. O grande teólogo do século XX, Karl Rahner, chegou a uma conclusão semelhante, embora por um caminho diferente, ao reconhecer o caráter simbólico da Teologia. No seu estudo “Para una teología del símbolo”, tenta elaborar uma ontologia da realidade simbólica: “O ente é por si mesmo necessariamente simbólico porque se expressa para encontrar seu próprio ser” (RAHNER, 1964, p. 283-321).

Assim revestida de simbologia, a Teologia católica imprime um reflexo profundo também nas leis da Igreja, na lei do matrimônio.

Cada um dos sacramentos¹¹ têm algumas condições e elementos que limitam sua licitude e sua validade, o que se estabeleceu para evitar desvios e abusos. Esses elementos constitutivos são: **matéria e forma**, e devem ser conferidos por um **ministro** constituído pela Igreja, e recebidos por um **sujeito** apto.¹² A validade e licitude de um sacramento – varia em cada um – depende principalmente dessas condições. No

¹¹ São sete os sacramentos da Igreja Católica: Batismo, Eucaristia, Confirmação, Ordem, Matrimônio, Confissão e Unção dos Enfermos. Eles podem ser divididos em sacramentos de vivos e sacramentos de mortos, entendidas ambas expressões no sentido espiritual, ou seja, aqueles que estão na graça de Deus e aqueles que estão em pecado mortal. Três deles (batismo, confirmação e ordem) imprimem na alma o que na teologia se chama *caráter* (selo), ou seja, uma marca espiritual indelével, que faz com que eles só possam ser recebidos uma vez na vida. Sobre o assunto dos sacramentos ver: PHILIPON, M. M. *Los sacramentos en la vida cristiana: siete canales que transmiten la salvación de Cristo*. México: D.F., 2008.

¹² Cristo instituiu pessoalmente em sua vida terrena cada um dos sacramentos. Em alguns determinou a matéria e a forma, como no caso da Eucaristia, cuja matéria é o pão e o vinho e a forma são as palavras “Isto é o meu corpo” e “Este é o cálice do meu sangue” respectivamente. Em outros, porém, confiou à Igreja o poder de determinar, como é o caso do matrimônio, que a Igreja cunhou a fórmula pela qual os noivos manifestam o consentimento.

caso concreto do matrimônio esses elementos são particularmente importantes, já que qualquer deficiência pode subtrair a validade do contrato.

2.3.1 Matéria e Forma do Sacramento do Matrimônio

A Igreja Católica entende que o homem é um ser composto de corpo e alma, ou seja, um princípio material e outro espiritual.¹³ Partindo desse princípio, seria altamente conveniente que os sacramentos, mesmo sendo eles uma realidade espiritual, atingissem o ser humano por completo. Por isso, eles contêm elementos que podem ser percebidos pelos sentidos do corpo. No batismo, por exemplo, o elemento material é a água, na Eucaristia são o pão e o vinho.

No matrimônio a matéria do sacramento é a doação que os cônjuges fazem, reciprocamente, de seus corpos com vistas a formar uma comunidade de vida conjugal indivisível.

Para as tradições católicas, o matrimônio é um sacramento cujo material simbólico é um ato humano, também ele ligado a uma experiência de vastas ressonâncias psicológicas e míticas. [...] Pois bem, este simbolismo nupcial expressa o vínculo que une Deus com o seu povo”. (LAURET; REFOULÉ, 1984, p. 361).

A forma do sacramento nada mais é que a manifestação do consentimento, ou o ato contratual, realizado de modo válido por pessoas legítimas, livre e espontaneamente.

2.3.2 Ministros e Sujeitos do Sacramento do Matrimônio

Os próprios contraentes são ao mesmo tempo sujeitos e ministros deste sacramento. A presença do sacerdote é necessária e foi estabelecida no Concílio de Trento como norma para assegurar que se faça corretamente sua celebração. O sacerdote tem o papel de *testemunha qualificada*, sendo imprescindível sua assistência (CIC 1.108, §1º).

¹³ São Tomás adotou a teoria do hilemorfismo, criada por Aristóteles para explicar a teoria do movimento, e aplicou-a para explicar a existência da alma: “A criatura corporal é composta de potência e de ato, os quais, em relação à essência, se chamam matéria e forma” (*De spiritualibus creaturis*, 1). Para São Tomás a matéria seria o corpo e a forma seria a alma.

A celebração sem essa testemunha seria válida, pois os elementos essenciais estariam presentes (ministro, sujeito, matéria e forma), mas seria ilícita (pecaminosa no entender da Igreja), pois contraria uma norma canônica que exige explicitamente a presença de tal testemunha.

Para ser um sujeito legítimo é necessário: ser batizado, consentir sem nenhuma forma de coação, e não ter nenhum impedimento canônico.

2.3.3 Celebração ou Forma Canônica do Matrimônio

A celebração do matrimônio possui algumas especificações canônicas que devem ser seguidas sob pena de nulidade. Em primeiro lugar, ele deve ser realizado perante o pároco ou o ordinário do lugar¹⁴ em que reside ao menos um dos noivos, ou por um sacerdote delegado pela autoridade competente. Isso se deve, entre outras razões, à salvaguarda da prova legal de sua celebração, evitando que alguém já casado tente se casar novamente perante a Igreja.¹⁵ Por isso, um dos atos preparatórios do matrimônio é a investigação sobre possíveis impedimentos que possam existir.

Além disso, a Igreja faz uma instrução, no curso prévio à celebração do matrimônio¹⁶, sobre as obrigações que os noivos estão prestes a assumir, para que possam manifestar o consentimento com plena ciência dos direitos e deveres que estão incluídos no matrimônio.

Outro ponto importante é que o Código de Direito Canônico ainda dispõe que o matrimônio seja realizado na própria paróquia, só podendo ser feito em outro lugar com autorização do bispo diocesano ou do pároco do lugar (CIC 1.115).

¹⁴ A comunidade católica em um país é dividida em dioceses e paróquias. A diocese é um território maior que engloba diversas paróquias, de acordo com a necessidade regional. Ela tem sempre um bispo como autoridade, ao qual no Direito Canônico se dá o nome de “ordinário do lugar”. A paróquia é constituída por uma comunidade em determinado território, formada pelos membros da Igreja que vivem nesse lugar. Ela é dirigida por pelo menos um sacerdote, o qual se reporta ao bispo da diocese na qual a paróquia está localizada, e a este sacerdote se dá o nome de pároco.

¹⁵ A certidão de casamento religiosa é arquivada na sede da paróquia onde foi realizado o matrimônio. Antes da sua celebração são publicadas as “proclamas” pelas quais se faz manifestar diante da comunidade a intenção que duas pessoas têm de contrair matrimônio. Essa proclama é levada ao conhecimento de todas as paróquias em território nacional, e se um deles, ou mesmo os dois, já tiver se casado em qualquer outra igreja, será vetada sua celebração, a menos que este seja viúvo.

¹⁶ O pároco do lugar onde se celebrará o matrimônio tem obrigação de providenciar um curso, o qual é obrigatório para os cônjuges, sobre as obrigações matrimoniais. Esse curso é de curta duração, em alguns lugares um dia inteiro, em outros dividido em dois ou três dias.

2.4 Matrimônio como Contrato Canônico

O Matrimônio possui, como foi dito acima, uma “realidade natural e significado sacramental são as peças chaves para a compreensão do matrimônio por parte da Igreja e, por isso mesmo, as peças chaves inspiradoras permanentes do sistema matrimonial canônico”. (VILADRICH, 1987, p. 503).

Em sua realidade natural, o matrimônio “está a serviço de alguns bens necessários para a vida a convivência humana, e como instituição social, requer o amparo de um ordenamento positivo, seja ele de caráter religioso ou civil”. (FLOREZ, 1995, p. 174).

Neste sentido, um dos elementos primordiais é o consentimento. Ele é o elemento que torna fato o contrato, ou matrimônio *in fieri*, e nada o pode substituir: “O consentimento das partes, entre pessoas juridicamente hábeis, legitimamente manifestado, faz o matrimônio; esse consentimento não pode ser suprido por nenhuma potestade humana”. (CIC 1.057 §1º).

Ele é um ato de vontade, e por isso mesmo, intrinsecamente livre: “O consentimento matrimonial é o ato de vontade pelo qual um homem e uma mulher, por aliança irrevogável, se entregam e se recebem mutuamente para constituir o matrimônio”. (CIC 1.057 §2º).

Entretanto, para que esse consenso seja válido, deve reunir também algumas características. Em primeiro lugar, deve ser *verdadeiro*, ou seja, não pode ser simulado ou fingido, seja por brincadeira, por escárnio, por constrangimento, ou qualquer outro motivo.

Também deve ser *livre*, quer dizer, deliberado e espontâneo. Não pode ser imposto pela força ou por qualquer forma de coação, seja ela física ou moral.

Deve ser *presente*, não basta uma promessa futura para que o matrimônio seja obrigatório, e menos ainda para que seja um fato.

Precisa ser *mútuo e simultâneo*, ambos devem manifestar o consentimento, e na mesma ocasião. Mesmo que a vontade seja um ato interno, ela precisa ser manifestada externamente, a fim que os outros homens tomem conhecimento. Tal manifestação deve ser feita segundo uma forma canônica proposta pela Igreja.

O matrimônio é um *negocio público*, não apenas uma relação privada entre duas pessoas. Diante de toda a sociedade se estabelece uma relação com direitos e deveres. Por isso a Igreja estabelece que a manifestação seja diante de uma autoridade pública, em nome da Igreja, que testemunha o fato: “Solicita a manifestação do consentimento dos contraentes, e a recebe em nome da Igreja”. (CIC 1.108 §2º).

E por fim, deve ser *absoluto*, não se pode colocar nenhuma condição de futuro. Por exemplo, a conservação da fortuna ou da saúde. Contudo, permite-se colocar condições presentes, desde que sejam manifestadas e aceitas por ambos antes da realização das bodas, por exemplo não ser criminoso ou não ter determinada doença no momento da celebração das bodas.

O vício no consentimento pode invalidar o contrato matrimonial, tornando-o nulo.

2.4.1 Consumação do Matrimônio

Tendo sido praticadas todas as disposições canônicas para a realização do contrato, a saber: a manifestação livre do consentimento, por pessoas hábeis que não tenham nenhum impedimento canônico, diante da testemunha qualificada da Igreja, está realizado o contrato matrimonial canônico válido e ratificado.

Mas para que esse contrato seja posto em prática, nos termos canônicos para que seja consumado, é necessária a cópula conjugal: “Ratificado e consumado, se os cônjuges realizaram entre si, de modo humano, o ato conjugal apto por si para a geração de prole, ao qual por sua própria natureza se ordena o matrimônio, e pelo qual os cônjuges se tomam uma só carne”. (CIC 1.061 §1º).

Ou seja, é necessária a realização completa do ato sexual sem nenhum instrumento que impeça a concepção ao menos uma vez após celebração das bodas para que o contrato matrimonial seja consumado.

2.4.2 Finalidade do Matrimônio

A finalidade do matrimônio está considerada no cânone 1055: “Ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole”. (CIC 1.055).

No texto do código anterior existia uma diferenciação entre bem primário (geração e educação da prole) e bem secundário (bem mútuo dos cônjuges). Essa distinção vinha desde a concepção medieval sobre a finalidade do matrimônio, para a qual São Tomás dava a seguinte razão teológica:

O matrimônio foi instituído principalmente para o bem da prole, não tanto para gerá-la, já que isso pode se verificar também fora do matrimônio, mas também para conduzi-la a um estado perfeito. Podemos considerar na prole duas perfeições: a perfeição da natureza, não apenas relativa ao corpo, mas também quanto à da alma, porque ambas pertencem à lei natural; e a perfeição da graça”. (AQUINO, *Summa Theologica*, Suppl. q. 59, a. 2).

Com a elaboração do texto do novo Código, essa distinção foi deixada de lado, como aponta FELICIANI:

De sua parte o Concílio, afirmando expressamente a existência de diversas finalidades institucionais, não se julgou na obrigação de entrar nessa complexa problemática e, conseqüentemente, não quis nem propor um elenco orgânico e completo da tais fins, nem, muito menos, de indicar uma rígida hierarquia entre eles”. (2002, p. 138).

Ambas características são, hoje, consideradas complementares, sem superioridade de uma em relação à outra.

Para o autor acima mencionado, o texto da *Gaudium et Spes* deixa entrever que a finalidade do matrimônio comporta duas propriedades essenciais, a indissolubilidade e a unidade, as quais constarão expressamente na norma canônica:

A Constituição *Gaudium et Spes* (n. 48-49) enfatiza que a íntima união, enquanto mútua doação de duas pessoas, como o próprio bem dos filhos, exige a plena fidelidade dos cônjuges e reclama a união indissolúvel e, coerentemente, o novo Código identifica as propriedades essenciais do matrimônio na unidade e indissolubilidade”. (FELICIANI, 2002, p. 139).

2.4.3 Propriedades Essenciais: Indissolubilidade e Unidade

Da ratificação e consumação do contrato matrimonial, bem como de sua própria finalidade, se originam duas propriedades essenciais: “A unidade e a indissolubilidade, que no matrimônio cristão adquirem uma peculiar firmeza em virtude do sacramento”. (CIC 1.056). As duas propriedades essenciais e a finalidade do matrimônio constituem o matrimônio *in facto esse*.

Segundo o entendimento da Igreja Católica, estas duas propriedades estão incluídas não apenas no matrimônio cristão, mas em todo e qualquer matrimônio natural. Isso pode se entrever na expressão do texto citado imediatamente acima: “*peculiar firmeza*”, ou seja, afirma que estas duas propriedades não nascem do matrimônio canônico.

Por isso, todo matrimônio é dotado destas duas propriedades, e nenhuma autoridade por nenhuma causa, exceto a morte, pode desfazer esta união. De tal maneira, que o consentimento dos que se unem deve abranger estas duas propriedades, sem o que o consentimento não é válido e o contrato matrimonial seria nulo (CASTAÑO, 1992, p. 78-80).

Estas propriedades não são produzidas pela *qualitas sacramentalis* (ratificação do sacramento), mas pela sua consumação. Por este motivo a Igreja afirma que as propriedades essenciais são exigências do direito (CASTAÑO, 1992, p. 81-82).

Entretanto, CASTAÑO diz que não é possível sustentar que a “unidade” seja de direito natural. Sua explicação é muito lógica e simples. Para que algo seja de direito natural, deve ser *semper ubique, apud omnes*.¹⁷ Diante do fato de que em grande parte da humanidade isso não existiu na prática, nas leis e tampouco na religião, é difícil sustentar que seja de direito natural (1992, p. 82). Donde ele conclui que a “unidade” é de direito divino positivo, ou seja, foi revelado diretamente por Deus de modo explícito através das Sagradas Escrituras. (1992, p. 82 e nota 7).

Quanto à indissolubilidade, esta sim pode-se considerar como sendo de direito natural. Neste sentido FLORES esclarece:

A sacramentalidade do matrimônio está intimamente ligada a esta propriedade que denominamos indissolubilidade. Com ela nos referimos ao caráter irrevogável que tem o compromisso adquirido pelos contraentes em ordem à união matrimonial e à vida familiar. Este compromisso tem em primeiro lugar

¹⁷ “Sempre, em todo lugar e por todos os homens”. Tradução nossa

um sentido ético e moral, que se manifesta na própria consciência dos contraentes e no dever que assumem de mostrarem mútua fidelidade sem fraudar um ao outro. Tem também um alcance social, que é determinado pelos costumes, leis e normas públicas, encarregadas de proteger a instituição matrimonial e a família. Este compromisso encontra ademais no caso do sacramento do matrimônio um fundamento religioso e cristão que contribui de forma decisiva para destacar e afirmar seus efeitos”. (2005, p. 189).

De Direito Natural ou Divino Positivo, o fato concreto é que essas duas propriedades são consideradas indispensáveis pela Igreja, como o expressa o texto do cânone 1056 mencionado anteriormente.

2.5 Causas de Nulidade Matrimonial

São três as causas de nulidade matrimonial previstas pelo Código de Direito Canônico: falta de forma canônica; vício de consenso; impedimentos. A primeira e a segunda causa de nulidade já foram expostas nos tópicos 3.4 e 4 do presente ensaio. Será abordada em seguida a terceira e mais comum causa de nulidade: os impedimentos.

2.5.1 Impedimentos Matrimoniais

O impedimento, também conhecido como impedimento dirimente, é uma situação que torna o nubente inábil para contrair matrimônio: “O impedimento dirimente torna a pessoa inábil para contrair validamente o matrimônio”. (CIC 1.073).

Tais limitações impostas pela legislação eclesiástica a todos os batizados estão expressamente definidas e devem ser interpretadas no sentido estrito. Assim, a existência de um impedimento dirimente num dos nubentes, torna o matrimônio inválido, ou seja, nulo. Não houve matrimônio, nem natural, nem canônico, nem sacramental, pois entre os batizados esses fatores são inseparáveis.

Existem duas classes de impedimentos: *irritantes* e *inabilitantes*. O primeiro contraria o rito do matrimônio; o segundo torna o sujeito *inábil* para realizar o ato canônico. Os impedimentos de ambas classes não se presumem, devem estar expressos no texto normativo.

Quando há uma dúvida a respeito da aplicação de uma *lei certa* num caso concreto, o Ordinário pode dispensar – a menos que se trate de uma dispensa reservada à Sé Apostólica – pois se não houver a dispensa o matrimônio será inválido.

Os impedimentos que tem origem no Direito Natural, ou Direito Divino, são *declarados* pelo Papa, pois, no entender da Igreja, ele é o intérprete autorizado do Direito Divino: “Compete exclusivamente à autoridade suprema da Igreja declarar autenticamente quando é que o direito divino proíbe ou dirime o matrimônio”. (CIC 1.075 §1º). Não existe possibilidade de dispensa neste caso.

Quando o impedimento tem origem unicamente numa determinação conveniente para a paz social da Igreja (*lex humana*, segundo São Tomás; *lex mere ecclesiasticae*, segundo outros autores), são *constituídos* apenas pelo Papa e podem ser dispensados: “Também só a autoridade suprema tem o direito de estabelecer outros impedimentos para os batizados”. (CIC 1.075 §2º).

2.5.1.1 Impedimentos de Direito Natural

Os impedimentos canônicos de Direito Natural ou Divino são: consanguinidade em linha reta, vínculo, voto e impotência. Nenhum deles pode ser dispensado, nem mesmo pelo Papa.

Quando se fala em *consanguinidade em linha reta* quer-se dizer a relação imediata de sangue entre as pessoas, como no caso entre pais e filhos ou entre irmãos: “Na linha reta de consanguinidade, é nulo o matrimônio entre todos os ascendentes e descendentes, tanto legítimos como naturais”. (CIC 1.091 §1º).

O vínculo ou ligame refere-se a um matrimônio anterior, mesmo que não tenha sido consumado, e que torna a pessoa inapta para contrair novo matrimônio enquanto permaneça o vínculo. Esse impedimento é considerado de direito natural confirmado pela Sagrada Escritura (Gn 2, 24; Mt 19, 4-9; I Cor 7, 4-10; Rm 7, 3), só a morte do outro cônjuge extingue o vínculo: “Tenta invalidamente contrair matrimônio quem está ligado pelo vínculo de matrimônio anterior, mesmo que este matrimônio não tenha sido consumado”. (CIC 1.085 §1º).

Voto ou profissão religiosa é o caso dos religiosos, homens ou mulheres, que fazem parte de alguma ordem religiosa e professaram solenemente os votos perpétuos de obediência, castidade e pobreza. Canonicamente esse voto de castidade precisa ser público, ou seja, recebido em nome da Igreja por um superior legítimo (CIC 1.192 §1º). Portanto, não basta que seja uma promessa particular de castidade: “Tentam invalidamente o matrimônio os que estão ligados por voto público perpétuo de castidade num instituto religioso”. (CIC 1.088 §1º).

A impotência constitui impedimento porque impossibilita a consumação do matrimônio, ou seja, não é possível praticar o ato conjugal. A impotência pode ser tanto do homem quanto da mulher, por exemplo pela atrofia dos órgãos genitais. Se for um problema temporário cessará quando estiver sanada a deficiência: “A impotência para copular, antecedente e perpétua, absoluta ou relativa, por parte do homem ou da mulher, dirime o matrimônio por sua própria natureza”. (CIC 1.084 §1º).

Não se deve confundir impotência com esterilidade, a qual não impede a prática do ato mas apenas a geração de uma nova vida e, portanto, não constitui impedimento para o matrimônio, a menos que uma das partes esteja sendo enganada pelo outra nesse sentido: “A esterilidade não proíbe nem dirime o matrimônio, salva a prescrição do cânone 1098”. (CIC 1.084 §3º).

2.5.1.2 Impedimentos de Direito Eclesiástico

Os impedimentos canônicos de Direito Eclesiástico são: idade, disparidade de culto, ordenação sacerdotal, rapto, crime, consanguinidade em linha colateral, afinidade, parentesco legal. Esses podem ser dispensados ou pelo bispo do lugar ou pelo Papa conforme cada caso.

O impedimento por idade prevê que a idade mínima para se contrair matrimônio seja de dezesseis anos para os homens e quatorze para as mulheres. Esse impedimento pode ser dispensado pelo bispo do lugar. O seu motivo é assegurar a maturidade biológica dos contraentes: “O homem antes dos dezesseis anos completos e a mulher antes dos catorze também completos não podem contrair matrimônio válido”. (CIC 1.083 §1º).

Disparidade de culto é quando uma das partes é batizada e a outra não. Do ponto de vista canônico o não batizado não faz parte da realidade jurídica da Igreja, e por isso mesmo não é apta a receber os sacramentos: “É inválido o matrimônio entre duas pessoas das quais uma foi batizada na Igreja católica ou nela recebida e não a abandonou por um ato formal e a outra não é batizada”. (CIC 1.086 §1º).

Contudo, o bispo do lugar (ordinário) pode conceder dispensa nesse caso, mediante algumas condições: que a parte católica se comprometa a empregar todos os meios para preservar e cultivar sua fé, bem como batizar e educar os filhos na Igreja; que a outra parte esteja informada das obrigações assumidas pela parte católica e que também seja instruída quanto à finalidade e propriedades essenciais do matrimônio e com elas esteja de acordo: “Não se dispense desse impedimento, a não ser cumpridas as condições mencionadas nos cânones 1.125 e 1.126”. (CIC 1.086 §2º).

Na ordenação sacerdotal se assume o compromisso do celibato através das ordens sagradas, diante do bispo e da Igreja, o que cria um impedimento para contrair matrimônio. Neste caso, apenas o Papa pode dispensar o sacerdote do compromisso de celibato assumido, o que se faz mediante a demissão do estado clerical¹⁸, e autorizar que contraia validamente o matrimônio: “Tentam invalidamente o matrimônio os que receberam ordens sagradas”. (CIC 1.087).

Rapto consiste em arrebatrar a mulher, contra sua vontade, levá-la a outro lugar ou a *reter* no local onde se encontra com intenção de com ela contrair matrimônio. Esse impedimento só ocorre quando um homem rapta uma mulher, o contrário não configura rapto.

Trata-se de uma norma proveniente do Concílio de Trento, celebrado em 1542, e talvez por isso não esteja considerada a possibilidade do rapto ser feito pela mulher: “Entre um homem e a mulher raptada ou retida com intuito de com ela casar, não pode existir matrimônio, a não ser que a mulher, separada do raptor e colocada em lugar seguro e livre, espontaneamente escolha o matrimônio”. (CIC 1.089).

Crime seria o ato de por fim à vida de uma pessoa para eliminar o vínculo e poder contrair novo matrimônio. Podem ser de três espécies: por fim à vida do próprio

¹⁸ Demissão do estado clerical ou redução ao estado laical é o ato de ofício que o Romano Pontífice exerce quando dispensa o sacerdote da condição jurídica de clérigo. Note-se que se trata apenas da condição jurídica, pois o sacerdócio é um sacramento que imprime caráter e, portanto, é indelével.

cônjuge; por fim à vida do cônjuge de quem se pretende casar; por fim à vida de um ou outro com cooperação mútua. O impedimento proveniente desse ato é perpétuo e irrevogável:

Quem, com intuito de contrair matrimônio com determinada pessoa, tiver causado a morte do cônjuge desta ou do próprio cônjuge, atenta invalidamente tal matrimônio. Também atentam invalidamente o matrimônio entre si os que por mútua cooperação física ou moral, causaram a morte do cônjuge. (CIC 1.090).

Consanguinidade em linha colateral é o impedimento por parentesco na linha colateral até o quarto grau. Esse impedimento pode ser dispensado pelo bispo ordinário: “A afinidade em linha reta dirime o matrimônio em qualquer grau”. (CIC 1.092).

Afinidade é o vínculo ou parentesco legal que surge entre um cônjuge e os parentes consanguíneos do outro cônjuge. Por exemplo, um homem não poderia se casar com a enteada, mesmo após falecimento da esposa. Esse impedimento pode ser dispensado pelo bispo:

O impedimento de pública honestidade origina-se no matrimônio inválido após a instauração da vida comum ou de concubinato notório ou público; e dirime as núpcias no primeiro grau da linha reta entre o homem e as consanguíneas da mulher, e vice-versa. (CIC 1.093).

Parentesco legal é o impedimento que surge quando existe uma adoção legal. Por exemplo, uma mulher adotar um menino e no futuro querer contrair matrimônio com ele. Também esse pode ser dispensado pelo bispo ordinário: “Não podem contrair matrimônio válido os que se encontram vinculados por parentesco legal originado na adoção, em linha reta ou no segundo grau da linha colateral”. (CIC 1.094).

Com isso fica encerrada a parte do matrimônio canônico.

3 MATRIMÔNIO NO CÓDIGO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO

3.1 Definição de Matrimônio

São inúmeros os autores, e de todos os tempos, que afirmam que a família é a base da sociedade. Um exemplo disso encontra-se nas palavras de FERREIRA: “a família é a célula social, tem uma importância básica na estrutura da sociedade, é a própria base da sociedade” (apud GANDRA, 2014, p. 2). Também LAURENT afirma algo semelhante ao dizer que a família é o “fundamento da sociedade, base da moralidade pública” (apud DINIZ, 2014, p. 51).

O texto da própria Constituição Federal igualmente sustenta essa máxima ao afirmar: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (CF/88, art. 226, EC n. 65, 13-07-2010).

Mas, poder-se-ia colocar a questão do que é família do ponto de vista legal. A mesma Constituição supra citada assim o define: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (CF/88, art. 226, §3).

Ao contrário do que acontece no âmbito canônico, na esfera civil existem correntes muito divergentes sobre o conceito de matrimônio previsto na Constituição Federal de 1988.

Para uma certa parcela de autores, do ponto de vista constitucional o casamento é, legal e tecnicamente, o vínculo entre um homem e uma mulher, exclusivamente. (cf. DINIZ, 2014, p. 51; cf. GANDRA, 2014, p. 1; entre outros)

DINIZ sustenta sua convicção com estas palavras:

O CNJ, Res. n. 175/2013, tem admitido habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão da união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, contrariando comando constitucional e o Código Civil. Teria uma resolução força para sobrepor-se à CF e ao CC? (2014, p. 52)

Outra escola defende a teoria de que se deve fazer uma interpretação extensiva desse texto, aplicando-o aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo (cf. BERENICE, 2013, p. 46ss; cf. MADALENO, 2013, p. 27ss).

BERENICE é uma das doutrinadoras que pensa dessa forma:

Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora de proteção do Estado, pois a Constituição (1º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana. (2013, p. 46)

Em que pese o tema ser de máxima importância para o Direito na atualidade, não faz parte do propósito deste ensaio entrar no mérito da questão. Para fins didáticos utilizaremos a visão que mais se aproxima do Direito Canônico, o que facilitará o paralelo entre ambos componentes legais que se pretende fazer.

3.2 Finalidade do Casamento

O casamento, como qualquer outro ato jurídico, existe com determinado propósito ou finalidade. Contudo, não há previsão legal de qual seja, mas pode variar de acordo com a concepção cultural, sociológica, religiosa de cada povo em cada época.

Atualmente, existem diversas correntes que definem as principais finalidades do matrimônio. Uma delas, denominada individualista, afirma que “a satisfação sexual, ou seja, o amor físico constitui o único objetivo do casamento” (GONÇALVES, 2012, p. 46). Segundo o autor, “tal concepção avilta, evidentemente, a dignidade da união matrimonial” (IDEM).

Outra corrente sustenta que a finalidade exclusiva do casamento é a procriação. Essa teoria cai por terra quando se considera o matrimônio de pessoas idosas, mesmo no momento extremo da morte, que são possibilidades contempladas pelo Direito. Além disso,

[uma vez] aceito que a reprodução constitua o fim exclusivo do matrimônio, ter-se-á logicamente de concluir pela anulação de todos os casamentos em que não advenha prole, conclusão profundamente perturbadora da estabilidade do lar e da segurança da família.
Sem dúvida, a principal finalidade do casamento é estabelecer uma *comunhão plena de vida*, como prevê o art. 1511 do Código Civil de 2002, impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência (IDEM).

Dentro da perspectiva da Constituição Federal de 1988, a afetividade e a igualdade entre o homem e a mulher deve ser o princípio de orientação do relacionamento, com vistas ao auxílio recíproco. Essa seria a principal finalidade do casamento.

Em seguida está a *procriação e educação da prole*, que embora não seja uma condição essencial para o casamento (muitos casais não podem gerar filhos), é uma consequência lógica e comum nessa união (CF/88, art. 226, §7; CC, art. 1.634).

E também a *legalização das relações sexuais*, “pois dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é natural e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência; a aproximação dos sexos e o convívio entre marido e mulher desenvolvem sentimentos afetivos recíprocos” (DINIZ, 2014, p. 53).

Contudo, no entender da autora supra mencionada, o casamento não é apenas a regularização ou legalização da união sexual como pretendeu Kant¹⁹, mas a união de duas pessoas de sexos opostos com vistas a alcançarem a plenitude do desenvolvimento da sua personalidade (DINIZ, 2014, p. 52).

A aquisição de direitos e o estabelecimento de deveres constituem aspecto importante do casamento, por exemplo o dever de fidelidade recíproca que existe entre os cônjuges (CC, art. 1.566, I).

3.3 Contrato ou Instituição?

Seria cabível levantar a questão sobre se o casamento é um contrato ou de uma instituição. Não existe um consenso sobre o assunto, e ambas teorias têm autores de peso que defendem uma e outra.

A corrente contratualista, cujas reminiscências foram influenciadas pelo Código de Direito Canônico – o qual normatizava por completo o matrimônio até final do século XIX, mais especificamente até o nascimento da República – entende que o casamento é uma forma de contrato civil que difere dos demais apenas nos seus efeitos, pois não cabe aos nubentes determinar o alcance e as características, mas sim ao Estado.

Um dos protagonistas brasileiros em defesa dessa corrente é LINS E SILVA, que articula:

¹⁹ De fato, Kant chegou a afirmar que o casamento seria uma união para a posse recíproca das qualidades sexuais dos cônjuges, durante a vida (*Kant's desammelt Schiften*, v. 6, p. 277. In: DINIZ, 2014, p. 52).

O casamento como contrato “sui generis”, corrente doutrinária bem esteada pelos elevados princípios éticos e morais que envolvem o casamento, notadamente quando analisado sob um ponto de vista bastante ortodoxo da Igreja, que enfoca o ato entre duas únicas pessoas de sexos opostos, visando a constituição da família, a perpetuação das espécies e a legalização da vida sexual dos envolvidos.

O alcance da expressão “sim” das partes, significa a concordância de ambos com o que o Estado estabelece de forma rígida no artigo 231 do Código Civil, como deveres de ambos os cônjuges. (2001).

Já a concepção institucionalista enxerga o matrimônio como um estado de vida no qual os nubentes ingressam, uma instituição social que nasce da manifesta vontade dos que contraem o matrimônio, mas cujas formas se encontram estabelecidas pela lei. As partes são livres de querer ou não casar e com quem vão casar, mas não é dado aos futuros cônjuges decidir sobre os direitos e deveres, ou o modo pelo qual acontecerá o vínculo conjugal ou a sociedade que dele nascer, matéria sobre a qual caberá exclusivamente à Lei (Estado) determinar. Portanto, não se trataria de um contrato, mas sim da aceitação de um estatuto, de uma instituição, tal como ele é, sem liberdade para adotar outras normas.

Nesse sentido assevera MADALENO, ao dizer que a corrente institucionalista:

atribui ao matrimônio uma feição institucional, porque imperaram no casamento normas de ordem pública, a impor deveres e a reconhecer direitos aos seus membros, o que limita, sobremaneira, a autonomia privada. Portanto, a família organizada a partir do casamento obedeceria a um conjunto de normas imperativas, objetivando uma ordem jurídica e social do matrimônio, com forma especial e solenidades a serem rigorosamente observadas para conferir validade e eficácia ao ato conjugal. (2013, p. 103).

Existe ainda uma terceira corrente que sustenta uma teoria mista na qual o casamento seria ao mesmo tempo um contrato e uma instituição. Contudo, neste artigo será considerada com maior destaque a teoria institucionalista, adotada por DINIZ:

As notas diferenciais entre contrato e instituição: a) o contrato é uma especulação (o vendedor procura o preço mais alto e o comprador, o mais baixo); a instituição, um *consortium*, onde os interesses são coincidentes; b) o contrato rege-se pela igualdade; a instituição, pela disciplina; c) o contrato é uma mera relação, produzindo efeitos somente entre as partes; a instituição, uma entidade que se impõe tanto às partes como a terceiros; d) o contrato é uma relação exterior aos contratantes, é um laço obrigacional; a instituição, uma interiorização; e) o contrato representa uma trégua na batalha dos direitos individuais, sendo produto da consciência; a instituição, um corpo cujo destino é ser compartilhado por seus membros, portanto produto da comunicação; f) o contrato é precário, desata-se como foi formado, extinguindo-se com o pagamento; a instituição é feita para durar; g) o contrato é uma relação subjetiva de pessoa a pessoa; as relações institucionais são objetivas e estatutárias (2014, p. 56-57).

Em outras palavras, considerar o casamento como um mero contrato é diminuir suas finalidades ao nível de uma aquisição material ou sociedade financeira. Além disso, não basta o mero consentimento mútuo para o estabelecimento do matrimônio, é mister a intervenção da autoridade competente para homologar o fato, assegurando e preservando as provas da sua validade.

3.4 Características do Matrimônio Civil

O matrimônio civil está dotado de três características fundamentais para alcançar seu propósito social, respeitando os diversos princípios constitucionais.

3.4.1 Liberdade

A liberdade de escolher o nubente, pessoa com quem se pretende construir uma vida e uma família é, por sua própria natureza, intrínseca ao casamento. A interferência externa, seja da família, seja dos amigos, é apenas orientativa, tem caráter de mero conselho, mas não é determinante. Se duas pessoas decidem livremente contrair matrimônio, não é a opinião dos pais que o tornará nulo.²⁰

3.4.2 Solenidade

A solenidade do ato nupcial, ou seja, sua celebração pública respeitando as formalidades com que o reveste a norma jurídica, também é indispensável, pois não é suficiente que um homem e uma mulher se unam para constituir família, devem fazê-lo sob o amparo da lei que rege essa instituição legal. Tal instituição é de ordem pública, pois está acima da convenção dos nubentes.

3.4.3 União Permanente

²⁰ Salvo no caso em que os nubentes não tenham atingido a maioridade civil (CC, art. 1.517).

Outra característica muito importante, e às vezes mal compreendida, é a união permanente que deve existir no casamento. Embora exista a possibilidade de separação, a união permanente é

indispensável para a realização dos valores básicos da sociedade civilizada. A ideia da comunidade de vida – ensina Lehmann – exige que a durabilidade do casamento vá além das alterações das circunstâncias e independa da vontade das partes, em particular quando houver descendentes, cuja educação pode ficar prejudicada em virtude da destruição do lar paterno. [...] Se duas pessoas contraem matrimônio, não o fazem por tempo determinado, mas por toda vida (DINIZ, 2014, p. 58).

3.4.4 União Exclusiva

Outro aspecto olvidado comumente é a obrigatoriedade da união exclusiva. Antes o adultério era considerado crime (CP, art. 240, ora revogado), mas ele ainda constitui ilícito civil (CC, art. 1.573, I) uma vez que a fidelidade conjugal é exigida por lei (CC, art. 1.566, I), e é o mais importante dos deveres conjugais, já que serve de pedra angular no relacionamento entre os cônjuges, pois a vida em comum só pode ser perfeita com a recíproca e exclusiva entrega dos corpos (DINIZ, 2014, p. 59).

3.5 Impedimentos e Causas Suspensivas

Tão grande é a importância do matrimônio para a sociedade que o Estado, através do Código Civil, prevê algumas condições para que se possa convolar núpcias. Tais prerrogativas visam proteger o bem da prole e garantir a ordem pública. Contrariadas essas determinações, o casamento será nulo. Essas predisposições são chamadas de impedimentos.²¹ Eles são:

1. Impedimentos de parentesco (CC, art. 1.521, I a V):
 - a. Consanguinidade: para impedir núpcias incestuosas e proteger a moralidade dentro do lar, e de modo especial para evitar deficiências fisiológicas da prole;
 - b. Afinidade: parentesco que se estabelece em função de casamento entre um dos cônjuges e os parentes do outro. Por exemplo, entre

²¹ Não se deve confundir impedimento matrimonial com incapacidade para o casamento. A incapacidade refere-se à idade núbil. O impedimento se dá por algum preceito legal embora a pessoa seja capaz, em outras circunstâncias, de contrair matrimônio válido.

sogra e genro. Só há impedimento se o parentesco for em linha reta.

c. Adoção: vínculo que se estabelece com o parentesco civil por meio de adoção. Assim, a mãe adotiva não poderia casar com o filho adotado. Esse impedimento aplica-se também aos enteados.

2. Impedimento de vínculo (CC, art. 1.521, VI): é a proibição de bigamia já mencionada anteriormente, pela qual quando ainda perdura determinado vínculo não se pode contrair novas núpcias.
3. Impedimento de crime (CC, art. 1.521, VII): estão impedidos de contrair matrimônio o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio do consorte. Só há impedimento se houver condenação transitada em julgado por homicídio doloso. Esse impedimento é perpétuo.

Vencidos os impedimentos, cumpre tratar das causas suspensivas de matrimônio, também chamadas de impedimentos impeditivos, suspensivos ou proibitivos. A principal diferença entre a suspensão e o impedimento, é que esta não é causa de nulidade nem de anulação, mas apenas de aplicação de sanção civil prevista na lei.

O principal objetivo das causas de suspensão é assegurar os direitos da prole de casamento anterior em relação ao patrimônio que lhes cabe por direito. Por isso, uma pessoa que tenha filho com cônjuge falecido só poderá contrair novas núpcias após a realização do inventário. Se não o fizer, sofrerá como sanção que as novas bodas serão obrigatoriamente realizadas sob o regime de separação de bens (CC, art. 1.641, I).

3.6 Formalidades Legais do Casamento

É natural que o casamento, sendo um instituto de tamanha importância, esteja cercado de formalidades e proteções da lei. Essas formalidades contemplam três momentos diferentes do casamento: A habilitação, que é a apresentação de documentos por parte dos nubentes. A celebração, que consiste na manifestação pública que eles fazem diante do juiz de paz ou da autoridade competente. E o assento, que é o registro da celebração.

A habilitação tem como propósito fundamental verificar a inexistência de impedimentos ou causas suspensivas, evitando a infração das normas vigentes quando da

realização do casamento. Para tanto, os nubentes deverão demonstrar perante o Oficial de Registro Civil do domicílio de pelo menos um dos noivos que ambos estão habilitados para contrair matrimônio.

Um requerimento deverá ser preenchido e assinado de próprio punho, junto com o qual se deverá apresentar a certidão de nascimento (ou equivalente), pela qual se poderá verificar a existência de parentesco, comprovar a idade hábil, bem como averiguar a existência de vínculo presente.

Além disso, deverão arrolar duas testemunhas, as quais declararão a inexistência de impedimentos. Esse documento pretende assegurar a idoneidade dos contraentes.

Deverão ainda os nubentes fazer declaração do estado civil e comprovar residência no local onde pretendem se casar.

Se for o caso ainda deverão apresentar atestado de óbito do cônjuge falecido e certificado de exame pré nupcial. O exame só é obrigatório quando se tratar de parentesco colateral de terceiro grau (Dec.-Lei, n. 3.200/41).

Em posse da certidão expedida pelo Registro Civil declarando a habilidade de ambos para contrair núpcias, os nubentes deverão requerer junto à autoridade competente a designação do dia, hora e local para a celebração do casamento (CC, art. 1.533). Tal celebração é de competência do juiz do local onde tramitou o processo de habilitação e é gratuita (CC, art. 1.512). “A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutra edifício público ou particular” (CC, art. 1.534).

A publicidade do ato nupcial é de ordem pública, pois exige nosso legislador que durante a cerimônia as portas fiquem abertas, sob pena de o casamento sofrer impugnações ou de ser considerado clandestino. Não pode haver, portanto, restrições ao acesso de pessoas no recinto para presenciar a celebração nupcial. Só assim é que se poderá permitir o livre ingresso, no local, de qualquer pessoa interessada em opor algum impedimento e afastar os riscos de intimidação ou falseamento da vontade (DINIZ, 2014, p. 118).

Além disso, à celebração deverão comparecer simultaneamente ambos contraentes, sendo vedado o comparecimento em momentos diversos mesmo que consecutivos, e menos ainda por telefone, carta, rádio, televisão ou outra forma semelhante.

Pode-se, em casos específicos e sob a forma da legislação, realizar-se por meio de procurador.²²

A lei não exige uma fórmula específica, mas a manifestação deve ser verbal, clara e não pode deixar ambiguidade quanto ao conteúdo e vontade livre. Obtida as respostas afirmativas e espontâneas dos contraentes, o juiz encerra a celebração com as seguintes palavras: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados” (CC, art. 1.535).

Para completar esse ciclo legal do casamento deve-se lavrar no livro de registro, para perpetuar o ato e servir de prova, o assento do matrimônio, o qual deverá ser assinado por quem preside a celebração, pelos cônjuges, testemunhas e oficial do cartório (CC, art. 1.536, I a VII).

A falta de lavratura do assento não macula a validade do casamento nem pesa como falha na celebração, mesmo quando houver dolo ou culpa do oficial, caso em que se provará o matrimônio por outros meios. Todavia, na prática, muito dificilmente haverá tal omissão porque o assento é lavrado imediatamente após a cerimônia nupcial, para a assinatura do juiz, cônjuges e testemunhas e porque, em regra, o oficial o prepara antes da celebração do casamento para facilitá-la.

Se o juiz violar certos preceitos relativos ao ato nupcial, poderá sofrer sanções de ordem civil (CC, art. 186) ou penal (CP, arts. 314, 316, §1, 319, etc., concernentes aos crimes contra a administração pública): se celebrar casamento antes de levantados os impedimentos opostos contra algum dos contraentes; se deixar de recebê-los, quando oportunamente opostos; se se abster de opô-los, quando lhe constarem, e forem dos que se opõem *ex officio* (CC, art. 1.522, parágrafo único) etc. (DINIZ, 2014, p. 121).

Estará, assim, encerrado o processo de celebração do casamento de acordo com o Código Civil Brasileiro.

²² Existem ainda outras formas válidas previstas pelo CC, a saber: casamento por procuração (CC, art. 1.542, §1º ao 4), casamento nuncupativo (CC, art. 1.540), casamento religioso com efeitos civis respeitadas as formalidades exigidas por lei (CC, art. 1.516, §1º).

4. CONFRONTO ENTRE O DIREITO CANÔNICO E O DIREITO CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO MATRIMONIAL

Tudo isso que foi exposto nos dois capítulos anteriores não teria muita serventia se não analisássemos, ainda que de modo breve e resumido, os efeitos práticos que temos hoje como resultado da aplicação conjunta de ambos ordenamentos jurídicos.

Se bem é verdade que existem muitas semelhanças entre eles, também é evidente que existem muitas diferenças. Algumas dessas diferenças, eventualmente, podem ser “absorvidas” por um ou outro.

A situação da união estável – ou segunda união como alguns conhecem – talvez seja a mais perceptível. Mas existem ainda outras divergências, como a questão da união entre pessoas do mesmo sexo ou do divórcio.

Devemos notar que a Igreja Católica nada fala em seu conjunto de leis sobre a questão sucessória. Não há no Código de Direito Canônico nenhuma norma, nem mesmo orientação, em relação a como os bens do *de cuius* deva ser repartido ou administrado.

Essa também é uma diferença importante, e que abre margem para apontarmos os primeiros aspectos práticos da relação, ou do confronto, entre o Direito Canônico e o Direito Civil Brasileiro.

Isso porque em diversas situações, a Igreja Católica determina que para alguns assuntos devem ser observadas as normas civis vigentes do local onde o fiel reside. É o que procuraremos apresentar sucintamente a seguir.

4.1 Casos em que a Igreja Católica “canoniza” ou recebe uma norma civil em seu ordenamento jurídico, nas causas matrimoniais

Como dissemos acima, existem algumas situações que não estão previstas no Direito Canônico. Outras, contudo, estão sim previstas e conflitam com o ordenamento jurídico civil. Mas o que a Igreja Católica orienta seus fieis nestes casos em relação às causas matrimoniais?

Em alguns casos a Igreja permite que seja feito como estabelece a norma civil, como é o caso das promessas de matrimônio ou esponsais, que devem regidos pelas normas da Conferência Episcopal, tendo em conta aos costumes e leis civis. (CIC 1062, § 1).

Outro caso característico é que não podem contrair validamente o matrimônio aqueles que estejam ligados entre si por vínculos de parentesco legal surgido por vias de adoção, em linha direta e em segundo grau colateral (c. 1094), mas quanto ao entendimento de adoção, a Igreja remete ao direito civil (CIC 110).

Temos que destacar ainda a permissão que a Igreja dá para os casos de matrimônio por procuração, que podem ser feitos desde que por meio de documento autêntico, de acordo com o direito civil (CIC 1105 § 2).

Mas o caso mais interessante para efeitos do nosso estudo é quanto à separação. Em casos de adultério não compensado, é lícita a separação, temporária ou não. Esta separação pode ser feita por meio de recurso interposto junto à autoridade civil, ou seja, o divórcio civil. Contudo, não há que se falar na dissolução vincular (CIC 1152 § 2).

Isso significa que as pessoas poderão viver separadas, mas o vínculo conjugal permanecerá para sempre. Ou seja, não poderão, diante da Igreja, contrair novas núpcias enquanto os dois viverem.

4.2 O acordo Brasil Santa Sé

Há alguns anos a Igreja Católica, por meio de seu Estado soberano, celebrou com o Brasil um acordo que pretende mitigar os efeitos dos eventuais conflitos que inevitavelmente ocorrerão, inclusive na questão matrimonial.

Este Acordo foi promulgado sob o Decreto Legislativo n. 698/2009 e Decreto n. 7.107/2010. No artigo 2º fica determinado que a “República Federativa do Brasil, com fundamento no direito de liberdade religiosa, reconhece à Igreja Católica o direito de desempenhar a sua missão apostólica, garantindo o exercício público de suas atividades, observado o ordenamento jurídico brasileiro”.

Isso significa garantir e respeitar a disciplina interna da Igreja Católica, que está fundada principalmente no Direito Canônico. Há, portanto, um mútuo respeito entre as partes em relação aos respectivos ordenamentos jurídicos.

A Igreja Católica remete, em algumas matérias, às leis civis (CIC 22): v.g., constituição dos tutores e os seus poderes (CIC 98 § 2); adoções (CIC 110); prescrições (CIC 197); esponsais, ou promessas de matrimônio (CIC 1062 § 1); administração de bens (CIC 1284 § 2, 3); contratos (1290); composição e arbítrio, para evitar contendas jurídicas (CIC 1714, 1716, § 1).

Por sua vez, o Estado brasileiro reconhece as leis canônicas em alguns casos, como o valor civil do matrimônio religioso (art. 12º do Acordo Brasil Santa Sé). Reconhece também a homologação das sentenças eclesiais em questão matrimonial, nos mesmos termos da legislação sobre homologação de sentenças estrangeiras (Idem, § 1o).

O mesmo Acordo, ao reafirmar a personalidade jurídica da Igreja Católica e de todas as suas instituições eclesiais, em seu artigo 3º enumera entre elas a Diocese, ordinariamente registrada nos Cartórios como Mitra Diocesana, governada pelo Bispo, segundo o Direito Canônico, com tribunal judicial próprio.

4.3 Casos em que a convergência entre o Direito Canônico e o Direito Civil Brasileiro não é possível

Embora existam muitos pontos de convergência, até de semelhança, ou aspectos nos quais um ordenamento ceda ao outro a precedência, há também que se falar noutros pontos onde a convergência entre o Direito Canônico e o Direito Civil Brasileiro não é possível.

Já mencionamos de passagem um desses pontos que versa justamente sobre a União Estável, ou segunda união. O Código Civil de 2002 reconhece a União Estável como uma entidade familiar, a qual deve dar-se entre homem e mulher, ser pública, contínua e duradoura, e ter por objetivo constituir família (CC art. 1.723).

Assim, a pessoa casada pode constituir a união estável, estando separada judicialmente ou de fato. A união estável poderá converter-se em casamento mediante

pedido dos interessados ao juiz, e o respectivo assento no registro civil. Além disso, os deveres recíprocos são os mesmos inerentes ao matrimônio, excluindo a obrigatoriedade da coabitação, ou seja, da vida em comum no mesmo domicílio conjugal (CC art. 1.726).

Isso não será possível dentro do Direito Canônico, não existe a figura da União Estável, ou segunda união, como uma figura jurídico-canônica. “A unidade e a indissolubilidade, adquirem no matrimônio cristão uma peculiar firmeza em virtude do sacramento”. (CIC 1.056). Na Igreja Católica só é possível contrair novas núpcias no caso de viuvez ou se o matrimônio realizado for declarado nulo, como vimos no tópico 2.5 deste trabalho.

4.4 A união entre pessoas do mesmo gênero

Outra situação na qual não é possível fazer uma conciliação é a questão da união entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo no âmbito do Direito Civil essa temática é bastante controversa, embora exista jurisprudência pacificada no sentido de reconhecer tal união. Mas vamos estudar com um pouco mais de dedicação o assunto.

Se analisarmos a legislação brasileira com mais cuidado, podemos concluir que o conceito de família se baseia na comunhão plena de vida, entre um homem e uma mulher, em igualdade de direitos e obrigações, com alguma estabilidade, seja por meio do casamento ou da união estável.

Não há dúvida de o legislador teve a intenção de conferir ao matrimônio alguma estabilidade, parecendo ser para ele indispensável para garantir a comunhão plena de vida e a educação dos filhos. Mesmo assim, sabemos que é possível o divórcio, e hoje fica sujeita à livre vontade das partes com mais facilidade desatar o vínculo.

Outro elemento que está claro no texto constitucional é que a comunhão de vida deve dar-se entre um homem e uma mulher. Sem embargo, uma jurisprudência recente admitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, se bem não se pode dizer que tais decisões integram o corpo legislativo, nem tem, do ponto de vista democrático, a mesma força jurídica e moral que as leis sancionadas por aqueles que têm o mandato do povo.

Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins assinalou que

a Suprema Corte outorgou-se o direito de substituir o Congresso Nacional e a Constituinte, e criou norma constitucional inexistente sem o processo das duas votações nas duas Casas com 3/5 de todos os segmentos do povo.

E continua:

o Congresso Nacional eleito por 130 milhões de brasileiros e com poder de alterar a Constituição pelo voto de 3/5 de sua composição, em dois escrutínios, foi substituído por um colegiado de 11 pessoas eleitas por um homem só!²³

Fica claro, pois, que a questão da união de pessoas do mesmo gênero, e a própria ideologia de gênero, é algo que se encontra saudavelmente em debate em nossa sociedade, e o debate sempre é saudável e permite adequadamente a participação cidadã na formação da lei. Talvez um plebiscito permitisse dar a esse debate a qualidade e a amplitude que merece, e dessa forma se conhecer o pensamento do povo brasileiro.

Para o Direito Canônico a união entre pessoas do mesmo sexo não é possível. Isso se deve não apenas ao mero arbítrio da autoridade eclesiástica, mas sim a princípios religiosos, metafísicos e antropológicos adotados por inúmeros povos antigos, culturas e religiões, admitiam-se como práticas mais frequentes o matrimônio heterossexual, com tendência à monogamia – admitindo-se em alguns casos a poligamia – com tendência à estabilidade do vínculo, mesmo que admitindo a dissolução, exceção feita da Igreja Católica.

Contudo, a Igreja Católica, no cânon 22 do Código de Direito Canônico, estabelece um importante instrumento de diálogo entre a legislação civil a legislação eclesiástica, como podemos ver a seguir:

As leis civis, às quais o direito da Igreja remete, sejam observadas no direito canônico com os mesmos efeitos, desde que não sejam contrárias ao direito divino e não seja determinada outra coisa no direito canônico.

Aqui precisamos esclarecer o que se entende por “direito divino” dentro desse contexto do Direito Canônico. Para São Tomás de Aquino só existe uma lei, a lei eterna: a parte revelada é a lei divina; a outra, que fica esculpida na consciência dos

²³ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Família é aquela que perpetua sociedade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 10 set. 2015.

seres racionais, é o direito natural. Abaixo delas, a lei positiva, que é aquela convertida em norma pelos homens e que não pode contrariar nem a lei natural, nem a lei divina, ou seja, a lei positiva seria uma transcrição, para entendimento dos homens, da lei eterna.²⁴

Ora, para Igreja Católica, o matrimônio é um vínculo que se estabelece com vistas a duas finalidades principais, quais sejam o bem dos cônjuges e a procriação e educação da prole, com vistas à propagação do gênero humano. É o que podemos observar neste trecho do documento do Concílio Vaticano II:

A íntima comunidade da vida e do amor conjugal, fundada pelo Criador e dotada de leis próprias, é instituída por meio da aliança matrimonial [...]. Deste modo, por meio do ato humano pelo qual os cônjuges mutuamente se dão e se recebem um ao outro, nasce uma instituição em face da sociedade, confirmada pela lei divina. Em vista do bem tanto dos esposos e da prole, como da sociedade, este sagrado vínculo não está ao arbítrio da vontade humana. O próprio Deus é o autor do matrimônio, o qual possui diversos bens e fins, todos eles da máxima importância, quer para a propagação do gênero humano, quer para o proveito pessoal e sorte eterna de cada um dos membros da família, quer mesmo, finalmente, para a dignidade, estabilidade, paz e prosperidade de toda a família humana.

Por sua própria índole, a instituição matrimonial e o amor conjugal estão ordenados para a procriação e educação da prole, que constituem como que a sua coroa. O homem e a mulher, que, pela aliança conjugal 'já não são dois, mas uma só carne' (Mt 19, 6), prestam-se recíproca ajuda e serviço com a íntima união das suas pessoas e atividades, tomam consciência da própria unidade e cada vez mais a realizam. Esta união íntima, já que é o dom recíproco de duas pessoas, exige, do mesmo modo que o bem dos filhos, a inteira fidelidade dos cônjuges e a indissolubilidade da sua união.

O Matrimônio é uma realidade complexa, que pode ser abordada do ponto de vista antropológico, sociológico, político, jurídico, psicológico e religioso. Tomás de Aquino, com a síntese que o caracteriza, conclui:

O matrimônio, enquanto sacramento, obedece ao direito divino; enquanto ofício natural, segue a lei natural; e enquanto ofício da comunidade humana, obedece à lei civil.²⁵

Portanto, desde que sejam respeitadas as legítimas autonomias das esferas, não há razão para colisão ou conflitos. O perigo está quando o homem ou as instituições resolvem se fazer como medida de todas as coisas, estabelecendo aquilo que se pode chamar de ditadura do relativismo.

²⁴ Cf. TOMÁS DE AQUINO. Summa Theologiae I-II, q. 94, a. 2. O mesmo conceito se encontra em II Sent., 42, 1, 4 ad 3.

²⁵ TOMÁS DE AQUINO. Scriptum super Sententiis. Liber IV, Distin. 34, q.1, a.1, ad.4.

4.5 Estado e Igreja são sociedades independentes que podem viver em harmonia

O homem é sociável por natureza, é algo instintivo. Para atingir a perfeição pessoal, necessita viver em sociedade, e nela encontrará a ajuda de outros seres humanos que lhe permitam viver em segurança e com abundância de bens.²⁶

Isso se faz, atualmente, com a organização de Estados, os quais precisam de uma organização jurídica própria, gozem de soberania, tenham um povo, um território e autonomia. É como temos hoje o Brasil, sob um sistema de governo democrático.

De forma semelhante, em sua existência bimilenar, a Igreja tem um caráter de sociedade autônoma, conta com um povo, um território e um ordenamento jurídico. Contudo, sua influência sobre seu povo ultrapassa os limites territoriais do Vaticano. Por isso, buscou um ordenamento jurídico mais adequado a essa realidade peculiar.

Mas há um aspecto importante que devemos observar, uma diferença na essência dessas duas sociedades. O cidadão, enquanto membro do Estado brasileiro, não pode escolher subordinar-se ao ordenamento jurídico vigente no país, não é algo facultativo. Já na Igreja Católica, ninguém é obrigado a entrar ou permanecer, e aqui está o *busílis* deste trabalho.

Todas as divergências de direito matrimonial entre o Direito Civil e Direito Canônico que acabamos de estudar, na verdade, são apenas teóricas e abstratas. Contudo, mais importante do que conceitos são as práticas que ocorrem no plano concreto, real e fático de cada sociedade. Na prática, os dois ordenamentos jurídicos podem conviver perfeitamente bem.

Mas o que nos leva a essa afirmação? Um raciocínio bastante simples, o qual, aliás, demonstra a má vontade de muitos teóricos das ciências jurídicas quando tratam do assunto. A base desse raciocínio encontra-se no texto constitucional, no seu artigo 5º, inc. VI, que estabelece: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo

²⁶ SUÁREZ; De Legibus, Livro III, Cap. 12, n. 8.

assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

Se de um lado todos são obrigados a obedecer às leis civis para que a sociedade possa viver em harmonia, de outro lado, ninguém precisa viver sob a égide de uma instituição religiosa, mas nela entra ou permanece apenas se quiser.

Quem quiser seguir os ensinamentos da Igreja Católica, o que se faz livremente, precisa seguir as normas do Direito Canônico, que não contrariam as leis civis brasileiras vigentes. Se, pelo contrário, a pessoa escolhe um outro modo de vida que não se encaixa nos ditames católicos, terá o amparo da legislação civil, especialmente da Constituição, para trilhar seu próprio caminho.

Isso nos faz perguntar, porque algumas pessoas querem colocar o Direito Civil e o Direito Canônico como ordenamentos antagônicos? No nosso modo de ver as coisas, tal postura não faz sentido sob nenhum ponto de vista, nem jurídico, nem acadêmico e, menos ainda, moral.

Desta maneira, a Igreja Católica e o Estado brasileiro possuem um fim completo e supremo na sua própria ordem, o qual coordena soberanamente as ações de seus membros, e dispõe de todos os meios para alcançar seu fim. Portanto, vemos que Estado brasileiro e Igreja Católica são sociedades independentes que podem viver em perfeita harmonia.

5 CONCLUSÃO

Uma observação superficial do assunto poderia sugerir que entre ambos sistemas normativos existem mais diferenças do que semelhanças. Contudo, o que se verifica é exatamente o oposto. Em primeiro lugar, a própria origem do conceito parte de uma fonte comum que é o Direito Romano. Mas não fica só nisso, a divergência que existe entra a corrente contratualista e institucionalista que existe no âmbito civil também encontra semelhança na esfera religiosa católica, embora existe nesta última uma harmonização entre as duas correntes através do matrimônio *in fieri* e matrimônio *in facto esse*.

Encontramos semelhança ainda na formalidade da celebração. Para o Direito Civil o casamento tem uma solenidade própria e imprescindível para sua validade, devendo ser celebrada com toda publicidade, na presença de testemunhas e presidido pela autoridade competente. Da mesma forma o casamento católico deve ser realizado perante a respectiva autoridade, respeitando a formalidade e solenidades que a Igreja determina.

O Direito Civil também prevê algumas características essenciais que se assemelham às propriedades essenciais contempladas pela teologia e pela norma canônica. Esses predicados são a indissolubilidade e a unidade – âmbito canônico – e a união permanente e união exclusiva – âmbito civil. Aqui nasce, contudo, a primeira distinção. Enquanto para a Igreja a indissolubilidade tenha um caráter definitivo, a união permanente admite a possibilidade de seu desfazimento por meio do divórcio.

A finalidade do casamento é outro ponto comum entre os dois sistemas aqui contemplados. Na seara civil o fim principal é a afetividade e a igualdade entre o homem e a mulher com vistas ao auxílio recíproco. Para a Igreja esse objetivo se realiza pela busca do bem dos cônjuges e a procriação e educação da prole.

Contudo, talvez onde mais encontremos semelhanças seja nos impedimentos que cada sistema determina para a assunção do casamento, dando a impressão de que um tomou do outro os elementos para a constituição de ditos obstáculos. Parentesco, idade, vínculo, crime são alguns bons exemplos das semelhanças. As diferenças residem quase exclusivamente nos aspectos puramente religiosos, por exemplo para o clérigo que só pode contrair núpcias com autorização do Papa.

Por fim, o aspecto onde provavelmente resida a maior diferença, a questão da nulidade e anulação. Enquanto no Direito Canônico só exista a possibilidade de declaração de nulidade, ou seja, a constatação posterior de um vício que impedia o casamento e que só foi percebido depois da celebração, de modo que o matrimônio nunca tenha acontecido, no Direito Civil existe a possibilidade de anulação – que canonicamente é impossível – o que se dá por meio do divórcio, o qual é utilizado quando o matrimônio civil tenha sido válido.

Através deste breve apanhado pode-se perceber que existem muitas características semelhantes e algumas diferenças fundamentais entre ambos sistemas normativos. De um lado, o Direito Canônico enquanto realidade religiosa fundamentado na Bíblia e na Tradição Apostólica. Do outro, o Direito Civil, baseado na Constituição Federal e nos Direitos Humanos, de modo particular na dignidade da pessoa humana e na liberdade.

Embora o casamento seja uma realidade extremamente complexa, que passou por diversas transformações ao longo da história, pode ser harmonizado de modo a satisfazer os ditames da Igreja bem como os do Estado de Direito. É possível, portanto, obedecer ambos sistemas normativos naquilo que têm de mais fundamental, na sua essência. Sim, pois sua finalidade permanece intocada, inviolável: o bem daqueles que se unem para formar uma comunidade de vida e a constituição da prole, a família.

REFERÊNCIAS

- AUGUSTINUS. De civitate Dei, X, 5. In: MIGNE, J.-P. (Org.). *Patrologiae cursus completus: series latina*. Paris: J.-P. Migne, 1845, v. 41.
- _____. De doctrina christiana, II, 1, 1. In: MIGNE, J.-P. (Org.). *Patrologiae cursus completus: series latina*. Paris: J.-P. Migne, 1845, v. 34.
- AMENTA, Piero. *Le Procedure Amministrative in materia di Matrimonio Canonico: Storia, Legislazione e Prassi*. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2008.
- ARNAU-GARCIA, Ramon. *Tratado general de los Sacramentos*. Madrid: BAC, 1994.
- BERENICE DIAS, Maria. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CASTAÑO, José Fernando. *Il sacramento del matrimonio*. Roma: [s.n.], 1992.
- CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- CIFUENTE, Rafael Llano. *A natureza jurídica do Matrimônio à luz do novo Código de Direito Canônico*. Disponível em: <<http://www.clerus.org/clerus/dati/2007-11/23-13/14NatJuridica.html>>. Acesso em 4 set. 2017.
- CODEX IURIS CANONICI. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_it.html>. Acesso em 17 set. 2017.
- CONCÍLIO VATICANO II. *Gaudium et Spes*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 2 out. 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. V. Direito da Família*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FELICIANI, Giorgio. *Dal codice del 1917 al codice de 1983: Il nuovo codice di Diritto Canonico*. Bologna: Il Mulino, 1983.
- _____. *Le basi del diritto canonico*. Bologna: Il Mulino, 2002.
- FLOREZ, Gonzalo. *Matrimonio y Familia*. Madrid: BAC, 2005.
- GANDRA, Ives da Silva Martins; CARVALHO, Paulo de Barros. *O Direito e a Família*. São Paulo: Noeses, 2014.
- HORTAL, Jesus. *O que Deus uniu: lições de Direito Matrimonial Canônico*. São Paulo: Loyola, 1991.
- HUGO DE SAN VÍCTOR. *De sacramentis*, I, IX, 2. In: PL 176, col. 317-318.
- JOÃO PAULO II. *Constituição Apostólica de Promulgação do Código de Direito Canônico de 1983*. São Paulo: Loyola, 2011.
- LAURET, Bernard; REFOULÉ, François. *Iniciación a la práctica de la Teología. III. Dogmática*. Trad. Rufino Godoy. Madrid: Cristiandad, 1984.

LINS E SILVA, Paulo. *O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens*. III Congresso Brasileiro De Direito De Família (IBDFAM). Ouro Preto, 25/10/2001.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. *Antropologia: uma introdução*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NAVARRETE, Urbano. *Derecho Matrimonial Canónico: evolución a la luz del Concilio Vaticano II*. Madrid: BAC, 2007.

ORIGENES. *In Ioannem*, 13, 60: PG 14, col. 521.

PHILIPON, Marie Michel. *Los sacramentos en la vida cristiana: siete canales que transmiten la salvación de Cristo*. México: D.F., 2008.

PIO XI. *Casti Connubii*, de 31 de dezembro de 1930. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html>. Acesso em: 5 set. 2017.

RAHNER, K. Para una teología del símbolo. In: *Escritos de Teología*. vol. 4. Madrid, 1964.

ROYO MARÍN, Antonio. *Somos hijos de Dios*. Madrid: BAC, 1977.

SADA, Ricardo; MONROY, Afonso. *Curso de Teologia dos Sacramentos*. Trad. José Coutinho de Brito. Lisboa: Rei dos Livros, 1998.

SALVADOR, Carlos Corral. *Dicionário de Direito Canônico*. São Paulo: Loyola, 1997.

SCHEEBEN, Mathias Joseph. *Los misterios del cristianismo*. vol. 2. Barcelona: Herder, 1953.

TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae: cum textu ex recesione leonina*. Taurini, Romae: Marietti, 1950.

VILADRICH, Pedro Juan. Matrimonio y sistema matrimonial de la Reflexiones sobre la misión del Derecho canónico en la sociedad actual. *Ius Canonicum*, v. 27, n. 54, jul./dez. 1987.