



SEVERINO AUGUSTO DOS SANTOS

IUSTAE NUPTIAE VEL MATRIMONIUM
DIREITO ROMANO, CRISTIANISMO E
REFLEXOS SOBRE O DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Históricas
(Ius Romanum)
orientada pelo Prof. Doutor António Alberto Vieira Cura
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra

2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO**

SEVERINO AUGUSTO DOS SANTOS

***IUSTAE NUPTIAE VEL MATRIMONIUM:*
DIREITO ROMANO, CRISTIANISMO E
REFLEXOS SOBRE O DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

**COIMBRA, PORTUGAL
JULHO DE 2015**

SEVERINO AUGUSTO DOS SANTOS

***IUSTAE NUPTIAE VEL MATRIMONIUM:*
DIREITO ROMANO, CRISTIANISMO E
REFLEXOS SOBRE O DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, como requisito necessário à conclusão do curso de Doutoramento na área de Ciências Jurídico-Históricas (Direito Romano).

Orientador: Professor Doutor António Alberto
Vieira Cura

COIMBRA, PORTUGAL

JULHO DE 2015

*“Que proveito tira o homem de todo o seu trabalho
com que se afadiga debaixo do sol?
Uma geração passa e uma geração vem,
mas a terra sempre permanece.
O sol se levanta e o sol se põe
e se apressa rumo ao lugar de
onde nascerá de novo.(1,3-5)*

(.....)

*Todos os rios correm para o mar
mas o mar nunca transborda;
para o lugar de onde os rios vêm
Lá eles voltam novamente. (1,7)*

(.....)

*O que foi é o que será
E o que se fez é o que se tornará a fazer;
Nada há de novo debaixo do sol”.(1,9)*

Eclesiastes

Agradecimentos e homenagens:

A Deus, Senhor do tempo, da vida e da história.

À Virgem de Fátima, mater et praesidium de um velho e trôpego viajor por caminhos da terra.

À multissecular Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, templo de Minerva que um dia me acolheu e abençoou.

Ao eminente Professor Doutor António Alberto Vieira Cura, a minha especial reverência. Sem a sua diligente orientação este trabalho, certamente, não teria sido possível.

Aos ilustríssimos Professores Doutores António dos Santos Justo e Rui Manuel de Figueiredo Marcos, através dos quais reverencio os docentes de todas as épocas dessa república do saber, com mais de sete séculos de história.

Ao Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), aqui representado pelo Diretor da Faculdade de Direito, o insigne Professor Oswaldo Trigueiro do Valle.

Ao meu pai, Augusto Alexandre, referência no meu ontem, meu companheiro no amanhã.

À minha mãe, Dona Zefinha, amor-eterno da minha vida, agora noutra dimensão.

Aos demais familiares: irmãos, esposa, filhos, nora e aos netos Rodrigo Lucas e Rafaella Luíza, Rafael e Rayla Sinhorelli, Petrônio Augusto e Júlia Beatriz, Mateus e Felipe Queiroz.

Àqueles com quem compartilhei ensino e aprendizagem por mais de três décadas de magistério (UNIPÊ e UFPB).

Por fim, a todos que acreditam que os sonhos pertencem a todas as idades.

*Perambulando silente
Pelas estradas da vida,
O trôpego viajor
Não sabe aonde vai.
Tem o peso dos anos
No arrostar de seus passos,
Caminha, tropeça,
Mas não olha para trás...
Foram tantas ilusões
Alimentadas, sonhadas,
Que o viandante cansado
Procura esquecer,
Mas ainda tem sonhos
Ao final da jornada...
É o espírito, sempre jovem,
Que lhe inspira o viver.*

*O autor, aos 67 anos,
postulante ao doutoramento na Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.*

RESUMO

Esta tese de doutoramento tem como tema as *Iustae nuptiae vel matrimonium*: direito romano, cristianismo e seus reflexos no direito civil brasileiro. Inicia-se por um pequeno estudo sobre a família romana, da fase histórica ao direito justinianeu. Esse viés tem significado importante e se faz necessário para a compreensão da temática. No mundo de antanho e até em épocas recentes, o casamento era a condição para a formação da família legítima. Nesse universo familiar, destacou-se a figura majestática do *paterfamilias*, do qual irradiavam poderes em todas as direções. Com o passar do tempo, aquelas antigas prerrogativas domésticas do *pater* foram atenuadas e algumas desapareceram, restando uma potestade humanizada que encontra guarida no poder familiar de nossos dias. O casamento romano constitui o objeto principal deste estudo. Nele serão destacadas as influências recebidas do cristianismo. Ambos deixaram fortes reflexos no ordenamento jurídico civil brasileiro, nos mais diversos aspectos, destacando-se os seguintes: definição, heterossexualidade da união, consentimento, capacidade (idade nupcial), monogamia, impedimentos matrimoniais, forma da celebração, extinção da união conjugal. A análise discorre sobre o matrimônio cristão, abrangendo sua origem mais incipiente, sua expansão até chegar à sua institucionalização sob a força do império romano, iniciada por Constantino e continuada pelos imperadores cristãos. A partir de então, foi consagrado como instituição e transformou o mundo. O casamento cristão é evocado desde seus fundamentos bíblicos, encontrados no livro do gênesis e outros textos sagrados, nomeadamente, em algumas passagens do evangelho de Jesus Cristo e nas cartas do apóstolo Paulo. Passou a ser indissolúvel à luz da doutrina cristã, contrastando com o *ius romanum*. Os escritos de padres da Igreja, ainda no mundo de Roma, contribuíram para essa transformação do casamento. Ela vai alcançar sua mais sólida estruturação no Concílio de Trento e, posteriormente, nas encíclicas papais, no Código de Direito Canônico e no catecismo da Igreja. Por fim serão abordadas as influências acolhidas pelo direito civil brasileiro. Na lei anterior (Código de 1916), esses influxos foram mais significativos, em razão de o casamento ser a única forma de constituição da família legítima, impondo a indissolubilidade da união. O Código Civil de 2002, além de derrogar essas características, estabeleceu várias inovações: o reconhecimento de outras entidades familiares, como a união estável e a família monoparental; mais significativamente, a possibilidade da dissolução da união. Contudo, aquelas antigas características, consagradas no direito romano e acolhidas pelo cristianismo em suas legislações, permaneceram: união heterossexual, capacidade dos nubentes, monogamia, impedimentos matrimoniais, imprescindibilidade do *consensus* das partes. Foram ainda preservadas, embora facultativamente, aquelas formas não jurídicas consagradas por Kronos: o cortejo nupcial, as alianças, o buquê de flores, os pajens, as testemunhas e o bolo de trigo.

Palavras-chave: Família romana; justas núpcias; cristianismo; direito civil brasileiro.

ABSTRACT

This doctoral thesis has as its theme the *Iustae nuptiae vel matrimonium*: Roman law, Christianity and its effects on the Brazilian civil law. It begins by a small study on the Roman family, from the historical stage to Justinian law. This approach has important significance and is necessary for understanding the subject. On the ancient world and even nowadays world, marriage was the condition for the formation of the legitimate family. In this familiar universe, the highlight was the majestic figure of the *paterfamilias*, radiating his powers in all directions. Over time, the old household prerogatives of the *pater* were attenuated and some disappeared, leaving a humanized authority which finds shelter in the family power of today. The Roman marriage is the main object of study. In this context the influence of Christianity will be highlighted. Both left a strong influence in the Brazilian civil law, in several respects, standing out the following: definition, heterosexuality marriage, consent capacity (marriageable age), monogamy, marriage impediments, the celebration form, the conjugal union extinction. The analysis discusses Christian marriage, from the earliest possible origin to the expansion to achieve its institutionalization under the force of the Roman Empire, starting with Constantine and continued by the Christian emperors. From then on, it was consecrated as an institution and transformed the world. The Christian marriage is evoked from its biblical foundations, found in the book of Genesis and other sacred texts, particularly in some parts of the gospel of Jesus Christ and in the letters of the Apostle Paul. It became indissoluble in the light of Christian doctrine, contrasting with the *ius romanum*. The writings of the Church Fathers, yet in Roman world, contributed to this transformation of marriage. It will achieve its most solid structure in the Council of Trent and subsequently in papal encyclicals, the Code of Canon Law and the Catechism of the Church. Finally, there will be an approach of influences received by the Brazilian civil law. In the previous civil law (1916), these influences were more significant, because marriage was the only way of incorporation of the legitimate family, imposing the indissolubility of marriage. The Civil Code of 2002, in addition suppressed these features, established several innovations: the recognition of other family organizations such as the cohabitation and single parent family; e more significantly, the possibility of the union dissolution. However, these old features embodied in Roman law and accepted by Christianity in its legislation remained: heterosexual union, the capacity of future spouses, monogamy, marriage impediments, indispensability of parties *consensus*. Were still preserved, although optionally, those not legal forms consecrated by Kronos: the wedding party, the covenants, the bouquet of flowers, the pageboys, witnesses and wheat cake.

Keywords: Roman family; Righteous marriage; Christianity; Brazilian civil law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I A FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO	
1.1 Noção	09
1.2 Definições	11
1.3 Evolução histórica	13
1.3.1 Família arcaica	13
1.3.2 Época clássica	15
1.3.3 Período pós-clássico	16
1.4. <i>Paterfamilias</i>	18
1.5. <i>Patria potestas</i> , um poder que se transforma	20
1.5.1 Poderes derivados da <i>patria potestas</i>	26
1.5.1.1 <i>Ius vitae et necis</i>	26
1.5.1.2 <i>Ius vendendi</i>	29
1.5.1.3 <i>Ius exponendi</i>	33
1.5.1.4 <i>Ius noxae dândi</i>	36
1.5.2 Extinção da <i>patria potestas</i>	38
1.6 A situação jurídica da mulher em Roma	40
CAPÍTULO II IUSTAE NUPTIAE VEL MATRIMONIUM	
2.1. Preliminares	51
2.2 Esponsais	61
2.2.1 Noção	61
2.2.2 Evolução	62
2.3 Definições de <i>iustae nuptiae</i>	69
2.4 Pressupostos	79
2.4.1 Capacidade para convolar núpcias	80
2.4.2 Consentimento	86
2.5 Impedimentos	88
2.5.1 Bigamia	89
2.5.2 Parentesco e afinidade	90
2.5.3 Outros impedimentos	95
2.6 O casamento e a <i>conventio in manum</i>	100
2.6.1 Modos de <i>conventio in manum</i>	104
2.6.1.1 <i>Confarreatio</i>	105
2.6.1.2 <i>Usus</i>	113
2.6.1.3 <i>Coemptio</i>	119
2.6.2 Efeitos da <i>conventio in manum</i>	126
2.7 Matrimônio livre ou <i>sine manu</i>	129
2.8 Relações patrimoniais entre os cônjuges	130
2.8.1 Dote	131
2.8.1.1 Noção e modos de constituição	131
2.8.1.2 Tipos de dote	135
2.8.1.3 Restituição dos bens dotais	137

2.8.2 Doação nupcial	142
2.8.3 Bens parafernais	143
2.9 Extinção das justas núpcias	144
2.9.1 Dialética entre <i>repudium e divortium</i>	145
2.9.2 Divórcio e sua evolução no tempo	147
2.9.2.1 Época arcaica	150
2.9.2.2 Direito clássico	156
2.9.2.3 Direito pós-clássico	160
2.9.2.4 Direito justiniano	161
2.9.3 Morte	163
2.9.4 Perda do <i>ius conubii</i>	164
2.10 Segundas núpcias	164
2.11 Concubinato	167
2.11.1 Noção	167
2.11.2 Evolução	171
2.11.2.1 Concubinato no direito antigo	171
2.11.2.2 Concubinato no período clássico	171
2.11.2.3 Concubinato no período pós-clássico	180
2.11.2.4 Concubinato no período justiniano	186

CAPITULO III CRISTIANISMO

3.1 Considerações gerais	188
3.2 Influências sobre o direito romano	191
3.3 Casamento à luz da tradição bíblica	203
3.3.1 Gênesis	204
3.3.2 Poligamia bíblica	206
3.3.3 Visão dos profetas e dos livros sagrados	210
3.4 Casamento sob a ótica cristã	214
3.4.1 Significado	214
3.4.2 Características	217
3.4.2.1 Monogamia	217
3.4.2.2 Indissolubilidade	219
3.5 Doutrina eclesiástica sobre o casamento	225
3.5.1 Concílio de Trento	226
3.5.2 Evolução posterior	230
3.5.2.1 Encíclicas papais	230
3.5.2.1.1 <i>Arcanum divinae sapientiae</i>	230
3.5.2.1.2 <i>Casti conubii</i>	233
3.5.2.1.3 <i>Familiaris consortio</i>	239
3.5.2.1.4 Catecismo da Igreja	243
3.6 O matrimônio à luz do Código de Direito Canônico vigente	245
3.6.1 Definição	246
3.6.2 Consentimento	249
3.6.3 Impedimentos matrimoniais	254
3.6.4 Da presunção de validade ou “favor matrimônio”	260
3.6.5 Da forma de celebração	261
3.6.5.1 Antecedentes	261
3.6.5.2 Forma canônica atual	261

3.6.6 Efeitos do matrimônio	264
3.6.7 Convalidação do matrimônio	264
3.6.8 Da separação e dissolução do vínculo	265

CAPÍTULO IV REFLEXOS DO CASAMENTO ROMANO E CRISTÃO SOBRE O DIREITO CIVIL BRASILEIRO

4.1 Considerações gerais	269
4.2 Definições de casamento	273
4.3 Características	276
4.4 Requisitos	277
4.4.1 Idade	277
4.4.2 Consentimento	279
4.4.3 Ausência de Impedimentos	280
4.5 Causas suspensivas	284
4.6 Habilitação para o casamento	286
4.7 Celebração e registro do casamento	286
4.8 Casamento nuncupativo	288
4.9 Invalidade do casamento	289
4.9.1 Nulidade	289
4.9.2 Anulabilidade	290
4.10 Casamento putativo	292
4.11 Efeitos do casamento válido	294
4.12 Extinção da sociedade conjugal	296
5.0 A união estável e o companheirismo	300
5.1 Breve histórico	300
5.2 Definição	303
5.3 Características	303
5.4 Direitos e deveres dos conviventes	304
5.5 Distinção entre união estável, casamento e concubinato	305
6.0 Concubinato	307
6.1 Considerações gerais	307
6.2 Concubinato na atual legislação brasileira	315

PRINCIPAIS CONCLUSÕES 320

BIBIOGRAFIA 328

ANEXO I– Quadro comparativo: Direito Romano, Direito Canônico e Direito Civil Brasileiro 347

Principais abreviaturas

- AHDE - *Anuário de Historia del Derecho Español (Madrid)*
- Art. - Artigo do Código Civil Brasileiro
- BFDC - Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (Coimbra)
- BIDR - *Bulletino del'Istituto di Diritto Romano (Roma)*
- Cân. - Cânone (Direito Canônico)
- C. - Código de Justiniano
- Cant. - Livro Cântico dos Cânticos
- C. Theod - Código Teodosiano
- CCB - Código Civil Brasileiro
- C. PAB - Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia
- Cor. - Carta do apóstolo Paulo aos coríntios
- D. - Digesto (Corpus Iuris Civilis)
- Deut. - Livro do Deuteronômio
- Eclo. - Livro do Eclesiástico
- Ef. - Carta do apóstolo Paulo aos efésios
- Ez. - Livro do profeta Ezequiel
- Ex. - Livro do Êxodo
- Gaio - Instituições de Gaio
- Gal. - Carta do apóstolo Paulo aos gálatas
- Gen. - Livro do Gênesis
- I. - Instituições de Justiniano
- Is. - Livro do profeta Isaías
- IURA - *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*
- Jer. - Livro do profeta Jeremias
- Mc. - Evangelho de São Marcos
- Mt. - Evangelho de São Mateus
- NNDI - Novíssimo Digesto Italiano (Torino)
- N. - Novelas de Justiniano
- PS. - *Pauli sententiae*
- Prov. - Livro dos Provérbios

- RIDA - *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (Bruxelles)*
RISG - *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (Milano)*
SDHI - *Studia et Documenta Historiae Iuris (Roma)*
Studia Iuridica - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Suet. - Suetônio
Tac. - Tácito

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise sobre as *iustae nuptiae* do *ius romanum*, a visão cristã do matrimônio e os reflexos ou influências desses institutos jurídicos sobre o direito civil brasileiro. No primeiro capítulo, analisa-se a família romana sob a ótica histórica e religiosa, como sociedade doméstica do mundo de antanho. São realçadas as relações domésticas reguladas pela moral, pelos costumes, pela religião e pelo direito. Naquele contexto, o termo “família” tinha significado de comunhão de vida e de bens, constituindo a *domus*, sob o *dominium* do *paterfamilias*. Na visualização desse universo, afloram as definições de família atribuídas a Ulpiano: *familia proprio iure* referente às pessoas que, pela natureza ou pelo direito, estavam sob a potestade de um só (o *paterfamilias*); *familia communi iure*, que se materializava após a morte do *pater* e era constituída por todos aqueles que estiveram submetidos a ele.

Integrando uma civilização de mais de treze séculos, a família romana sofreu grandes mutações, em consequência da evolução inexorável do tempo. Como primeiro modelo, destaca-se a instituição familiar da época pré-clássica e clássica, com seus princípios rígidos, sob a autoridade incontestável do *pater*. Era uma comunidade de vida e de culto composta por várias famílias, ligadas pelo vínculo da agnação. Tal modelo remonta à antiquíssima tradição latina, provavelmente anterior ao surgimento da cidade-estado. A família formava um núcleo político independente. Dentro desse universo, analisa-se a figura do *paterfamilias*, aquele que tinha o domínio da *domus*, conforme sentença encontrada no Digesto. Seus poderes irradiavam-se em todas as direções: sobre a *materfamilias* e as mulheres de seus descendentes *alieni iuris*, exercendo o poder de *manus*; sobre os descendentes, enquanto vivesse, no exercício da *patria potestas*. Tratava-se de uma potestade absoluta que se materializava através de outros poderes dela derivados: *ius vitae et necis*, *ius vendendi*, *ius exponendi* e *ius noxae dandi*.

Outro modelo diz respeito à família do direito clássico tardio e pós-clássico, resultante do contato com outras culturas, nomeadamente com a filosofia grega e com o cristianismo. Surgiu uma nova consciência de família. Aquela pequena comunidade de outrora que gravitava em torno de um *pater*, com poderes ilimitados, perdeu sua força e significado. Os poderes absolutos, a pouco e pouco, com o perpassar do tempo, foram atenuados e desapareceram. A *patria potestas* sofreu uma transformação radical. Deixou de ser um poder absoluto no interesse

do *paterfamilias* para se tornar um dever de guarda, proteção e assistência aos filhos, bem como de honra, respeito e obediência aos pais. Esse modelo chegou até nossos dias.

Neste primeiro capítulo, aborda-se também a situação da mulher em Roma, no interregno que vai dos tempos históricos ao direito justinianeu. Na sociedade romana, a mulher tinha uma condição social diferente, se comparada com outras culturas. Apesar disso, situava-se num *status* de inferioridade em relação ao homem. Era excluída de todos os ofícios civis ou públicos, como se observa no Digesto. Além disso, não podia exercer a tutela, postular em juízo, testemunhar em favor de alguém, fazer testamento ou adotar. Não tinha em seu poder nem os próprios filhos. Não obstante tantas restrições, ocupava uma posição de destaque na família. Era a *matrona* e *materfamilias* ou, na expressão de alguns autores, a *uxor in manu mariti*. A degradação dos costumes, a decadência da religião dos ancestrais e, por extensão, da família, mudaram esse perfil, transformando também a mulher.

O cristianismo, de certa forma, representou um retrocesso, na medida em que não modificou a situação da mulher romana em relação ao homem. Ela permaneceu numa condição de inferioridade, como se comprova na primeira carta de Paulo aos coríntios, ao proclamar que o “senhor da mulher é o homem”. Ademais, orientava a mulher a usar o véu para cobrir a cabeça, como sinal de submissão ao marido. Com o tempo, o culto a Maria resgatou a dignidade da mulher. Ao ser enaltecida a mãe de Deus, as mulheres tornaram-se bem-aventuradas, iniciando o resgate de sua dignidade.

O segundo capítulo constitui a parte mais importante do trabalho: o casamento romano ou, conforme o título geral, *iustae nuptiae vel matrimonium*. Inicialmente, busca-se seu fundamento na mitologia, na tradição e na literatura, colhendo-se os rudimentos históricos e jurídicos do casamento. Nos primevos, não constituía uma união sentimental, tampouco um contrato. Era mais uma instituição religiosa, fundamentada na necessidade da continuação da família, bem como na manutenção do fogo sagrado da religião dos ancestrais. Estava, talvez, por isso, revestido de um ritualismo profundo: consagração aos deuses lares; invocação de auspícios e preces; uso pela noiva de uma túnica branca, cingida por uma cinta de lã; presença da *pronumbra*, madrinha da noiva; coroa de flores; oferenda de sacrifícios; presença dos pajens; troca das alianças; partição do *panis farreus*, a sagrada comida dos recém-casados; condução da noiva à casa do marido; apresentação à mulher do fogo sagrado, simbolizando seus novos deuses domésticos, os deuses da família do marido. Apesar de não carecer de um ato constitutivo, nem de registro, o casamento romano era revestido de algo imprescindível para que existisse a união legítima: a *affectio maritalis*, que se materializava no consentimento

recíproco entre os contraentes. Constituía o elemento fundamental do matrimônio a intenção dos cônjuges de serem marido e mulher.

Nesse universo, os sponsais são analisados contendo os seguintes elementos: intenção e promessa de núpcias futuras e a sua evolução no tempo; são analisadas as definições de *nuptiae*, tomando-se como referências Modestino e Justiniano; pressupostos para o casamento; capacidade para convolar núpcias. Havia a capacidade natural, referente aos homens e às mulheres púberes (14 e 12 anos), e a capacidade civil ou jurídica, referente ao *connubium*, isto é, à prerrogativa pertinente ao cidadão romano de convolar legítimo matrimônio; outros requisitos também são abordados, tais como: consentimento fundamentado na *voluntas* dos nubentes em se unirem e se manterem como marido e mulher; impedimentos referentes à bigamia (vetada pelo *ius sacrum*); parentesco, aplicando-se o princípio do exogamia; afinidade; proibições de caráter social trazidas no bojo das leis *Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) e *Papia Poppaea* (09 d. C.), conhecidas como *Lex Iulia et Papia*.

Na sequência, analisam-se o *matrimonium* e a *conventio in manum*. O primeiro tinha o objetivo de criar a sociedade conjugal; a segunda visava a colocar a mulher sob a *manus mariti* ou do seu *paterfamilias*. Alguns romanistas apontam a existência de dois tipos matrimônios: *cum manu* e *sine manu*. No entanto, existe o consenso de que os dois constituíam uma só relação ou se confundiam. *Confarreatio*, *coemptio* e *usus* eram os modos de *conventio in manum*, próprios da época pagã. Com o cristianismo, surgiu, a partir do século IV, o modelo de matrimônio cristão, diferente do primeiro na sua concepção moral, religiosa, social e jurídica. Abordam-se também as relações patrimoniais entre os cônjuges, materializadas no dote, nas doações nupciais e nos bens parafernais.

O dote correspondia a um conjunto de bens que a mulher (se fosse *sui iuris*), seu *paterfamilias* (se ela fosse *alieni iuris*) ou uma terceira pessoa transferia ao marido ou ao *paterfamilias* do marido, se ela estivesse sob a sua potestade, com o objetivo de atenuar os encargos com a nova situação. De sua origem resultaram as denominações profectício, adventício e receptício. Esta última correspondia ao *quantum* dotal a ser restituído à mulher, por ocasião da dissolução da sociedade conjugal. O instituto do dote passou por larga evolução, desde a concepção de sempre pertencer ao marido, nos tempos antigos, até sua plena restituição à mulher ou a seus herdeiros, no direito justinianeu.

A doação nupcial originou-se nos tempos antigos, quando o noivo doava à noiva pequenos valores, quando da celebração dos sponsais. Com o passar dos anos, por influência dos costumes adotados na parte oriental do império, tornou-se vultosa. Eram chamadas *donationes ante nuptias*, no direito antigo, e *donationes propter nuptias*, no direito justinianeu.

Os bens parafernais, chamados extradotais, eram aqueles pertencentes à mulher, mas que não faziam parte do dote. Juntamente com o dote e as doações nupciais, compunham o complexo sistema das relações patrimoniais entre os cônjuges.

Quanto à dissolução da sociedade conjugal, tomando-se como referência a sentença de Paulo encontrada no Digesto, o casamento se extinguiu nas seguintes hipóteses: pelo divórcio ou repúdio, pela morte ou pela perda do *ius connubii*, ocasionada por uma *capitis deminutio* referente à *civitas* ou à *libertas*. Dentre essas causas, o divórcio e o repúdio merecem destaque no que se refere ao seu significado e à evolução no tempo. Verifica-se que, *ab initio*, eram uma raridade. Segundo a literatura romana, o primeiro divórcio ocorreu em Roma quinhentos anos depois da fundação da cidade. Com o tempo, tornou-se uma constante, quase uma degradação social. Aquela situação levou o imperador Augusto, no período clássico, a editar a lei *Iulia de adulteriis* (18 a. C.), a fim de coibir os abusos, restaurar a religião, combater a decadência da família e diminuir o número de divórcios. No direito justiniano, com a influência do cristianismo, chegou-se a penalizar o divórcio, sem, contudo, tornar impossível a sua prática. No conjunto da legislação elaborada à época, sobressai-se a Novela 22, do ano 535, considerada um verdadeiro código matrimonial cristão.

Ao lado das justas núpcias, consagrada pelos *mores*, existia o concubinato. Era uma união estável entre duas pessoas de sexos diferentes, sem a intenção de serem *vir et uxor*. Materializava-se de dois modos: no caso de um relacionamento extraconjugal de um homem que não tinha a intenção de casar com uma concubina; na existência de uma relação entre um cidadão e uma mulher a quem não podia desposar. Nessa relação, não existia o fenômeno da *affectio maritalis*, característica do casamento. Constituíam-se numa união de fato que, embora estável, era destituída da *honor matrimonii*. Contudo, o concubinato foi tolerado pelo direito romano, durante o período pagão, somente sendo combatido com o advento do cristianismo. No direito romano anterior, o concubinato era considerado uma união de natureza inferior não nivelando socialmente a mulher ao companheiro. Era tão comum que até as classes mais altas, como alguns imperadores e governadores de províncias, adotaram-no.

O concubinato surgia como solução ante a impossibilidade da realização do casamento. Geralmente era praticado com escravas, libertas ou mulheres de condição social inferior, porque, com elas, era lícita a relação concubinária. Isso não significava o reconhecimento jurídico da relação, mas excluía a natureza criminosa de qualquer união extramatrimonial. Contudo, quando praticado com uma mulher ingênua e honesta, era considerado e punido como *stuprum*, conforme dispunha a *Lex Iulia de adulteriis*. A *lex Iulia et Papia*, no início, previa certas

incapacidades matrimoniais. Posteriormente, passou a admitir a convivência concubinária aos legionários e governadores de províncias.

Por fim, as leis caducárias de Augusto terminaram reconhecendo certa legitimidade ao concubinato e proteção à concubina. Diante das determinações proibindo a realização de matrimônio entre senadores e libertas ou mulheres de atividades lúdicas, bem como entre governadores e mulheres de sua província, o concubinato se difundiu na sociedade. E assim, de uma união de fato, sem consequência jurídica, tornou-se quase um substitutivo do casamento, porquanto o homem tinha como concubina aquela que legitimamente não podia ser sua *uxor*, em face da inexistência do *ius connubii*.

O cristianismo, a princípio, favoreceu o concubinato, desde que fossem preservados os princípios da monogamia e os impedimentos referentes ao parentesco e à afinidade. O objetivo, contudo, era tutelar o interesse dos filhos. Posteriormente, os imperadores cristãos, a começar por Constantino, tentaram suprimi-lo, induzindo a transformação do concubinato em casamento. Com o tempo, a Igreja começou a combatê-lo, diante da possibilidade de disseminação da poligamia. Para tanto, introduziu a bênção nupcial como elemento indispensável à celebração matrimonial. E assim, da tolerância do paganismo, que não o proibia, passou-se à intolerância do cristianismo, que não mais admitia outra união que não fosse a realizada sob as bênçãos da Igreja.

O terceiro capítulo versa sobre as influências do cristianismo que, ao longo do tempo, expandiram-se sobre os mais diversos aspectos da união matrimonial: das características à forma de celebração. Se no paganismo, não obstante o ritualismo do ato, não existia qualquer formalidade, o cristianismo introduziu, a pouco e pouco, a forma pública da celebração, de conformidade com a doutrina canônica. Desapareceram as proibições matrimoniais relativas à condição social, previstas nas leis caducárias de Augusto. Passou a vigorar uma nova concepção de que todos os seres humanos são filhos do mesmo Deus e, portanto, absolutamente iguais, conforme expressa a proclamação do apóstolo Paulo: “Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos sois um em Cristo Jesus”.

Em seguida, faz-se uma pequena digressão histórica na busca dos fundamentos do matrimônio cristão encontrados nos seguintes livros no antigo testamento: Gênesis, Provérbios, Eclesiástico, Deuteronômio, Cântico dos Cânticos e Salmos. Anotam-se, também, as lições dos profetas Malaquias, Ezequiel, Isaías e Jeremias. Constatam-se que, entre o povo judeu, a poligamia se disseminava, sendo praticada por patriarcas, reis, nobres e pessoas comuns. O objetivo da união era a progenitura, além da finalidade econômica propiciada por uma prole

numerosa. O casamento era dissolúvel, a exemplo do que ocorria entre outros povos da antiguidade.

Em seguida, passa-se a analisar o casamento sob a ótica cristã. O cristianismo, no início, tolerava as tradições antigas, desde que não resultassem incompatíveis com a nova doutrina. A pouco e pouco, porém, a Igreja avocou para si a disciplina do matrimônio. A partir do Concílio de Trento, o casamento alcançou sua mais completa estruturação. Foi elevado à categoria de sacramento indissolúvel, passando o divórcio a ser considerado contrário à natureza, à família e à lei de Deus. A monogamia, como princípio estabelecido no Gênesis, foi resgatada, não obstante certa tolerância, no início, às relações concubinárias. A indissolubilidade foi consagrada com fundamento tanto nos evangelhos quanto nas cartas de Paulo. A virgindade e a castidade foram exaltadas. O matrimônio passou a ser uma instituição possível a todos os homens, com base no princípio da igualdade. Como instituição, tornou-se abrangente e se fortaleceu com o passar dos séculos, nomeadamente a partir do Concílio de Trento, convocado como resposta da Igreja à reforma protestante.

Trata, por fim, da evolução do matrimônio contida nas encíclicas papais (*Arcanum divinae sapientiae*, *Casti connubii*, *Familiaris consortio*), no catecismo da Igreja e no Código de Direito Canônico.

O quarto capítulo aborda o casamento no direito civil brasileiro no que se refere às influências romanista e cristã. No Brasil-colônia, era celebrado de acordo com as leis e costumes lusitanos, com as regras do Concílio de Trento e também das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia. Com a República, passou a ser preceito em todas as constituições subsequentes, sendo regulado pelos Códigos Civis de 1916 e de 2002. São apresentadas as diversas definições de doutrinadores civilistas pátrios sobre o casamento. À luz dos dois códigos civis citados, analisam-se as características para a sua validade: idade, liberdade de escolha dos nubentes, diversidade de sexos, consentimento dos nubentes, monogamia, ausência de impedimentos, causas suspensivas, habilitação para o casamento, solenidade da celebração, igualdade de direitos e dissolubilidade da união. São tratados, ainda, aspectos como o casamento putativo, a invalidade da união nos casos de nulidade e anulabilidade, bem como a extinção da sociedade conjugal. Enfim, são abordadas as características correlacionadas com o casamento romano e canônico.

Conforme será visto, no ordenamento jurídico atual, o casamento não é a única forma de constituição de família. A Constituição brasileira prevê, ainda, a união estável e a família monoparental como entidades familiares. Contudo, somente a primeira modalidade, por fazer parte da temática deste trabalho, será objeto de estudo. Na visão doutrinária, a união estável se

caracteriza pela convivência pública e contínua, independentemente de coabitação (conforme jurisprudência do STJ), entre um homem e uma mulher não ligados entre si pelo casamento. Entre os elementos que lhe dão sustentação, destacam-se: a durabilidade da relação, a monogamia, a existência de filhos, a construção de um patrimônio comum, a fidelidade, a notoriedade e a *affectio maritalis*. Convém salientar que, na união estável, os direitos e deveres dos companheiros são análogos àqueles inerentes aos cônjuges no casamento. Essa forma de relação era considerada concubinato. O Código Civil vigente estabelece a distinção entre os dois institutos, ao estabelecer que o concubinato é constituído pelas relações não eventuais entre um homem e uma mulher impedidos de casar, situações inexistentes na união estável.

A história do concubinato no Brasil remonta à colonização, como se comprova na literatura da época, através de cartas de religiosos que aqui estiveram evangelizando. À luz desses relatos constata-se que muitos foram os descaminhos praticados pelos colonos e soldados que, tendo deixado suas esposas na metrópole, aqui se envolviam com as nativas e negras em estado de mancebia. Dessa situação nem mesmo integrantes do clero escaparam. Era difícil manter a castidade numa terra de muita lascívia e devassidão.

A Igreja manteve posição contrária ao concubinato, durante muito tempo, seja pelas precariedades para se estabelecer na nova terra ou pelo despreparo de seus sacerdotes. Porém, encontrou dificuldades para combater esse estado de coisas. Somente a partir do século XVIII, com as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, de Dom Sebastião Monteiro da Vide, houve uma reação mais forte. Esse documento regulamentava a administração dos sacramentos, o registro de batismos e casamentos, a prática da confissão e comunhão, o ensino da doutrina, a autonomia da Igreja, a criação de seminários, o controle e disciplina do clero e as visitas pastorais realizadas por bispos e outras autoridades eclesiais. Nessas visitas, ocorriam as devassas, em que o concubinato, desvios e crimes eram denunciados. A depender da menor ou maior gravidade das infrações, eram aplicadas sanções como admoestações, censuras públicas e penas diversas, como a excomunhão e até mesmo o degredo.

Até a Constituição de 1988, a legislação brasileira admitia a existência do concubinato puro, quando não existia impedimento para o casamento e até o concubinato impuro ou adulterino, caracterizado por um relacionamento extramatrimonial. Na legislação vigente, o concubinato puro transformou-se em união estável. Já o impuro existe à margem da lei, em razão de impedimentos que tornam impossível converter essa relação em casamento. Registre-se, por último, que este trabalho está longe de ter explorado profundamente o tema. Não em razão do tempo, mas por uma questão metodológica ou de forma. O regulamento do

doutoramento limita a tese ao máximo de um milhão de caracteres. Por esse motivo, ao final, fez-se necessária a redução do texto para se adequar à exigência da academia.

CAPÍTULO I

FAMÍLIA ROMANA

1.1 Noção

A família é a mais antiga das instituições ou, nas palavras de Biondi, “*la famiglia è forse l’istituto più antico ed universale. Costituisce la primordiale organizzazione umana, originata dal fatto stesso della procreazione*”¹. Está ligada, portanto, à origem do próprio homem, num tempo do qual se não tem memória. Na sua trajetória, gerou, abrigou e protegeu o *homo sapiens* pelos caminhos da terra, ontem, hoje e, certamente, *per omnia saecula*. Nessa evolução, sofreu transformações de todos os matizes, mantendo e preservando, contudo, seu cerne ou estrutura básica: homem, mulher e filhos que convivem na mesma casa e, num sentido abrangente, compreende a parentela dos cônjuges².

Neste contexto, a palavra “família” tem vários significados que se fundamentam na ideia de comunhão de vida e de bens, no âmbito de uma comunidade: a *domus*. Assim, a família romana pode ser entendida como: um conjunto de pessoas sob a potestade de um chefe (*paterfamilias*); pessoas, escravos e coisas que compõem a comunidade doméstica; o patrimônio do *paterfamilias* (*familiae erciscundae*); os bens pertencentes ao antigo *consortium ercto non cito* (*familiae pecuniaque*), referentes à sociedade entre irmãos, que podia ocorrer após a morte do *paterfamilias*, para que o patrimônio continuasse indiviso³ e, ainda, a relação entre pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, ligadas a ele pelo culto ou pelo nome, confundindo-se com a *gens*⁴.

¹ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 3 ed. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1956, p. 533; Vide ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J. A. *Derecho Romano II. Obligaciones, Familia, Sucesiones*. Madrid: EDRESA, 1997, p.725.

² Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima. Roma: L’Erma di Btretschnneider, 1994. p. 17; FRANCIOSI, Genaro. *Familia e persone in Roma antica*. Torino: G. Giappichelli Ediore, 1989, p.7. Segundo ele, para compreender exatamente a essência e a história da família romana, é preciso ter em mente duas circunstâncias: o termo família só tardiamente, na língua latina, designou um grupo familiar no sentido próprio; a história de Roma antiga correspondente a toda a época republicana, apresenta não uma, mas diversas formações familiares: *familia proprio iure* (pequena família, família celular, sob a proteção de um chefe), *familia communi iure* (grande família, família alargada que passa a existir após a morte do *pater*); a *gens* e, ainda, o *consortium ercto non cito*. Vide notas 16 e 20, *infra*; ARRANGIO RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. 14 ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1983, p. 426; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p.157.

³ GAIO 3,154a: “*Est autem aliud genus societatis propriam civum romanorum. Olim enim mortuo patrefamilias inter suos heres quedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, id est domínio non diviso*”. (Existe, porém, outra espécie de sociedade própria dos cidadãos romanos. Assim, antigamente, morrendo o *paterfamilias*, estabelecia-se entre os herdeiros seus uma sociedade, ao mesmo tempo legal e natural, chamada *ercto non cito*, que significa: domínio indiviso).

⁴ JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV. Direito de família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 10-12.

Assim, ela se projetou pelo tempo e espaço infinitos e sem fronteiras, sob diversas influências: políticas, sociais, jurídicas, econômicas e, nomeadamente, religiosas. Essa influência originou-se de todas as religiões em todas as épocas, do paganismo ao cristianismo, que consagrou a família apresentando como modelo da instituição Jesus, Maria e José, a Sagrada Família. Segundo Fustel de Coulanges⁵, a família romana se originou na própria religião. Por isso, em todas as casas, havia um altar, onde estava sempre aceso o fogo sagrado, flama simbolizadora da vida e da continuidade da família. Era a religião dos manes, dos penates, dos ancestrais, para quem os romanos entoavam seus cantos e choravam seus prantos. Por isto, “o lugar doméstico tinha um significado grandioso. (...) Estava ligado à ideia de paz que nele devia reinar. Era um abrigo seguro, uma proteção de seus habitantes contra o mundo exterior”⁶.

Will Durant⁷ enfatiza que “a família romana era uma associação de pessoas e coisas com os deuses. Centro e fonte da religião, da moral, da economia e do Estado. Cada parte da propriedade familiar e cada aspecto de sua existência estavam em solene intimidade com o mundo espiritual.” Nesse sentido, anota Biondi, “*Tutte le popolazioni e tutte le epoche conoscono la famiglia; ma nel mondo romano l’istituto, specie se si risale all’epoca più antica, si presenta con caratteri propri ed inconfondibili*”⁸.

Segundo Franciosi,⁹ a relação genética entre os vários grupos familiares explica amplamente os caracteres da família romana da idade histórica. Ela se fundamentava, sobretudo, no matrimônio monogâmico, derivado da exigência da certeza da prole para fim

⁵ COULANGES, Fustel, *A cidade antiga*. 4 Ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1937. p. 33. Sobre a temática esclarece: “Se, em imaginação, nos transportarmos até o viver dessas antigas gerações de homens, deparar-se-nos-á um altar em cada casa e em redor desse altar toda a família reunida. Em cada manhã, a família ali se reúne para dirigir ao fogo sagrado as suas primeiras orações, e não há noite em que ali não o invoque ainda uma derradeira vez” *Vide SANTOS, Severino Augusto dos. Direito romano. Tutela de Idade (tutela impuberum)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 01.

⁶ Cf. COULANGES, Fustel, *A cidade antiga Ibidem*, p. 33: “Daí a noção de inviolabilidade de domicílio, porque era um lugar santo, amparado pela religião. Não estava somente habitado pelos homens, os deuses residiam nele. Era, ao mesmo tempo, o templo de Vesta e o altar dos penates, os deuses ancestrais. Arrancar alguém à força desse lugar era uma ofensa feita aos deuses”. *Vide IHERING, Rudolf Von. El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Tradução espanhola de Enrique y Satorres. Granada: Editorial Comares, 1998. p. 103; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela de idade (tutela impuberum)*, p. 01.

⁷ DURANT, Will. *História da Civilização. Vol II. César e Cristo*. Do original *Caesar and Christ*. Tradução portuguesa de Mamede de Souza Freitas. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1971, p. 88.

⁸ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 533. Conforme o autor, essa antiga família romana parece distante da família moderna. Os institutos fundamentais romanos (*patria potestas, matrimonium, tutela*), com referência aos modernos, só têm em comum o nome. Contudo, uma lenta mas incessante evolução, materializada pelo impulso do pretor e dos imperadores, determinou a corrosão da arcaica concepção, até que no direito justiniano, sobretudo pela influência da nova concepção cristã, a família se apresenta com um aspecto substancialmente não diferente da visão moderna. E explica: “*L’antico ordinamento della famiglia, cale risulta dalle vetuste tradizioni giuridiche, appare inadeguato di fronte alla trasformazione della società romana*”.

⁹ FRANCIOSI, Gennaro. *Famiglia e persone in Roma antica. Dell’età arcaica al principado*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1989, p. 31; *Vide SANTOS, Severino Augusto dos. Direito romano. Tutela de idade*, p. 03.

hereditário. Além disso, apresentava-se como um grupo patriarcal, potestativo e agnático¹⁰. A união monogâmica entre o homem e a mulher se desenvolveu, de preferência, ao tempo da sociedade gentilícia, que era exogâmica, no sentido de que ninguém podia esposar um membro da própria gens¹¹. Com o vencer dos séculos, essa percepção antiga foi se modificando.

Discorrendo sobre a sociedade doméstica ou família natural, Bonfante¹² afirma ser ela um instituto que tem por objetivo a ordem ética nas relações entre os dois sexos, a procriação e a educação dos filhos. E acrescenta:

“Le relazioni domestiche sono largamente regolate dalla morale, dal costume, dalla religione, oltrechè dal diritto: insomma altre norme sociali rinforzano con la propria la sanzione del rapporto disciplinato dal diritto (matrimonio) o regolano rapporti sociali non disciplinati o non interamente disciplinati dal diritto (sponsali) o anche si trovano in conflitto colle stesse norme giuridiche (concubinato nell’evo cristiano).(...) È in questo senso che si può dire esser la famiglia un istituto sociale piu che giuridico”.

Na visão de sua teoria de comparação e identificação da família romana dos tempos históricos com o Estado, o citado autor entende que a sociedade doméstica não vivia propriamente dentro do Estado, mas dentro da família. Não era o magistrado, mas o *paterfamilias* que comandava e reprimia quando a ordem era turbada nas várias esferas da sociedade doméstica sob o seu poder¹³.

1.2 Definições

Do direito romano se defluem duas concepções para o termo “família”. *In stricto sensu*, a família era constituída por um grupo de pessoas submetidas à autoridade de um chefe pelo nascimento das justas núpcias ou por fatos posteriores, como a adoção, a ad-rogação e a *conventio in manum*, que criavam uma fictícia relação de legitimidade¹⁴. Era, portanto, na

¹⁰ Cf. ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J. A. *Derecho romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, p. 726. Para eles, a família agnática é genuinamente romana. Era constituída por um grupo de pessoas sujeitas ao poder doméstico de um chefe (*paterfamilias*). Era a *familia próprio iure*. Vide nota 17.

¹¹ Uma característica peculiar conservada pela organização gentilícia romana, por longo tempo de sua história, foi a rígida obsevância do princípio da exogamia. Na prática não se podia esposar um membro da própria gens, um indivíduo que possuísse o mesmo *nomen*. Vide FRANCIOSI, Genaro. *Familia e persone*. p. 119; ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*. Milão: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2000, p. 184. Esclarece que o casamento *confarreatio* era empregado para superar o exclusivismo religioso da gens e da endogamia por ela praticada. A *civitas* era um organismo estatal intergentilício que visava necessariamente a fusão de todas as gentes que a compunham.

¹² BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Vol. I. Diritto de Famiglia. Roma: Attilio Sampaolesi Editore, 1925. p.185.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ No que se refere à situação jurídica das pessoas dentro da família romana, umas eram *sui iuris*; outras, *alieni iuris* e, ainda, *in manu* e *in mancipio*, conforme se observa em GAIO 1,48: *Sequitur ius personarum alia divisio*.

expressão de Carla Fayer, “*la famiglia di ciascun pater familias e, nella sua originaria conzezione comprendeva anche gli schiavi (servi), le terre, il bestiame e le cose, cioè quel complesso di cose e persone facenti capo al pater familias*”¹⁵. Ou, ainda, na expressão de Santos Justo: “*Família proprio iure é o núcleo de pessoas que estão sujeitas à potestas dum paterfamilias*”¹⁶. É a família em sentido restrito que se caracteriza pelo parentesco civil (agnação)”. Era, assim, definida por Ulpiano:

“(…) *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps*”¹⁷.

In lato sensu, família é o conjunto de pessoas que descende de um mesmo tronco ancestral, revelando o liame que continua a existir entre todos os agnados após a morte do *paterfamilias*, porquanto todos pertencem à mesma *domus* e, conseqüentemente, estão ligados pelo mesmo culto dos *sacra privata* e por um nome gentilício comum¹⁸. Ela passava a ter significado após a morte do *pater*, ou se este sofresse uma *capitis deminutio*¹⁹, quando se

Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno Iuri subiectae”. (Segue-se outra divisão a respeito do direito das pessoas. Em consequência, umas são independentes; outras sujeitas a direito alheio); GAIO 1,49: “*Sed rursus eorum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt*”. (Além disso, das pessoas sujeitas a direito alheio, umas estão em poder de outrem; outras, *in manu*; e outras *in mancipio*”); GAIO 1,97: “*Non solum tamen naturales liberi secundum e aquae diximus in potestate nostra sunt, vero et hi, quos adoptamus*”. (Mas não somente os filhos naturais, conforme o que dissemos, estão sob o nosso poder, mas também os que adotamos). MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano, II*, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense 2001, p. 256.

¹⁵ Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridichi et antiquam*. Parte prima, p. 18. Cf. IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 155. Tudo o que está no âmbito da antiga família, pessoas e coisas, está submetido a um poder soberano: o *mancipium* do *paterfamilias*. È este o guardião do patrimônio familiar que um dia, após sua morte, pertencerá aos *filiifamilias*. *Simili modo*, VEGA DE MIGUENS, Nina Ponsa de la. *Derecho de familia em el Derecho Romano*. 2 ed. Actualizada. Buenos Aires: Lerner s/d, p. 11: “*La familia romana en sentido proprio es un grupo de personas unido por la jefatura de uno de sus miembros, es decir, un conjunto de individuos que viven sometidos al poder doméstico de una sola autoridad*”. Nesse sentido, o autor, corroborando o pensamento de outros romanistas, acrescenta que esse liame que une essas pessoas é de sujeição ao *paterfamilias*, estabelecido por um laço de natureza civil ou jurídica e não de parentesco.

¹⁶ JUSTO, António dos Santos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges*. In Anais do VI Congresso Internacional e IX Ibero-americano de Direito Romano. Faculdade de Direito, Universidade de Huelva, 2003, p. 324.

¹⁷ D.50,16,195,2: “Chamamos *familia proprio iure* ao conjunto de pessoas que, ou por natureza ou pelo direito, estão sujeitas ao poder de um só. Por exemplo, o pai de família, a mãe de família, o filho, a filha e os demais que seguem a estes, como os netos e as netas e os outros descendentes” Esclarece SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil, ius romanum*, p. 154-155: “O cerne da família se fundamenta na relação de sujeição ao *pater*, a única pessoa *sui iuris*, ao qual está submetida uma pluralidade de pessoas, todas *alieni iuris*, ou seja, sujeitas à sua autoridade”.

¹⁸ Vide D.50,16,195,2. (nota 21). Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 24, “*La familia communi iure differiva dalla familia próprio iure per il fato che comprendeva persone non sottoposte atualmente al potere di un comune pater familias*”.

¹⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano, II*, cit. p. 256. Cf. JUSTO, António dos Santos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges*, p. 324. “Trata-se duma concepção lata, também agnática: o parentesco continua a ser civil”

dividia em outras famílias que tinham como chefes ou *patresfamilias* os filhos varões do *de cuius*. Contudo, o vínculo agnático não se extinguiu entre aqueles que estiveram sob a proteção do falecido. Era a *familia communi iure*,²⁰ como se observa na definição de Ulpiano, encontrada no Digesto:

“ (...) *communi iure familiam dicimus omnium agnatorum: nam et si patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, quia ex eadem domo et gente proditi sunt* ”²¹.

1.3 Evolução histórica

1.3.1 Família arcaica

Na sua origem, como acentua Santos²², a concepção que se tem da *familia proprio iure* é de uma organização protetiva, que revela um cariz político fundamentado no nascimento (*aut natura*), ou em fatos posteriores ao nascimento (*aut iure*), como a *conventio in manum*, a *adoptio* e a *adrogatio*.

Pietro Bonfante,²³ tomando como referência a estrutura primitiva e os poderes ilimitados do *paterfamilias*, considera a família romana, na sua origem, um organismo

²⁰ A família *communi iure* se originou do alargamento ou expansão da *familia proprio iure*, como consequência da geração e da comum subordinação ou sujeição dos filhos e de seus descendentes à potestade do *paterfamilias*, enquanto este fosse vivo. Vide FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p. 8.

²¹ D.50,16,195,2, *in fine*: “Chamamos *familia communi iure* o conjunto de todos os agnados, quando morto o *paterfamilias* e outras famílias se formam; contudo, todos aqueles que estiveram sob a potestade de um só são da mesma família, porque são nascidos da mesma casa e da mesma gente”; Segundo FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p.14, a linha agnática de parentesco não se estendia ao infinito. Existia um limite ou um grau, além da qual a agnação não continuava. Alguns romanistas, dentre eles, DE FRANCISCI, Pietro, (*Ancora sui poteri del paterfamilias*. BIDR XII. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970, p. 429) fazem referência, na linha reta a três gerações e seis graus na linha colateral. Além das concepções *familia proprio iure* e *familia communi iure* (D.50,16,195,2), existem outros significados: família natural (constituída pelos cônjuges e filhos); os escravos, da propriedade de um *paterfamilias* (D.50,16,195,3); o conjunto de bens que constitui a herança, após a morte do *pater*; a *gens*, pessoas que estão ligadas a um antepassado comum por um nome ou pelo culto (CIC. *Top.* 29: “*Gentiles sunt inter se, qui eodem nomine sunt*”); e, ainda, o *consortium ercto non cito* ou *consortium inter fratres*, correspondente à época arcaica (Gaio 3,154a). Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p.535; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano IV, Direito de Família*. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: *Studia Iuridica* 93. Coimbra Editora, 2008, p. 10s; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius Romanum*, p.157. Neste sentido, FRANCIOSI, Gennaro. *Famiglia e persone*, p. 07, afirma que a palavra “família”, na língua latina, só tardiamente designou o grupo familiar, no sentido estrito. Num tempo mais remoto, correspondente à idade republicana, existiram várias formações familiares, como a *gens*, *consortium ercto non cito*, *familia proprio iure* e *familia communi iure*.

²² SANTOS. Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil, Ius romanum*, p. 154.

²³ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, p. 05. Na sua função, conforme esclarece o mesmo, mesmo numa dimensão diminuída e alterada pela involução histórica, a família se revela para fins de ordem e defesa, podendo, por isso, ser comparada a um organismo político.

político, com funções semelhantes ao Estado, quando ainda não tinha se estruturado²⁴. Entre uma instituição e outra havia diferença quanto à dimensão e à complexidade da organização. Contudo, identificavam-se quanto às funções fundamentais de ordem e defesa de seus membros. Acrescenta o referido autor: “*La famiglia romana è anch’essa come lo Stato, esclusiva: non si appartiene a due famiglie, la paterna e la materna, ma soltanto alla paterna*”. Essa visão é corroborada por Biondi, ao expressar o significado da típica família romana:

“(...) è innegabile che la tipica famiglia romana si presenta come un grupo compatto di persone, che obbedisce ad un capo; rispecchia la struttura e la organizzazione dei gruppi primitivi ed una certa analogia tra famiglia e civitas può essere istruttiva qualora non si cada in esagerazioni”²⁵.

Fuenteseca²⁶, na sua análise, enfatiza: “*La familia arcaica parece haber sido, una comunidad de vida y de culto bajo la potestas del paterfamilias y posteriormente, durante la republica, perduró el vinculo agnaticio como característica esencial del grupo*”. Carla Fayer, de sua parte, acrescenta: “... *i poteri del pater familias erano espressione di una potestà politica, non domestica, erano cioè simili a quelli del capo di un gruppo politico*”²⁷.

Ainda no entendimento de Biondi²⁸, a família romana dos tempos históricos era um organismo mais amplo e complexo que a família moderna, porque podia compreender várias famílias. Assim, os filhos e todos os descendentes, de qualquer idade, exceto se tiverem sido emancipados, estavam sujeitos à *potestas* do *paterfamilias*²⁹. Essa relação de sujeição só terminava com a morte do *pater*, quando a família se repartia em tantos quantos fossem os

²⁴ Este entendimento é corroborado por MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano, II*, p. 250; ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J. A. Cit. p. 729, ao fazerem referência à antiga família romana: “ (...) *com sus características (...) cuya configuración se remonta a la antiqüísima tradición latina, anterior probablemente a la aparición del Estado-ciudad, a cual precedió, como núcleo político (según la opinión de Scialoja y Bonfante), con su religión doméstica, con su acusada autonomía, con el global poder del pater y tal vez, em la antigüedad, con su sede territorial independiente, no perduró con trazos inalterados durante mucho tiempo en las épocas propiamente históricas de Roma*”. Esta concepção encontra referência em Sêneca (*Epistolae ad Lucilium, V,47,14*), citado por MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano, II*, p. 248: “*Maiores nostri domum pusillam rem publicam esse iudicaverunt*”, (Os nossos antepassados julgaram que o lar doméstico era uma pequena república).

²⁵ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III. La famiglia – Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1954, p. 01.

²⁶ PABLO FUENTESECA. *Derecho privado romano*. Madri, 1978, p. 364.

²⁷ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspecti giuridiche antiquari*, parte prima, p. 106.

²⁸ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 535s.

²⁹ ARRANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Persone e famiglia nel diritto dei papiri*. Milano: Società Editrice “Vita e Pensiero”, 1920, p. 45, “*L’idea della famiglia è inseparabile da quella della patria potestas, cioè della pertinenza di ogni diritto patrimoniale al padre e della sua facultà di disporre dei sottoposti (discendenti, moglie, nuore) così come dispone delle cose in proprio dominio*”.

filhos masculinos ou descendentes do falecido, desde que casados nas justas núpcias, os quais se tornavam *patres*³⁰.

1.3.2 Época classica

Segundo Santos Justo³¹, com referência à época clássica, a família romana pode ser definida como “*a organização jurídica que congrega uma pluralidade de pessoas sujeitas ao poder de um chefe, denominado paterfamilias.*” É a família no sentido estrito, submetida à *auctoritas* de um só, evolução natural da antiga família *communi iure* das tradições dos *mores maiorum* dos primevos que, no pensamento de Juan Iglesias³², atrofiou-se com a formação da *civitas*, sem perder suas antigas características de unidade e vigor. Isto é perfeitamente perceptível e compreensível numa cultura ou civilização multissecular³³.

“A família romana das épocas arcaica e clássica tem uma estrutura e cumpre uma função social profundamente diferente da família das épocas pós-clássica, justinianeia e de nossos dias”, na visão do autor supracitado³⁴. Na mesma direção, Biondi³⁵ complementa que, no mundo moderno, sob o aspecto ético, a família é um organismo compacto e perfeito, fundamentado no matrimônio e no vínculo de sangue, constituindo, de fato, uma organização jurídica, que importa ordem e hierarquia.

O direito de família hodierno disciplina as relações familiares, especialmente o matrimônio, a filiação, e os processos de proteção, bem como o poder familiar, a tutela e a curatela. Diferentemente do mundo romano, constitui um organismo ético-social, ao invés de

³⁰ Vide D. 50,16,195,2, nota 21.

³¹ JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*. Vol IV, p. 09s; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 8; ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A, cit. p.729.

³² IGLESIAS, Juan, cit. p. 329.

³³ Cfr. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano, II*, p. 251. Segundo anota, a evolução da família no direito clássico decorreu, principalmente, da atuação do pretor nos fins da República, e no Principado, dos imperadores e jurisconsultos. O mesmo autor, citando CUQ (*Manuel des institutions juridiques des romains*, 2 ed, p. 131), afirma: “Esta evolução se caracteriza por três fatos: decadência da *familia proprio iure* e, portanto, dos direitos decorrentes da *agnatio*; importância progressiva da família natural, baseada no casamento, no vínculo de sangue, graças ao relevo que, a pouco e pouco, se vai dando à *cognatio*; regulamentação, pela lei, das relações de família”.

³⁴ JUSTO, António dos Santos, *Direito privado romano*, Vol IV, p.12-13, esclarece que à época arcaica (753 a 130 a.C) é caracterizada pela dificuldade de distinguir o jurídico, o religioso e o moral. É o período da formação das instituições jurídicas, dos *negotia* jurídicos e da fase processual das *legis actiones*. A época clássica (130 a 230 a.C.) corresponde ao período do apogeu do direito romano. A época pós-clássica (230 a.C. a 530) caracteriza-se pela decadência e a cisão definitiva do Império em Ocidente e Oriente. A época justinianeia (530 a 565) caracteriza-se pelo classicismo e pela helenização do direito romano no Oriente. Segundo CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum). I, Introdução e fontes*. Coimbra, 1994, p. 46, a época clássica caracteriza-se pela exactidão; precisão. O *ius romanum* desse período é considerado modelo. “A grandeza do direito romano encontra-se nesta época”.

³⁵ BIONDI, Biondo. *Istituzioni*, p.535.

jurídico. A família romana não prescindia do vínculo de sangue, mesmo porque a procriação era o primeiro e fundamental objetivo, mercê do qual se entrava no seu seio. Mas se fundamentava, antes de tudo, numa relação jurídica de sujeição ao *paterfamilias*. Por isto, a mulher não podia ser chefe de família e os filhos nascidos de uma *filiafamilias* desposada com um membro de outra família, juridicamente, eram estranhos à família de origem da mãe. O alicerce familiar era, portanto, a relação de sujeição: um chefe, e só um chefe, e uma pluralidade de pessoas sob a sua potestade. Esta era a típica família romana, chamada de patriarcal³⁶.

Na sua obra *Il diritto romano cristiano*, Biondi novamente se expressa sobre a organização jurídica da família romana: “...*un capo, e solo un capo, ed una pluralità di sottoposti al suo potere*”³⁷. Todavia, a evolução natural determinada pelos ditames do tempo modificou costumes, instituições, ambientes e, conseqüentemente, o próprio homem, numa dinâmica progressiva e, quase sempre, imperceptível. A atuação do pretor, a atividade legislativa por motivações políticas ou sociais e a influência ética do cristianismo decretaram a decadência da antiga *familia proprio iure* e moldaram a nova família romana que passou a ter uma aparência com a família hodierna³⁸. Santos Justo³⁹, inspirado no pensamento jurídico da Escola Histórica Alemã, assinala: “Constituindo o direito parte da cultura de um povo e sendo esta eminentemente dinâmica, as instituições jurídicas não podem deixar de evoluir, têm necessariamente história”.

1.3.3 Período pós-clássico

Nessa fase, conforme Santos⁴⁰, sob a influência da doutrina estoica que se firmara no período anterior, bem como o cristianismo, formaram uma nova consciência, fazendo com que a antiga concepção de família que girava em torno de um *pater*, com poderes ilimitados, parecesse uma monstruosidade. A família cristã, diferentemente, tinha fundamento no matrimônio, concebido como sacramento. No lugar da força física ou do poder absoluto, fundado nos *mores maiorum*, surgiram princípios éticos inspirados no respeito humano. A

³⁶ *Ibidem*, p. 536. Segundo o autor, “*La famiglia romana è un organismo più vasto e complesso della nostra famiglia, poichè comprendere una pluralità di famiglie nel senso moderno. Il filius e tutti i descendent, qualunque sia la loro età, a meno ché siano emancipati, sono soggetti ala potestas del capo; per conseguenza tutti i nati dal filius e discendenti sono sottoposti ala potestas, non del loro genitori, ma dell’ascendenti maschio più remoto.*”

³⁷ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 01.

³⁸ Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano IV*, p. 15.

³⁹ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁰ SANTOS, Severino Augusto dos, *Direito romano. Tutela de idade*, p. 04.

relação entre pais e filhos passou a existir como simples poder paternal, eliminando-se aquela antiga visão jurídica e unilateral que se materializava na sujeição total do filho ao *paterfamilias*.

Na concepção de Biondi⁴¹, a família cristã, calcada não sob o poder jurídico do *paterfamilias*, mas no matrimônio, tido como sacramento, passa a ter finalidade exclusivamente ética. Na sua esfera, jamais é anulada a autonomia e personalidade de cada um de seus membros, como anota o autor: “*Il rapporti tra pater et filius sono regolati non più dal concetto, giuridico ed unilaterale, che importa da una parte potere e dall'altra soggezione, ma unicamente dalla pietas, che è legge universale umana*”⁴². Complementando seu pensamento, esclarece que, para um entendimento humanamente inteligível das relações entre Deus e os fiéis, Deus se qualifica não somente como Senhor, mas também como pai; já os fiéis não são tidos como súditos, mas como filhos.⁴³

A influência do cristianismo contribuiu para modificar a legislação romana, nomeadamente a partir de Constantino. Atingiu seu ponto máximo com Justiniano, inspirando a concepção ou a visão dos modernos. Destarte, é possível afirmar que a família romana, das priscas eras ao direito justinianeu, passou por uma substancial modificação. Tradições religiosas, políticas, econômicas e sociais tornaram-se, no decorrer do tempo, superadas e inadequadas diante da evolução da sociedade romana. Instituições como o pátrio poder, matrimônio, tutela, curatela *et coetera* sofreram profundas transformações, chegando à última fase da civilização romana com aquele cariz hodierno⁴⁴, como observa Biondi:

*“In realtà la completa trasformazione del diritto familiare si è compiuta nell'ambito dello stesso diritto romano, cioè nella legislazione cristiana. La famiglia romana è caduta completamente per dar posto alla famiglia naturale, fondata sul rapporto di matrimonio e di procreazione”*⁴⁵.

Não poderia ser diferente. É o dinamismo da vida sob os ditames do tempo, determinando mudanças, transformações, evolução e, por vezes, involução, num eterno devenir, à mercê das ondas e do vento, como o mar beijando a areia e a areia beijando o mar.

1.4 Paterfamilias

⁴¹ BIONIDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 05.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 156.

⁴⁵ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III. La famiglia, p. 56.

Na família romana convém distinguir um sujeito ativo, titular do “domínio” sobre todos, e os sujeitos passivos que lhe estavam subordinados. O primeiro é o *paterfamilias*, aquele que “*in domo dominium habet*”, na expressão de Ulpiano, encontrada em D.50,16,195,2⁴⁶. Essa expressão designava até o cidadão que não tivesse mulher nem filhos, bem como o impúbere se, quando da morte de seu *pater*, fosse a única pessoa do sexo masculino do grupo e, por conseguinte, o único titular da *patria potestas*. Neste sentido, assinala Yan Thomas:

“O acontecimento jurídico que faz de um homem romano um *pater* não é, portanto, o nascimento de um filho, mas a morte do seu próprio *pater*. Morte em cujo momento ele próprio deixa de ser um filho. No momento em que a sua vida de sobrevivente tomava o lugar da do morto, ele adquiria, simultaneamente, a sua herança e os direitos sobre a sua descendência”⁴⁷.

Ser *paterfamilias*, portanto, não significava a paternidade no sentido biológico do termo, mas o ascendente masculino que não estava sujeito à potestade de outrem⁴⁸. Nessa condição de independência (*sui iuris*), tinha a plena capacidade jurídica para ser titular de direitos e obrigações, bem como a capacidade de agir, isto é, de praticar pessoalmente os atos jurídicos e administrar o patrimônio da família⁴⁹. Era, portanto, o *dominus* absoluto da *domus*,

⁴⁶ D.50,16,195,2: “(..) *Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus; et cum paterfamilias moritur, quotquot capita et subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo, qui emancipatus est; nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet*”. (“Chama-se *paterfamilias* o que tem o domínio na casa; e é assim propriamente chamado ainda que não tenha filhos, pois o termo não é apenas de relação pessoal, mas de posição de direito. Também podemos chamar *paterfamilias* a quem é pupilo, e quando morre o *paterfamilias* todos os indivíduos que estavam sujeitos a ele formam famílias distintas; porque cada um adquire o título de *paterfamilias*. E o mesmo sucederá também com o emancipado, porque também este pelo próprio direito tem família própria”). Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.10. Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 19, “*il termine dominium non ha il significato giuridico di “proprietà”, ma sta indicare la posizione di supremazia del pater familias, signore assoluto nella sua domus*”.

⁴⁷ THOMAS, Yan. *A divisão dos sexos no direito romano*. In História das mulheres. Vol. I. A Antiguidade. Do original *Storia delle donne*, de Georges Duby e Michelle Perrot. Roma-Bari: Gius, Laterza & Figli Spa, 1990, p. 137. Um pai de família não é assim designado pelo fato de ter gerado filhos legítimos. Podia-se ter uma descendência sem ser *paterfamilias*. Inversamente um homem tinha o direito de usar este título sem nunca ter gerado ou adotado um filho, porquanto, segundo a terminologia jurídica, chamava-se *paterfamilias* exclusivamente ao cidadão que deixara de estar sob o poder paternal de qualquer ascendente em linha masculina. (*Ibidem*, p. 136).

⁴⁸ Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 09: “*La parola pater non indica un rapporto di generazione, ma si richiama in questa formula al senso originário di signore o sovrano*”; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Vol III, p. 01. “*Il paterfamilias, inteso come capo del grupo, ha sui sottoposti pienezza di poteri paragonabili a quella del magistrado sui populus o del dominus sugli schiavi, fino al punto da consentire qualsiasi ato sulla persona del filius*”; Cf. LOBRANO, Giovanni. *Pater et filius eadem persona*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, p. 25, “*la etimologia di pater è tutt’ora oscura. Appare, tuttavia, certo che il significato di pater non sia, comunque, da ricollegarsi alla funzione procreativa: pater familias appellatur, qui in domo dominium habet (...)*”, D.50,16,195,2; vide nota 46.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 90. A pessoa sob a potestade não podia ter nada de seu. Também o homem *sui iuris*, submetido ao processo de ad-rogação, bem como a mulher realizando a *conventio in manum* perdiam, *ipso iure*, em proveito

o sacerdote dos *sacra privata*⁵⁰ e juiz, o único detentor da potestade doméstica. Todos estavam sob sua autoridade: filhos, mulheres, netos, adotados, pessoas *in mancipio* e os escravos⁵¹. Dele, portanto, irradiavam poderes, em todas as direções: *patria potestas*⁵², sobre os descendentes (filhos, netos, etc); poder marital sobre a *materfamilias (manus)*⁵³; *dominica potestas*, sobre os escravos e todas as pessoas colocadas *in mancipio*; *dominium*, sobre os bens de todos os integrantes da *domus*⁵⁴. Ele era a única pessoa *sui iuris*, isto é, não estava sujeito à potestade de outrem. Os demais, todos *alieni iuris*, estavam subordinados a um poder ou direito alheio⁵⁵.

O *paterfamilias*, portanto, era aquele que não tinha ascendente vivo na linha masculina, exercendo essa função: o pai, o avô ou o bisavô das pessoas nascidas na família. Com a sua morte, se não existisse outro ascendente vivo, os *filiifamilias* casados formavam outras famílias, das quais se tornavam *patres*⁵⁶. Era o universo da família patriarcal na qual prevalecia o parentesco agnático.

do *paterfamilias*. Na consciência geral, fundamentada nos *mores*, o patrimônio era propriedade da família, administrado pelo *paterfamilias* e destinado ao bem comum. A partir do direito clássico, ocorreu uma exceção: os pecúlios. Neste sentido, *vide* nota 54.

⁵⁰ A religião doméstica era disciplinada pelo *ius sacrum*, que distinguia o culto das divindades que protegiam e santificavam a casa e a família (os deuses lares ou *penates*), os quais habitavam o fogo sagrado que queimava na lareira doméstica (altar) e o culto dos deuses *manes* referente às almas dos parentes defuntos.

⁵¹ SANTOS, Severino Augusto dos, *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p.159. Desta forma o poder do *pater* se estende além da família agnática, sob todos os aspectos, civil, religioso e econômico.

⁵² GAIO 1,55; I. 1,9. (*vide* nota 57)

⁵³ GAIO 1,109: “*In manum autem feminae tantum conveniunt*. (Pelo poder de *manus* somente estão as mulheres). Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 09. Com a morte do *paterfamilias* ou pela emancipação, a mulher tornava-se *sui iuris*. Contudo, era incapaz de exercer a *patria potestas*, permanecendo numa posição isolada, não constituindo uma família no sentido romano, não sendo sujeito nem objeto de direitos familiares. *Materfamilias* era um título honorífico que, na época histórica, não tinha valor jurídico. Porém, na vida social, era usado para indicar a esposa ou a mãe, no sentido de *matrona*. Contudo, no sentido genuíno e primevo, contudo, o título era reservado à mulher do *pater*. Posteriormente, foi atribuído à esposa que fizesse parte da família, ou seja, que estivesse sujeita à *manus* do marido ou do *paterfamilias* deste.

⁵⁴ Cf. SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 160: “No que concerne ao *dominium*, havia exceções referentes aos pecúlios, pequena soma de dinheiro ou bens que a um *filiusfamilias* cumpria administrar. Eram de três tipos: *profecticio*: entregues pelo *pater* para que o *filiusfamilias* administrasse. Podia ser revogado pelo *pater*, se assim o entendesse. O *filius* não podia alienar nem dispor desses bens em testamento pois, em caso de morte, retornavam ao patrimônio da *domus*; *castrense*: admitido no início do principado por Augusto Eram bens adquiridos pelos *filiifamilias* na condição de legionários (soldo, presa de guerra); quase-castrense: surgido no período pós-clássico, quando foram estendidas as regras do pecúlio castrense aos bens adquiridos pelos *filiifamilias* como funcionários da corte ou ocupantes de cargo público, advogado, eclesiástico, ou obtido por doações feitas pelo imperador. No direito justinianeu, o *filiusfamilias* adquiriu total capacidade patrimonial”. *Vide* VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. *Cit.* p. 26s.

⁵⁵ GAIO 1,48; 1,49. *Vide* nota 14; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 158s. Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 09, *Alieni iuris* ou *alienae potestati subiectae*, eram, portanto, as pessoas sujeitas ao *ius* ou a *potestas* de outro, diferentemente do *paterfamilias*. Cf. SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 14. *Alieni iuris* eram a mulher, no casamento *cum manu*; os que estavam sob a *potestas* do *pater*: filhos, netos, bisnetos *et coetera*, nascidos das justas núpcias; e ainda os adotados e as pessoas *in mancipio*.

⁵⁶ *Vide* definição de *família communi iure* (D.50,16,195,2. Nota 21). Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso de diritto romano*, p. 08. Essa divisão resguardou a classe antiga e dominante, que constituiu, nos tempos históricos, o

1.5 *Patria potestas*, um poder que se transforma

A *patria potestas* era o principal poder do *paterfamilias* e se estendia sobre os *filiifamilias* (filhos e netos dos filhos masculinos), como se encontra em Gaio 1,55: “*Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium romanorum est*”⁵⁷. A *patria potestas*, portanto, se fundava, antes de mais, nas justas núpcias, que tinham por objetivo fundamental a procriação. Era uma instituição exclusiva do direito romano. Nenhum outro povo conheceu instituto jurídico semelhante⁵⁸. Tinha origem no nascimento das justas núpcias⁵⁹, na adoção, quando um estranho, *alieni iuris*, ingressava, como

patriciado. Naquele tempo, o grupo permanecia subordinado a um chefe, provavelmente designado pelo predecessor e constituía a *gens*.

⁵⁷ GAIO 1,55: “Os filhos que temos procriado das justas núpcias estão sob o nosso poder. Direito próprio dos cidadãos romanos”. Vide I.1,9; Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, cit. p.10. O complexo dos poderes do *paterfamilias*, ou seja, aquela espécie de autoridade soberana exercida por ele sobre a família na mais remota antiguidade se chamava *manus*; *potestas*, na latinidade clássica, era palavra de uso enfático usada conjuntamente na expressão *manus ac potestas*. Contudo, segundo o mesmo autor (*in Stituzioni di diritto romano*. p. 550), a *patria potestas* se distinguiu da *manus*. A primeira era poder jurídico que o *pater* tinha sobre os *filiifamilias*, homens e mulheres, naturais e adotivos. A *manus*, inicialmente indicava o complexo de poderes do *pater*, no sentido de força e autoridade, passando, posteriormente, a indicar os poderes do *pater* sobre a mulher que entrava na família por causa do matrimônio. “*Ma la situazione giuridica nel seno della famiglia non è sostanzialmente diversa tra filius in potestate e uxor in manu*”. *Simili modo*, MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano II*, p.249: “Os poderes do *paterfamilias* sobre as pessoas a ele submetidas se designavam, a princípio, com uma única palavra: *manus*”. Segundo o autor, posteriormente surgiram outras expressões: *manus maritalis* (sobre a própria mulher e sobre as mulheres daqueles que estavam sob sua potestade); *patria potestas* (sobre os descendentes e adotados); *dominica potestas* (não é romano, mas moderno) sobre os escravos; *mancipium* sobre as pessoas *in mancipio*). Vide JUSTO António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 17. Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p.8, “*Se il matrimonio si accompagna la conventium in manum, il marito acquista la manus sulla moglie. Il matrimonio è quindiel presupposto della patria potestas e della manus. (...) ius sacrum disciplina i poteri del marito, titolare della manus sulla moglie, e i poteri del padre, titolare della patria potestas sui figli*”.

⁵⁸ Segundo GAIO (1,55), nenhum outro povo, salvo talvez os gálatas, conheceu a *patria potestas*. O mesmo entendimento é ratificado por Justiniano (I.1,9,2): *Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in libero habeant potestatem, qualem nos habemus*. (O poder que por direito temos sobre os nossos filhos é próprio dos cidadãos romanos; pois não há nenhum homem que tenha sobre os filhos um poder como o que temos). Na visão do historiador Dionísio de Alicarnaso (Dion Alicarnaso (2,26,4), *apud* FAYER, Carla, *La familia romana. Aspetti giuridici antiquari*. Parte prima (p. 277), a *patria potestas* é atribuída a Rômulo, ao conceder ao *paterfamilias* o privilégio de exercê-la por toda a vida. Teve origem, portanto, na mais remota antiguidade romana, snedo considerada tirânica pelos outros povos daquele tempo. Para BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, p.549, a afirmação de que a *patria potestas* era própria dos romanos não é exagerada, porquanto, da forma como era concebida por aquele povo, era qualquer coisa de única. GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. Nápoles: Jovene, 1981, p. 470, admite que a expressão gaiana seja exata num determinado sentido, quando nenhum povo da idade antiga ou moderna, conheceu a *patria potestas* no sentido privatístico dos romanos, porque o único sujeito de direito privado era o *pater*. No campo do direito público, contudo, não havia distinção e todos eram cidadãos, independentemente da condição de *pater* ou *filiusfamilias*. Vide COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*, p. 70; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. p. 01; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, cit. p. 19.

⁵⁹ Em consequência, os filhos ilegítimos só tinham mãe. Era a regra: *mater semper certa est, pater is est quem nuptiae demonstrant*. No direito clássico, não se conhecia nenhuma disposição para legitimar os filhos nascidos fora do matrimônio, o que vai acontecer no direito pós-clássico, sobretudo por influência do cristianismo, sob a

filho ou neto, noutra família e, ainda, na ad-rogação, quando um *paterfamilias* e seus dependentes se colocavam sob a proteção de outro *pater*. Segundo Biondi⁶⁰, a *patria potestas* importava direito absoluto sobre pessoas e coisas. Consistia num direito e não num dever de conteúdo ético. Não se mostrava senão na ordem moral.

Segundo a teoria política de Bonfante⁶¹, que considera a família antiga uma instituição semelhante ao Estado, a *patria potestas* era mais que um poder doméstico, visto que constituía um poder político que se fundamentava nos *mores maiorum*. Desta forma, no âmbito da família, a regra para o exercício da potestade não se originava dos sentimentos, como o afeto do pai ou do marido, nem de uma indefinida consciência social. Portanto, não se baseava em regras morais, mas, ao contrário, em normas determinadas, concretas, imperativas, derivadas de costumes consolidados por repetições constantes nos casos semelhantes, como preconizavam os *mores*⁶².

Era um dos institutos mais típicos do direito romano. Fazia do *paterfamilias* um ente singular, detentor de tanto poder que o tornava o senhor supremo e único da sua família, a *familia proprio iure*⁶³. A sujeição dos *filiifamilias* era absoluta. O *paterfamilias* tinha pleno direito de dispor da pessoa e da vontade dos descendentes e estes lhe deviam obediência absoluta⁶⁴.

Nos primevos, não existiam limites para a duração dessa potestade. Era exercida pelo *paterfamilias*, enquanto vivesse, sobre todos os seus *filiifamilias*, independentemente da idade e da função social que tivessem ou desempenhassem⁶⁵. Perante a *civitas*, *pater* e *filiusfamilias*

forma do *subsequens matrimonium* dos pais. Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 163.

⁶⁰ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p. 02.

⁶¹ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 69s.

⁶² Vide BONFANTE, Pietro, *Corso de diritto romano*, p. 76. Esclarece VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit, p. 28: “*La familia romana como organismo político autónomo debia tener sus leyes internas: ius decretorum. Tales leyes o reglas que derivan de la organización pre-estadual, constituen los mores de la familia que estebelecen culpas e condenas para los filii, castigos que no pueden ser aplicados por el paterfamilias sin oír al conesejo de parientes*”.

⁶³ Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 127; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p.71; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, p. 02.

⁶⁴ CÍCERO. (*Pro plano* 12,29), citado por BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 02, afirma que o filho teme o pai como um deus, que o nome do *pater* está acima de toda lei; Cf. SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 21. “Essa concepção da potestade doméstica refletia o espírito da velha Roma dos costumes rígidos, da moral inquebrantável, de uma disciplina férrea, segredo, talvez, da dominação do mundo pelos romanos”.

⁶⁵ Cfr. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p.71: “*La patria potestà è perpetua; non v'è età maggiore che rompa la soggezione, anzi sotto alcuni aspetti essa si estende anche dopo la morte, in quanto col suo testamento egli può nominare ai figli impuberi il tutore e l'erede*”.

eram cidadãos de pleno direito⁶⁶. Neste universo do *ius publicum*, o *filius*, após tornar-se púbere, podia votar e ser votado, prestar o serviço militar, ocupar funções públicas, enfim, exercer todas as prerrogativas cidadinas. Quando no exercício da magistratura, o *filiusfamilias* era detentor da *potestas populi*. Aulo Gellio, citado por Carla Fayer⁶⁷, refere-se à norma comportamental que deveria ser respeitada entre pai, titular de potestade, e filho, sendo um era simples cidadão e o outro magistrado:

*“In publicis locis atque muneribus atque actionibus patrum iura cum filiorum, qui in magistratu sunt, potestatibus collata interquiescere paululum et conivere, sed cum extra rempublicam in domestica re atque vita sedeatur, ambuletur, in convivio quoque familiari discumbatur, tum inter filium magistratum et patrem privatum publicos honores cessare, naturales et genuinos exoriri”*⁶⁸.

In casu, o *pater*, que era simples cidadão, estava sujeito à autoridade. Perante o *ius privatum*, contudo, no âmbito da *familia*, a subordinação ou sujeição do filho ao *paterfamilias* era absoluta. Era o fenômeno da titularidade e vitaliciedade da potestade doméstica. Conforme Santos, “no princípio os poderes decorrentes da *patria potestas* eram ilimitados e absolutos, visavam, tão somente, aos interesses do chefe da *domus*, constituindo um poder, antes que um dever, sobre os subordinados”⁶⁹. Nessa visão, enfatiza Vega de Miguens⁷⁰: “*Originariamente la patria potestas comienza como un poder despótico concebido más en provecho de quien la ejerce, o pater, que de la familia colocada bajo su potestas*”. Não se pode afirmar, contudo, que esse poder era verdadeiramente absoluto e autoritário, porquanto a *domus* tinha suas próprias leis que limitavam a potestade. Dentre elas destacava-se o *consilium propinquorum* ou *iudicium domesticum*, convocado pelo *pater* em determinados casos de grave julgamento, como a condenação à morte⁷¹.

⁶⁶ D. 1.6,9: *Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur*”. (Nos assuntos públicos, o *filiusfamilias* é considerado como o *paterfamilias*, por exemplo, quando assume uma magistratura ou é nomeado tutor); CI. 6,26,6: “*Pater et filius eadem persona paene intelleguntur*”.

⁶⁷ FAYER, Carla, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 137.

⁶⁸ AULO GELLIO. 2.2,9: “Nos lugares públicos e nas funções e atos oficiais, os direitos dos pais, quando são comparados com os poderes dos filhos que estão revestidos da magistratura, são um pouco diminuídos e atenuados; mas, quando os dois estão fora da vida pública, na intimidade doméstica e na vida privada - se se senta, caminha ou participa da mesa de refeição familiar, então entre um filho magistrado e um pai cidadão a precedência oficial tem menos importância e os sinais de respeito fundados no nascimento e na paternidade retornam com vigor”.

⁶⁹ SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p.160.

⁷⁰ VEGA DE MIGUENS. Nina Ponssa de la. Cit p. 2.

⁷¹ Alguns autores falam da existência de um tribunal doméstico, encontrado, por exemplo, na lei decenviral, como inibidor de alguns atos praticados pelo *paterfamilias*. Contudo, segundo BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, p. 02, não havia de fato, nenhum órgão regulador ou moderador do exercício da *patria potestas*. Tampouco é certa a existência de um tribunal doméstico, entendido como órgão jurídico e não meramente de fato, como é sempre afirmado, mas não comprovado. Entretanto, as fontes históricas falam de um *consilium propinquorum* ou *necessarius*. Diante do silêncio das fontes jurídicas, ao que parece, trata-se de um instituto de fato. Ante tal circunstância, diz o autor: “*Ma non è da escludere ché, in línea di fatto, il pater sentisse i suggerimenti*”

No perpassar do tempo, contudo, nomeadamente no período pós-clássico, mercê da influência cristã e da mudança dos costumes que modificaram o pensamento humano, a potestade doméstica sofreu muitas restrições e imposições. E assim, por consequência, tornou-se, a pouco e pouco, uma instituição destinada a beneficiar, com sua proteção, aqueles que estavam submetidos a ela, perdendo o rigor e a severidade dos tempos antigos.

O poder absoluto, ilimitado e indiscriminado que se materializava nos *ius vitae et necis*, *ius vendendi*, *ius exponendi*, *ius noxae dandi* e no *divortio sine iusta causa*, tornou-se incompatível com a nova consciência. Isto aconteceu num crescendo de tal dimensão que, no pensamento de Bonfante, no direito justiniano, a *patria potestas* não era mais uma jurisdição sobre os filhos, expressão de uma soberania política, porém um simples poder doméstico de correção e castigo⁷². Quando se tratasse de fatos graves que excedesse a disciplina doméstica, o autor do delito deveria ser encaminhado ao juiz⁷³.

E assim, a potestade do *paterfamilias*, que durante séculos se estendera *ad infinitum*, sofreu uma importante transformação histórica. Tal transformação materializou-se em graves restrições de poderes e imposições de obrigações, passando a *patria potestas* a ser considerada um *officium*⁷⁴. Passou a ser um dever de correção, proteção e assistência, a que correspondia por parte do filho ao dever de respeito, devoção e gratidão. Assemelhava-se à concepção hodierna de poder familiar, não obstante conservar determinadas características antigas: competia ao homem e não à mulher; era exercida pelo ascendente mais antigo mesmo que não

di alter persone prima di prendere gravi provvedimenti"; Cf. VOLTERRA, Edoardo. *Il pretense tribunale domestico in diritto romano*, in RISG 21 (1948), p.103, o tribunal ou *consilium* doméstico não existiu. Vide BRAVO BOSCH, Maria José. *El mito de Lucrecia y la familia romana*. In Mulher. Algumas Histórias e Instituciones de Derecho Romano. Madrid: Dykinson, S.L, 2013, p. 20-35.

⁷² ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J. A. Cit. p.740, ao fazerem alusão à lenta evolução da *patria potestas* afirmam que teve duas concepções opostas: “*comieza como un poder despótico concebido em provecho del que la ejerce, y termina considerándose como una auctoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a lossometidos a ele*”.

⁷³ Segundo JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.20, “uma constituição de Valentiniano I, do ano de 365, (C.9,15,1) concedeu aos juízes a faculdade de conhecerem a atrocidade que excedia o direito de correção doméstica”. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 83. Contudo, segundo esclarece o autor (p. 87): Alguns elementos mais ou menos exorbitantes da disciplina doméstica sobreviveram no direito justiniano: o filho não podia querelar-se, nem mesmo por injúria atroz contra o *paterfamilias*, embora pudesse contra o pai natural; o juízo do *paterfamilias* eximia, em certa medida, o *filiusfamilias* da responsabilidade pessoal, por exemplo, não era considerado infame se esposasse uma viúva não transcorrido um ano de luto; o *paterfamilias* conservou o direito não somente de nomear por testamento um tutor para o *filiusfamilias*, mas também um herdeiro para o filho impúbere; a *patria potestas* era gerida somente pelo homem, jamais pela mulher, e não propriamente pelo pai, mas pelo ascendente masculino de grau mais remoto; e a mais grave sobrevivência da antiga potestade: a *patria potestas* era perpétua e não se extinguia com a maioridade.

⁷⁴ Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV. p. 22.

fosse o genitor; não desaparecia em razão de determinada idade; eram, em princípio, excluídas as relações patrimoniais entre o *filius* e o *pater* ou entre os filhos sujeitos à mesma potestade⁷⁵.

Essa nova visão penetrou na legislação a partir de Constantino, certamente sob a influência do helenismo e, nomeadamente, do cristianismo. E assim, a *patria potestas* sofreu uma transformação radical. Não era mais poder absoluto, exercido no interesse do *paterfamilias* ou do grupo familiar, mas um dever de correção, assistência e proteção, correspondendo a uma nova concepção das relações entre pai e filhos. Não significava mais subordinação jurídica total à vontade do *pater*, mas obrigação de honra e obediência aos genitores⁷⁶. A esse respeito, Biondi, complementa: “*A base dei rapporti tra genitore e figli non sta il vincolo puramente giuridico della patria potestas, ma il rapporto stesso di generazione che determina un regime imperniato su base essenzialmente etica*”⁷⁷.

Com o passar do tempo, os poderes absolutos do *paterfamilias* sofreram muitas modificações, até desaparecerem, a tal ponto que, à época de Justiniano, nomeadamente por influência cristã, cosagrou-se a concepção de que a *patria potestas in pietate consistere debet, non atrocitate*⁷⁸. Por esse tempo, o poder paternal deixou de ser expressão formal de simples relação jurídica, tornando a fundamentar-se na geração ou, nas palavras de Biondi:⁷⁹ “...*su quella natura che Dio ha impartita al mondo*”. Por isso, passou a ser considerada uma relação

⁷⁵ Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 556; BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, III, p. 05; Cf. SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil*, p. 161 Acrescentem-se ainda, os fenômenos da vitaliciedade e titularidade. Vitaliciedade significava que, enquanto o *paterfamilias* estivesse vivo, exercia a *patria potestas* sobre todos os *filiifamilias*. Nem a maioridade do filho, seu matrimônio ou ingresso nas legiões romanas, ou seu acesso às magistraturas punham fim a esse poder paterno e à incapacidade jurídica do filho. A titularidade estabelecia que a potestade era exercida não pelo pai natural, mas pelo ascendente masculino mais velho..

⁷⁶ Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 07.

⁷⁷ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 08. Segundo o autor, o elemento ético certamente não era estranho à *patria potestas*, mas a função de educar a prole não era necessariamente conexa com o instituto. O *paterfamilias* tinha o poder jurídico, mas podia não ser o educador dos próprios filhos, função ou ofício que competia à *mater*, conforme D. 43,30,3,5: “*Etiam si maxime autem probet filium pater in retinendo eo potior erit; idque Decretis Divi Pii quibusdam continetur; obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine diminutione patriae potestatis apud eam filius moretur*”. (“Porém, por mais que o pai prove que o filho está sob sua potestade, será, sem embargo, com conhecimento de causa, preferente à mãe para retê-lo; e isto se contém em alguns decretos do Divino Pio, porque legou à mãe, em razão da maldade do pai, que o filho permanecesse em seu poder sem diminuição da *patria potestas*”). Em caso de divórcio, o juiz podia estabelecer que o filho ficasse com o pai ou à mãe. Neste último caso, a *patria potestas* cabia sempre ao *pater*, embora a educação fosse confiada a *mater*. Justiniano afirmava que a mãe era mais digna para educação dos filhos: Nov. 22,38: “*Eiusdem principis illud quoque invenientes dignum putavimus partem nostrae facere sanctionis, quoniam omnium mater fide dignior ad filiorum educationem videbatur, dat ei etiam hoc lex, nisi ad secundas accesserit nuptias*” (“Temos considerado digno que faça parte da nossa lei também isto, que encontramos do mesmo príncipe que, considerando que a mãe parece mais digna de confiança que todos para a educação dos filhos, se lhe conceda a lei também isto, a não ser que passe às segundas núpcias”).

⁷⁸ D.48,9,5. Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p.35. Foram abolidos o *ius vitae et necis* e o *ius noxae dandi*, tolerando-se, por razões humanitárias e piedosas, o direito de expor e de vender a prole. Assim, a arcaica e férrea *patria potestas* tornou-se juridicamente um simples poder de correção. Vide JUSTO. António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 20s.

⁷⁹ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p.36 e 39.

sagrada. *Sacra e patria potestas*, na nova legislação, tornaram-se termos equivalentes⁸⁰. A antiga visão da *potestas* que extrapolava a normal correção desapareceu. Segundo Biondi, apesar da conotação da perpetuidade do instituto, na legislação cristã encontram-se os primeiros rudimentos ou vestígios de que a mãe é potencialmente chamada a exercitar alguns atributos da potestade doméstica, principalmente no que se refere à função educativa⁸¹.

Essa transformação profunda na tradicional família romana sofreu indubitáveis influências da doutrina sagrada, preconizada pelo cristianismo, especialmente no relacionamento entre pais e filhos⁸². À luz da religião cristã, o filho tem para com o pai a obrigação de honra e obediência, originária de um vínculo divino que o une ao genitor. É o preceito do Deuterônomo: “*Honora patrem tuam et matrem tuam, ut sis longaevus super terram*”⁸³.

Simili modo, preceitua o livro dos Provérbios: “*Qui maledicit patri suo et matri, extinguetur lucerna eius in mediis tenebris*”⁸⁴.

Em sintonia com a doutrina cristã, o apóstolo Paulo, na epístola aos colossenses, proclama: “Filhos, obededei em tudo aos vossos pais, porque isto é agradável ao Senhor. Pais, não provoqueis vossos filhos para que não se percam em desânimo”⁸⁵. Na carta aos efésios, o apóstolo das gentes impõe como dever dos filhos a obediência e a honra ao pai e à mãe, em nome do Senhor. Adverte também aos pais: “Não exaspereis os vossos filhos, mas criai-os na disciplina e correção do Senhor”⁸⁶. E, ainda, o livro dos Provérbios dá a noção dessa disciplina: “Aquele que poupa a vara odeia o filho; aquele que o ama se apressa a corrigi-lo”⁸⁷. Isto constituiu, na expressão de Biondi: “... *una delle più imponenti rivoluzioni chè si siano attuate nei campo del diritto privato*”⁸⁸.

1.5.1 Poderes derivados da *patria potestas*

1.5.1.1 *Ius vitae et necis*

⁸⁰ Vide C. Theod. 8,18,9; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p. 36.

⁸¹ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p. 49.

⁸² Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p. 41; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 21-22.

⁸³ Deut. 5,16: “Honra teu pai e tua mãe para que tenhas longos dias sobre a terra”.

⁸⁴ Prov. 20,20: Quem amaldiçoa seu pai ou sua mãe verá extinguir sua luz em meio às trevas.

⁸⁵ Col. 3,20.

⁸⁶ Ef. 6,1,4.

⁸⁷ Prov. 13,24.

⁸⁸ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p.55; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 24.

“*Drastica ed atroce espressione della patria potestas era il ius vitae et necis, il quale però, a differenza dell’analogo potere sugli schiavi, si configura non come facoltà di disposizione di cosa che appartiene al dominus, ma sotto l’aspetto giurisdizionale o disciplinare, cioè come facoltà di punire i sottoposti, nell’ambito del potere discrezionale riconosciuto al pater*”⁸⁹.

Era a mais grave e significativa prerrogativa do poder doméstico, permitida pela lei. Sua aplicação estava sancionada na Lei das Doze Tábuas, quando o *pater* podia matar o filho deformado ou monstruoso⁹⁰. Segundo Dionísio de Alicarnasso⁹¹, o *ius vitae et necis* foi estabelecido por Rômulo ao conceder ao *paterfamilias* poderes para expulsar, fustigar, obrigar ao trabalho no campo, aprisionar e, até mesmo, matar os *filiifamilias*⁹². Contudo, estabeleceu determinadas restrições, limitando o exercício dessa potestade, como: a obrigação de criar os filhos homens e a primogênita mulher; a proibição de matar os filhos abaixo de três anos⁹³. Porém, permitia a exposição dos recém-nascidos deformados ou monstregos, desde que assim fossem reconhecidos por cinco vizinhos⁹⁴. O *pater* que não observasse essas normas estava sujeito a uma pena pecuniária e até ao confisco de bens⁹⁵, procedimento que vigorou por séculos, não obstante as mudanças sociais por abrandamento dos costumes⁹⁶. Com o perpassar do tempo, no entanto, a severidade e, quiçá, a desumanidade da *patria potestas* foi

⁸⁹ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p.03.

⁹⁰ Lei das XII Tábuas, IV *De Patria potestas*. Cic. *Lege 3,19*: “*cum esset cito necatus tamquam ex XII Tabulis insignis ad deformitatem puer*”. (Imediatamente era morto, segundo a Lei das XII Tábuas, o menino que apresentasse deformação monstruosa). Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giurici ed antiquari*. Parte prima, p. 184; NÓBREGA, Vandick Londres da. *Compêndio de direito romano*. Vol I. 6 ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1970, p.140. Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 9: “*Il paterfamilias, invece di ucciderlo, può esporlo, ma occorre faccia constatare l’imperfezione ou la mostruosità da cinque vicini*”.

⁹¹ DION. DE ALICARNASSO. (2.26,4); PAPINIANO, *Collatio* 4.8,1 afirmam que foi uma lei de Rômulo que concedeu ao pai o *ius vitae et necis* sobre os filhos. Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, Parte prima, p. 140s; Vide FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p. 56; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela de idade*, p. 30.

⁹² Cfr. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 71. A parte mais característica da *patria potestas* era o direito punitivo do *paterfamilias*, que lhe permitia aplicar graves sanções, como condenar o *filiusfamilias* a trabalhos no campo, mantê-lo preso, relegá-lo em campanha, condená-lo à morte; contudo, segundo BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 551, certamente, na prática, o exercício do *ius vitae et necis* era uma exceção após mitigado pela religião, pela moral e, sobretudo, pelo afeto, já que o *pater* normalmente era o pai ou ascendente de seu subordinado.

⁹³ DION. ALICARNASSO. (2,15), *apud* BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 551. Vide notas 133 e 135; ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 9.

⁹⁴ Trata-se do *consilium propinquorum* ou tribunal doméstico, cuja existência como órgão jurídico, segundo Biondi, é inverossímil. Vide nota 71. Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 9: “*Il paterfamilias, invece di ucciderlo, può esporlo, ma occorre faccia constatare l’imperfezione ou la mostruosità da cinque vicini*”.

⁹⁵ Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p.141. Segundo ela, “*l’obbligo di allevare tuti figli maschi e la primogênita dele femmine*” não estava inspirada num princípio humanitário, mas numa razão política, porquanto era necessária a existência de um grande número de cidadãos para a defesa da cidade e poder impor aos vizinhos a autoridade de Roma pela força das armas. Assim, ao se poupar a vida da primogênita, assegurava-se um número suficiente de mulheres para a procriação de cidadãos. Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 9.

⁹⁶ Vide FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p.55.

sendo atenuada, conforme anota Biondi: *L'uccisione del filius, che prima importava esercizio della patria potestas, diventa ora uno dei più gravi e nefandi delitti*⁹⁷. Verificava-se, também, a aplicação do *ius vitae et necis* nos casos do filho e da nora culpados por ofensa física contra o *paterfamilias*⁹⁸. O direito arcaico condenava, sobretudo, o adultério da mulher, impedindo de continuar a relação matrimonial, levando-a a ser repudiada pelo marido e, mesmo, condenada à morte por ele. A tradição atribui essa norma de condenação do adultério às leis régias, fonte do *ius sacrum*, indicando que o direito romano combatia esse ato desde a mais antiga origem⁹⁹.

Segundo Fayer, uma lei régia atribuída a Rômulo, referida por Dionísio de Alicarnasso, permitia ao marido *paterfamilias*, juntamente com os cognados, punir com a morte a mulher adúltera ou que houvesse bebido vinho¹⁰⁰. A autora relata que o adultério era a mais grave das infrações à moral familiar que uma mulher casada podia cometer. Ao ter relação com um homem diferente do marido manchava e corrompia a pureza do sangue familiar do qual era considerada depositária e guardiã, tornando menor a sua função principal: dar legítimos herdeiros ao marido e a seu *paterfamilias*. Complementa a autora:

*“Commetendo adulterio la donna oltre alla eventualità di introdurre elementi estranei nel gruppo familiare, provocava la turbatio, la commixtio sanguinis e con la contaminazione, la mescolanza del sangue familiare, ritenuto sede della vita, rendeva impuri i figli legittimi che avrebbe generato dopo l'adulterio. (...) E giustifica anche il fatto che il bere vino fosse considerato colpa grave come l'adulterio, poiché il bere vino induceva all'adulterio”*¹⁰¹.

⁹⁷ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p.16.

⁹⁸ RABELLO, A.M. *Effeti della patria potestas, I. Dalle origini al período degli Antonini*. Milano, 1979, p. 47.

⁹⁹ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p.11.

¹⁰⁰ Os antigos entendiam que beber vinho era uma incitação ao adultério, por isso era proibido à mulher. PLÍNIO. *Nat. hist.*, 14, 14 (13), narra um caso célebre de uma matrona romana condenada a morrer de fome por haver roubado as chaves da *cella vinaria*; VAL. MAX, 6,3,9, *apud* FAYER, Carta. *La família romana. Parte prima*, p. 147. Cf. SERV. *Aen.* 1,737 (*apud* FAYER, Carla. *La família romana. Parte prima*, p.148). Não se permitia à mulher beber vinho, exceto em determinados dias, por motivos religiosos. Vide nota 180. GIUNTI, Patrizia. *Consors vitae. Matrimonio e ripudium in Roma antica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, p. 34; GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. Lisboa: Edições 70 Ltda, 205, p. 73. Do original *L'amour à Rome*. Tradução portuguesa de; Victor Silva; Essa parece ter sido uma concepção entre os antigos, também encontrada no Eclesiastes 19,2: “O vinho e as mulheres fazem sucumbir até mesmo os sábios e tornam culpados os homens sensatos”.

¹⁰¹ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 155; Cf. COULANGES, Fustel, p. 77. Para a religião antiga, “a falta mais grave, de quantas possam cometer-se, é o adultério, porque a primeira regra do culto é que o lar se transmite de pai para filho; o adultério perturba a natureza do nascimento. Pelo adultério rompe-se a cadeia na série dos descendentes; a família sem o conhecimento dos homens vivos fica extinta e jamais haverá felicidade divina entre os antepassados”; Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel derecho romano preclassico*, p. 9: “*L'adulterio della moglie compromete la legimitá dela prole da lei genética. Non la compromete l'adulterio del marito*”. É importante ressaltar a distinção entre adultério e estupro, previsto no D.48,5,6,1: “*(...) sed proprie adulterum in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum compósito nomine*”. (Porém, propriamente se comete adultério com mulher casada, havendo-se formado a palavra por razão de parto concebido de outro. Mas em donzela ou viúva se comete estupro); GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. Do original “*L'Amour à Rome*”. Tradução Portuguesa de Victor Silva. Lisboa: Edições 70 Ltda, 205, p.111: “O adultério era punido de maneira particularmente severa. Geralmente, nos tempos antigos, a mulher era condenada

No início do século I, durante o império, começou a reação legislativa, objetivando mudanças nesse poder absoluto. Trajano obrigou a emancipação do filho que tivesse sido maltratado pelo *pater*, como se verifica no texto abaixo:

D.37,12,5: “*Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem afficiebat coegit emancipare, quo postea defuncto pater, ut manumissor, bonorum possessionem nsibi competere dicebat; sed consilio Neratii Prisci et Aristonis et propter necessitatem solvendae pietatis denegata est*”¹⁰².

Adriano puniu com a *deportatio in insulam* o *pater* que houvesse matado ou castigado o filho com crueldade¹⁰³. Porém, foi com o cristianismo que se estabeleceria uma nova ética¹⁰⁴. Como testemunho dessa influência cristã, elucidativa é a passagem do Evangelho, narrada por João:

“*Magister, haec mulier modo deprehensa est in adulterio. In Lege autem Moyses mandavit nobis huiusmodi lapidare. Tu ergo quod dicis? (...) Iesus autem inclinans et se deorsum, digito scribebat in terra. Cum ergo perseverarent interrogantes eum, erexit se, et dixit eis: Qui sine peccato est vestrum, primus in illam lapidem mittat. Et se inclinans scribebat in terra. Audientes autem unus post unum exhibant incipientes a senioribus*”¹⁰⁵.

Constantino, em 319, puniu com a *poena cullei*, própria do homicídio ou do parricídio, o pai que matasse o filho¹⁰⁶. Valentiniano e Valente, através da constituição 365, revogaram o

à morte. Mas o cúmplice, se fosse surpreendido em flagrante delito, não era tratado com mais indulgência, e isso aconteceu até a época clássica”.

¹⁰² “O divino Trajano obrigou a emancipar a um filho a quem o pai maltratara contra os deveres da piedade, e falecido depois aquele pai, como manumissor, dizia que lhe competia a posse dos bens; porém por conselho de Nerácio Prisco e de Ariston, lhe foi denegada porque, por necessidade, rescindiu os deveres de piedade”. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.19; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 03; Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 79, a emancipação forçada, *in casu*, é criação do direito justinianeu.

¹⁰³ D.48,9,5: “*Divus Hadrianus fertur, quum in venatione filium suum quidam necaverat, (...) in insulam eum deportasse, (...) nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*”. (Disse o divino Adriano, havendo alguém matado o próprio filho, (...) o deportou para uma ilha, porque a *patria potestas* consiste na piedade e não na atrocidade). Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito romano privado*, IV. p. 19..

¹⁰⁴ O cristianismo, profligando a doutrina pagã, estabeleceu que somente Deus é o Senhor da vida e da morte.

¹⁰⁵ Jo. 8,4-5;6-9. “Mestre, esta mulher foi apanhada em adultério. Ora, na lei de Moisés, está ordenado que devem se lapidar tais mulheres. Vós o que dizeis? (...) Jesus, porém, curvando-se sobre o chão, escrevia com o dedo. E como eles insistissem em interrogar, levantou-se e disse-lhes: Quem de vós estiver sem pecado seja o primeiro a atirar-lhe uma pedra. Depois, abaixando-se novamente, escrevia no chão. Ouvindo isto, afastaram-se, um após outro, a começar pelos mais velhos”.

¹⁰⁶ C.9,17,1. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, Parte prima, p. 176, “*La pena del sacco, la più atroce ed infamante delle pene, per il padre che avesse ucciso il figlio e si considera quindi parricidium l’uccisione del figlio*”; Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.19; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano III*, p. 16; Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 81. O extremo exercício da *patria potestas* tornou-se repugnante ao espírito helênico e à nova humanidade cristã. Contudo, atribuir a Constantino haver estabelecido a pena de parricídio é um velho erro. O direito clássico não sancionou

ius vitae et necis ao introduzirem um novo princípio: o filho considerado culpado por ter cometido um enorme delito, que excedesse a esfera da disciplina doméstica, deve ser enviado à autoridade judiciária¹⁰⁷. No direito justiniano, o *ius vitae et necis* era uma referência histórica e a *patria potestas* tinha o significado de um mero poder de correção¹⁰⁸.

1.5.1.2 *Ius vendendi*

Uma das manifestações da potestade doméstica romana e, por extensão, do mundo antigo, era o *ius vendendi*. Foi escassamente executado no mundo romano pagão, sendo, contudo, largamente utilizado na época pós-clássica, mormente no Oriente, porquanto refletia a triste condição econômica do tempo¹⁰⁹. Segundo a literatura romana¹¹⁰, o direito de o *paterfamilias* vender o *filiusfamilias* foi estabelecido por uma lei régia de Rômulo. Contudo, o mesmo rei impôs limites a esse direito, ao estabelecer que o pai que vendesse o filho por três vezes deixava de ter sobre ele *patria potestas*, como estava contido na Lei das XII Tábuas: “*Si pater ter filium venum duit, a patre filius liber esto*”¹¹¹.

contra o *paterfamilias* essa pena atroz, segundo o conceito mais largo da *Lex Pompeia*, cujo texto é certamente interpolado. In *contrario sensu*, BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, p. 14, afirma: “*Non comprendo come questa ovvia interpretazione della disposizione di Costantino debba essere un “vechio errore”, come si complace di affermare il Bonfante. Si trata di ripieghi e sforzate interpretazioni che possono trovare giustificazione solo nela sorpresa di vedere como Costantino abbia improvvisamente abbattuto uno dei pilastri del típico ordinamento familiari romano*”.

¹⁰⁷ D. 48,2: “*Inauditum filium pater occidere non poteste, sed accusare eum apud praefectum provinciae debet*”. VOCI, Pasquali. *Storia della patria potestas de Augusto a Diocleziano*. In *Studia et Documenta Storie Iuris*, 51, 1985, p.79. Afirma que, já no fim da idade republicana, o *pater* não usava mais o seu poder de matar. E na época do principado, o poder público era competente para punir a culpa mais grave, em especial aquela de natureza pública. O *ius vitae et necis* não foi explicitamente ab-rogado, mas entrou em decadência, até desaparecer pelo desuso e por sucessivas decisões imperiais; Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 81.

¹⁰⁸ Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 161.

¹⁰⁹ Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 17; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 20.

¹¹⁰ DION. ALIC 2,27,1 *apud* FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti Giuridici ed Antiquari*. Parte prima, p. 210.

¹¹¹ Tábua IV, 2b; “Se o pai vender o filho por três vezes, que o filho se liberte de seu pátrio poder”. Esta visão histórica, que é acolhida por Dionizio de Alicarnasso (2,27,1), não encontra guarida entre os historiadores romanistas. Se o *pater* vendesse por três vezes seu descendente, perdia a potestade sobre ele, conforme a Lei Decenviral. Significava que, antes dessa lei, ele podia vendê-lo quantas vezes lhe aprouvessem e o poder paterno não se extinguia. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.20; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 36s. Segundo GAIO (1,132), a emancipação ocorria quando o pai mancipava o filho a outrem, que o alforriava e voltava ao poder do *pater*. O procedimento se repetia por três vezes, de modo idêntico. Na última mancipação, estava extinta a *patria potestas*, mesmo não tendo sido manumitido, conservando-se *in mancipio*. Quando se tratasse da mancipação de uma filha ou de um neto, fazia-se necessária somente uma venda. Anastásio, em 502, introduziu uma nova forma de emancipação aplicável aos descendentes ausentes (filhos, netos e bisnetos, de ambos os sexos), através de rescrito imperial, obtido mediante recurso ao imperador. Justiniano, em 531, aboliu o antigo procedimento pela venda simbólica por três vezes, confirmando a forma anastásiana e a possibilidade de o *pater* recorrer diretamente ao magistrado para liberar de sua potestade o seu descendente. Vide FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p.51.

Esse *modus procedendi* de vender o descendente corresponde ao tempo da sociedade agropastoril, quando a propriedade e a posse das terras estavam concentradas nas grandes famílias patriarcais¹¹². Esta noção é acolhida por Franciosi: “*Il ius vendendi su un piano stretamento economico è collegato al fatto che in una società preschiavistica il figlio rappresenta la forza-lavoro per eccellenza*”¹¹³.

Essa venda, contudo, não significava a extinção ou perda da liberdade. A pessoa ficava *in mancipio* ou seja, em estado de semiliberdade. Materializava-se através da *mancipatio*¹¹⁴, chamada por Gaio de “*imaginaria quaedam venditio*”. Na época mais antiga, contudo, significava uma venda real, isto é, a troca da coisa pelo seu preço, de modo solene, através da cerimônia do bronze e da balança, forma negocial da época arcaica antes do surgimento da moeda¹¹⁵.

O filho ou filha mancipado por um *pater* a outro ficava *in mancipio*, uma situação intermediária entre a liberdade e a escravidão, numa condição de dependência pessoal ao poder do adquirente. A partir do direito clássico, a venda de uma pessoa livre deixou de ser permitida. Assim se verifica no Código de Justiniano, quando Caracala definiu a venda de um filho como ato ilícito e desonesto, como se verifica no C.7,16,1:

“*Rem quidem illicitam et inhonestam admisisse te confiteris, quia proponis, filios ingenuos a te venundatos. Sed quia factum tuum filiis obesse non debet, adi competentem iudicem, si vis, ut causa agatur secundum ordinem iuris*”¹¹⁶.

Paulo, fazendo referência à venda de um *filiusfamilias*, em razão de extrema pobreza, afirma que o ato não atinge a ingenuidade do vendido, porque um homem livre não se avalia

¹¹² Cf. COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*, p. 73. No direito arcaico, o pai tinha o direito de vender o próprio filho, numa analogia ao exercício do direito de administrar a propriedade pertencente a toda a família. O filho era considerado, também, propriedade porque seus braços e trabalhos eram fontes de renda.

¹¹³ FRANCIOSI, G. *Famiglia e persone*, p. 50.

¹¹⁴ Processo solene realizado perante cinco cidadãos romanos que se prestavam como testemunhas. Participava também do ritual o *libripens*, o porta-balança, instrumento que deveria ser tocado com um peso de bronze, após o adquirente pronunciar palavras sacramentais, *verba certa*, afirmando que o objeto ou pessoa lhe pertencia, segundo o direito dos quirites e que o adquiria pelo bronze e pela balança. Em seguida, entregava o peso como pagamento fictício. Vide FAYER, Carla, *La família romana. Aspetti Giuridic ed Anitiquari*. Parte prima, p. 216; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 38.

¹¹⁵ Com a introdução da moeda contada e pesada, o ato *solene per aes et libram* tornou-se supérfluo. Contudo, os romanos mantiveram-no, como um valor simbólico. Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti Giuridici ed Antiquari*. Parte prima, p. 216s; JUSTO, António dos Santos. *A fictio iuris no direito romano (Actio ficticia)*. Época clássica, no suplemento do BFDC, Coimbra 1988, p. 443ss.

¹¹⁶ C.7,16,1: Confessas haver feito coisa certamente ilícita e indecorosa, posto que expões os filhos ingênuos vendidos por ti. Mas como teu ato não deve prejudicá-los, dirige-te ao juiz competente, se quiseres, para que se trate a causa com amparo no direito. Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 38.

por dinheiro¹¹⁷. Contudo, não obstante a vigorosa defesa do princípio da intangibilidade da liberdade do homem e apesar da oposição dos imperadores, que consideravam ilícita a venda dos filhos, nas províncias continuava a ser praticada¹¹⁸. Para combater essa prática, os imperadores Diocleciano e Maximiniano sancionaram a mais explícita e categórica proibição contra o comércio dos filhos, ao determinarem como princípio de direito que os filhos não podiam ser transferidos pelos genitores para o domínio de outro, nem a título de venda, nem por doação, nem por penhor ou qualquer outro modo, tampouco por alegada ignorância do adquirente¹¹⁹.

Constantino, todavia, permitiu a venda do recém-nascido e sua redução à condição de escravo, bem como que o exposto ou abandonado se tornasse escravo de quem o houvesse recolhido¹²⁰. Este fato constituía, nas palavras de Carla Fayer:

“Un contrasto con il principio della inviolabilità e della inalienabilità della libertà individuale, principio d'altronde riaffermato solennemente dallo stesso Constantino che, nella costituzione del 323, riconosce che non fu mai permesso ai genitori di togliere la libertà ai loro figli”¹²¹.

Certamente, a desastrada condição econômica, que grassava no seio da população, gritava mais alto, destruindo valores, sentimentos, esperança e vidas. Depois de Constantino, outros imperadores legislaram vetando a venda dos filhos neonascidos, que continuava a ser praticada pelos mesmos motivos de degradação e miséria.

Na novela 33, Valentiniano demonstrou preocupação com a venda dos recém-natos fazendo referência à sobrevivência. Nesse sentido fez uma solene afirmação da liberdade e da dignidade humana: *“La libertà non perisce perchè la vita non cessa, come se la libertà sia*

¹¹⁷ PAULI, *Sent.* 5,1,1: *“Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderit, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur.”* (Quem vendeu o próprio filho em razão de extrema miséria ou por motivo de alimentos não causa prejuízo ao estado de sua ingenuidade: o homem livre de fato não se avalia por preço).

¹¹⁸ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti Giuridici ed Antiquari*. Parte prima, p. 233.

¹¹⁹ C. 4,43,1: *“Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo, neque pignoris iure aut quolibet alio modo, neque sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est.”* (É princípio de claro direito que os filhos não podem ser transferidos pelos genitores ao domínio de outrem, nem a título de venda, nem de doação, nem por direito de penhor ou qualquer outro modo, nem sob pretexto de ignorância do adquirente).

¹²⁰ Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito romano privado*, IV, 20. Constantino permitiu o *ius vendendi* pelo *paterfamilias* em situações de extrema pobreza e indigência. Contudo, concedeu ao mesmo o direito de resgate através do pagamento em dinheiro ou na entrega de um escravo. *Vide* C. Theod. 5,10,1; C.4,43,2.

¹²¹ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti Giuridici ed Antiquari*. Parte prima, p.239; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano III*, p. 17, faz interpretação diversa ao estabelecer que o *ius vendendi* sobreviveu na legislação de Constantino, *“le quali però, ben lungi dal sanzionare un potere dispotico del pater, cercano di limitarlo, e soprattutto di disciplinare le conseguenze della esposizione e vendita nel interesse del figlio e nello spirito di carità, con un senso più elevato di umanità”*.

*attributo dela stessa vita.(...) per tutti è preferibile morire ingenuus piuttosto che schiavo*¹²². Essa visão corrobora a legislação de Constantino que permaneceu inalterada até Justiniano, que acolheu a constituição de Diocleciano¹²³ e restringiu o *ius vendendi* a recém-nascidos em casos de extrema pobreza, concedendo, ainda, aos patres a faculdade de os recuperarem mediante o pagamento de um resgate¹²⁴.

O *ius vendendi*, a partir do direito pós-clássico, foi combatido pela legislação dos imperadores. Todavia, a situação econômica do império impedia que essa prática se modificasse. A influência do cristianismo atenuou-a, mas não a extinguiu. O motivo era o mesmo que levava os imperadores a tolerá-la: a miséria do povo. A nova consciência considerava o ato uma indignidade e um crime. Contudo, entre considerar a venda nula, com consequência fatal para o recém-nascido ou consenti-la para salvá-lo de morte certa, a última opção era um mal menor¹²⁵. Entretanto, nas palavras de Biondi, “*alla vendita si pone un duplice limite: che si tratti di neonati e che la vendita sia fatta per estrema necessità onde salvare il neonato*”¹²⁶.

1.5.1.3 *Ius exponendi*

Nas palavras de Carla Fayer, “*l’expositio dei neonati era una pratica usuale presso i romani*”¹²⁷. É parte da história de Roma, porquanto não se pode olvidar a lenda de Rômulo e Remo, colocados num cesto jogado nas águas do Tibre. A esse respeito esclarece Santos:

“O destino ou os deuses sopraram vento ameno e o improvisado batel foi ter às margens, onde as crianças foram resgatadas por um casal de pastores. Seriam os fundadores de Roma. Mas a sorte não continuou a sorrir igual para os dois fratres. Remo desafiou a divindade, zombando de seus caprichos, ao desacreditar no traçado da Roma quadrata. Pagou com a vida. Rômulo consagrou-se ligando seu nome a um povo e a uma cidade. Povo e cidade lhe retribuíram, deificando-o como Quirino”¹²⁸.

De acordo com os antigos costumes, o nascimento de um filho não era apenas um fato biológico e definitivo. A sua aceitação na sociedade dependia da vontade do *paterfamilias* em

¹²² BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 33.

¹²³ Vide C. 4,43,1 (nota 119); JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV. p. 20s.

¹²⁴ C.4,43,2. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV. p. 20s; FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti Giuridici ed Antiquari*. Parte prima, p. 242.

¹²⁵ Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 31; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 40.

¹²⁶ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 31.

¹²⁷ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p.179

¹²⁸ SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 26.

acolhê-lo¹²⁹. O nascido das justas núpcias, após ter sido separado do ventre materno, ainda chorando e sanguinolento, era colocado sobre a terra nua, aos pés do *paterfamilias*, que podia ser o pai natural ou um ascendente mais velho¹³⁰. Este, se quisesse acolhê-lo no seio da família, o erguia da terra, colocando-lhe nos braços uma pulseira, onde se lia a expressão “*tollere suscipere liberos*” para significar que reconhecia e aceitava o filho¹³¹. Conforme Santos¹³², “após erguê-lo da terra, em dia regularmente estabelecido, ocorria a admissão do novo integrante da família no culto dos deuses domésticos, mediante uma cerimônia de purificação, a *lustratio*. Esse dia era chamado *dies lustricus*, quando também se concedia ou se dava um nome ao recém-nascido”¹³³.

Se ao contrário, por dúvida sobre a legitimidade do nascido, por outro motivo ou mesmo não existindo causa, o *pater* não acolhesse a criança no seu grupo familiar, deixando-o sobre a terra, revelava que o mesmo ficaria exposto ou morto.¹³⁴ Materializava-se o *ius exponendi*¹³⁵.

¹²⁹ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p.179, encontram-se referências sobre o *ius exponendi* em alguns autores, dentre eles, VARRÃO, *De vita populi romani, lib. II*, in Non. 848 L: *Natus si erat vitalis ac sublatus ab obstetrice statuebatur in terra* (O recém-nascido, se tinha vida, era recolhido pela parteira e colocado sobre a terra); PLÍNIO, *N.h. 7,2: Hominum tantum nudum et in nuda humo natali die abicit ad vagitus et ploratum*. (Somente o homem é lançado nu sobre a nua terra, no dia do seu nascimento, abandonado subitamente aos vagidos e aos prantos); OVÍDIO, *Trist.4,3,46: Tactaque nascenti (...) humus* (É a terra (...) tocada no momento do nascimento); MACROB, *Sat. 1,12,20: Quia vox nascenti homini terrae contactu datur* (Porque o contato com a terra dá ao homem a voz no momento do nascimento). Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 27.

¹³⁰ Vide WEYNE, Paul. *História da vida privada. I. Do Império romano ao ano mil*. Trad.Heidegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p.23s; FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 179s.

¹³¹ Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 188; FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p. 58.

¹³² Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p.27. Sobre o *ius exponendi*, vide PEROZZI, S. *Tolere liberum*, in *Studi in onore di V. Simoncelli nel XXV ano del suo insegnamento*. Napoli, 1915.

¹³³ Cf. PAUL. FEST, p. 107 L. Citado por FAYER, Carla. *La família romana. Parte prima*. p. 180. “*Lustrici dies infantium appellantur, puellarum octavus; puerorum nonus, quia his lustrantur atque eis nomina inponuntur*”. (São chamados dias lustrais da criança o oitavo do nascimento para as meninas; o nono para os meninos, porque nesses dias são purificados e recebem eles seus nomes). Cf. COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*, p. 43. Nesse dia, o pai reunia a família, chamava testemunhas e sacrificava aos manes. A criança era apresentada aos seus deuses domésticos. Uma mulher levava-a nos braços e, correndo, fazia dar muitas voltas ao redor do fogo sagrado para purificá-la e iniciá-la no culto dos ancestrais. A partir de então, o recém-nascido passava a pertencer à comunidade sagrada, à família, aonde seguiria e praticaria os rituais dos antepassados e, igualmente, um dia seria um antepassado também. Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito Romano. Tutela impuberum*, p. 27, nota 100.

¹³⁴ Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 190. Geralmente se confiava a um escravo a triste tarefa de expor o recém-nascido, como ocorreu com os gêmeos Rômulo e Remo (Liv. 1,4; 1,5,5; CIC. *Rep.* 2,4; DION. ALIC. 2,56; PLUT. *Rom.* 3; SERV. *Aen.* 1,273).

¹³⁵ Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p.77. Uma lei de Rômulo restringiu o direito de exposição, obrigando a reconhecer os filhos homens e a filha primogênita. Outra lei, do mesmo rei, proibia de matar a criança menor de três anos, exceto nos casos de nascimento monstruoso, reconhecido pela presença de cinco vizinhos (DION. ALIC. 2,15). Outra, ainda, declarava livre da *patria potestas* o filho que tivesse sido vendido por três vezes (DION. ALIC. 2,27). Uma norma de Numa Pompílio proibia o *pater* de vender o filho ao qual tinha sido concedido o consentimento para se casar (DION. ALIC. 2,27; PLUT. *Numa* 17). O mesmo autor relata que Rômulo estabeleceu várias penas pela transgressão da lei relativa à exposição, dentre elas, o confisco da metade do

Outros motivos podiam determinar esse abandono: incapacidade de alimentar a criança, em razão de pobreza extrema¹³⁶; impossibilidade de educar o recém-nascido para que tivesse uma vida digna; suspeita de que o recém-nato fosse fruto de adultério; deformidade física¹³⁷; ambição dos parentes para evitar a inclusão de mais alguém na partilha patrimonial; o sexo, que privilegiava o homem em detrimento da mulher¹³⁸.

A criança exposta raramente sobrevivia. Podia morrer de fome e de frio, ou ser devorada pelos cães e pelas feras. Os ricos desejavam que ela desaparecesse. Os pobres alimentavam a esperança que fosse recolhida por alguém. O destino dos recolhidos dependia da intenção de quem os recolhia. Alguns, mais afortunados, eram criados como filhos por pessoas caridosas. Para os demais, pior destino os aguardava, como a escravidão e a prostituição.

Segundo Carla Fayer¹³⁹, no fim do século III e início do século IV, quando se agravou sobremaneira a situação econômica do império, a exposição e morte, bem como a venda dos recém-nascidos atingiram uma proporção alarmante. Constantino, em 315, tomou providências para que o Fisco pudesse prover alimentos e vestuário para os necessitados de extrema pobreza, na Itália¹⁴⁰. Além dessas providências, objetivando fazer cessar a prática

patrimônio. Contudo, exceto no caso da tríplex venda do filho (prevista na Lei das XII Tábuas), mostra-se cético a respeito da eficácia das medidas, pois, se o confisco fosse tornado efetivo, certamente o costume teria desaparecido. Mas é impossível acreditar numa pena civil em época remota, quando o direito privado tinha ainda um caráter sacerdotal, sobretudo num campo como esse das relações ético-familiares. *Vide*, também, FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 23.

¹³⁶ Santo Ambrosio (AMBR. *Hexarem*. 5,18,58, (*apud* FAYER, Carta. *La família romana*, Parte prima, p. 183): *pauperiores abiciunt parvulos et exponunt et deprechenos abnegant. Ipsiquoque divites, ne per plures suum patrimonium dividatur, in útero propriosnegant fetus*. (os mais pobres livravam-se de seus nascidos expondo-os e abandonando-os. Mas os ricos também faziam assim e, para evitar que o patrimônio fosse dividido entre mais herdeiros, praticavam o aborto).

¹³⁷ CIC. *De legibus*. 3,19, *apud* FAYER, Carla. *La família romana*. Parte prima, p. 184. Segundo a autora, a morte dos nascidos disformes, na concepção dos antigos, era uma questão prática, com fundamento racional. Ocorria em benefício do próprio nascido, além do interesse do Estado ou da *civitas*, porque os cidadãos deformados eram inúteis à economia e à defesa da pátria. Vigorava também a crendice de que aquele ser inumano pudesse ter sido fruto de uma relação entre uma mulher e um animal, o chamado *coitus bestiae*. Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 21. O *ius exponendi* estava consagrado na Lei Decenviral apenas em relação às crianças deformadas (Tab.IV,1). Foi tolerado na época clássica (Cf. SÜETÔNIO, *Claudius*, 27) e combatido pelos imperadores cristãos. (C.8,51 ou 52). *Vide* SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum* p. 28.

¹³⁸ FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p. 57, citando HOEBEL (*Il diritto nelle società primitive*, p. 116s), acentua que o infanticídio feminino tinha várias causas: o homem como principal produtor de alimentos era mais útil ao grupo; na sociedade patriarcal ele não se afastava dos genitores e representavam, por isto, um confortável investimento para a velhice; incidentes na caça e na guerra tendiam a reduzir o número de homens na comunidade.

¹³⁹ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 202.

¹⁴⁰ *Vide* BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 20; Cf. COSTA, Emílio. *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Constantino*, em MAB, s. 1,4 (1909-1910), citado por FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 201s. Essas medidas não ofereceram socorro suficiente diante do número exorbitante de pais que não tinham possibilidade de alimentar a própria prole. Em consequência, a exposição e venda dos recém-nascidos continuou.

desumana do *ius exponendi*, o Imperador estabeleceu severas sanções que previam a perda da *patria potestas* pelo pai que expusse o próprio filho¹⁴¹.

O Código Teodosiano¹⁴², relacionava esse procedimento como infanticídio, podendo os expositores ser condenados à morte. Um fragmento de Paulo, nas Sentenças, conservado no Digesto, esclarece: “*Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et si qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publici locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet*”¹⁴³, estabelecia que tanto o que matava no momento do parto, quanto o que negava alimentos ou expunha o recém-nato em lugares públicos para suscitar a misericórdia alheia, praticava um comportamento delituoso.

Na visão de Biondi¹⁴⁴, contudo, a lei de Constantino pode ser considerada uma regressão às velhas práticas dos tempos históricos, quando se vivenciava uma avançada civilidade e uma situação de benesses, de plena satisfação das necessidades materiais básicas. A questão do *status* do indivíduo tinha a máxima importância, num verdadeiro contraste com os novos tempos, quando o problema social mais acentuado não era a liberdade, mas a sobrevivência. A exposição da prole além de ser abolida, foi implicitamente considerada lícita, como um mal social capaz de evitar um mal maior. Então, entre a proibição da exposição e a consequente reafirmação da liberdade, “*e la tolleranza circondata di garenzie che mirino ad assicurare la sopravvivenza dell’esposto, la lege accoglie quest’ultimo orientamento, preoccupandosi della sorte degli esposti alla luce della carità*”¹⁴⁵. Era a influência cristã que se intensificava, levando Volterra, citado por Biondi, a afirmar sobre a Igreja:

*“Perseguendo i suoi fini di carità ed avendo di mira il problema morale e sociale più che il problema giuridico, intendeva con ogni mezzo evitare la morte della prole e pertanto indurre, per quanto possibile, gli estranei ad allevare i fanciulli abbandonati”*¹⁴⁶.

¹⁴¹ C. Theod. 5,9,1; Vide FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p. 59.

¹⁴² C. Theod. 2,27,1.

¹⁴³ PAULI, *Sent.* 2,24,10; D.25,34: “É considerado que matou não somente aquele que sufoca o parto, mas também aquele que abandona e nega alimentos e o que expõe em lugares públicos para suscitar em outros a misericórdia e complacência que ele mesmo não tem”.

¹⁴⁴ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 23.

¹⁴⁵ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 23. Cf. o autor (*ibidem*): “*Per pagani era una questione di status, per i cristiani questione di vita*”. E a lei se aplicava tanto para os livres quanto para os escravos, porquanto o problema se apresentava de forma igual: o escravo não era mais coisa que se pudesse abandonar à vontade pelo *dominus*.

¹⁴⁶ VOLTERRA, Edoardo. *Un’osservazione in tema di tolere liberos*, apud BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano III*, p. 23.

Também com Justiniano essa prática era considerada crime, tendo por sanção a pena capital¹⁴⁷. O cristianismo combateu o *ius exponendi*, porque confrontava com o dever de misericórdia e assistência que incumbia aos genitores. A miséria e a fome não constituíam, à luz do ensinamento cristão, motivos que autorizassem a transgressão desse dever.¹⁴⁸

1.5.1.4 *Ius noxae dandi*

O *Ius noxae dandi* surgiu com o advento do sistema penal de composição legal que substituiu a vingança privada por uma obrigação pecuniária a cargo do *paterfamilias* do culpado, como forma de compensar um delito privado praticado por um *filiusfamilias*¹⁴⁹. Era a faculdade de o *paterfamilias* liberar-se da responsabilidade do comportamento ilícito praticado por aquele que estava sob sua sujeição, filho ou escravo, entregando o culpado ao *paterfamilias* do grupo que sofreu a ofensa ou dano¹⁵⁰. Era, portanto, consequência de uma ação impetrada pela parte lesada e que tinha fundamento na Lei das XII Tábuas no caso de furto;¹⁵¹ na *Lex Aquilia*, no caso de dano injusto;¹⁵² no edito do pretor, nos casos de injúria e roubo¹⁵³.

Gaio, nas Instituições¹⁵⁴, confirma que as ações noxais se originaram dos ilícitos, como furto ou injúria, cometidos pelos *filiifamilias* e escravos, sujeitando o *pater* ou o dono a pagar uma avaliação do prejuízo ou, então, a fazer o abandono noxal¹⁵⁵. Isto ocorria porque os filhos, na condição de *alieni iuris*, não tinham capacidade jurídica nem patrimonial. Assim, não podiam ser titulares de direitos e obrigações, condição inerente às pessoas livres, cidadãos

¹⁴⁷ Novela 153, de 541, de Justiniano; Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p. 25. Justiniano, na Novela 153, considera a exposição da criança como delito, alheio a qualquer sentimento humano, próprio dos bárbaros, e passível da pena capital.

¹⁴⁸ Vide BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano. III*, p. 24s.

¹⁴⁹ Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 33.

¹⁵⁰ Vide FRANCIOSI, Genaro *Famiglia e persone*, p.54.

¹⁵¹ Lei das XII Tábuas, 7, *De delictis*.

¹⁵² Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Responsabilidade aquiliana: uma visão histórico-comparativa. In* Studia Iuridica 92 *Ad Honorem 3- Ars Iudicandi*. Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Antonio Castanheira Neves. Vol III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. Organizado pelos Professores Doutores Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho e José de Faria Costa. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2008.

¹⁵³ I.4,8,4: “*Sunt autem constitutae noxale actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus veluti furti lege duodecim tabularum, damni iniuriae lege Aquilia: edicto praetoris veluti iniuriarum et vi bonorum raptorum*”. (As ações noxais foram constituídas pelas leis ou pelo edito do pretor: pelas leis como a de furto, por força da lei das XII Tábuas, e a do dano injusto pela Lei Aquília; pelo edito do pretor como a de injúrias e a dos bens roubados).

¹⁵⁴ GAIO 4,77-78.

¹⁵⁵ Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 343 (nota 438), citando: FESTO (180 L. s.v. *Noxia* tem significado variado: de dano, juridicamente falando; culpa, na linguagem poética e oratória; pecado, no sentido de ilícito ou pena. Em SÉRVIO. *Aen.* (1,41) encontra-se: “*noxia culpa est*”, *noxia autem poena*; Também em ISIDORO, *diff.* 154. (*Pl* 83, 1327): “*noxia poena est, noxia ipsa culpa*”.

romanos e não sujeitos à *potestas* de outrem (*sui iuris*). Competia, então, àquele que tinha o incapaz sob a sua potestade responder pela ação¹⁵⁶.

O *paterfamilias*, contudo, ao contrário de pagar a pena pecuniária, podia isentar-se entregando o culpado para que, com seu labor, resgatasse sua dívida. A entrega noxal tinha por objetivo, portanto, colocar a serviço da parte lesada a capacidade laboral do autor do delito. Isto se materializava através de um procedimento chamado *mancipatio*, ficando o culpado da ofensa como pessoa *in mancipio* do *paterfamilias* ofendido¹⁵⁷.

A *noxae deditio* do *filiusfamilias* começou a cair em desuso a partir do período clássico, quando foi facultada ao *filiusfamilias* a possibilidade de defender-se por si mesmo, se o seu *pater* não o tivesse feito, como se verifica em um trecho de Juliano, encontrado em D.9,4,34: *Quotiens enim nemo filium familias ex causa delicti defendit, in eum iudicium datur*¹⁵⁸. No período pós-clássico, a consolidação do regime dos pecúlios concorreu para o desaparecimento da entrega noxal. O *filiusfamilias*, possuidor de seu próprio patrimônio, podia responder pelas obrigações originárias dos delitos cometidos. Por fim, a prática foi abolida por Justiniano, como se comprova nas Instituições:

*“Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos familias pro suis delictis posse conveniri”*¹⁵⁹.

¹⁵⁶ GAIO 4,77: *“Omnes autem noxales actiones capita sequuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quandiu in tua potestate est, tecum est actio”*. (Todas as ações noxais acompanham a pessoa. Assim, se teu filho ou um escravo teu comete um crime, a ação é contra ti, enquanto estiverem sob teu poder); Cf. ALBANESE, B. *Le persone nel diritto privato romano*. Palermo, 1979, p. 131: *“noxam caput sequitur”* (o delito segue a pessoa do culpado). Cf. DE VISSCHER, F. *Il sistema romano della noxalità*. In IURA 11 (1960), p.1 ss. L’A, citado por FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 244, nota 441. Na história do instituto da noxalidade distinguem-se três fases: a primeira corresponde ao simples abandono do culpado, na idade antiga (pré-cívica), quando o estado não tinha a força nem os meios para intervir nas relações entre os grupos menores. Um delito cometido contra um membro de um grupo contra um membro de outro grupo era considerado uma ofensa a todo o grupo que exercia a vingança contra o grupo inteiro que abrigava o culpado, a menos que ele tivesse sido excluído voluntariamente da comunidade, apagando a mancha que gravava todo o grupo. Na fase seguinte vigorou o sistema legal, quando a entrega noxal tornou-se uma obrigação e para evitá-la introduziu-se a forma da composição pecuniária. Na última fase, das *actiones noxales*, o *pater* ou o *dominus* (se o culpado era um escravo), estava obrigado a pagar a composição, contudo, podia eximir-se entregando o culpado.

¹⁵⁷ GAIO 4,75-79; Vide D. 9,4. *De noxabilis actionibus*.

¹⁵⁸ D.9,4,34: *“Porque sempre que ninguém defenda um filiusfamilias por causa de delito, se dá uma ação contra ele”*. Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima, p. 249; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 35.

¹⁵⁹ I. 4,8 7: *“Os antigos admitiam isto também em relação aos filhos e filhas-famílias. Mas o novo trato humano com razão julgou dever-se repelir essa aspereza e, por isso, desapareceu completamente do uso comum. Pois quem sofreria dar o filho e sobretudo a filha em noxa a outrem, pois que o pai pessoalmente quase sofreria mais que o filho; e quanto às filhas, até a consideração do pudor justamente o repele? Por isso, ficou assentado que pudessem*

1.5.2 Extinção da *patria potestas*

A primeira, natural e original, causa de extinção da *patria potestas*, sem alteração nas relações de agnação, foi a morte do *paterfamilias*¹⁶⁰, quando então todos os seus filhos e filhas tornavam-se *sui iuris*. Os filhos homens passavam a formar suas próprias famílias, das quais se tornavam *patres*¹⁶¹. No que concerne à mulher, mesmo se tornando *sui iuris*, não constituía família, no sentido romano, porquanto não podia ser *pater* nem pertencer a outra família. Ficava numa posição isolada, sendo a primeira e a última pessoa de sua família, o princípio e o fim dela mesma ou, na expressão de Ulpiano, encontrada no Digesto: “*Mulier autem familiae suae et caput, et finis est*”¹⁶².

Extinguia-se também a potestade pela *capitis deminutio* máxima ou média, ou seja, em razão da perda pelo *paterfamilias* do *status libertatis* ou *civitatis*¹⁶³, respectivamente, porquanto a *patria potestas* não podia ser exercida por escravo, nem por estrangeiro. Outra forma que fazia cessar a potestade doméstica era a adoção e a *conventio in manum* da filha. O mesmo acontecia com a emancipação, mercê da qual o *filiusfamilias* tornava-se *sui iuris*¹⁶⁴. Outros motivos também determinavam a liberação da potestade doméstica: em casos de indignidade cometidos pelo *paterfamilias*; pelo acesso dos *filiifamilias* a certas dignidades, como sacerdote de Júpiter ou vestal¹⁶⁵; pela adoção e pela emancipação, que somente se tornou possível após a Lei das XII Tábuas¹⁶⁶.

ser propostas as ações noxais só contra os escravos, pois nos antigos comentadores das leis encontramos com muita frequência dito que os filhos famílias podem ser diretamente acionados pelos seus delitos”.

¹⁶⁰ GAIO 1,127: *Hi vero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui iuris fiunt.* (Quanto às pessoas sujeitas ao pátrio poder, elas se tornam *sui iuris* pela morte do ascendente).

¹⁶¹ Vide D. 50,16,195,2. (nota 21). Na visão de BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 8.s “... questa scissione, almeno nella casta patrizia, non è originaria. La famiglia piu vasta, cioè la gens, si conservava nelle origini unita sotto un nuovo capo designato dal predecessore”.

¹⁶² D. 50,16,195,5: “A mulher é cabeça e fim de sua própria família”.

¹⁶³ Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito romano privado, IV*, nota 89, p. 23s. Se a *capitis deminutio* do *paterfamilias* fosse *maxima* ou *media*, o *filiusfamilias* tornava-se *sui iuris*, exceto se o seu genitor estivesse sujeito à potestade do seu *paterfamilias*. Nesse caso, o genitor tornava-se *paterfamilias* e o filho sujeito à sua *patria potestas*.

¹⁶⁴ Vide I. 1,12.

¹⁶⁵ GAIO 1,130: *Praeterea exeunt liberi virilis sexus de parentis potestate, si flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus, si virgines Vestales capiantur.* (Demais, libertam-se do pátrio poder os filhos do sexo masculino pela consagração como flâmines de Júpiter; e as filhas, tornando-se vestais); Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 134, essas duas causas desaparecem com o paganismo. No direito justiniano, são liberados da *patria potestas* os altos dignitários do Estado e da Igreja. Isto é, os que assumissem o patriciado, no direito da compilação; os elevados ao episcopado e à dignidade de cônsul; prefeito do pretório e da cidade; chefe do exército; e em geral a toda dignidade que liberassem do ônus da cúria.

¹⁶⁶ Segundo ARRANGIO RUIZ, Vincenzo. *Istitutiones*, p. 472, não é claro se esta norma da lei era destinada a punir o abuso da faculdade de vender ou se visava criar um meio para a emancipação que, talvez desconhecida no direito antigo, processava-se através da venda simbólica do filho por três vezes, como se encontra na lei decenviral,

No Baixo Império, perdia a *patria potestas* o *pater* que castigasse imoderadamente o filho. No direito justiniano, sofria idêntica perda aquele que expusesse sua prole ao abandono¹⁶⁷ ou sua filha à prostituição e, ainda, pelo matrimônio incestuoso do pai¹⁶⁸. A evolução do instituto ocorreu no perpassar do tempo. Houve uma verdadeira revolução que se materializou numa série de leis, contínuas e incessantes, principalmente no período de Constantino a Justiniano. Assim, a *patria potestas* perdeu o significado de outrora, conforme assinala de Biondi:

*“La patria potestas non è più la spina dorsale della famiglia, il centro giuridico di ogni rapporto familiare, ma è uno dei tanti istituti familiari. La impostazione, più che trasformata, è capovolta: non più potestas (.....), ma officium; non più potere assoluto e totale ma esercizio di paterna pietas; in definitivo non più diritto ma dovere di protezione ed assistenza”*¹⁶⁹.

Em consequência, na época pós-clássica, todos aqueles atributos da *patria potestas* que a transformaram num poder absoluto e ilimitado desapareceram um a um. O *ius vitae et necis* foi abolido. A morte dos recém-nascidos passou a ser é punida por Justiniano com a pena capital. O *ius vendendi* foi limitado aos neonatos em casos de extrema pobreza. O *ius noxae dandi* também foi abolido por Justiniano¹⁷⁰.

1.6 A situação jurídica da mulher em Roma

Para se entender a história da mulher romana, faz-se mister uma análise, de certa forma, minuciosa, à luz dos *mores* e das *leges*, das priscas eras ao direito justiniano. Nesta pesquisa, contudo, não se tem por objeto tal abordagem. Busca-se, tão somente, apresentar um reflexo da trajetória feminina em Roma.

Tábua IV, 3: *Si pater filium ter venum duit filius a pater liber esto*. Com o tempo, surgiram outras formas de emancipação, como, por exemplo, a anastasiana; por meio de rescrito imperial. No direito justiniano, bastava que os interessados comparecessem perante o magistrado. Cf. SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito civil. Ius romanum*, p. 145. A emancipação era ato jurídico de competência exclusiva do *paterfamilias* que, independentemente da vontade do emancipado (filho ou filha), excluía-o de sua potestade, fazendo-o passar de uma situação de *alieni iuris* para *sui iuris*. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*. p. 23s.

¹⁶⁷ A exposição do filho era uma forma de voluntariamente renunciar ao exercício da *patria potestas*, ocorrida imediatamente ao nascimento ou noutro momento. A exposição de recém-natos foi amplamente praticada na idade antiga e, até mesmo, na época clássica, em razão da miséria ou do sexo. Vide Item 1.5.1.3 *Ius exponendi*.

¹⁶⁸ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 135; Cf. ARRANGIO RUIZ, Vincenzo. *Istitutiones*, p. 471: “*Per diritto giustiniano, la potestà cessa a titolo di pena in seguito a certi abusi, come l’esposizione a la prostituzione dei figli, nonchè le nozze incestuose del padre*”.⁴

¹⁶⁹ BIONDO, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p.55.

¹⁷⁰ Vide D.48,2, nota 107; C.4,43,1, nota 119; I.4,8,4, nota 153.

Dentro da concepção jurídica da família patriarcal, o sexo era um fator determinante de distinção entre o homem e a mulher. Esta se encontrava em estado de inferioridade em relação ao homem, como comprova o testemunho de Papiniano: “*In multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum*”¹⁷¹.

A posição da mulher dependia da sua condição jurídica. Solteira, fazia parte, como *filiafamilias*, da família do seu *paterfamilias*. Casada, se havia realizado a *conventio in manum mariti*, rescindia toda ligação com sua família de origem e passava a fazer parte, *in loco filiae*, da família do marido, ficando submetida à *patria potestas* do *paterfamilias* deste¹⁷². Se tinha contraído o casamento *sine manu*, continuava subordinada à potestade de seu próprio *paterfamilias*. “*Era pertanto, giuridicamente un’estranea nei confronti del marito e dei figli, appartenenti ad un’altra famiglia*”¹⁷³. Em consequência, estava sempre sujeita à potestade de outrem, mesmo quando se tornasse *sui iuris*, em decorrência, *ad exemplum*, da morte de seu *paterfamilias*. Nesse caso, ficava submetida à *tutela perpetua mulierum*, em razão da *levitas animi, propter animi levitatem, infirmitas* ou *imbecilitas sexus*¹⁷⁴.

A mulher exercia um papel secundário na sociedade. Não participava da vida pública, estando excluída dos comícios, do senado e das magistraturas, como se verifica no Digesto: “*Feminae ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotae sunt et ideo nec indices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores*

¹⁷¹ D.1,5,9: “Em muitos artigos de nosso direito é pior a condição das fêmeas que a dos machos.” Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela de idade (Tutela impuberum)*, p. 83:

¹⁷² A condição jurídica da mulher era determinada pelas incapacidades decorrentes da submissão à *patria potestas* ou à *manus marital*. Contudo, esse fenômeno não era limitado somente à *femina*. O *filiusfamilias in potestate* enquadrava-se na mesma situação.

¹⁷³ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, parte prima, p.70; Cf. PARRA MARTIN, Ma. Dolores. *Mujer y concubinato em la sociedade romana*. In *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 23, 2006, p. 240; “*Em Roma era la ley que determinaba el núcleo familiar. La esposa no es de la familia del esposo, la madre no es de la familia de sus hijos, los mismos hijos em ocasiones no pertencen a la familia del padre*”.

¹⁷⁴ CIC. *Pro murena*. 12,27: *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt*. (Os antepassados quiseram que todas as mulheres ficassem sob a potestade dos tutores, em razão da debilidade de espírito); GAIUS 1,144, *in fine (...)* *propter animi levitatem (...)*; ULPIANUS. *Tit. ex corp. 11,1: Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis; sed masculis quidem impuberibus dumtaxat, propter aetatis infirmitatem; feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam*. (Constituem-se tutores, seja para os machos, seja para as fêmeas; porém, os machos apenas se impúberes pela debilidade da idade; as fêmeas, sejam impúberes ou púberes, pela debilidade de seu sexo e pela ignorância das coisas forenses). Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti Giuridici ed Antiquari*. Parte prima, p. 524. Segundo esclarece, essa concepção de *infirmitas (imbecilitas) sexus* ou *infirmitas consilii* era fruto do pensamento filosófico grego e da concepção helenista da mulher, julgada um ser por natureza, mais débil que o homem, sob o plano físico-psíquico. Esta visão encontrou plena aceitação entre juristas e literários a partir do final da República até a época de Sétimo Severo (193-211). *Simili modo*, BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 558, afirma que essa concepção encontra fundamento em Aristóteles quando fala de “vontade imatura” (*A política* 1,5); no mesmo sentido, SCHULZ, T. (*Classical Roman Law*. Oxford 1951, p. 181), citado por FAYER, Carla (*La familia romana*. Parte prima. p.524), acrescenta que a fórmula *infirmitas consilii* utilizada por Cícero (*Pro mur.* 12,27, *supra*) é um empréstimo cultural da filosofia grega.

existere”; *simili modo*, no entendimento de PAULO, também no Digesto: *Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis*¹⁷⁵. Não lhe competia postular em juízo, tampouco, testemunhar em favor de alguém. Não podia exercer a tutela, por ser um “*virile officium, munus masculorum, virile manus*”¹⁷⁶. Também não podia adotar, visto que mesmo seus descendentes naturais não estavam sob o seu poder, como se encontra nas Instituições de Gaio: “*Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*”¹⁷⁷. Por fim, não podia fazer testamento¹⁷⁸ nem, em razão da *Lex Voconia*, 169 a.C., receber através de disposição testamentária mais de dez mil asses¹⁷⁹. Desta forma, se for considerada a situação da mulher romana tão-somente sob a ótica da legislação antiga, ela é descrita com as palavras mais sombrias, como relata Franciosi:

*“Il marito è giudice della propria moglie; il suo potere non ha limiti: se essa ha commesso qualche fallo, la punisce; se ha bevuto vino o se ha relazioni con un altro uomo la condanna. Se l'uomo coglie la moglie in flagrante adulterio può ucciderla impunemente. Nel caso di adulterio del marito, invece, la donna non osi toccarlo neppure con un dito, perché non ne ha il diritto”*¹⁸⁰.

Havia uma categoria de mulheres, todavia, que podia dispor livremente de si e não tinha de responder a ninguém: as escravas. É que sua situação não as forçava à vigilância do seu

¹⁷⁵ D.50,17,2: “As mulheres estão excluídas de todos os ofícios civis ou públicos e, portanto, não podem ser juízes, nem investidas em magistraturas, nem propor instâncias judiciárias no interesse de outrem, nem para garantias alheias, nem assumir o lugar de representantes de outro”; *Simili modo*, D.16,1,1: “Porque pelos costumes foram subtraídas da mulher as funções civis”. Segundo PEPE, Leo. *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, p. 13, os motivos da discriminação política e jurídica da mulher em Roma, inspirados na cultura grega, fundamentalmente eram dois: *levitas animi*; a afirmação de uma diversa competência do homem para o trabalho e produção, em contraste com a habilidade da mulher para as atividades e administração domésticas.

¹⁷⁶ D. 26,1,18: “*Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent*”. (As mulheres não podem ser nomeadas tutoras, porque esta função é dos homens, a não ser que especialmente peçam ao príncipe a tutela dos filhos); D. 26,1,16: “*Tutela plerumque virile officium est.*” (A tutela é, na maioria das vezes, ofício viril); Vide FAYER, Carla. *La família romana*. Parte prima, p. 428s; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 428; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela de idade (Tutela Impuberum)*, p. 118.

¹⁷⁷ GAIO 1,104: “As mulheres, porém, não podem absolutamente adotar, pois não têm sob seu poder nem mesmo os filhos naturais”. Somente a partir do séc. IV, ao tempo de Diocleciano, a mulher pôde adotar um parente próximo, como consolo e substituição de um filho morto. Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela de idade (Tutela impuberum)*, p. 84; GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p.60.

¹⁷⁸ GAIO 1.115A “(...) *tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi iushabebant...*” (pois, então, com algumas exceções, as mulheres não tinham o direito de fazer testamento).

¹⁷⁹ Cf. BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 129. Com o tempo, a legislação atenuou essa situação, equiparando os dois sexos. Então, a mulher passou a poder receber e dispor por testamento, podendo administrar seus próprios negócios.

¹⁸⁰ FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone in Roma antica dall'età arcaica al principado*. p. 33. Cf. DION. ALICARNASO, 2,25, citado por BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 78. São apontados dois casos em que era lícito punir a mulher com a pena de morte: quando houvesse bebido vinho; quando cometesse adultério. Vide nota101; ASTOLFI, Ricardo. *Il matrimonio nel diritto romano precassico*, p. 7.

senhor, podendo viver sua vida. Era também o caso das libertas e daquelas que, mesmo tendo nascido livres, se entregavam habitualmente à prostituição ou ainda das que exerciam artes lúdicas ou se os pais exercessem tais ofícios¹⁸¹.

A mulher romana, contudo, como anota Bonfante, ocupava uma posição de destaque na família. Era respeitada pelo marido, venerada pelos escravos pelos clientes e pelos filhos, sendo ornada pelos títulos honoríficos de *matrona* e *materfamilias*¹⁸². Era, portanto, bem diferente da mulher oriental, por sua condição de escrava ou de mera companheira de leito e de mesa. Contrariamente, a mulher romana era o cônjuge ou consorte, no verdadeiro sentido da palavra, participante da vida do marido¹⁸³.

Alguns autores antigos entendem a noção de *materfamilias* como *uxor in manu mariti*, porém com limitações, porquanto atribuem essa denominação, sobretudo, à mulher que havia realizado a *conventio in manum per coemptionem*, ou seja, através de um rito que exigia uma solenidade jurídica (*iuris solemnitas*). Outros atribuem a condição de *materfamilias* à mulher de um homem *sui iuris*. Para Cícero, seguido por Quintiliano e Géllo, *materfamilias* era toda mulher *in manu*, podendo na mesma família ter várias *matresfamilias*¹⁸⁴. Esta concepção é

¹⁸¹ Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p.105 (Do original: *L'amour à Rome*): “Não podendo estabelecer uniões legítimas, não podiam, evidentemente, ser culpadas de adultério”. De sua parte, HORÁCIO (*Sátiras* 1,2, 73ss), defendeu essa moral antiga que preservava a mulher honesta, favorecendo as de vida mundana: “Porque, o corpo de uma princesa é mais belo e desejável do que o de uma cortesã? Para que arriscar-se a um castigo terrível, seduzindo as senhoras cujos encantos estão velados pelos longos vestidos das matronas? (...) É mais satisfatório e menos perigoso para o patrimônio e para a honra ir tentar a sorte nas ruelas, onde beldades pouco ariscas oferecem a qualquer um encantos visíveis”. Vide GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p.112 (Do original *L'annour à Rome*)

¹⁸² AULO GÉLIO, *In noctes at*, 18,6,9: “*Matrem autem familiam appellatum esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius in cuius maritus, manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*”. (Chama-se *materfamilias* somente aquela que está *in manu mariti* ou aquela cujo marido tem o poder de *manus* que ocorre não somente com o matrimônio, mas também quando ingressa na família e ocupa o lugar de herdeira); *Similli modo*, SERVIUS. *Aen.* 11,476, *apud* FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, parte seconda. *Sponsalia Matrimonio Dote*. p. 288: “(...) *matrem vero familias eam esse, quae in mariti manu mancipioque, aut in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam in familiam quique mariti et sui heredis locum venisset*”. (Verdadeiramente *materfamilias* é chamada aquela que se encontra *in manu* do marido, ou daquele do qual o marido se encontra *in manu*, porque passou a fazer parte da família do marido e ocupa posição de herdeira própria); Cf. GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 305, (citando FESTO. 11,2), *materfamilias ci appare infati siccome la uxor che ha dato figli al proprio marito paterfamilias*”.

¹⁸³ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 39; no mesmo sentido, assim se expressa GIDE, Paul. *Ètude sur la condition privé de la femme*. Paris: L. Larose et Forcel, 1855, p. 98s: “Se deixarmos de lado as formas jurídicas e olharmos as mulheres à luz dos *mores*, na vida social, surge uma realidade bem diferente. Não era uma pessoa impotente e oprimida: era a *materfamilias* venerada e querida pelos filhos, escravos e clientes, respeitada pelo seu marido e querida por todos; a mestra da casa que estendia sua influência até nas assembleias populares e no senado”. Cf. GRIMAL, Pierre. *L'amour à Rome*. Paris: Belles lettres, 1979, p. 66, “*cette predominance de la femme transparait encore dans le non même du mariage, le termo de matrimonium, dérivé de celui qui désignat la mère, mater: épouser une femme, l'était l'appler à devenir une mère*”.

¹⁸⁴ SERVIUS, *Aen.* 11,476: “*Matremfamilias vero illas quae in matrimonium per coemptionem convenerunt: nam per quandam ius solemnitate in familiam migrant mariti*”. (Mãe de família é aquela que fez contrato de matrimônio por coempção; na verdade se transferiu para a família mediante alguma solenidade jurídica); CÍC. *Top.* 14; *QUINT. Inst. orat.* 5,10,62; *GELL.* 18,6,9. Segundo a tradição o título referia-se a *uxor in manu*,

contrariada em Festo: “*Materfamiliae non ante dicebatur, quam vir eius paterfamiliae dictus esset; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari. Sed nec vidua hoc nomine, nec, quae sine filiis est, vocari potest*”¹⁸⁵. Will Durant, considerando a posição da mulher na família, assim se expressa:

“Na religião, a mulher exercia o papel de sacerdotisa; quase todos os sacerdotes tinham esposa e perdiam o ofício quando a esposa falecia. Dentro da casa (domus), era a mulher honrada como a senhora, mea domina – madame, minha patroa. Não vivia como a grega confinada ao gineceu ou cômodo das mulheres; fazia as refeições com o esposo, embora sentada enquanto ele se reclinava. Como quase todos os cidadãos tinham escravos, a mulher executava o mínimo de trabalho manual. Podia tecer, como signo da graça, mas a principal função econômica era superintender os criados; em matéria de filhos, fazia questão de amamentá-los. E com profundo respeito e amor os filhos pagavam os pacientes cuidados da maternidade”¹⁸⁶.

independentemente do tipo de cerimônia: *coemptio, confarreatio* ou *usus*. Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, parte seconda. *Sponsalia Matrimonio Dote*. p. 289s.

¹⁸⁵ FESTO 112L, *apud* FAYER, Carla. *La familia roma. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia Matrimonio. Dote*, p. 291: “Não era chamada mãe de família antes que seu marido não fosse chamado de pai de família; nem com esse nome podem ser chamadas, na mesma família, outras mulheres, mas uma só. Com este nome não podia ser chamada a viúva nem aquela que não tinha filhos”; D.5016,46,1: “*Matremfamilias accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit; matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt, atque separant; proinde nihil intererit, nupta sit, an vidua, ingenua sit, an libertina; nam neque nuptiae, neque natales faciunt matremfamilias, sed boni mores*. (Por mãe de família devemos entender a que não viveu desonestamente; porque os costumes distinguem e separam das demais mulheres a mãe de família; por conseguinte, nada importará que seja casada, ou viúva, ou que seja ingênuo, ou liberta; porque nem as núpcias, nem o nascimento, senão os bons costumes fazem a mãe de família); D.48,5,10: “*Mater autem familias significatur non tantum nupta, sed etiam vidua*”. (Mas se diz mãe de família não somente a casada, mas também a viúva).

¹⁸⁶Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 7: “*Il ius sacrum, oltre a disciplinare la posizione della moglie nella struttura religiosa della famiglia*; DURANT, Will. *História da civilização, III. César e Cristo*, p. 47. Para ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. Trad. José Silveira Paz. São Paulo: Global, 1984, p. 107: “A mulher era mais livre e mais considerada entre os romanos, os quais, na qualidade de futuros conquistadores do mundo, tinham das coisas um conceito mais amplo, apesar de menos refinado que o dos gregos. O romano considerava suficientemente garantida a fidelidade de sua mulher pelo direito de vida e de morte que tinha sobre ela. Além disso, a mulher podia romper o vínculo matrimonial à sua vontade, tal como o homem”. Cf. IHERING, Rudolf Von. Cit. p. 437, “a condição da mulher romana não era a de escrava, como no Oriente; ou de criada ou concubina, como na Grécia. Ela era companheira de seu marido. Nenhum povo do mundo antigo, sem exceção dos gregos, concedeu à mulher um lugar tão honroso, na sociedade, como os romanos”. Cf. PEDRO LANGA. *San Agustín y el progreso de la teología matrimonial*. Toledo: Gráfica Carlos Martín, 1984, p. 88. Para bem distinguir a situação da mulher romana em relação à grega, bastante invocar o mito de Pandora, a primeira mulher da terra, a que poetas gregos como Hesíodo concederam caráter moralizante e satírico, atribuindo a ela todos os males que atingiram os homens, assim descritos pelo autor: “*Pandora fue la primera mujer en la tierra. La humanidad hasta entonces feliz. Pero esta mujer se habia llevado del cielo una caja que contenia todos los males. Movida de la curiosidad, Pandora destapo la caja y al punto cayeron sobre el genero humano toda clase de calamidades. De este modo, Pandora resulto un don fatal para los hombres*”. Acrescenta o autor, “*notase el impresionante paralelismo de este mito com los relatos biblicos del pecado original: Eva, su curiosidad, la manzana, y por parte del mito, Pandora, su curiosidad, la caja di males*”. Do mesmo modo, o mito de Afrodite, promovendo conflitos matrimoniais e adulterinos, sendo ela mesma adúltera do Olimpo, como relatam os escritos de Homero, denunciadores do perigo das paixões. Continua, ainda, o referido autor, (*ibidem*) se a Grécia foi jardim onde floresceram a cultura ocidental e o ideal clássico de beleza, também é verdade que ali era triste, muito triste, a vida familiar e a sorte das mulheres. Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela de idade (Tutela impuberum)*, p. 176s; GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 33. Do original: *L’amour à Rome*. Para este, todas as lendas romanas, desde o rapto das sabinas, revelam que as mulheres, na mais autêntica tradição romana, eram tratadas com veneração e respeito” Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti Giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 285. Várias fontes jurídicas atestam que a mulher que realizara a *conventio in manum* com o próprio marido era chamada de *materfamilias*, no

De tal forma essa influência era intensa no interior da *domus* que Catão, o Velho, não cometia exagero ao comentar: “Por toda parte os homens governam as mulheres, e a nós, que governamos todos os homens, as nossas fêmeas nos governam”¹⁸⁷. Entretanto, essa influência da mulher, nas palavras de Santos, “não existiu somente sob o pálio do fogo sagrado e no círculo dos interesses familiares. A cada página da história romana ela estava presente. Em vão, as leis excluíram-na de toda e qualquer participação nos negócios públicos”¹⁸⁸.

Verdadeiramente, quando se percorre a história romana, sempre se vai encontrar o nome de uma heroína. Roma não é menos devedora às virtudes de suas matronas que à sabedoria de seus juristas ou à coragem de seus legionários. Os fatos comprovam: a afeição conjugal e devoção filial das sabinas, que uniram sabinos e latinos para formar uma nação¹⁸⁹; a castidade de Lucrecia; a inocência de Virgínia; a bravura de Clélia, que reconduziu as mulheres vestais reféns pelo inimigo, atravessando o Tibre a nado, sob as flechas, e depois partiu de novo, admirada pelos dois campos, para buscar jovens romanos retidos como reféns¹⁹⁰; as preces de uma esposa e mãe, buscando sozinha dobrar Coriolano e salvar a República; os conselhos de

significado de *uxor in manu mariti*, que os antigos atribuíam à mulher *sui iuris*, num verdadeiro contraste com a concepção de dona que vivia segundo os *boni mores*. Cf WOŁODRIEWICZ, W. *Attorno del significato della nozione di materfamilias*. In Studi in onore di C. Sanfilippo, 3. MINO, 1983, p. 735. Nas fontes existem vários significados para *materfamilias*: a *uxor in manu*, a mulher que realizou a *coemptio*, a mulher de um *paterfamilias* e mãe de seus filhos. A mulher *sui iuris*, a mulher que possui mais de um filho, toda mulher ou toda dona que vivia segundo os *boni mores*.

¹⁸⁷ PLUTARCO, *Reg, Apophthegm*. Citado por GIDE, Paul. *Étude sur la condition privé de la femme*, p. 100.

¹⁸⁸ SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela de idade (Tutela impuberum)*, p. 177.

¹⁸⁹ Cf. TITO LÍVIO. 1,9, citado por GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 30-31. Do original: *L'amour à Rome*. No começo da cidade, os habitantes de Roma vieram de várias regiões da Itália central. Povoaram a *urbs*, mas não tinham mulheres e o futuro dependia da posteridade desses homens. Na região vizinha havia algumas aldeias onde viviam muitas jovens, cujos pais não cogitavam em dá-las em casamento a esses aventureiros recém-chegados. Rômulo e esses companheiros, a quem tinham acolhido e dado proteção, inventaram um estratagema, organizando jogos em honra dos deuses e convidaram aqueles vizinhos para assisti-los. E todos compareceram a um grande circo. Quando estavam concentrados nas competições, os companheiros de Rômulo sequestraram todas as jovens presentes. Desarmados, seus pais não puderam resistir nem defendê-las. As filhas ficaram em Roma e foram distribuídas aos principais cidadãos, que se não tinham conseguido noivas voluntárias, agora iam transformá-las em esposas legítimas. Os pais das sabinas, retornando furiosos às aldeias, organizaram um forte exército contra seus vizinhos romanos sem religião e sem moral. Iniciou-se uma batalha. A confusão foi generalizada e terrível. Ora venciam os romanos, ora os sabinos, pondo em risco a própria sobrevivência daquela que seria a capital do mundo. Num determinado momento, houve uma trégua. Avançando entre os dois exércitos, as jovens esposas dos romanos, cabelos desfeitos, vestimentas rasgadas, dirigiram súplicas aos seus pais e aos seus maridos que, perturbados e perplexos com a cena e gestos inesperados das pessoas que mais queriam e amavam, celebraram a paz e uniram-se numa só nação, confirmando Roma como a sede do poder, conservando os dois reis como dirigentes. Sobre o rapto das sabinas, *vide Romana. Antropologia da cultura latina*, p.212s. Organização e tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 6 ed. Coimbra, 1986.

¹⁹⁰ SÊNECA. *Consolação a Mária*, 16.2; TITO LÍVIO 2, 13; PLÍNIO, O VELHO. *Historia natural*. 34,13: *apud ROUSSELLE, Aline. A política dos corpos: entre a procriação e continência em Roma*. História das mulheres I. A antiguidade, p. 389.

uma esposa ambiciosa, inspirando a Licínio a célebre lei que consagrou o triunfo da democracia romana¹⁹¹.

São também dignos de nota os últimos heróis dessa democracia, os irmãos Graco, formados pela educação e guiados pelos conselhos da mãe; a fidelidade de Otávia, esposa de Marco Antonio, apesar das traições do marido, criando devotadamente os filhos exóticos do mau esposo; Antonia, filha de Otávio, a casta esposa de Druso e mãe perfeita de Germânico; Malônia, que publicamente reprovou a maldade de Tibério e depois se matou¹⁹².

Até o século II da era cristã, conforme Puccini-Delbey¹⁹³, a esposa era o modelo feminino da virtude. Materializa o ideal da matrona, cultivado desde as priscas eras da fundação de Roma, revigorado tanto pelos escritos dos que veneravam a tradição ancestral, como pelas inúmeras inscrições tumulares. Na visão dos homens, elas situavam-se em duas categorias: as *matres* ou *matronae*, aquelas com quem os homens podiam casar; aquelas com quem não deviam casar. Todavia, trata-se de uma civilização que perdurou por mais de mil anos. O tempo, com sua força inexorável, transformou os costumes e a mente dos romanos. À época de César e de Cláudio, por exemplo, a casa deixara de ser o santuário onde a matrona velava o fogo sagrado e, juntamente com o *paterfamilias*, oferecia, diariamente, sacrifícios aos deuses *manes*. Passou a ser utilizada para atividades profanas¹⁹⁴.

A degradação dos costumes corroeu a estrutura familiar. O casamento perdeu o significado dos velhos tempos. O divórcio tornou-se uma constância. A religião doméstica já não tinha a importância de outrora, quando emprestava sustentabilidade à família e mantinha unida as gerações. Nas palavras de Santo Agostinho¹⁹⁵, citando Salústio¹⁹⁶: “*paulatim mutata, ex pulcherrima atque optima, pessima ac flagiosissima facta est*”. Nesse universo de decadência, a mulher também transformou-se, como observa Ruiz Fernandes:

“Los costumbres de las mujeres no eran mejores que las de los hombres. (...) Las damas romanas non tenían comparecer en público, por ello se pavoneaban con trajes de púrpura y totalmente cubiertas con joyas, seguidas de una numerosa corte de

¹⁹¹ Vide GIDE, Paul. *Étude sur la condition privée de la femme*. Paris, L. Larose et Forcel, 1855, p. 100s.

¹⁹² Vide DURANT, Will. *César e Cristo*, III, p. 291; GIDE, Paul. *Étude sur la condition privé de la femme*, p. 100s; SANTOS, Severno Augusto dos. *Direito romano. Tutela de idade (Tutela impuberum)*, p.177s.

¹⁹³ PUCCINI-DELBAY, Géraldine. *A vida sexual na Roma antiga*. Do original *La vie sexuelle à Rome*. Tradução de: Tiago Albuquerque Marques. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2010, p. 55.

¹⁹⁴ GIDE, Paul. Cit. p.124s.

¹⁹⁵ SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*, I. Do original *De civitate Dei*. Tradução de Dias Pereira. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 243.

¹⁹⁶ SALUSTIO. *Catilina*, V,9: “Pouco a pouco se foi transformando da mais bela e da mais virtuosa (república) na pior e mais corrompida”. Cf. o mesmo autor (*Hist, frag. 1,16*, citado por Santo Agostinho): *maiorum mores, non paulatim, ut antea, sed torrentis modo praccipitati; adeo juvenus luxu atque avaritia corrupta est*. (Os costumes dos antepassados se foram precipitando não a pouco e pouco, como outrora, mas como uma torrente. A juventude estava bastante corrompida pelo fausto e perla cobiça). (A cidade de Deus, p. 243).

*esclavos y sirvientes. Se veía a mujeres adúlteras viviendo de las gratificaciones y pensiones que les pasaban sus amantes, la mayoría de las veces con consentimiento de los propios esposos, que recibían su parte correspondiente*¹⁹⁷.

Todavia, essa não era a regra geral. A decência e a preservação dos princípios, em suas origens aristocratas, obrigavam as matronas a manterem um comportamento tradicional, como testemunha Puccini-Delbey: “As senhoras que se querem fiéis à moral da antiga Roma, segundo a qual o lugar de uma mulher é em casa, saem o mínimo possível”¹⁹⁸. Para Ovídio, citado pela autora, esse comportamento “ordena que a mulher casada receie o marido; que a vigilância da mulher casada seja convenientemente assegurada. Isso é conveniente; é isso que as leis exigem, assim como (...) o pudor”¹⁹⁹.

A noção da honra feminina se fundamentava na necessidade da fidelidade sexual, obrigatória somente para elas e não para os maridos. A sociedade interagiu como guardiã dessa virtude, de modo que uma relação extraconjugal concorria para a má reputação da mulher²⁰⁰. Isto se fundamentava na suposição da *turbatio sanguinis* ou na desconfiança do nascimento de um filho de raça impura, colocando em risco a descendência e profanando o culto dos ancestrais. Por isso, a mulher era condenada. Mas o adultério da esposa não manchava a honra do marido, exceto quando agravado por uma transgressão social²⁰¹.

Ao homem era permitido manter relações sexuais com suas escravas, com prostitutas, com mulheres respeitáveis não casadas de uma classe inferior, com as quais podia ter uma

¹⁹⁷ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo, cit. p. 72s; PEPE, Leo. *Posizione e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1984, p. 9, citando A. Del CASTELO (*La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.* Granada, 1976, p. 5) “*La giustificazione dei mutamenti della condizione femminile alla fine della Repubblica, il “tremendo relajamento de las costumbres que se apoderó de la sociedad romana como consecuencia de la invasión de las costumbres griegas y orientales, a partir de la segunda guerra punica”*.”

¹⁹⁸ PUCCINI-DELBAY, Géraldine. Cit. p. 57

¹⁹⁹ OVÍDIO, *Ars amatoria*, III, 615-616. Citado por PUCCINI-DELBAY, Géraldine. Cit. p. 57.

²⁰⁰ PUCCINI-DELBAY, Géraldine. Cit. p. 65. Segundo o autor, fundamentado em TITO LÍVIO. (I, 58,11), Lucrecia, esposa de Colatino, era exemplo pleno de simbolismo para os romanos. Não podendo suportar que sua honra tivesse sido maculada pela violação da qual foi vítima, praticada por Sexto Tarquínio, filho do rei Tarquínio, o Soberbo, optou pelo suicídio perante o marido e o pai, alegando: “os vestígios de um outro homem, Colatino, estão no teu leito, porém só meu corpo está maculado, pois minha alma está inocente”. Vide GRIMAL, Pierre. *O Amor em Roma*, p. 37. Do original *L'amour à Rome*. Esse caso rumoroso determinou o fim da Realeza e o começo da República romana. Vide BRAVO BOSCH, Maria José. *El mito de Lucrecia y la familia romana. Mulher. Algumas Histórias e instituciones de derecho romano*. Madrid: Editorial Dykson, 2013, p. 195.

²⁰¹ Vide PUCCINI-DELBAY, Géraldine. Cit. p. 65. TÁCITO. *Annales*. IV,3,4. Citado pelo autor (*ibidem*), discorre sobre o exemplo de Lúvia Júlia, esposa de Druso, traindo-o com Sejano, prefeito das cortes de Tibério: “desonra-se a ela, aos seus antepassados, aos seus descendentes por causa de uma relação adúltera com um homem oriundo do seu município”. PLÍNIO, O jovem (*Letters*. VI. 31,4), também citado por PUCCINI-DELBAY, (*ibidem*), narra o caso de Galita, esposa de um tribuno militar destinado à dignidade de senador, “ela tinha manchado a sua honra e a do seu marido amando um centurião da classe inferior dos cavaleiros”. Os dois sofreram os rigores da *Lex Iulia*. O centurião foi despromovido e banido. A mulher perdeu a metade do seu dote, um terço dos outros bens, tendo sido desterrada para uma ilha, além de ser obrigada a vestir a toga das cortesãs, ao invés da estola das matronas.

relação duradoura²⁰². Contudo, devia abster-se das esposas e mulheres de sua classe social. Nesse contexto, segundo Grimal²⁰³, os amores sob todos os aspectos – conjugais, paixões juvenis, tentações do coração e da carne – não estavam sujeitos a uma regra geral única. A esse respeito, acrescenta o autor:

“O ato do amor não deveria ser julgado em si mesmo como bom ou mau. O seu valor quanto a isso depende do objeto com que se consuma e das consequências que provoca. Se é criminoso em qualquer época amar uma matrona. Já não é criminoso amar uma cortesã, uma liberta, ou menos ainda uma escrava, desde que não se delapide a fortuna com isto”²⁰⁴.

Já nos estertores da República, a mulher passou a conhecer uma forma de autonomia e libertação sem precedentes na antiguidade. Tal mudança levou a se falar de “emancipação feminina”, embora fosse um fenômeno restrito apenas à elite, que conquistara uma vida de independência acompanhada de certa liberalidade sexual²⁰⁵. É inegável que a condição feminina evoluiu com a evolução da família. O parentesco agnático, a pouco e pouco, foi substituído pelo cognático, fundamentado na comunidade de sangue. A *conventio in manum* caiu em desuso, de tal forma que, no início do Império, estava em extinção²⁰⁶.

Nesse novo contexto, o *status* da mulher se modificou, deixando ela de ser dependente do marido ou do seu *pater*, passando a ter seu próprio patrimônio sem perder a titularidade dos bens adquiridos quando era *sui iuris*. Se fosse *alieni iuris*, considerando que não quebrara os vínculos com sua família natural, adquiria para si os bens transmitidos por seu *paterfamilias*, *inter vivos* ou *mortis causa*²⁰⁷. Diante dessas circunstâncias, a incapacidade da mulher, consagrada no tempo, em razão da *fragilitas*, *levitas animi*, *infirmetas vel imbecilitas sexus* que a colocavam, quando *sui iuris*, sob a *tutela perpetua mulierum*, foi modificada e desapareceu, conforme assinala Gaio 1,190:

²⁰² Vide concubinato. Item 2.12, cap. II.

²⁰³ GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p.15. Do original *L'amour à Rome*.

²⁰⁴ *Ibidem*. p.15. Segundo o autor, os amores masculinos que os romanos provavelmente conheceram, como inovação vinda da Grécia, eram considerados crime capital, quando o envolvido era um adolescente cidadão romano. Mas era tolerado pela moral comum se fosse dirigido a um escravo.

²⁰⁵ Vide PUCCINI-DELBEY, Géraldine. Cit. p. 10.

²⁰⁶ Vide JUSTO, António dos Santos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges*. p. 328. Segundo o autor, essa “evolução passou por três fases: primeiro, durante os tempos mais antigos, teria vigorado o regime único e indiferenciado da *conventio in manum*; depois, foi introduzido o matrimônio dito livre, coexistindo os dois regimes; e finalmente, generalizou-se e impôs-se definitivamente o matrimônio livre, desaparecendo a antiga *conventio in manum*”.

²⁰⁷ Vide JUSTO, António dos Santos. *Ibidem*, p. 328. Segundo esclarece à proporção que a família cognática sedimentava-se, a situação jurídica da mulher também se modificava. Passava a ter a possibilidade de entrar na posse dos bens do marido depois dos cognados deste (*bonorum possessio unde vir et uxor*), além de poder ser contemplada com um legado de usufruto, “que, sem lesar os legítimos direitos sucessórios dos filhos, proporcionava à *uxor* viúva as condições de subsistência indispensáveis a uma vida digna no seio da família”.

“Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus autor fieri a praetore cogitur”²⁰⁸.

Com o cristianismo, a situação da mulher, na esfera social, sofreu um retrocesso. Sua condição de inferioridade em relação ao homem não desapareceu. É o que se deflui de textos cristãos. Por exemplo, na sua primeira carta aos coríntios, o apóstolo Paulo assim se expressa: “Mas quero que saibais que senhor de todo homem é Cristo, senhor da mulher é o homem, senhor de Cristo é Deus”²⁰⁹. E, ao referir-se à utilização do véu pelas mulheres nas assembleias cristãs ressalva:

“Quanto ao homem, não deve cobrir sua cabeça, porque é imagem e esplendor de Deus; a mulher é o reflexo do homem. Com efeito, o homem não foi tirado da mulher, mas a mulher do homem; nem foi o homem criado para a mulher, mas sim a mulher para o homem. Por isso a mulher deve trazer o sinal da submissão sobre sua cabeça”²¹⁰.

Já na carta aos efésios adverte: *“Mulieres viris suis subditae sint; quoniam vir caput est mulieris, sicut Christus caput est Ecclesiae”²¹¹*. Contudo, na citada epístola aos coríntios, o apóstolo atenua essa distinção ao proclamar: “Aos olhos do Senhor, nem o homem existe sem a mulher, nem a mulher sem o homem. Pois a mulher foi tirada do homem, porém o homem nasce da mulher e ambos vêm de Deus”²¹².

²⁰⁸ GAIO. 1,190: Mas parece que quase nenhuma razão plausível aconselhe sujeitar as mulheres de idade perfeita; pois a razão vulgarmente aceita, segundo a qual as mulheres, pela fraqueza de espírito, são frequentemente enganadas, sendo, pois, equitativo submetê-las à autoridade do tutor, parece mais especiosa que verdadeira; com efeito, as mulheres de idade perfeita cuidam, elas mesmas, dos próprios negócios e em certos casos o tutor interpõe sua autoridade por mera formalidade; muitas vezes até é obrigado, ainda contra sua vontade, pelo pretor.

²⁰⁹ 1 Cor. 11,3.

²¹⁰ 1 Cor. 11,17.

²¹¹ Ef 5,22: As mulheres sejam submissas a seus maridos, pois o marido é a cabeça da mulher, como Cristo é a cabeça da Igreja

²¹² *Ibidem*.

Não se pode negar, entretanto, que, mesmo sob a ótica do cristianismo, ocorreram avanços e retrocessos, com exaltação ou condenação da mulher. Tertuliano²¹³, no seu tratado sobre o adorno das mulheres²¹⁴, assim se expressava, inspirado no Gênesis:

“Tu dás à luz na dor e na angústia, mulher; sofres a atração do teu marido e ele é o teu senhor. E ignoras que Eva és tu? Está viva ainda, neste mundo, a sentença de Deus contra o teu sexo. Vive, como se impõe, como acusada. És tu a porta do diabo. Foste tu que quebraste o selo da árvore; foste tu a primeira a desertar da lei divina; foste tu que iludiste aquele que o diabo não pôde atacar; foste tu que tão facilmente venceste o homem, imagem de Deus. Foi a tua paga, a morte, que causou a morte do próprio filho de Deus. E pensas tu em cobrir de ornamentos as tuas túnicas de pele?”

Mas, nas palavras de Monique Alexandre²¹⁵, Maria, a nova Eva, cobre as suas companheiras com a sua glória. Uma homilia de Proclo de Constantinopla louva-a assim:

“Por Maria, todas as mulheres são bem-aventuradas. A fêmea já não é maldita, porque sua raça obteve com que ultrapassar os próprios anjos em glória. Eva está curada, a Egípcia passada em silêncio. Dalila enterrada, Jezabel esquecida, mesmo Herodíade, já não é mencionada. Agora admira-se a lista das mulheres. Sara é louvada, campo fértil dos povos, Rebeca é honrada, como hábil fornecedora de bênçãos. Lia é também admirada, como mãe do antepassado. Débora é louvada, porque conduziu ao combate ultrapassando a natureza. Isabel também é chamada bem-aventurada porque trouxe no seu seio o precursor e saltou de alegria à aproximação da graça, e Maria é adorada como mãe e serva, nuvem e câmara nupcial, arca do Senhor”²¹⁶.

²¹³ Quinto Septimio Florencio Tertuliano, nasceu em Cartago no ano de 155. Converteu-se ao cristianismo em 193, durante seus anos em Roma, onde exercia a advocacia. Escreveu obras teológicas e de caráter disciplinar e moral. Ao final de sua vida, caiu nos erros da heresia, por isso não é considerado um dos ícones da Igreja. Figura polêmica, mas importante da Igreja primitiva. Vide LOARTE, José Antonio. *El tesoro de los padres*. Madrid: Ediciones Rialp, S. A. 1998, p. 89s.

²¹⁴ I, I,2. *Sources chrétiennes* (SC) 173, Marie Turcan, Paris, 1971 (Cartago, e, 202 *apud* ALEXANDRE, Monique. *Do anúncio do reino à Igreja. Papéis, ministérios, poderes femininos*. In *História das mulheres*. Vol I. A Antiguidade, p. 511.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Sermão 5. *Elogio da Virgem Santa e Maria Mãe de Deus*. Patrologia grega, p. 65, 720b, século V. Citado por ALEXANDRE, Monique. *Do anúncio do reino à Igreja. Papéis, ministérios, poderes femininos*. In *História das mulheres*. Vol I. A Antiguidade, p. 511.

CAPÍTULO II

IUSTAE NUPTIAE VEL MATRIMONIUM

2.1 Preliminares

Para início das considerações sobre justas núpcias, convém considerar as palavras de Patrizia Giunti:

“Per chi riconosca la centralità della famiglia romana nella dinamica delle situazioni personali e dei rapporti sociali lungo le varie fasi della storia della civitas laziale, il primato culturale e giuridico dell’istituto del matrimonio costituisce una realtà di assoluta evidenza ed in pari tempo un bersaglio investigativo di grande suggestione”²¹⁷.

²¹⁷ GIUNTI, Patrizia. *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, p. 3.

Tomando-se por base a narrativa de Grimal²¹⁸, que fundamenta sua inspiração em Virgílio²¹⁹, a origem de Roma começa com uma história de amor e paixão entre o deus Marte e a vestal Réa Silvia, de quem nasceram dois filhos, Rômulo e Remo, os fundadores da cidade. Mas, se fosse possível voltar a um tempo e espaço mais remotos, encontrar-se-ia, nas montanhas da Frígia, um pastor chamado Anquises, sobrinho do rei Laomedonte, de Troia, a guardar seus rebanhos.

O pastor foi atraído pela deusa Afrodite²²⁰, que se passava por filha do rei da Frígia, e dizia que fora raptada e levada para a montanha pelo deus Hermes²²¹. Ela falava de sua tristeza e de sua solidão, causando em Anquises grande compadecimento, sentimento que se transformou e consumou num ato de amor. Desse relacionamento nasceu Eneias. Posteriormente, com a tomada e derrocada de Troia, Eneias abandonou sua pátria na companhia de seu pai Anquises e de seu filho Ascânio, além de um grupo de patrícios exilados.

Esta, sucintamente, a lenda da origem dos romanos, que se dizem, desde os tempos primitivos, descendentes daquele príncipe troiano²²². O filho de Afrodite, vencido em sua pátria, privado de sua casa e de seus tesouros, não quis salvar senão o pai, os deuses do seu lar e o pequeno Ascânio. Deixou sua mulher, Creusa, abandonada na cidade condenada, pois existia um dever mais forte que o amor humano, o destino de ser pai de uma raça ou de um povo que dominaria o mundo. Anquises realizou esses desígnios.

Virgílio, citado por Grimal, assim se reporta aos primevos de Roma, resgatando uma história de amor, cujo objetivo era enaltecer, no seu herói, “a questão essencial do homem, dividido entre a vontade e a carne, entre a ordem do mundo e o imperativo do seu próprio ser, entre o divino que o ultrapassa e a ternura que prolonga”, como se entendesse natural o sofrimento que subordina o amor ao dever²²³. Entretanto, sem a intenção de olvidar essas ilações que o livre pensar e a investigação propiciam e resgatam na história e lenda dos antigos, plenas de dramas, tragédias, epopeias e heroísmo, essas coisas que fazem o humano caminhar, envereda-se, agora, pela concretude do amor dos homens que prolonga e perpetua a vida na sucessividade das gerações: o casamento.

²¹⁸ GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. Do original *L'amour à Rome*, tradução portuguesa de Victor Silva, p. 21s.

²¹⁹ Publius Virgilius Maro. (70 a.C. – 19 d. C.). Poeta romano, contemporâneo de Augusto, autor dos clássicos: As eglógas, as bucólicas, as geórgicas e a mais importante e conhecida, a Eneida, que narra a história épica de Roma.

²²⁰ Afrodite, deusa do amor e da beleza, na mitologia grega. Corresponde a Vênus dos romanos.

²²¹ Hermes, um dos deuses do Olimpo, filho de Zeus e da ninfa Maia, na mitologia grega. Corresponde a Mercúrio dos romanos.

²²² VIRGILIO. *Eneida*. Tradução de Tassilo Orpheu Spalding. São Paulo. Editora Nova Cultural Ltda, 2003, p. 9: “Canto os combates e o herói que, por primeiro, fugindo do destino, veio das plagas de Troia para a Itália e para as praias de Lavínio”.

²²³ GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 25.

Segundo Fustel de Coulanges, o casamento “foi a primeira instituição estabelecida pela religião doméstica”²²⁴. Encontrava fundamento na necessidade da continuidade da família e na manutenção do fogo sagrado, porquanto a interrupção da estirpe constituía uma desgraça, desaparecia a religião, extinguia-se o lar, os antepassados caíam no esquecimento e a sagrada flama do altar doméstico não brilharia mais. Por isso, o celibato entre os antigos romanos era considerado uma impiedade, uma maldição, pois colocava em jogo o *solatium mortis* dos ancestrais²²⁵.

A celebração do casamento, nos tempos remotos, constitui uma incógnita que a história não revelou. Propala-se que somente a partir da unificação da cidade de Roma, provavelmente quando da lei decenviral (entre 451 e 449 a.C.), patrícios e plebeus passaram a gozar dos mesmos privilégios. Desse modo as tradições patrícias começaram a exercer influências sobre os costumes familiares plebeus, sem olvidar, no entanto, que a possibilidade de casamento entre pessoas dessas duas classes somente foi possível com a Lei Canuléia (445 a.C.)²²⁶.

Não se sabe, ao certo, quais os hábitos matrimoniais que vigoraram nos primevos da história romana, além dos relatos contidos na “História de Roma”, de Tito Lívio, quando se refere ao rapto das sabinas, protagonizado por Rômulo e seus companheiros, com a finalidade de arranjar esposas para que pudessem garantir a posteridade daqueles antigos habitantes do Lácio²²⁷.

O matrimônio primitivo, em Roma, não constituía uma união sentimental, nem um contrato²²⁸. Não existia uma forma jurídica. Tinha, sobretudo, uma intenção religiosa. Às

²²⁴ COULANGES, Fustel. Cit. p. 35; Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 187. “Base della società domestica è il matrimonio”.

²²⁵ Cf. BEATRIZ ALVAREZ, Mirta y VERÓNICA SCONDA, Mariana. *El matrimonio romano: definición, elementos y requisitos y su recepción en el código civil de Velez Sarsfield y en ley 2393 de matrimonio civil. El matrimonio igualitário. Conflictos actuales*. In Anais do XIII Congresso Internacional e XVI Congresso Iberoamericano de Derecho Romano. Belém, PA, Set 2011, p. 272: “Em el período arcaico, esta institución non tenía vida por si misma, porque estaba absorbida o refundida con otras, tales como los sponsales, la dote y la conventio in manum que, además de estar configuradas jurídicamente, eran utilizadas por las familias romanas para conseguir sus propios intereses, como podía ser la continuidad del grupo familiar através de la prole y en que la mujer fue instrumento de tales intereses. Sólo em la medida que estas instituciones jurídicas que envolvían al matrimonio, comienzan a sufrir un proceso de decadência, el matrimonio comienza a configurarse como institución autónoma”.

²²⁶ A proibição de contrair matrimônio entre patrícios e plebeus se fundamentava na primitiva condição de estrangeiros desses últimos. Vide VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p. 51.

²²⁷ PUCCINI-DELBÉY, Géraldine. Cit. p. 27. GRIMAL, Pierre. *L'Amour a Rome*. Paris: Les Belles Lettres, 1979, p. 24. Cf. PEPE, Leo. *Posizione giurídica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, p. 13. “La sopravvivenza di Roma sono assicurati dal rapto delle sabine e della conseguente possibilità per i romani di avere sufficienti discendenti”. Sobre rapto das sabinas, Vide nota 189.

²²⁸ Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giurídici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 327. A jurisprudência romana não faz do matrimônio objeto de estudos particulares, além da obra *De nuptiis*, de Nerácio Prisco e do *Liber singulorum de ritu nuptiarum*, de Modestino, encontrado no Digesto. As Instituições de Gaio falam do matrimônio como um tema acessório. Contudo, anota a autora: “Se la giurisprudenza clássica non ha tramandato o, per meglio dire, non ha compiuto, come in altri campi, un’elaborazione sistemática

vésperas da festa, a noiva consagrava aos deuses, geralmente *Venus*, *Fortuna* e aos *Lares*, os brinquedos de sua infância. Despojava, pela última vez, os vestidos de criança e vestia uma túnica branca de lã, feita de uma só peça, que caía até os pés, chamada *regalla* ou *recta*²²⁹, cingida em torno da cintura por uma cinta, também de lã, chamada *singulum*, *cestus* ou *zona*, que o marido devia tirar no leito nupcial²³⁰.

Esse cariz divino era essencial e se materializava num conjunto de ritos e solenidades carregados de simbolismo, sob a visão dos deuses, porquanto tudo fazia parte de uma cerimônia sagrada²³¹.

*“Los pomenores de esta ceremonia, comienzan por la própia celebración, com los auspicios, la oración, los sacrificios y la manduca del pan sagrado. Los mismos atuendos que ha de portar la desposada, el flammeum o veo rojo”*²³².

Segundo Carrillo de Albornoz²³³, os romanos, como diversos povos da antiguidade pagã, eram muitos supersticiosos. Por isso, procuravam escolher determinadas épocas favoráveis à celebração das núpcias. Nem todos os dias ou meses eram propícios para tais atos.

*delle dottrina matrimoniale, non di meno ha lasciato copiosi material in cui il matrimonio clássico, soprattutto in relazione ad altri stituti cui esso si connetteva, veniva studiato ed analizzato nei suoi elementi, nelle sue cratteristiche, nella sua struttura, nei suoi riflessi”*Nem mesmo no direito pós-classico, na compilação justinianeia, encontra-se uma elaboração sistemática do matrimônio. As primeiras tentativas de exposição teórica da estrutura do instituto são encontradas nas Novelas 22, 74 e 117 de Justiniano. A primeira é considerada o próprio código matrimonial.

²²⁹ Esse ritual, pleno de significado, assemelhava-se àquele em que os jovens varões vestiam, pela primeira vez a *toga virilis*, simbolizando, em ambos os casos, que a infância havia ficado para trás. Era a passagem para a idade adulta. Era chamada, também, *toga praetexta*, veste habitual dos jovens de ambos os sexos, que os homens usavam até os dezessete anos, quando começavam a usar a *toga virilis*, e as mulheres até as vésperas de suas bodas, quando a substituíam pela túnica denominada *regalla* ou *recta*. Vide CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. *Definiciones, terminologia y ritos de las núpcias romanas. La transcendencia de su simbologia en el matrimonio moderno*. Madrid: Editorial Dykinson, 2006. p. 68.

²³⁰ CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 65.

²³¹ ROBLES VELASCO, Luis Mariano. *Matrimonio, uniones de hecho, concubinato y contubernium de Roma a la actualidad*. In Anais do XIII Congresso Internacional e XVI Iberoamericano de Derecho Romano. Belém, PA, Set. 2011, p.56. Cf. CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 59; Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 11: “Durante la monarchia il matrimonio della civitas arcaica è un istituto di ius sacrum”.

²³² ROBLES VELASCO, Luis Mariano. Cit. p. 56. Segundo o autor, (citando CARCOPINO, Jérôme. *L'avie quotidienne a Rome a l'apogee de l'empire*. Barcelona, 2004, p. 107), a utilização do vermelho, ao invés da cor branca que comumente vemos utilizada pelas noivas, recorda que, entre os antigos sabinos, povo anterior a Roma, o vermelho era próprio do deus Marte e teria uma significação: Marte era venerado como o deus do matrimônio, da fecundidade, da agricultura, que propiciava a fertilidade, a primavera sagrada. A sua união com a deusa Nerio era um reflexo das uniões humanas. Diferentemente do Marte romano que era o deus da Guerra, não obstante também a utilização do vermelho, a cor dos imortais, utilizada no campo de Marte para reunir o exército para um ato religioso ou militar. Cf. CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 69. O que constituía o distintivo mais essencial do adereço da noiva “era el velo rojo anaranjado, de color de fuego, llamado por ello flammeum” (...) y bajo el cual la novia ocultaba la cara a la curiosidad de parientes y amigos con el significado intrínseco de preservar su pudor, que según los antiguos residia em la frente”. É de se notar que esta tradição atravessou o tempo, chegando aos nossos dias no tradicional e indispensável véu da noiva.

²³³ CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 57s.

O mês de fevereiro, nomeadamente a partir do dia 25, não era indicado pra as núpcias porque era dedicado às cerimônias aos mortos. Março era era devotado às festas em honra de Marte, deus da guerra, do qual derivava o nome do mês. Essas celebrações bélicas constituíam um contrasenso à harmonia e ao amor que deviam existir entre os esposos. O mês de maio era assim denominado em honra aos antepassados (*maiores*)²³⁴ e à deusa Maia, mãe de Mercúrio (Hermes, na mitologia grega), o deus mensageiro, filho daquela deusa e de Júpiter. Nesse mês, ocorria a festa chamada *lemuria*, espíritos maus de quem temiam influências nefastas.²³⁵

Ainda conforme o autor supracitado, parece que a melhor época para celebração das bodas era aquela que se seguia aos idos de junho, na segunda quinzena, a partir do dia treze, nomeadamente após as cerimônias de purificação de Vesta no Tibre que se celebravam a partir do dia 16 daquele mês²³⁶.

Tudo isto bem demonstra a importância que sempre desempenhou a religião entre os povos do mundo de antanho. Desde o mais remoto passado não se realizava nenhum negócio ou cerimônia importante sem a realização de sacrifícios, além da consulta aos deuses por meio dos *augures*²³⁷. Daí o significado dos ritos nupciais. A religião determinava, ainda, como parte do ritual, a presença da *pronuba*, a madrinha da noiva, encarregada de unir as mãos dos contraentes. Ela devia conduzir uma coroa de flores, colhidas, por força da tradição, por suas próprias mãos. Não constituíam um simples adorno, mas um sinal de purificação, emprestando à futura união uma força mítica e sobrenatural.

Após esse ritual, na presença de amigos e familiares, convidavam-se dez testemunhas que, juntamente com os nubentes, firmavam as *tabulae nuptiales*. Seguia-se a oferenda cruenta do sacrifício de animais. A *pronuba*²³⁸, que presidia as núpcias, unia as mãos dos nubentes na *dextrarum iunctio* e os noivos trocavam a consagrada fórmula matrimonial: “*Ubi tu Gaius,*

²³⁴ OVÍDIO. *Fast.* 427-428. *Apud* CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 57.

²³⁵ Segundo CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 58, fundamentado em OVÍDIO (*Fast.* 5, 479-48; 6, 220-226), os *lemures* eram as almas dos defuntos, chamados também de *manes*. Dizia-se que não haviam encontrado repouso e penavam pelas casas em que tinham habitado em vida, espalhando terror, espanto e danos. Para sossegá-los, celebravam-se as *lemurias*, originariamente conhecidas como *remuralia* ou *remuria*, estabelecidas por Rômulo para sossegar os *manes* de Remo, e desde então, se tornou um dever com os antepassados falecidos.

²³⁶ Junho deriva de Juno, antiquíssima deusa itálica, suprema divindade do paganismo, protetora das relações entre marido e mulher. Seu nome expressava a ideia de uma mulher jovem, apta para a fecundidade. *Vide* CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 58. Segundo OVÍDIO (*Fast.* 714-715), citado pelo autor, 16 de junho era o dia em que o Tibre enviava ao mar, através de suas águas etruscas, a purificação de Vesta.

²³⁷ Com o significado de adivinho, o que prognosticava o sucesso futuro, mediante a observação das aves e fenômenos celestes. Daí a existência do colégio dos *augures* que segundo FESTO (2, s.vv. *augur, auspicium*), estavam no secreto da ciência augural. *Vide* CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p.62, nota 135.

²³⁸ A *pronuba* era uma matrona que não devia ter conhecido mais que um só marido, conforme SÉRVIO, *Ad Aen.* 4,166 e FESTO, 283, citados por CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega, p. 66.

ego Gaia”²³⁹. Dentre os diversos momentos da cerimônia nupcial, realizada na Roma antiga, destacava-se a pronúncia dessa fórmula ritual por parte da esposa²⁴⁰. Segundo Plutarco²⁴¹, esse *modus procedendi* parece significar que, no lugar onde o homem era o *dominus*, a mulher seria investida de semelhante papel social e cultural. A esse respeito, esclarece Giunti²⁴²: “*Tale interpretazione vede nel segno Gaius un sinonimo di dominus e nella variante femininile Gaia, pertante il simbolo della requisizione da parte della donna di un corrispondente status familiare*”.

Afirma-se, ainda, que esse procedimento parece encontrar origem na mitologia, referido na festividade de Gaia e Tiberino, identificando o nome pronunciado pela mulher na fórmula do rito nupcial com a vestal Gaia. Ela, como todas as sacerdotisas de Vesta, era possuidora de uma ferminilidade masculinizada e, portanto, emblemática de uma nova identidade pessoal solenemente proclamada pela nubente²⁴³. É certo que se tratava de uma frase ritual, cujo sentido primitivo se perdeu e já não tinha significado para os romanos da era clássica. Contudo,

²³⁹ “Onde tu fores Gaio, eu serei Gaia”. Vide PLUTARCO, *Quaest. Rom. 30*, citado por CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega, Cit. p.88; ROBLES VELASCO, Luis Mariano. Cit. p.57; FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote, p. 234; Segundo DURANT, Will. *História da civilização*. Vol III. César e Cristo, p. 56: “A celebração do casamento se fazia com muita festa, sempre na casa da noiva; de lá partiam em alegre farrancho para a casa do pai do noivo, ao som das flautas, cantos nupciais e brincadeiras rabelaisianas. À chegada, perguntava o noivo à moça: “Quem és tu?” e ela respondia com uma fórmula de devoção, igualdade e unidade: “Se és Caio, então sou Caia”. Ele a erguia e depunha-na na soleira, apresentava-lhe as chaves da casa e os dois metiam o pescoço em um jugo para significar a prisão de ambos num laço comum, daí o casamento chamado *coniugium*”. Segundo PLUTARCO, outra vez citado por CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega (p. 89s). A mulher respondia *ego Gaia* para confirmar que seria uma boa esposa e senhora da casa, como foi Gaya Cecília, a bela companheira do rei Tarquínio Prisco, aquela a quem foi erguida uma estátua de bronze no templo de *Sanctus*. Para FESTO, 85, citado pelo mesmo autor, Gaya Cecília, que se chamava Tanaquila, antes de vir para Roma, foi de tão grande retidão que as jovens que se casavam usavam frequentemente este nome, motivo de bom augúrio e porque se afirmava que ela fora uma das mais capazes na arte de fiar a lã. Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 21. Outro significado pode se defluir da expressão “*Ubi tu Gaius, ego Gaia*”. Trata-se de um fórmula simbólica e ritual de uma prática antiga, mercê da qual a mulher, no ato do matrimônio, assumia não só o domicílio e o estado social do marido, mas também o prenome destinado às mulheres. *Simili modo*, JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p 31, nota 155, faz referência que *Gaius* é, obviamente, um nome simbólico. GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 177, fala de um quase consenso dos estudiosos no sentido onomástico das palavras, mercê do qual os dois nomes idênticos *Gaius* e *Gaia* seriam entendidos para simbolizar, da parte da mulher, o nome do marido ou o simples prenome da comunidade gentilícia. Alguns tratadistas, no entanto, dentre eles, G. BONFANTE, *Il nome delle donne nella Roma arcaica*. In Rend. Acc. Naz.Lincei, Cl. SC. Mor. Stor.Filos. 35, 1980, p.35, são radicalmente contrários à existência de um prenome feminino; de opinião, também, contrária, CIC. *Pro mur. 2,27*, citado por Giunti, Patrizia (p.179), ao entender que essa função onomástica parece ser resultado de um equívoco interpretativo ocorrido na leitura dessa declaração feminina; Não obstante as convergências e divergências encontradas, parece claro, no entanto, que o termo atribui, sobretudo, um significado forte à presença da mulher na *domus mariti*. Uma presença essencial no momento da celebração das núpcias. Sobre o tema *vide*, ainda, SERRANO, F. *Direito privato, economia e società nella storiadi Roma, I*, Napoli, 1984; Sabbatucci, D. *La religione di Roma antica. Dal calendario festivo all’ordine cosmica*. Milano, 1988; GAUDEMET, J. *Il matrimonio in occidente*. Torino, 1989; CANTARELLA, E. *La vita delle donne*. In storia di Roma, 4, carattere e morfologie. Torino, 1989.

²⁴⁰ Cf. GRIMAL, Pierre. *L’amour a Rome*, p. 27: “*Cet acte, la dextrarum iunctio, etait le moment culminat*”.

²⁴¹ PLUTARCO, *Quaest. Rom. 30*. *Apud* Giunti, Patrizia. Cit. p. 172.

²⁴² GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 176.

²⁴³ *Ibidem*. p. 175.

ainda continuou a ser repetida, como se a mulher tivesse consciência da união ao marido, que iria ser não um senhor, mas um duplo, um equivalente, ambos formando as duas metades do mesmo ser²⁴⁴.

Os noivos repartiam entre si o *panis farreus*, a sagrada comida comum dos recém-casados. Seguia-se a condução da noiva à casa do marido (*deductio uxoris in domo mariti*) numa procissão feita de cânticos e orações. Em lá chegando, simulava-se o rapto da noiva por parte do noivo, tomando-a nos braços e cruzando o umbral da porta, repetindo a memória do rapto das sabinas nos primevos da história de Roma²⁴⁵.

No passar inexorável do tempo, Roma deixara de ser a pequena vila entre as colinas. Transformara-se num império poderoso, conquistador de outros povos, deles recebendo, num processo de aculturação, muitas influências que suscitaram a universalidade da civilização e, também, o esquecimento das antigas crenças²⁴⁶. No pensamento de Bonfante, o matrimônio romano caracterizava-se por ser uma relação social assumida e reconhecida pelo direito, estabelecida pela vontade e propósito de passarem a ser marido e mulher, pela consistência e pela continuidade da vida em comum. Nesta visão, o autor assim define o matrimônio romano: “*la convivenza dell’uomo e della donna sotto l’autorità del marito con intenzione effettiva, continua di essere marito e moglie*”²⁴⁷.

De acordo com a *communis opinio* da doutrina romanista, o matrimônio não carecia de um ato constitutivo, nem de registro, bastando a *affectio maritalis* para que existisse a união legítima. Caracterizava-se por um acordo entre dois grupos familiares, o que recebia a mulher e o que a entregava²⁴⁸. Nesse sentido, esclarece Arrangio Ruiz:

“Il matrimonio del più antico diritto romano è un atto o fatto giuridico. In forza del quale una donna sui iuris od alieni iuris, esce dalla famiglia d’origine ed entra in una

²⁴⁴ Vide GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, versão portuguesa, p. 62.

²⁴⁵ Esses ritos diziam respeito à *conventio in manum*, na forma *confarreatio*, própria das famílias patrícias, as únicas que possuíam seus próprios deuses, os penates, isto é, os antepassados que alimentavam a religião doméstica. Vide ROBLES VELASCO, Luis Mariano. Cit. p.59; Vide, também, item 2.6.1 Modos de *conventio in manum*: 2.6.1.1 *Confarreatio*. Sobre o rapto das sabinas, vide nota 189

²⁴⁶ Vide SANTOS, Severino Augustio dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 174; Cf. GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. *O divortium no direito romano e a emenda constitucional 66/2010*. In Anais do XIII congresso Internacional y XVI Congresso Iberoamericano de Derecho Romano. Belém-PA, Set 2011, p. 397: “Foi na época clássica que as relações econômicas deflagraram-se como manifestação preliminar daquilo que veria a ser a “globalização” da antiguidade. O comércio, até então quase inexistente numa sociedade agrícola, irrompeu com a integração de outros povos que ali em Roma encontravam o seu polo econômico, trazendo consigo não só os seus hábitos comerciais, mas também a sua forma de viver”.

²⁴⁷ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 187. Para o autor isto significa uma antítese do matrimônio hodierno, que constitui uma relação artificial, um vínculo estabelecido pelo consenso, materializado numa forma solene, celebrado entre o homem e a mulher. Uma vez concretizado, gera consequências jurídicas, independentemente da vontade das partes, do afeto e da subsistência da vida comum.

²⁴⁸ LAURA SANCHO. *El matrimonio romano primitivo y el valor de la ley inhumanissima*. In Revue internationale des droits de l’antiquité. Tome 37, 1990, p. 359.

famiglia nuova, in condizione di sottoposta e con la particolare funzione di procreare al capocasa o ad un suo sottoposto libero una discendenza legítima”²⁴⁹.

Na mesma trilha, enfatiza Ruiz Fernandez

*“El matrimonio, entre los romanos, era un acto referido por completo al orden privado. Ninguna autoridad estatal intervenía en su celebración ni hacia falta solemnidad alguna. Simplemente el consentimiento recíproco entre los contrayentes producía el matrimonio”*²⁵⁰.

De igual modo, assim se expressa Patrizia Giunti, abordando o matrimônio:

*“(…) non necessita di alcuna sollecitazione esterna né potrebbe apparire frutto di condizionamenti culturali o emotivi: perché in Roma è dal matrimonio iustum che trae vita la familia proprio iure, asse portante dell’organizzazione sociale e politica della civitas: è dal matrimonio iustum che si snodano le linee strutturali della parentela agnaticia quale cognazione legítima rilevante nel sistema di ius civile”*²⁵¹.

Carla Fayer, de sua parte, afirma:

*“Il matrimonio romano aveva, quindi, carattere non formale, ammetteva cioè che il rapporto coniugale si stabilisse senza l’impiego di forme determinate, per cui nessuna cerimonia, nessun rito dei tanti che solivano svolgersi intorno al matrimonio era giuridicamente essenziale”*²⁵².

Juridicamente essencial era somente a *affectio maritalis* para a certeza da existência do matrimônio. Em consequência, desde o início, surgiam efeitos jurídicos, como, por exemplo, a proibição de doação entre os cônjuges, a administração do dote por parte do marido, o regime de bens parafernais, o *status* jurídico dos filhos. Isso demonstra as várias formas com que a *affectio maritalis* se manifestava, de modo socialmente relevante e também quanto aos objetivos do direito²⁵³. Desta forma, mais que um ato ou negócio, o matrimônio romano

²⁴⁹ ARRANGIO RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*, p. 344.

²⁵⁰ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. *El divorcio em Roma*, p.18; VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit, p.48. Ao abordar a divergência entre os romanistas sobre ser o matrimônio romano um ato jurídico ou uma mera convivência entre pessoas de sexo distinto, sem nenhuma formalidade de tipo jurídico, entende este último autor que o matrimônio “*se assemeja a un contrato de sociedade, se mantiene solamente por la affectio maritalis, es decir que es una relación de hecho em forma continua*”. Cf. TROPLONG, M. *La influencia del cristianismo en el derecho civil de los romanos*. Tradução espanhola de Jose Luiz Retortillo. Madrid 1861, p. 114: Até surgir o cristianismo, o matrimônio era um contrato não solene. O consentimento bastava para sua perfeição, sem que alguma cerimônia civil ou religiosa fosse necessária para assegurar sua validade. A aparente comunhão de habitação constituía a posse do estado de convivência, prova suficiente de sua existência.

²⁵¹ GIUNTI, Patrizia. *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, p. 4. A autora, corroborando a *communis opinio* dos romanistas, acrescenta que era do *matrimonium iustum* que, sobretudo, se originavam as condições naturais para a materialização e afirmação da *patria potestas*, essencial para o ordenamento jurídico privado.

²⁵² FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 343.

²⁵³ *Ibidem*, p. 344.

revelava-se como uma situação jurídica permanente, um *status* que resultava da convivência de duas pessoas de sexos diversos com a vontade de serem marido e mulher, de constituírem a sociedade doméstica²⁵⁴.

Para Vieira Cura:

“Segundo a concepção clássica, havia matrimonium, quando um homem e uma mulher livres e púberes, entre os quais existisse conubium, estabelecessem uma relação conjugal com a vontade efetiva, contínua (integrada pela auctoritas do pater famílias, se algum dos esposos não fosse sui iuris), de estarem unidos duradouramente como marido e mulher, criando uma sociedade doméstica fundada na plena comunhão de vida entre ambos (*consortium omnis vitae*)”²⁵⁵.

Para Biondi²⁵⁶, o instituto do matrimônio, no mundo pagão, tinha uma relevante função social, porquanto visava a perpetuar a sociedade, como se deflui das palavras de Cícero: “*principium urbis et quasi seminarium reipublicae*”²⁵⁷. Não obstante tamanha importância e interesse público, a princípio, os cidadãos romanos eram livres para contrair matrimônio, mas, de acordo com os costumes, o celibato era uma raridade.

A partir do final da República, porém, com a decadência dos *mores*²⁵⁸, verificou-se uma preocupante diminuição da natalidade²⁵⁹. Tal situação levou Augusto, no início do império, por motivos políticos e morais, a aprovar as duas famosas leis demográficas: a *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 a.C) e a *Lex Papia Poppaea* (09 d.C) que, reunidas, constituíram um só texto, conhecido pelos romanos como *Lex Iulia et Papia Poppaea*²⁶⁰. Tinha por escopo favorecer o matrimônio e a procriação, porém dentro das tradições da família romana. Para tanto, sancionava determinadas proibições de caráter social²⁶¹.

²⁵⁴ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 558.

²⁵⁵ Cf. CURA, António A. Vieira A “*união de facto*” (*concubinatus*) no direito romano – (*Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia*). In *Juris et de Jure* – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto, 1998, p. 1305.

²⁵⁶ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 561.

²⁵⁷ CÍCERO. *De Officiis*, 1, 17,54: *Prima societas in ipso coniugio est, próxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium reipublicae*”. (O casamento é a primeira sociedade. Por isso é o primeiro princípio da cidade e o berço da República); Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 561; GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 4; Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 187: “*Base della società domestica è il matrimonio*”.

²⁵⁸ TÁCITO, (*Hist. I.2,3*), citado por PUCCINI-Delbet, Géraldine, p. 74, afirma que, “a despeito da Lei *Papia Poppaea* e das leis julianas, houve na época augustiniana adultérios escandalosos, e que as ilhas regurgitavam de homens e mulheres banidos”.

²⁵⁹ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 561.

²⁶⁰ Vide notas 897, 900 e 912. Sobre a Lei *Iulia et Papia*, vide ASTOLFI, Ricardo. *La lex Iulia et Papia*. CEDAM. Casa Editrice Antonio Milani, 1996.

²⁶¹ Vide CURA, António A. Vieira. A “*união de facto*” (*concubinatus*) no direito romano – (*Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia*). Cit. p. 1297s; FALCÃO, Miguel. *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social em el Imperio Romano*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, p. 11.

A publicação dessas leis constituiu um dos acontecimentos legislativos mais relevantes que Roma conheceu após a *Lex Duodecim Tabularum*. Sua repercursão foi de tal forma extraordinária que levou Horácio a proclamar: “Daqui em diante, a fé, a paz, o pudor antigo e a virtude esquecida ousam voltar, e há de surgir a bendita abundância com sua cornucópia cheia”²⁶².

A intenção do Imperador era fazer renascerem os costumes ancestrais da Roma antiga, restabelecer a moral na sociedade e no matrimônio, visando a coibir e eliminar os riscos da deficiente natalidade e combater o celibato, enfim proporcionar um modelo a ser imitado pela posteridade. Contudo, esses objetivos não foram atingidos²⁶³. Os resultados alcançados por essas medidas trouxeram poucos benefícios para os romanos, porquanto, ao invés de elevarem a dignidade do matrimônio produziram um desestímulo na sua prática, de modo que os repúdios e divórcios arbitrários continuaram aumentando²⁶⁴.

Com a extensão ou concessão da cidadania a todos os súditos livres do Império, mercê da Constituição Antoniniana (Edito de Caracala, 212), desapareceu o objetivo político das leis de Augusto, que buscavam, nomeadamente, a pureza da raça latina e prover a população romana, necessária para a consolidação, desenvolvimento e governança do Império. Certamente, contribuiu, também, para a decadência dessa legislação a visão da religião cristã sobre o casamento, ao não tolerar coação alguma para a sua realização, tampouco as rígidas proibições matrimoniais existentes²⁶⁵. Assim, de Constantino a Justiniano, ou seja, do direito clássico às compilações, apesar de ter ocorrido a decadência jurídica, em muitos casos representou um dos períodos de mais intensa transformação que produziram efeitos durante e além do direito justinianeu²⁶⁶.

Na época pós-clássica e cristã, quando da decadência do império, a concepção do matrimônio não tolera nenhuma coercibilidade e o *ius liberorum* é abolido por Honório e Teodósio, em 410 e, posteriormente, toda a legislação demográfica é derogada por Justiniano, por considerá-la resultado dos calamitosos tempos da guerra civil²⁶⁷. Mas, nas palavras de Bonfante: “*sussiste tuttavia il favor matrimonii, ispirato non più da preoccupazioni*

²⁶² HORACIO, *Hist. I.* 2,3. Citado por PUCCINI-DELBÉY, Géraldine, p. 74.

²⁶³ Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 58; D'ANGELI, Fiorella, *La famiglia de fato*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989, p.50; GEMMITI, Dante. *Il concubinato nel diritto romano e giustiniano*. Napoli-Roma: Ler, 1993. p. 17.

²⁶⁴ Vide RUIZ FERNANDES, Eduardo. Cit. p. 68; JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências a sua evolução histórica e ao direito português*. In Anais do XIII Congresso Internacional e XVI Congresso Iberoamericano de Direito Romano. Belém-PA, Set 2011, p. 158.

²⁶⁵ Vide FALCÃO, Miguel. *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social em el Imperio Romano*, p. 11s.

²⁶⁶ *Ibidem*, p.41

²⁶⁷ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p.562.

demografiche, ma, come nel diritto canonico, dalla considerazione del matrimonio quale sacramento”²⁶⁸.

Deve-se ao cristianismo, a partir do séc. III, a defesa do matrimônio, combatendo o divórcio²⁶⁹, num movimento que se projetou ao longo da época pós-clássica, não obstante a resistência dos velhos costumes e concepções. No início, a Igreja tolerou as legislações judia e romana sobre o casamento, desde que não conflitassem os princípios cristãos. O divórcio, motivado pelo adultério da mulher, justificado em Mateus e Marcos²⁷⁰, é a única causa possível. Esta concepção cristã terminou por transformar o matrimônio em sacramento, tornando-o indissolúvel²⁷¹, profligando a visão romana do casamento que admitia o divórcio²⁷² e levando, posteriormente, Justiniano a considerar o matrimônio uma instituição jurídica²⁷³.

2.2 Esponsais

2.2.1 Noção

O matrimônio romano era precedido de um acordo verbal, prévio, chamado esponsais, mercê do qual os *patres* da noiva e do futuro marido, mediante estipulação, comprometiam-se com a realização das núpcias futuras. É assim definido por Ulpiano: “*Sponsalia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras*”²⁷⁴. Da

²⁶⁸ *Ibidem*. Segundo o autor, no direito romano não se encontra uma disciplina orgânica do casamento. Nos primevos, era regulado pelos *mores* no âmbito dos poderes do *paterfamilias*. Sucessivamente a legislação e a jurisprudência passaram a vigorar sobre o casamento sob determinados aspectos (legitimidade dos filhos, doação entre os cônjuges, sucessão hereditária, etc). A *lex Iulia et Papia Poppaea* estabeleceu novos impedimentos e excluiu antigos. Nem mesmo no direito justinianeu havia um regulamento orgânico, não obstante a Novela 22 compreender 48 capítulos que, sob a influência do cristianismo, intentava modificar a legislação precedente.

²⁶⁹ A influência cristã, contrária ao divórcio, fez-se sentir e acentuando a importância jurídica do consentimento (*consensus*) que, uma vez outorgado é para sempre. Vide VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit, p.48.

²⁷⁰ Mt. 19,3-9; Mc. 10,1-12.

²⁷¹ Mt. 19,3-6: *Accesserunt ad Iesum pharisaei tentantes eum, et dicentes: Si licet homini dimittere uxorem suam quacumque ex causa? Qui respondes ait eis: Non legistis quia qui fecit hominem ab initio, masculinum et feminam fecit eos? Et dixit: Propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una. Itaque jam non sunt duo sed una caro. Quod ergo Deus conjunxit homo non separet.* (Os fariseus aproximaram-se de Jesus para o tentar, dizendo: “é lícito ao homem repudiar a sua mulher por qualquer motivo? Ele lhes respondeu: Não lestes que o Criador, quando criou o homem, no princípio, criou um homem e uma mulher? E disse: Por causa disto o homem deixará pai e mãe e se unirá a uma mulher e serão os dois uma só carne. Assim, eles já não são dois, mas uma só carne. Portanto, não separe o homem o que Deus uniu). *Simili modo*, Mc. 10, 2-9.

²⁷² Vide JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português*, p.159.

²⁷³ Vide MIGUEL FALCÃO. *Las prohibiciones matrimoniales de charactersocial en el império romano*, p. 27.

²⁷⁴ D.23,1,2: “São chamados de esponsais, de *spondere* (prometer), porque foi costume entre os antigos estipular e prometer para si suas futuras mulheres”.

expressão advem os nomes esposa e esposo, na visão de Florentino: “*Unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est*”²⁷⁵.

Sérvio Sulpício, citado por Carla Fayer, define os esponsais como: “(...) *questo incrosiarsi di domande e risposte solenni, designate come contractus stipulationum sponsionumque*”²⁷⁶. Era um procedimento comum entre os *cives romani*, principalmente entre as classes mais elevadas²⁷⁷ e, segundo Paulo, podia ser contraído entre púberes e impúberes²⁷⁸.

2.2.2 Evolução no tempo

No perpassar dos séculos, no entanto, o instituto sofreu grandes transformações, desde o direito antigo ao justinianeu²⁷⁹. Na idade antiga, prevalecia a forma solene da *sponsio*, feita oralmente, utilizando-se o verbo *spondere*²⁸⁰. Daí o termo esponsal, materializado em pergunta e resposta. (*Spondes filiam tuam uxorem filio meo? Spondeo!*), feitas pelos *patresfamilias* dos nubentes²⁸¹. Era tutelado pelo direito sagrado, de acordo com as tradições dos *mores*. A partir da Lei das XII Tábuas, passou a ser disciplinado pelo *ius civile*, tornando-se assim, um ato jurídico praticado pelos *patresfamilias* dos nubentes ou pelo próprio noivo se fosse *sui iuris*,

²⁷⁵ D.23,1,3: “De onde nasce a denominação de esposo e esposa”. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 100. Cf. CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. *Terminología, defniciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbologia em el matrimonio moderno*, p 16. A palavra esponsais, como também *sponsalia* derivam do verbo latino *spondeo*, no significado e prometer solenemente, empenhar a palavra, obrigar-se e mais diretamente também do verbo *sponsare*, entendido como contrair esponsais, dar a palavra mútua de casamento.

²⁷⁶ Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 34. Cf. CORNIOLEY, P. *Les origines de la sponsio*. In *Labeo 35 (1989)*, p. 66, citado pela autora (nota 54, p.34), a definição de *sponsalia* como *contractus stipulationum sponsionumque* não seria de Sérvio Sulpício, mas de Aulo Gelio (*Noctes att.4,4*), porque, segundo o autor, somente a partir de Augusto, o termo *contractus* assume o significado de acordo bilateral do qual resultam obrigações para as partes, embora, no tempo de Cícero e Sérvio Sulpício, a palavra fosse utilizada para significar relações comerciais com outra pessoa. De parecer contrário, LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2 col. 322, afirma que Aulo Gelio reproduz Sérvio Sulpício.

²⁷⁷ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia Matrimonio Dote*. p. 15.

²⁷⁸ *Pauli Sent. 2,19,1: Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahit possunt.*

²⁷⁹ Cf. VOLTERRA, Edoardo. *Sponsali. Diritto Romano*. NNDI XVIII. Torino: Unione Tipografico Editore, 1961, p. 34: “*Nell’epoca classica l’impegno al futuro matrimonio non costituisce un vincolo giuridico vero e próprio, ma un reledo soprattutto sociale; la situazione dei fidanzati ha assai limitati effecti giuridici (...). Negli epoca post classica e giustiniana per influenza cristiana si attribuiscono agli sponsali importanti effecti giuridici e per vari rapporti i fidanzati sono equiparati al coniugi*”.

²⁸⁰ Vide ULPIANUS. D.23,1,2. Nota 275; PABLO FUETESECA. *Derecho privado romano*. Madrid, 1978, p. 375s; D;23,1,3. FLORENTINUS. (*Libro III. Institutionum*): *Unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est*. (De onde nasceu a denominação de esposo e esposa).

²⁸¹ GAIO 3,93: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti dari spondes? Spondeo (...)*. (A obrigação verbal se constituía por meio de uma pergunta e de uma resposta; por exemplo: Prometes dar? Prometo). Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 16. Essa forma solene não era específica dos esponsais, mas da *sponsio* em geral.

ou mesmo *alieni iuris*, quando autorizado pelo próprio *pater* e pelo *pater* da mulher, se tivesse capacidade patrimonial²⁸².

Segundo Gaudemet²⁸³, “*les fiançailles des personnes en puissance ont, comme leur mariage, probablement été conclues anciennement par leurs, patresfamilias en dehors d’elles, et plus tard par elles avec le consentement de leurs patresfamilias*”. Os requisitos para a validade dos esponsais eram os seguintes: idade mínima de 7 anos²⁸⁴; condições necessárias para o casamento; acordo de vontades. Não tinham validade, contudo, se realizados contra a vontade do *filiusfamilias*, conforme se deflui de sentença de Paulo, encontrada no Digesto: “*Filiofamilias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt*”²⁸⁵.

Do regime dos esponsais, que tinham por objeto a realização das núpcias, derivavam obrigações solenes para os *patres* dos nubentes. O não cumprimento do acordo possibilitava à parte que se achasse prejudicada valer-se de uma ação judicial, a *actio ex sponsu*, com o objetivo de exigir do inadimplente (geralmente o *paterfamilias*) o pagamento de uma indenização pelo descumprimento do contrato²⁸⁶. Ao final da República essa cláusula penal foi abolida, firmando-se o princípio da liberdade dos cidadãos.

Segundo Carla Fayer²⁸⁷, fragmentos de obras de Paulo, Papiniano e Celso atestam que o costume de inserir no contrato de esponsais a estipulação penal, mercê do qual alguém se

²⁸² Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 20s. No caso de os nubentes serem *alieni iuris*, o *consensus* dos *patresfamilias* se fazia necessário porque também era imprescindível para as *iustae nuptiae*, visto que os esponsais eram uma promessa de “*nuptiarum futurarum*”. Assim expõe Paulo em duas passagens do Digesto: D.23,1,7,1: *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur; intelligi tamen semper filiae patrem consentire nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit*. (Nos esponsais se há de exigir também o consentimento daqueles de quem se requer nas núpcias; mas escreve Juliano que se entende que o *pater* dá sempre seu consentimento à sua filha, se não demonstrar, evidentemente, seu desacordo); também D.23,2,2: *Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt*. (As núpcias não podem subsistir se não consentirem todos, isto é, os que se unem e aqueles sob cuja potestade eles estão). A respeito, ainda se expressa GIRARD, F. *Manuel élémentaire de droit romain*. 8 ed. Paris, 1929. p. 163, citado por MONIER (R. *Manuel élém. de droit romanin*. T. I, 5 ed. Paris, 1935, p. 275: “*Fiançailles conclues primitivement entre les deux chefs de famille ou entre le père de la fiancée et le fiancé*”. De igual modo PAULO MERÊA. *Le mariage “sine consensu parentum” dans le droit romain vulgaire occidental*. Extrait de la Revue Internationale des droits de l’antiquité. Tome V. Bruxelles, 1950. P. 203: “*Si, pour ce qui regarde le romain le plus ancien, il est couramment admis que l’unique consentement requis soit pour les fiançailles (sponsalia) soit pour le mariage (nuptiae) était celui des patresfamilias des deux époux*”. Segundo, ainda, o eminente e consagrado jurista da Universidade de Coimbra, (*ibidem*, p. 204), o direito velho (arcaico), de acordo com os princípios que regem a família agnática, exigia o consentimento do *paterfamilias* como *conditio sine qua non* para a validade do casamento dos *filiifamilias* e das *filiisfamilias*.

²⁸³ GAUDEMET, Jean. *La conclusion des fiançailles à Rome a l’époque pré-classique*. In RIDA II. Brouxelles, 1953, p. 801.

²⁸⁴ Na época clássica, não se requeria idade mínima para a realização dos esponsais, que poderiam acontecer nos primeiros anos, mercê do consenso dos respectivos *patresfamilias* (D.23,1,14. MODESTINUS. *Libro IV. Differentiarum*). Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano III*, p. 113.

²⁸⁵ D.23,1,13: “Discordando o filho-família, não podem celebrar os esponsais em seu nome”.

²⁸⁶ Vide AULO GÉLIO. *Noctes att.* 4,4,2,2; VOLTERRA, Edoardo. *Sponsali. diritto romano*, p. 36.

²⁸⁷ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia Matrimonio Dote*, p. 58.

empenhava a concluir o matrimônio ou a não impedi-lo, ainda era utilizado nos séculos II e III da era cristã. Mas essa estipulação penal, que não era vedada pelo *ius civile* e que, em caso de inadimplência, dava lugar a *actio stipulatu* para obter o pagamento da quantia estabelecida, era considerada ilícita pelo *ius honorarium*, ao prever o emprego da *exceptio doti* ou a *denegatio actionis*, determinadas pelo pretor.

No final da República, os esponsais caíram em desuso na sua formalidade e efeitos, prevalecendo a vontade dos nubentes, expressa de maneira livre, comprovada na afirmação de Ulpiano segundo a qual, para se materializar essa ligação era suficiente o *nudus consensus*: “*Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*”²⁸⁸. Essa nova visão foi traduzida na definição de Florentino, encontrada no Digesto: “*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*”²⁸⁹. Dessa forma, o ato se realizava através de um acordo bilateral e informal, objetivando um casamento futuro. Não era prevista nenhuma formalidade, mas o simples consenso. Não se fazia necessária a presença de testemunhas tampouco de documento escrito²⁹⁰, podendo a união ser celebrada através de mandatário, como se deflui das palavras de Ulpiano: *In sponsalibus constituendis parvi refert, per se et coram, an per internuntium, vel per epistolam, an per alium hoc factum est, et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur*²⁹¹.

No período clássico, os esponsais já não constituíam um vínculo jurídico, passando a ter um significado meramente social²⁹². Realizavam-se sem nenhuma forma e podiam ser livremente dissolvidos pela vontade das duas partes ou somente de uma delas. Desse modo, se considerava-se *contra bonos mores* a estipulação de qualquer pena contra quem não cumprisse ou induzisse a não cumprir a realização do matrimônio²⁹³. Essa liberalidade de resolução do noivado foi estabelecida por uma constituição de Docleciano e Maximiniano, do

²⁸⁸ D.23,1,4: “Basta o simples consentimento para a constituição dos esponsais”. Segundo JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p 101, “em Roma, a decadência jurídica dos esponsais, ocorre mais cedo, acompanhando provavelmente a separação entre o *ius* e o *fas* e a decadência da *conventio in manum*”

²⁸⁹ D.23,1,1: Os esponsais são a menção e promessa de núpcias futuras; Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia Matrimonio Dote*. Cit. p.59; BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, cit. p. 572; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 225; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 174.

²⁹⁰ D.23,1,7: *In sponsalibus nihil interest, ultrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat*. (Nos esponsais não importa que se faça atestação do que alguém prometeu sem escritura).

²⁹¹ D.23,1,18: Na constituição dos esponsais, pouco importa se é realizado pessoalmente, presentes as partes, ou por mediador, ou por carta ou por outro meio; os casos na maioria das vezes são transmitidos por intermediários.

²⁹² Segundo JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 101, “ainda na época arcaica, os *sponsalia* deixaram de ser um acto formal e os *sponsi*, de ser obrigados juridicamente a celebrar o matrimônio”.

²⁹³ D.45,1,134pr: “(...) *quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta*”. (“É desonesto que os matrimônios, futuros ou já contraídos, fossem ligados com o vínculo de uma pena”). Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.101; VOLTERRA, Edoardo. *Sponsali. Diritto romano*, p. 36.

ano de 293, nos termos: “*Alii desponsata renuntiare conditioni ac nubere ali non prohibetur*”²⁹⁴. A dissolução dos esponsais também era chamada de repúdio, como consta na sentença de Modestino: “*Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur, repudim vero sponsae remitti videtur*”²⁹⁵.

A doutrina sustenta que nos esponsais, ao final da República e no Principado, pouco se utilizava da solene forma da *sponsio*, transformando-se numa relação de fato, tendo relevo eminentemente social, sendo, assim, muito limitado juridicamente.

Somente na época pós-clássica e justinianeia, por influência cristã, os esponsais foram considerados como um verdadeiro e próprio início do matrimônio, sendo-lhes atribuídos efeitos jurídicos, equiparando os noivos aos cônjuges²⁹⁶.

Uma constituição de Constantino, de 332, estabelecia ser justificada a dissolução dos esponsais que durassem mais de dois anos²⁹⁷, regra que Justiniano limitou àqueles que residissem na província da noiva; se residissem em outra província, os dois anos não eram suficientes para justificar a ruptura dos esponsais²⁹⁸. O contrato esponsalício, em razão da pequena relevância jurídica atribuída, à época, aos esponsais, podia ser livremente dissolvido por ambos os nubentes ou somente por um deles, por simples declaração²⁹⁹, sem gerar consequências jurídicas³⁰⁰. Esse ato era chamado de *repudium*, conforme se deflui do Digesto: “*Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur, repudium vero sponsae remitti*

²⁹⁴ C.5.1,1: “Não é vedado que a mulher noiva de alguém renuncie ao noivado e se espose com outro”.

²⁹⁵ D.50,16,101,1: “O divórcio diz-se havido entre marido e mulher; repúdio, ao contrário, parece direcionado à noiva”; D.24,2,2,2: *In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere, in qua re haec verba probata sunt: conditione tua non utor*. (“Determinou-se também, para a dissolução dos esponsais, que se devia mediar renúncia para a qual se admitem certas palavras: não gosto de tua condição”).

²⁹⁶ Vide ARRANGIO RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*, p. 198.

²⁹⁷ C. Theod. 3.5.4; 3.5.5. Vide ASTOLFI, Ricardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império*. In *Studia et Documenta Historiae et Iuris*. Roma: Pontificia Universitas Lateranensis, 1990, p. 323; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 106. Cf. VOLTERRA, Edoardo. *Sponsalia*, p. 34: Constantino, numa mudança à legislação do período anterior, dispôs que a esponsal podia contrair matrimônio com outro quando o noivo não houvesse mantido a promessa e fossem decorridos dois anos, só em tal caso poder-se-ia dizer que não houve fraude. Ao inverso, se o matrimônio dos segundos esponsais acontecesse antes de dois anos, o *pater*, considerado culpado, poderia ser deportado. Segundo ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo imperio*. SDHI. Roma: Pontificia Universitas Lateranensis, 1990, p.323, a constituição de Constantino, de 332, relativa à dissolução dos esponsais estabelecia que era justificado dissolver o noivado que durasse mais de um ano. O C. Theod. 3,5,4, punia com a *relegatio in insula* a dissolução antes de um ano do noivado de um soldado.

²⁹⁸ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p.137.

²⁹⁹ D.24,2,2,2: *In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere, in qua haec verba probata sunt: “condicione tua non utor*. (Determinou-se que também para a dissolução dos esponsais devia haver renúncia, para o que se admitiam estas palavras: “não gosto de tua condição”).

³⁰⁰ Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Vol. III, p.109. A liberdade de romper os esponsais era reafirmada em vários rescritos da última época clássica, talvez em vista da transformação do instituto na província oriental. Valeriano e Galeno, em 259, consideraram coisa óbvia aos nubentes de contrair matrimônio com outro quando da ausência de um deles *post tres peregrinationes anos* (C. 5,17,2).

*videtur*³⁰¹. O repúdio devia ser comunicado à outra parte. Significava renúncia ou a notificação da dissolução dos esponsais, feita pessoalmente ou por outra pessoa, oralmente ou por escrito³⁰².

No direito pós-clássico, a partir do séc. IV, por influência cristã, teve início uma gradual e radical transformação do instituto³⁰³. Em consequência, novamente os esponsais voltaram a gerar efeitos jurídicos e a realização do matrimônio tornou-se obrigatória. Sob a inspiração do cristianismo, sugiu um novo tipo de contrato, com estrutura diversa daquela dos juristas clássicos, caracterizada pela observância de determinada forma, sob o ritual cristão, ressaltando recíprocos direitos para os nubentes e sanções de caráter pessoal em caso de dissolução unilateral do compromisso³⁰⁴.

Para Santos Justo³⁰⁵, outros efeitos foram produzidos pelos esponsais nas épocas pós-clássica e justinianeia, dentre eles: era considerada adultério a relação sexual com a *sponsa* de outro³⁰⁶; o magistrado de uma província podia tomar como mulher a domiciliada na mesma província se os esponsais já existissem antes de assumir a função; o matrimônio entre pupila e tutor ou curador³⁰⁷, podia realizar-se se os esponsais tivessem sido celebrados antes da nomeação do *sponsus* para a função de tutor ou curador da pupila³⁰⁸.

Surgiram as *arrahae sponsaliciae* e a *donatio ante nuptias*. As primeiras eram uma indenização pecuniária, sob a forma da entrega ou doação de dinheiro, bens, joias, objetos de

³⁰¹ D.50,16,101,1: O divórcio diz-se entre marido e mulher; o repúdio, ao contrário, realiza-se entre os nubentes.

³⁰² Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia Matrimonio Dote*, p. 87.

³⁰³ Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.104.

³⁰⁴ VOLTERRA, Edoardo. *Sponsalia*, cit. p. 36; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 105; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano, II*, p. 292.

³⁰⁵ JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 106.

³⁰⁶ D.48,5 14(13): *Divi Severus et Antoninus rescripserunt, etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque, nec spem matrimonii violare permittitur*. (Os divinos Severo e Antonino responderam por rescrito, que também isto mesmo se há de reivindicar tratando-se da *sponsa* porque não está permitido violar um matrimônio nem a esperança de matrimônio); 48,5,7: *Qui pupillam suam duxit contra sanatusconsultum, nec matrimonium est hoc, et potest adulterii accusari, qui tutor vel curator fuit, et infra vicessimum sextum annum duxit uxorem non a patre desponsam, vel destinatum, vel testamento denominatum*. (Se alguém tomar por mulher sua pupila contra o *senatusconsulto*, isto não é matrimônio, e pode ser acusado de adultério o que foi tutor ou curador, se a tomou por mulher antes dos vinte e seis anos, não havendo sido permitido, ou destinada, ou nomeada como esposa pelo pai em testamento); Vide C.9,9,7pr.

³⁰⁷ D.23,2,38,1: *Veterem sponsam in provincia, quam quis administrat, uxorem ducere potest, et dos data non fit caduce*. (Pode alguém tomar uma tñiga noiva por esposa na província que administra e o dote entregue não se extingue).

³⁰⁸ 23,2,66: *Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicessimum et sextum annum non desponsam a patre, nec testamento destinatum ducat uxorem, vel eam filio suo iungat; quo facto uterque infamatur, et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur, nec interest, filius sui iuris, na in patris potestate sit*. (Não existe matrimônio se o tutor ou curador tomar por mulher a sua pupila dentro do vigésimo sexto ano, não tendo sido prometida pelo pai, nem destinada em seu testamento, ou se ela se unir com seu filho, cujo fato infama a ambos, e são castigados fora de ordem com ofensa à dignidade da pupila, não importando que o filho seja *sui iuris* ou esteja sob a potestade do pai); D.23,2,36: *Tutor vel curator adultum uxorem ducere non potest, nisi a patre desponsa destinatave testamentove nominata conditione nuptiis secuta fuerit*. (O tutor ou o curador não podem tomar por mulher a sua pupila adulta, se esta não houver comparecido às núpcias prometida ou destinada pelo pai ou designada no testamento com esta condição). Vide D.48,5,7, nota 306.

valor, que os noivos faziam entre si e que seriam restituídos por quem descumprisse o acordo. Se fosse o comprador, perdia as arras dadas. Se fosse o vendedor, devia restituí-las em dobro³⁰⁹. Tinham por objeto coagir a liberdade matrimonial dos noivos e vincular ambos a completarem com as núpcias a relação iniciada, prefigurando e antecipando, em certos aspectos, o matrimônio³¹⁰. A doação ante-nupcial, feita pelo *pater*, estava vinculada à promessa de casamento. Era de uso nas províncias orientais, sobretudo entre os povos de origem semítica que conheceram as arras esponsalícias, mercê das quais os noivos eram obrigados a unir-se em matrimônio.

Segundo Santos Justo³¹¹ Constantino, em duas constituições dos anos 319 e 336, versando sobre a liberalidade esponsalícia (*sponsalitia largitas*), determinou que as doações entre os *sponsus* e *sponsa* deveriam ser feitas sob a condição tácita de restituição se o matrimônio não fosse celebrado. Contudo, aquele que se recusasse a casar não podia pedir a restituição dada e devia restituir a que recebera³¹²

A influência oriental parece ter sido recebida e codificada pela legislação do Império ocidental tardio, essencialmente cristã³¹³.

O vínculo matrimonial, no dizer de Biondi, “... *ha inizio con gli sponsali, che si concepiscono come una fase prematrimoniale, regolata sul modello del matrimonio*”.(....) “*La indissolubilità è sentita meno fortemente, ma attraverso gravi pene, lo scioglimento degli sponsali è ostacolato*”³¹⁴. Numa prova da influência cristã, a patrística considera os esponsais

³⁰⁹ Cf. VOLTERRA, Edoardo. *Scritti Giuridici I, Famiglia e successioni. Studio sull'arraha sponsalicia*. In RISG 2 (1927), p. 125. As arras esponsalícias têm origem semítica e em particular hebraica. Eram desconhecidas no direito republicano e clássico, quando existiam as arras pela compra e venda. Ao contrário, L'ANNÉ, *Les rites des fiançailles*, p. 103, citado por FAYER, Carla. *La família romana*. Parte seconda. *Sponsalia Matrimonio Dote*. p. 97, afirma que as arras são uma criação imperial do século IV. No ano de 472, uma constituição de Leão e Antêmio preceituava que a mulher ou seus parentes que dissolvessem o noivado estavam obrigados à restituição das arras recebidas, em dobro. Se fosse o noivo, perdia as arras dadas. Vide VOLTERRA, Edoardo. *Sponsalia. Diritto romano*, p. 37. Segundo o mesmo autor, no direito justinianeu, em alguns casos era permitida a dissolução dos esponsais, sem culpa, restituindo-se as arras na proporção recebida: impotência, vida imoral e escandalosa, diversidade de religião ou de seita dos noivos, qualidade de governador da província em que reside o noivo ou relação de parentesco ou de serviço com o tal magistrado. Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.107, nota 666: “Na época clássica, as arras serviam para confirmar a existência de um contrato já perfeito. Tratando-se de *pecunia*, esta constitui uma parte do preço paga antecipadamente e, ao mesmo tempo, sinal confirmatório da conclusão do contrato; por isso, não autorizava a sua rescisão”. Segundo, ainda, o autor, no direito justinianeu a essas funções confirmatória e probatória, juntou-se uma função penal pela qual as partes podiam deixar de cumprir, unilateralmente, o contrato que ainda não se encontrasse perfeito. Se fosse o comprador, perdia as arras dadas. Se fosse o vendedor, devia restituí-las em dobro.

³¹⁰ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 139.

³¹¹ JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.105.

³¹² *C. Theod.* 3,5, 2-3; *C.5,3,15-16*.

³¹³ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*. p. 139. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.104s.

³¹⁴ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p. 120.

como *initium matrimonii*, cuja relação se completa com a união de corpos³¹⁵. A tradição de que os esponsais determinam um vínculo quase matrimonial encontra referência bíblica, no livro do Deteronômio, quando qualifica como *uxor* também a *puella desposata*³¹⁶. Segundo Volterra, contudo, existe profunda diversidade entre os esponsais do direito clássico e o que se materializa na legislação pós-clássica e justinianeia, embora não se esvaneça a tradição anterior³¹⁷.

De acordo com Biondi³¹⁸, a novidade que aflorou no novo direito, conferindo ao instituto uma nova fisionomia, fundamentava-se em dois princípios: a obrigação, mesmo indireta, da realização do matrimônio; a extensão aos esponsais de certos preceitos válidos para as justas núpcias, como, v.g., a proibição para aqueles que ocupavam cargos em algumas províncias de contrair esponsais com mulher desses lugares³¹⁹, exceto se os esponsais se realizaram antes de assumir a função³²⁰; de senadores e seus descendentes tomarem por esposas mulheres libertas, ou aquelas (inclusive seus pais) que houvessem participado de diversões públicas (o mesmo se aplicava às mulheres descendentes com relação aos libertos)³²¹.

Os impedimentos matrimoniais, interpolados no direito justinianeu, eram extensivos aos esponsais, como, por exemplo: a proibição de o tutor tomar por esposa a sua pupila,

³¹⁵ Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p.123, em Graciano (27.q. 2,45). Os esponsais são considerados explicitamente como *initium matrimonii*, calcado na fé dos esposos.

³¹⁶ *Deut.* 22,23-24: Se houver uma jovem prometida a um homem, e um outro tiver relações com ela na cidade, levareis os dois à porta da cidade e apedrejá-los-ei até que morram: a jovem por não ter gritado por socorro, e o homem por ter violentado a mulher do seu próximo”. Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano* III, p. 122.

³¹⁷ VOLTERRA, Edoardo. *Ricerche intorno agli sponsali nel diritto romano*. In BIDR, 46, 1932; *idem in Sponsalia*. p. 36.

³¹⁸ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano* III, p. 108.

³¹⁹ D. 23,2,38: *Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam; vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur; ita scilicet, ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arrhis tantummodo redditus, quas acceperat*. (Se alguém desempenha um cargo em alguma província, não pode tomar por mulher a que é oriunda da mesma, ou tem nela domicílio, embora não se proíba contrair esponsais; isto supõe que, depois de ter deixado o cargo, não quiser a mulher contrair as núpcias, lhe será lícito fazê-lo, desde que devolva as arras recebidas.

³²⁰ D.23,2,38,1: *“Veterem sponsam in provincia, quam quis administrat, uxorem ducere potest (...)”*. (Pode alguém tomar por mulher na província que administra, a uma antiga *sponsa*).

³²¹ D. 23,2,44: *Lege Iulia ita cavetur: Qui senator est, quive filius, neposve et filio, pronepsve ex filio nato cuius eorum est, erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam, aut eam, quae ipsa, cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit; neve senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote filio nato, nata, libertino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit sponsa nuptave siens dolo malo esto (...)*. (Dispõe-se deste modo na *Lex Iulia*: Nenhum senador, ou o que é ou foi seu filho, ou neto havido do seu filho, ou bisneto havido de um filho nascido de qualquer deles, tenha intencionalmente tomado por esposa ou mulher uma libertina, ou a que ela mesma, ou que seu pai ou mãe pratique ou tenha praticado artes lúdicas (diversões públicas); nem a filha de um senador ou a neta nascida de um filho, se considere desposada ou casada intencionalmente com um liberto, ou com aquele ou que seu pai ou mãe representa ou tenha representado nas diversões públicas (...). Vide D.23,2,23; D.23,2,16, nota 463.

tampouco de uni-la em matrimônio a seu filho³²²; a proibição das núpcias referentes a determinadas pessoas (proibidas por Antonino e Cômodo)³²³; o consentimento daqueles a quem o mesmo se requer nas núpcias.

O processo de assimilação entre esponsais e matrimônio continuou e se aperfeiçoou sob a influência da doutrina da Igreja³²⁴, nas leis dos imperadores bizantinos, Leão, o filósofo³²⁵ e na Bola de Ouro de Alessio Comneno, de 1084. Ainda, segundo o autor, ao se invocar o Concílio de Trento³²⁶ e o movimento doutrinário precedente, observa-se a nítida separação entre matrimônio e esponsais, com a diminuição da importância destes últimos, numa contradição ao entendimento precedente da própria Igreja³²⁷.

A dissolução dos esponsais poderia ocorrer nos seguintes casos: morte de um dos promitentes; surgimento de impedimento legal contrário ao matrimônio; acordo das partes (*sponsus* e *sponsa*); escusa justificada de uma das partes³²⁸.

2.3 Definições de *iustae nuptiae*.

Nas palavras de Pablo Fuenteseca³²⁹, “*la naturaleza del matrimonium en Roma ha sufrido variaciones en las diversas épocas y ello hace difícil una definición válida para toda su*

³²² D.23,1,15: *Tutor factam pupillam suam nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adiungere potest; seias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere.* (O tutor não pode tomar por esposa a que foi constituída sua pupila, nem uni-la em matrimônio a seu filho; porém é sabido que o que dissemos das núpcias também se refere aos esponsais); no mesmo sentido, D.23,2,60,5.

³²³ D.23,1,16; Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p. 120.

³²⁴ Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 140, nota 405. Os padres da Igreja consideravam os esponsais como *initium matrimonii*, relação que se completava com a união dos corpos, como se encontra em AMBRÓSIO. *Inst. Virg.*, 6,41 (P.L. 16, 330s): “*Desponsata enim viro coniungis nomen accepti, cum enim initiatur coniugium tunc coniugii nomen adsciscitur non eum defloratio virginitatis facit coniugium, sed pactio coniugalis*”. (Aquele que é noiva de um homem recebe o nome de cônjuge. Quando de fato se inicia o conúbio, então surge o termo *coniugium*, porque não é a defloração da virgindade que faz o matrimônio, mas o consenso dos esposos); ISIDORO. *Etym.* 9,79: “*Coniuges autem verius appellantur a prima desponsationis fide, quamvis adhuc inter eos ignoretur coniugalis concubitus.* (Mas se chamam cônjuges verdadeiros e próprios sem a celebração dos esponsais, embora entre eles seja ainda ignorada a cópula conjugal).

³²⁵ Nov. 74 e 109, de Leão VI

³²⁶ Décimo nono Concílio Ecumênico da Igreja Católica e um dos três mais importantes (além do 1º de Niceia, 325; e 4º de Latrão, 1215). Foi convocado pelo Papa Paulo III e realizado entre 1545-1563. Teve por objetivos estreitar a união da Igreja, ou seja, a unidade da fé, assegurar a disciplina eclesiástica e reprimir os abusos, numa reação à reforma protestante. In http://pt.wikipedia.org/wiki/Conc%C3%ADLio_de_trento. (visitado em 20 Abr 2011).

³²⁷ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano. III*, p.123.

³²⁸ D.23,2,2: *Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt.* (As núpcias não podem subsistir, se não consentirem todos, isto é, os que se unem e aqueles sob cujo poder estão). Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 106s; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 225s; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 293; SANTOS, Severino Augusto dos, *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 174.

³²⁹ PABLO FUENTESECA. *Derecho privado romano*, p. 363.

evolución”. Nem toda convivência entre um homem e uma mulher, mesmo prolongada e estável, constituía núpcias. Para tanto, fazia-se necessária uma vontade continuada e permanente de querer viver como marido e mulher (*maritus et uxor*), no significado de comunhão total de vida que se materializava através da *affectio maritalis*, exteriorizada pela *honor matrimonii* ou participação da mulher na condição social do marido³³⁰. Esses dois elementos, isto é, convivência (material) e intenção (espiritual) deviam coexistir para dar vida ao matrimônio. Quando um deles deixasse de existir o matrimônio se dissolvia³³¹.

Por *affectio maritalis* se entende a vontade, a intenção dos cônjuges de serem esposo e esposa, dando vida a uma união monogâmica, com o objetivo de formar uma família, isto é, uma sociedade doméstica para a procriação e educação dos filhos, fundamentada sob mútua relação de proteção e assistência³³², produtiva de efeitos jurídicos. Esta recíproca vontade é chamada também, nas fontes, como *mens coeuntium*, que é um estado não somente psíquico, mas também uma vontade jurídica, caracterizando o que se denominava *honor matrimonii*³³³.

Todavia, nessas mesmas fontes encontram-se situações em que, mesmo sem a convivência conjugal, a união subsistia em toda a sua integridade. Ocorria, por exemplo, na hipótese do matrimônio entre ausentes, como se verifica na sentença de Pompônio, encontrada no Digesto: “*Mulierem absentem per literas eius, vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur*”³³⁴. Deste modo, aflora a hipótese de que a convivência não devia necessariamente ser intensa, no sentido de estritamente realista ou literal, mas no significado ético e social, ou seja, nas mais diversas manifestações exteriores que caracterizam a *honor*

³³⁰ Vide FALCÃO, Miguel. *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social em el Imperio Romano*, p. 6s; Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 363. A *honor matrimonii* consistia, sobretudo, no comportamento recíproco do homem e da mulher; comportamento habitual exteriorizado entre os esposos, na reverência de um para com o outro, que lhes assegurava o respeito e a consideração social, na participação da mulher na dignidade e *status* do marido, sem a qual a união podia ser considerada um concubinato. Ressalte-se que a participação da mulher na posição social do marido era uma característica do matrimônio romano, diferentemente de outros povos, principalmente de origem semítica.

³³¹ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 330.

³³² VOLTERRA, E. *La concepcion du mariage à Rome*, p. 35; FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 342. Segundo JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 62s, até o século IV (período que envolve a época clássica), a *affectio maritalis*, materializada na vontade efetiva e contínua de os cônjuges se manterem unidos na relação matrimonial, constituía o elemento fundamental do matrimônio. Vontade isenta de condição, termo, formalidades ou cerimônias especiais. A partir do século IV, compreendendo a época pós-clássica e justinianéia, somente se exige a vontade inicial dos cônjuges e, por isso, uma vez manifestada, o matrimônio somente cessa pelo divórcio, não bastando a simples vontade de terminar a relação matrimonial.

³³³ Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 62s; CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1307.

³³⁴ D.23,2,5: Admite-se que uma mulher possa casar-se com um ausente por carta deste ou por mensageiro, se foi conduzida à casa do mesmo). Vide notas 376 e 377.

matrimonii. Por outro lado, havia situações em que, não obstante a convivência, não se podia falar em matrimônio, porquanto não existia essa aparência conjugal. Tal situação não se referia somente à mulher, mas a outros conviventes, como escravos e nas uniões incestuosas³³⁵.

Considerados os elementos constitutivos do matrimônio, a *affectio maritalis* e a convivência, percebe-se uma estreita analogia entre o matrimônio e a posse, também constituída de um elemento espiritual (*animus*) e de um elemento material (*corpus*). Por isto se afirma que o matrimônio era, como a posse, uma relação de fato, um estado de fato³³⁶. Esta também é a visão de Albertário:

*“È notissimo il parallelismo tra matrimonio e il possesso romano classico rapporti di mero fatto, entrambi, produttivi di conseguenza giuridiche; rapporti fondati, entrambi sulla coesistenza di un elemento spirituale e di un elemento material: e più precisamente rapporto, il matrimonio, posto in essere e conservato dal consensus dei coniugi e dalla loro convivenza; rapporto, il possesso, posto in essere e conservato dall’animus possidendi e della detenzione della cosa”*³³⁷.

Segundo BIONDI³³⁸, o elemento voluntário tinha prevalência sobre o material, daí a expressão utilizada pelos romanos: “*nuptias non concubitus sed consensus facit*”³³⁹. Ou ainda: “*(...) non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*”³⁴⁰. Para que a união de um homem e de uma mulher, fundamentada na recíproca *affectio maritalis* ou *consensus*, produzisse os efeitos jurídicos próprios do *iustum matrimonium*, objetivando em primeiro lugar a procriação, bem como o exercício da *patria potestas* pelo pai ou pelo seu *paterfamilias*, faziam-se necessários alguns requisitos: além do *consensus*, a puberdade dos nubentes e o *conubium*. Tais elementos, no entendimento moderno correspondem à capacidade física ou natural e à capacidade jurídica.

³³⁵ VOLTERRA, E. *La concepcion du mariage à Rome*, p. 6s.

³³⁶ Vide FAYER, Carla, *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p.331. Para TALAMANCA, E. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990, p. 486, “*il possesso, come signoria di fatto sulla cosa consta, strutturalmente, di due elementi essenziali: uno materiale, disponibilità dela cosa in se considerata (il corpore possidere dei romani), ed uno spicologico, l’intenzione di escludere dalla cosa qualsiasi altro soggetto (per i nromani l’animus possidendi o, più incisivamente rem sibi habendi: di tenere la cosa come propria)*. Simili modo, BIONDO Biondi. *Istituzioni di diritto romano*. Cit. p. 558: “*Il matrimonio (...) si può mettere in rapporto al possesso poichè resulta da un elemento materiale (convivenza) e da un elemento volontario costituito dalla affectio maritalis*”; VOLTERRA, E. *La conception du mariage a Rome*. In RIDA, II, Bruxelles, 1955, p. 39: “*L’opinion commune, qui veit distinguer entre un élément subjectif et un élément objectif, est influencée par la comparaison que j’estime très dangereuse, entre le mariage et la possession*”; GUARINO, A. *Diritto privato romano*. Napoles: Editore Joven Napoli, 1981, p. 568: “*Occorre aggiungere cite la comunis opinio si lasciò trarre in errore... Da talune evidenti ed innegabili analogie tra matrimonium e possessio per affermare, avventatamente che esso era un reporto di fatto ala stessa guisa del possesso*

³³⁷ ALBERTARIO, Emílio. *L’autonomia dell’elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano giustiniano*. Messina: Casa Editrice Giuseppe Principato. p. 154.

³³⁸ BIONDO, Biondi. *Istituzioni di diritto romano*, p. 559.

³³⁹ D.50,17,34: “*Não é o concúbito, mas o consentimento que constitui as núpcias*”. Vide notas 417, 418 e 424.

³⁴⁰ D.24,1,32,13: *in fine* (...) o matrimônio não se constitui pelo coito, mas pela *affectio maritalis*”. Vide nota 420.

A *affectio maritalis* era sinônimo de consenso e não significava afeição ou apego recíproco. Não se concretizava em um ato, mas em todo um comportamento preciso que se materializava na *honor matrimonii*. Eram esses requisitos que levavam a considerar a mulher como esposa, bem como a distinguir o matrimônio não somente de qualquer união temporária, mas também do concubinato. Uma situação era considerar socialmente uma mulher como esposa, outra era tê-la como concubina³⁴¹.

As justas núpcias aconteciam de acordo com o *ius civile* foram assim definidas por Modestino, no título 2, *De ritu nuptiarum*, do livro 23 do Digesto: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”³⁴². Ou, ainda, na expressão de Ulpiano ou Florentino, encontrada nas Instituições de Justiniano: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens*”³⁴³.

³⁴¹ Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 559.

³⁴² D.23,2,1: “Núpcias são a conjunção do homem e da mulher, consórcio para toda a vida, comunicação do direito divino e humano”. Cf. TABOSA, Agerson. *Direito romano*. 3 ed. Fortaleza: FAZ, 2007, p. 178: “Justas núpcias (*justae nuptiae*) é uma das expressões técnicas para se dizer casamento legal. Justas vem de *jus* e significa de acordo com o direito, legítimo, legal. E núpcias se origina do verbo *nubere*, cuja tradução é casar”. Cf. FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*. Separata da Revista Teológica. Vol VIII, Fasc 3. Braga, 1973, p. 9: “Quando a união matrimonial não reunia os requisitos exigidos pelo direito, por ser contrária aos costumes ou às proibições legais, tratava-se então de *injustae nuptiae*”. Cf. VOLTERRA, Edoardo. *Iniustum matrimonium*, p. 461: “*Le espressioni usate, matrimonium nullum, iniustum, contra legem non corrispondono ciascuna ad una concezione giuridica diversa, ma esprimono semplicemente l’idea unívoca che l’unione coniugale, pur esistendo di fatto, manca di uno o più dei requisiti per poter essere qualificata come iustum matrimonium e spiegare effetti giuridici*”.

³⁴³ I. 1,9,1: “Núpcias ou matrimônio é a união do homem e da mulher, com indivisível comunhão de vida”. Segundo MOREIRA ALVES, José Carlos. Cit. p. 282, a definição é provavelmente de Ulpiano. Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, cit. p.193. Segundo CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 11, matrimônio deriva de *matrimonium*, que encontra sua etimologia em *mater*. Tanto *matrimonium* como *nuptiae* são referentes à união de um homem e de uma mulher mediante formalidades legais. Segundo GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 224, a dialética *nuptiae-matrimonium*, fundamentada nos elementos discriminantes da *manus*, não obstante conter uma condicionante dificilmente superável, porque deveria ser matrimônio somente aquele seguido da *conventio in manum*. No Digesto, os termos são utilizados como sinônimos: D. 23,2,10 (Paulo, 35 *ad ed.*) “(...) *non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere...*”; (“... não se lhes proíbe aos filhos de um e outro sexo contrair matrimônio ou legítimas núpcias”); D.23,2,11: “... *puto recte matrimonium vel nuptias contrahi*”. (“opino que legitimamente se contrai matrimônio...”). Na versão de GAIO 2,139, matrimônio representa a fase da relação que se sucede às *nuptiae* e é determinada pela constituição da *manus*. A expressão gaiana “*que in manu fuit nubat*” pode referir-se a uma relação preexistente caracterizada pela operatividade da *manus*. Uma relação na qual se identificam os pressupostos práticos e referenciais técnicos a respeito das núpcias, nomeadamente futuras; A respeito também se encontra no D.23,1,9: “*Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint ante duodecimum annum, si fuerit nuptiae collate, et semper Labeonis sententiam probavi existimandis, si quidem praecesserit sponsalia, durare ea quamvis in domo loco nuptiae esse coeperit, si vero non praecesserit, hoc ipso, quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta, quam sententiam Papinianus quoque probat*”. (Pergunta-se a Juliano, se havia esponsais antes do décimo segundo ano, se se houvessem realizado as núpcias. E sempre aprovou a opinião de Labeão, que crê que, se verdadeiramente houverem precedido os esponsais, estes subsistem, ainda que a mulher haja começado a estar em casa na condição de casada, parece que se não houverem precedido, por isto mesmo, porque não foi conduzida à casa, não se consideram contraídos os esponsais, cuja opinião aprova também Papiniano); AULO GELIO. *Noctes at.18,4,9*, citado por GIUNTI, Patrizia (p. 224), delinea, de forma explícita, a distinção entre *matrimonium* e *manus*, ao abordar o diverso significado de *matrona* e *materfamilias*, qualificando esta última como a *uxor in manum*, ou seja, aquela que “...*non in matrimonium tantum sed in familiam quoque mariti... venisset*”. Segundo GIUNTI,

Na expressão “*coniunctio maris et feminae*”, encontrada em Modestino e corroborada em Justiniano (*vir et mulieris coniunctio*) deve-se entender a união sexual puramente física de um homem e de uma mulher, constituindo a base natural e fisiológica do matrimônio. Embora a definição não seja explícita, subentende-se que a procriação dos filhos (*procreatio filiorum*) era o objetivo específico do casamento romano: “*una unión física dirigida a la procreación y educación de los hijos habidos da la misma*”³⁴⁴. Ou, na expressão de Carla Fayer, “*la procreazione dei figli, che costituisce uno degli scopi del matrimonio della massima importanza dal punto di vista sociale*”³⁴⁵.

Segundo Solazzi³⁴⁶, a expressão não indica qualquer elemento espiritual do matrimônio, não acena a direitos e deveres dos cônjuges, não postula também a bilateralidade ou reciprocidade. Na verdade, *coniunctio* tem um significado materialístico, sendo possível empregar esse vocábulo em relação aos animais como aos homens, tanto para os servos como para os livres, e ainda para a relação sexual ilícita ou lícita.

Na expressão “*consortium omnis vitae*”, Modestino se reporta à ideia de uma comunhão integral de vida e de bens, que reflete, sobretudo, o ideal do paganismo³⁴⁷. “*Consortium omnis vitae*”, que encontra ressonância em “*individuum consuetudinem vitae*”, de Justiniano, tem o significado de consórcio de todas as coisas da vida. Em consequência, os consortes, como se denominam os cônjuges, são aqueles que convivem unidos em matrimônio, compartilham o mesmo destino que a vida impõe, materializado nos sucessos e nos fracassos, venturas e desventuras, risos e lágrimas³⁴⁸.

Patrizia. Cit. p.299, as noções traduzidas no D.25,2,10 e 23,2,11 (supracitados) constituem uma disparidade semântica como parece aflorar no *Tit. Ulp.5,2*, onde a palavra *nuptiae* é usada no significado do momento celebrativo, indicando o matrimônio como o instituto jurídico ou a relação continuada e consequente: “*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit.* (nota 379; DAZA MARTINS. *Nuptiae et matrimonium*. Seminario de Derecho Romano. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1978, p. 67. *Nuptiae* são como os ritos religioso-sociais, uma antítese a *matrimonium*, que é um *status* ou a situação nova nascida das *nuptiae* ou que se segue a elas, de forma duradoura, contrapondo-se à temporalidade da fase inicial. Segundo GIUNTI, Patrizia, cit. p.317, à época de Cícero, o vocábulo matrimônio tinha o significado de estabilidade e certeza do vínculo, ou seja, de união durável. *Nupta* era empregado para significar a mulher ainda não definitivamente esposada. Isto pressupõe uma imagem de *nuptiae* como relação não durável, que somente com a incidência da *dignitas matrimonii* faz surgir o aspecto duradouro de permanência e estabilidade, a essência do matrimônio. Cf. CICERO, *de repl. 6,2,2*: “*Firmiter enim maiores nostri stabilita matrimonia esse voluerunt*”.

³⁴⁴ CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 21. Cf. DI MARZO, L. *Lezioni sul matrimonio romano*. Palermo, 1919, citado por Carrillo de Albornoz (p.41). “*El consortium omnis vitae consiste em la intención de una comunanza duratura, che pero tutavia cessare col venir meno dela intenzione medesima nell'uomo o nella donna*”.

³⁴⁵ FAYER, Carla. *La familia roma. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 354.

³⁴⁶ SOLAZZI, Siro. *Consortium omnis vitae*. In *Annali della R. Università di Macereta*, 5, 1929, p. 27-37. Segundo o mesmo autor (*ibidem*): “*La definizione non è una definizione romana e pagana, è una definizione cristianeggiante*”.

³⁴⁷ Vide NOGUEIRA, Adalácio Coelho. *Introdução ao direito romano*, Rio/São Paulo, Forense, 1971, p. 09.

³⁴⁸ Segundo DION. ALIC 11,25, a mulher que por matrimônio sagrado (*confarreatio*) se une a um homem será sócia em todos os bens e nos assuntos religiosos. Vide CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Oretga. Cit. p.37s.

Isto, contudo, não sedimenta a ideia de que essa convivência “*consortium omnis vitae*” ou “*consuetudinem vitae*” tenha o significado de perpetuidade somente modificado pela morte. É que o matrimônio romano, mesmo na época cristã, não constituía uma união indissolúvel e, como toda sociedade, na qual também a *affectio (societatis)*, dissolvia-se pelo *descensus sociorum* ou *contrarius consensus*, através do divórcio³⁴⁹. É o que se comprova na Novela 22, de Justiniano: “(...) *quoniam eorum, que in hominibus subsequuntur, quidquid legatur solubile est*”³⁵⁰. Assim, a união era duradoura e estável, enquanto a vontade dessa convivência persistisse. Nessa mesma visão, assinala Carrillo de Albornoz:

*“Imaginar que los coniuques tenían la intención de comenzar una unión perpetua que duraria para siempre, no concuerda con el sentido practico y liberal de los romanos que, conocían perfectamente la fragilidad de un vínculo que depende casi totalmente de las emociones”*³⁵¹.

Simili modo, Miguel Falcão afirma: “ *Consortium omnis vitae clasico debe entenderse en el sentido de universalidad, como una comunión total de las circunstancias de la vida*”³⁵². Para Albertário³⁵³, o *consortium* só pode ser considerado perpétuo num estado ideal e intencional, admitindo-se, contudo, a possibilidade de dissolução.

Segundo esclarece, esta concepção é encontrada em várias obras literárias: CÍCERO, *de off 1,54*: “ *Prima societas in ipso coniugo est*; TÁCITO, *anual. 3.34; 12,5*; QUINTILIANO, *declam. 247*; *Uxor est quae feminae viro nuptiis collocata in societatem vitae venit*. Cf. VEGA DE MIGUENS, Nina Ponsa. *Cit. p. 47*. As palavras *consuetudinem vitae continens* traduzem a essência do matrimônio, que é a continuidade e comunidade de vida, intencional e perpétua. *Simili modo*, FAYER, Carla *La familia roma. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 352. “ *Consortium omnis vitae ou individuum consuetudinem vitae*” significa a completa e íntima comunhão de vida dos cônjuges, que constitui o fundamento ético-social do matrimônio, válido em todas as épocas e em todo lugar. Para a autora, as duas definições não contemplam o elemento intenção, ou seja, a *affectio maritalis*, mas acentuam a convivência, que é o objetivo precípua do matrimônio para todo o direito e para todo o tempo. Assim, uma relação na qual viesse excluída a convivência não parece sequer possível. Cf. LONGO, C. *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*. Milano, 1946, p. 148s: “ *Come se vede, queste definizioni mettono in luce l’esigenza della convivenza ed il suo significato etico-sociale, ma non danno esplicito risalto all’esigenza dell’affectio maritalis. Inoltre esse sembrano proclamare la perpetuità e indissolubilità del matrimonio*”.

³⁴⁹ Vide CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. *Cit. p. 43*; VEGA DE MIGUENS, Nina Ponsa de la. *Cit. p. 47*; FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p.355. Segundo esta autora, *consortium omnis vitae*, por vezes, é visto como alusão à indissolubilidade do matrimônio, conceito completamente estranho à noção de matrimônio própria do direito romano.

³⁵⁰ Nov. 22,3: “(...) porque todas as coisas que se fazem entre os homens são dissolúveis, qualquer que seja sua ligação”. Isto leva a entender, segundo FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 356: “ *un modo de vivere indivisible, inseparabile, naturalmente sempre prevendendo l’incidente del divorzio*”.

³⁵¹ CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. *Cit. p. 41*. Segundo o autor, *coniunctio* é a união física, a cópula em definitivo. Cópula, no seu homônimo latino *copula*, tem o significado de ligação de uma coisa com outra, vínculo ou atadura, de raiz etimológica em *copulare*, isto é, juntar, unir uma coisa com outra, e assim, unir-se sexualmente.

³⁵² FALCÃO, Miguel. *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social em el Imperio Romano*, p. 6; FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*. Separata da Revista Theologica. Vol VIII. Fasc. 3. p. 8.

³⁵³ ALBERTARIO, E. *La definizione del matrimonio secondo Modestino*. In *Studi di Diritto Romano I*. Milano, 1935, p. 183, citado por CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega, p. 41.

Na interpretação de Biondi³⁵⁴, esses enunciados colocam em prevalência a base real do matrimônio: a união de pessoas de sexo diferente. Não qualquer união sexual, mas aquela que pressupõe a mais perfeita e plena comunhão de vida, sob o aspecto total, uma « *communicatio divini et humani iuris* », ou seja, na dimensão humana e divina. Este último elemento é distinto do *consortium omnis vitae*, mas ao mesmo tempo, completa-o, considerando que o matrimônio é uma relação muito especial, na qual os sócios não somente compartilham das coisas humanas, mas também daquelas que dizem respeito à moral e à religião³⁵⁵. A expressão « *divini et humani iuris communicatio* », portanto, revela o aspecto religioso do matrimônio, desde a mais antiga época. É o liame que se origina no culto doméstico (*sacra privata*) do qual participam marido e mulher nas cerimônias e ritos ancestrais. No mesmo sentido era entendido na época pós-clássica cristã, mesmo porque não contradizia o ideário da nova doutrina.

Para Carla Fayer³⁵⁶, a frase final da definição de Modestino, « *divini et humani iuris communicatio* », não se encontra nas Instituições de Justiniano (I.1,9,1), motivando interpretações e dúvidas na era clássica e justinianeia, além da suposição de ser interpolada. A esse respeito, esclarece Gaudemet :

«*La soppressione della frase divini et humani iuris communicatio nella definizione accolta in Inst. 1,9,1, perché essa conteneva un riferimento all'associazione della moglie al culto familiare del marito e si sarebbe corso un rischio nel trasferirla nella definizione accolta nelle istituzioni per indicare comunanza di fede (pagana o cristiana), perché il paganesimo, malgrado la sua condanna, esisteva la possibilità di unioni miste, non vietate dal diritto romano e formalmente neppure dalla dottrina, sebbene ritenute pericolose; di conseguenza l'unità di fede non poteva figurare in una definizione dello stato coniugale* »³⁵⁷.

Discute-se, contudo, se a « *communicatio divini et humani iuris* » refere-se somente ao casamento *cum manu* ou ao matrimônio em geral. Para Albertário³⁵⁸, na parte final da definição, Modestino faz referência ao matrimônio *cum manu*, ao menos no sentido jurídico, não social. É que somente neste caso a mulher quebrava a vinculação com sua família de origem, perdia sua condição de *heres* e assumia igual posição na família em que ingressava, além de participar do culto dos antepassados do seu marido.

³⁵⁴ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 560,

³⁵⁵ Vide CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 48.

³⁵⁶ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 358.

³⁵⁷ GAUDEMET, J. *La definition romane canonique du mariage*. In *Speculum Iuris et Ecclesiarum*, apud Fayer, Carla. *La família romana*. Parte seconda, p. 358.

³⁵⁸ ALBERTARIO, E. *La definizione del matrimonio secondo Modestino*. In *Studia di diritto privato romano*. Milano, 1933, citado por CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega (p. 47).

De sua parte, Carrillo de Albornoz³⁵⁹ afirma que Modestino não se referia especificamente ao casamento *cum manu*, porquanto, na sua época, a pretendida distinção entre matrimônio *cum manu* e *sine manu* não foi conhecida pelos juristas romanos, visto que somente conceberam um tipo de casamento fundamentado na vontade recíproca do homem e da mulher. A *confarreatio*, a *coemptio* e *usus* não são formas de *conventio in manum*³⁶⁰. O matrimônio era uma instituição destinada a criar uma sociedade conjugal, enquanto o objetivo da *conventio in manum* era assegurar a entrada ou ingresso da mulher na família agnática do marido, submetendo-a à potestade de um novo *paterfamilias*, independentemente do fato de estar unida ou não em matrimônio.

Para Fuenteseca³⁶¹, a definição de Modestino ressalta claramente a comunidade de vida caracterizada pelo matrimônio e que supõe, comutantemente, uma interdependência do direito tanto divino como humano. E acrescenta o autor: “*se trata de una comunidad de vida religiosa y civil en cuanto el matrimonio afeta a la esfera del ius pontificium, los ritos matrimoniales (nuptiae) son ceremonias religiosas en las que participan los sacerdotes*”. Contudo, para a grande parte dos romanistas, no matrimônio romano, diferentemente do hodierno, não existia uma forma. Nesta visão, Schulz, citado por Santos Justo, afirma.

*“En el derecho clásico, el matrimonio se concluye mediante acuerdo no formal. No se exige por la ley, formula o acto simbólico alguno, ni colaboración de un sacerdote o magistrato, ni siquiera la inscripción en un registro oficial, (...) es solamente la libre voluntad del hombre y de la mujer lo que constituye el elemento esencial del matrimonio”*³⁶².

No mesmo sentido, Carrillo de Albornoz³⁶³ acrescenta: “*El derecho romano nunca sancionó ad substantiam una determinada forma de celebración del matrimonio, como fundamentalmente lo atestiguan una serie de constituciones incluidas en el libro 5 del Código, bajo el título De nuptiis*”³⁶⁴. Assim, embora o matrimônio romano fosse privado de uma forma

³⁵⁹ CARRILO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 47.

³⁶⁰ Vide nota 502.

³⁶¹ PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*. Madri, 1978, p. 363.

³⁶² SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1960, p. 106, citado por JUSTO, António dos Santos. In *Direito privado romano IV*, p. 63. Cf. CARRILO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 56. “*Para validez del matrimonio no se esigia forma o acto simbolico alguno, ni siquiera la presencia de un magistrado*”. Do mesmo modo, FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 361: “*La dottrina moderna nel ritenere che, nel período classico, nessun atto formale, nessuna solennità fossero richiesti per la costituzione del matrimonio e neppure che la volontà dell'uomo e della donna di essere marito e moglie fosse espressa in una forma determinata*”.

³⁶³ CARRILO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 55.

³⁶⁴ Na Novella 74, de 537, Justiniano permitiu a todos os súditos, inclusive aos de baixa condição (*abjecta vita degunt*), casar-se na forma por eles escolhida. Os atos referentes aos integrantes das classes mais elevadas, eram:

jurídica específica, não faltavam, por outra parte, formas sociais determinadas pelos *mores* e ritos religiosos, que eram observados com grande riqueza e extremo vigor, como se observa nas *Institutiones Oratoriae* de Quintiliano: “*pleraque in iure non legibus sed moribus constant*”³⁶⁵.

A falta de uma intervenção pública na celebração do matrimônio não tinha grande importância, porque o direito dava relevância aos costumes, de modo que os *mores* tornaram-se *ius*. O direito não impunha formas próprias para constituir-se a união matrimonial, reconhecendo somente como único elemento constitutivo, essencial e imprescindível o *consensus*. Isto porque considerava as formas religiosas e sociais idôneas para a existência do matrimônio³⁶⁶. Nesse sentido, pode-se repetir Miguel Falcão, corroborando a visão de vários romanistas: “*La concepción romana del matrimonio es realista. Para os juristas clássicos el matrimonio no pasa de ser una situación de hecho con relevancia jurídica, resultante de la convivencia de un hombre con una mujer como maritus et uxor*”³⁶⁷.

Esse tipo de relação assim descrita constituía o *iustum matrimonium* que, segundo Volterra³⁶⁸, no conceito romano, não era uma união legítima que se formava pela vontade inicial dos cônjuges e que podia ser anulada pela existência de um vício. Ao contrário, constituía uma união conjugal fundamentada em determinados requisitos, os quais, se não existissem, faziam cessar imediatamente seus efeitos ou validade. Uma união realizada, *v.g.*, com uma condenada por adultério ou com quem cometera estupro não poderia constituir *iustum matrimonium* e ter efeitos jurídicos, porquanto, faltava-lhe, pelo imperativo das leis de Augusto, o *conubium* entre os cônjuges.

Essa convivência³⁶⁹ que objetivava a perpetuidade da família, através dos descendentes, necessária para povoar e fortalecer o Estado, constituía o fim primordial do matrimônio.

redação de documentos nupciais, constituição de dote, doação antenupcial. A obrigação era contraída perante o *defensor ecclesiae*, diante de três ou quatro clérigos, afirmando a vontade de ser marido e mulher. Mas esses atos não constituíam formalidades exigidas para o casamento. Tinham tão somente a finalidade de materializar provas sobre a legitimidade dos filhos e evitar litígios sobre substanciais heranças. *Vide* CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. *Cit.* p. 54..

³⁶⁵ QUINT. *Inst.* 5,10,13: “A maior parte das normas é fixada não pelas leis, mas pelos costumes”. *Vide* FAYER, Carla. *La familia romana. Aspecti giuridici ed antiquari.* Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote.* *Cit.* p. 362.

³⁶⁶ *Vide* FAYER, Carla. *La familia romana. Aspecti giuridici ed antiquari.* Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote.* p. 362.

³⁶⁷ MIGUEL FALCÃO. *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social em el império romano.* EUNSA. Pamplona, 1973, p. 5. Para o autor, o matrimônio era uma situação configurada socialmente da qual derivavam consequências jurídicas, se ocorressem de acordo com determinados requisitos exigidos pelo direito, fazendo surgir as *iustae nuptiae* ou *matrimonium iustum*. Do contrário, embora socialmente existisse a convivência, mas não resultassem os mesmos efeitos, seriam *injstae nuptiae* ou *matrimonium injustum*.

³⁶⁸ VOLTERRA. Edoardo. *Iniustum matrimonium.* *Cit.* p. 467.

³⁶⁹ As definições de Modestino e Ulpiano ou Florentino não fazem referência ao elemento espiritual (*affectio maritalis*) ressaltando, sobremaneira, a convivência, que era o objetivo principal do matrimônio.

Expressava a concepção arraigada e propalada por literatos e poetas que, da República à época imperial, punham-na em evidência sempre que suas obras se referiam às núpcias³⁷⁰. Assim, salienta-se o valor da coabitação quotidiana como fator determinante para a sustentação do vínculo conjugal. Não significava, contudo, que a interrupção da convivência, não fundamentada numa vontade divorcista, provocasse a dissolução do matrimônio, permanecendo, apesar da distância, a condição dos cônjuges³⁷¹.

Essa ausência de convivência, muitas vezes, era motivada pela distância ou afastamento do homem da casa conjugal, no caso, *v. g.*, do legionário que era proibido de conviver com a mulher durante o serviço militar, sem que se comprometesse a estabilidade e a natureza da relação matrimonial³⁷², mesmo porque, na ausência do marido, a mulher continuava a residir na casa conjugal. O mesmo não ocorria quando o marido se encontrava na situação de prisioneiro de guerra, quando a ausência não se entendia como cessação da *affectio maritalis*. Nesse caso, o casamento era dissolvido³⁷³, não obstante a efetiva residência da esposa na casa conjugal. Isto constituía, segundo Giunti³⁷⁴, “...*il particolare effetto risolutivo della capitis deminutio maxima*”.

De forma geral, considerando-se a eficácia da separação de fato a respeito da estabilidade da relação matrimonial, não parece haver outra avaliação senão em termos diferenciados, conforme seja a ausência do marido ou da mulher. A circunstância de ambos viverem separados não prejudicava, de per si, a estabilidade da relação, porque a mulher não deixava o domicílio do casamento. Pareceram, portanto, irrelevantes a coabitação e seus efeitos sobre a vitalidade do matrimônio quando se tratava da distância ou afastamento do homem. Porém, era dada uma atenção peculiaríssima quando isso ocorria com a mulher. A mesma discriminação se verificava, em relação à mulher, quando ante a possibilidade da celebração

³⁷⁰ CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 22. Segundo o autor, as comédias de Plauto referem-se, com frequência, a esse assunto (*Capt.* 4,2,109; *Pseud.* 1,2,21); Quintiliano, *Declam.*, 247; Aulo Gélío, *Noct. Att.* 4,3,2; *Tit. Ex corpore*, 7,21,44; Gaio, 4,29.

³⁷¹ Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 163.

³⁷² SUET, *Aug.* 24.

³⁷³ Cf. ALBERTARIO, Emílio. *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano giustiniano*. Cit. p.155. Os prisioneiros de guerra resgatados ou libertados readquiriam *ipso iure* todos os seus direitos, mas não readquiriam a posse nem o estado matrimonial que a prisão de guerra dissolveu, porque a posse e o matrimônio não eram direitos, mas relações geradoras de direitos. Isto se deflui de D. 24,2,1, ao abordar as formas de extinção do matrimônio: “*Dirimitur matrimonium divortio, morte captivitate.*”. Vide nota 735. Sobre a situação jurídica do cidadão romano capturado pelo inimigo, vide JUSTO, António dos Santos. *A captivitas e a reversio (direito romano)*. Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2003.

³⁷⁴ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 168. Cf. D. 48,15,12,4: “*Sed captivi uxor, tametsi máxime et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est.*”. (“Porém, a mulher do cativo, ainda que especialmente o queira e esteja na casa dele, não está, sem embargo, em matrimônio”).

das núpcias, sem a presença do homem e impossibilidade no caso da ausência da mulher³⁷⁵. É o que se deflui das sentenças de Paulo: “*Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest*”³⁷⁶; e de Pompônio, encontrada no D.23,2,5:

“*Mulierem absenti per literas eius, vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur; eam vero, quae abesset, ex literis vel nuntio suo duci a marito non posse, deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*”³⁷⁷.

Ao contrário, a separação de fato produzida pelo afastamento da mulher parecia comprometer a estabilidade matrimonial, acarretando a cessação da *affectio maritalis* e ensejando a materialização do divórcio. A ausência da qual falam os textos citados refere-se ao domicílio habitual do homem, local onde ele normalmente residia e tinha casa em que podia entrar a mulher no momento inicial do matrimônio. A esse respeito, convém transcrever as palavras de Giunti³⁷⁸: “*L’immagine di un rapporto coniugale che assume la coabitazione, in quanto disponibilità ininterrotta della uxor, quale fattore strutturale decisivo, componente ineliminabile di quell’honor matrimonii in cui si sostanzia l’ affectio maritalis*”,

2.4 Pressupostos

Sobre esta temática, afirma Miguel Falcão:

“*El derecho es ordenador de la vida social y a la vez echa sus raíces en ella. Para que la unión matrimonial pudiera ser matrimonium iustum, esto es, con una relevancia jurídica propia, el derecho exigía determinados requisitos, el primero de los cuales era la existencia del conubium*”³⁷⁹.

Nas Instituições de Gaio³⁸⁰, no Digesto³⁸¹ e nas Instituições de Justiniano³⁸², encontram-se as condições para a realização do casamento. Esses requisitos, *ab initio*, tinham origem nos *mores* e se modificaram no perpassar do tempo, nomeadamente com a influência do

³⁷⁵ Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 169; FAYER, Carla. *La familia romana. Aspecti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 335.

³⁷⁶ *Sent. Pauli*. 2,19,8: “O homem ausente pode casar-se; a mulher ausente não pode”.

³⁷⁷ D.23,2,5: “Admite-se que uma mulher possa casar-se com um ausente por carta deste, ou por mensageiro, se foi levada à casa do mesmo. Porém a que esteve ausente não pode ser tomada como mulher por carta, ou por mensageiro seu, pelo marido, porque é necessário que a condução seja à casa do marido, não a da mulher, como domicílio do matrimônio”.

³⁷⁸ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 171.

³⁷⁹ FALCÃO, Miguel. *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano*, p.7s.

³⁸⁰ Gaio 1,56-80; 1,196.

³⁸¹ D. 23,2 *De ritu nuptiarum*.

³⁸² I. 1,10 *De nuptiis*.

cristianismo a partir do império tardio. Por regra geral, o casamento romano, para ser considerado *iustum matrimonium* e, portanto, gerar efeitos jurídicos, deveria preencher certas condições ou requisitos, como se deflui da sentença de Ulpiano: “*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum si in potestate sunt*”³⁸³.

Destarte, nem toda convivência entre homem e mulher, mesmo prolongada e estável, constituía matrimônio. Carecia da existência de uma vontade continuada e permanente de serem marido e mulher, no significado de plena comunhão de vida³⁸⁴. Os elementos que afluíam e davam significado a essa relação repousavam na *affectio maritalis*, bem como na *honor matrimonii*, os quais elevavam a mulher à situação de dignidade e condição social do marido³⁸⁵. Observe-se que a *affectio maritalis* não era somente uma manifestação do consentimento inicial emitido de uma só vez, expressando-se bem mais que um estado de vontade. Tratava-se de um acordo vivo que se renovava ou se extinguía a cada hora, a cada dia que passava³⁸⁶.

2.4.1 Capacidade para convolar núpcias

Para a materialização e validade do *matrimonium iustum* ou, ainda, *legitimum matrimonium*, na linguagem justinianeia, fazia-se necessária a capacidade natural e civil ou jurídica. A primeira dizia respeito à idade e à mente. Não podiam contrair matrimônio os impúberes³⁸⁷. Aos 14 anos do homem e aos 12 da mulher, era atingida a idade núbil, significando que estavam aptos para a procriação³⁸⁸. Era a idade da puberdade, na concepção da escola proculeiana, quando o homem vestia a toga viril branca e a mulher a *bulla*, em

³⁸³ *Tit. ex corp. Ulp. 5,2*: “O casamento é legítimo se entre os que o contraem existe conúbio. E se o homem é púbere e a mulher é núbil, se um e outro, se são *sui iuris* consentem, ou, se são *alieni iuris*, também os seus pais”.

³⁸⁴ *Vide* MIGUEL FALCÃO. *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, p. 6. Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*. p.65s. Na época clássica a vontade devia ser efectiva e contínua. Na época seguinte, contudo, somente era exigida no início da relação matrimonial.

³⁸⁵ *Ibidem*. p. 7.

³⁸⁶ *Vide* LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Inf. Legislativas*. Brasília. Ano 23, no. 84, jan/mar 1986, p. 355.

³⁸⁷ Segundo BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 195, no direito antigo, a puberdade era estabelecida para os homens pela assunção da toga viril aos 14 anos. A cerimónia ocorria no dia 17 de março, dia das *Liberalia* ou festa de *Libero*, o deus da geração. O pai ou o tutor conduzia o filho ao foro, símbolo do ingresso na vida pública, e o inscrevia no rol dos cidadãos, com o prenome que devia utilizar, pela primeira vez atribuído. Para a mulher, foi estabelecida a idade de 12 anos. Tanto a idade do homem como a da mulher foram ratificadas por Justiniano. *Vide* nota 388. *Vide* POLO TURIBIO, Gema. *La edad de la mujer en Roma*. In *Mulher*. Algumas histórias e Instituições de Derecho Romano. Madrid: Dykinson, S.L., 2013, p. 195.

³⁸⁸ D.23,2,4: “ *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fere, quum apud virum expleisset duodecim anos*”. (A casada menor de doze anos será mulher legítima quando houver cumprido os doze anos em poder do varão”.

substituição à *toga praetexta*³⁸⁹, vestuários que caracterizavam os meninos e as meninas romanas³⁹⁰.

Atingida essa idade, o homem mediante a *inspectio corporis*³⁹¹, ou seja, a direta constatação da efetiva aquisição dos caracteres exteriores da maturidade, era celebrada a *solemnitas togae pura*: o jovem depunha as *insignia pueritiae*, isto é, a *toga praetexta* (o homem) e a *bullae* (a mulher, que oferecia sua vestimenta aos deuses lares) e envergava a toga dos *cives romani*, chamada *toga virilis*, pura, ou livre, porque sem ornamentos de púrpura³⁹².

³⁸⁹ Vide ÁLVARO D'ORS. *Derecho Privado Romano*. Navarra :Eunsa, 1997, p. 49. MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano II*, p.299. Aos 14 anos, no direito antigo, perante o direito público, o cidadão era considerado de maioridade (embora continuasse *alieni iuris* perante o direito privado, enquanto o *paterfamilias* estivesse vivo). Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano IV*, p. 66: “A determinação da puberdade foi objecto de discussão entre sabinianos e proculianos. Os primeiros exigiam exame físico (*inspectio corporis*); os segundos, cuja opinião teria prevalecido na época clássica e foi acolhida no direito justinianeu por motivo de decoro, fixaram-na aos 12 anos e 14 anos, respectivamente na mulher e no homem”, conforme C.5,60,3: “*Indecoram observationem in examinanda marium pubertate reserantes, iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quatuordecim anorum puberes existimentur, indagatione corporis inhonesta cessante*”. (O imperador Justiniano Augusto a Menna Prefeito do Pretório: “Abolindo a indecorosa prática observada para examinar a puberdade dos varões, mandamos que, assim como se julgam as mulheres que são em todos os casos púberes depois de completarem os doze anos, assim também se considerem púberes os varões depois do transcurso dos quatorze anos, desaparecendo a desonesta inspeção do corpo”; I.1,22). Cf. GAIO 1,196: “*Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. Sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant qui XIV annos explevit*”. (E Sabino e Cássio, assim como nossos outros mestres, consideram púberes quem manifesta a puberdade pela compleição do corpo, isto é, quem pode gerar; mas relativamente aos que se não podem desenvolver, como os eunucos, deve-se levar em conta a idade em que os outros se tornam púberes; mas os autores da outra escola entendem deva a puberdade ser estimada pela idade, isto é, consideram púbere quem completou catorze anos); *simili modo*, I. 1,22. O matrimônio entre impúberes, contudo, podia converter-se em *iustum*, quando os cônjuges alcançassem a puberdade. Isto significa que, com a puberdade, cessava o impedimento, como dispõe o D.23,2,4: “*Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos*”. (A casada menor de doze anos será mulher legítima quando ao completar doze anos, estiver em poder do marido). A esse respeito, Vide PABLO FUENTESECA. Cit. p. 369. Para indicar a situação da menor de doze anos que vivia *apud virum* e que, por não ter a idade legal, não podia ser considerada *uxor*, os juristas romanos usavam a expressão: “*quod in domum deducta est*”(D.23,1,9: “Que foi levada à casa) ou como se oberseva na sentença de PAPINIANO, encontrada no D.23,3,68: “*(...) Nam et si minor annis duodecim ut maior deducta sit*” (... porque também se a menor de doze anos houver sido tomada por mulher como maior...); D.24,1,32,27: “*(...) in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta; ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit*”. (“... a menor de doze anos, se antes do tempo, houver sido levada para a casa do seu marido; porque se diz que esta sua esposa, ainda que não seja sua mulher”); D.23,2,4: “*Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, quum apud virum explesset duodecim annos*”. (“A casada menor de doze anos será mulher legítima quando, ao completar doze anos, estiver em poder do marido”); Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p.443; Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 87. O que justificava os romanos casarem os filhos tão cedo era a curta duração da vida humana naquela época. O envelhecimento era mais rápido e as famílias, no desejo e necessidade de se perpetuarem, queriam prolongar o mais possível a duração das uniões.

³⁹⁰ Segundo TITO LIVIO, 34,72 e MACROB. *Sat 1,6,11*, a *toga praetexta* também era usada pelos magistrados e pelos sacerdotes. Era assim chamada porque estava ornada com uma faixa de púrpura. Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 413.

³⁹¹ Vide nota 389.

³⁹² Cf. CIC. *pro cael.* 9; VAL. MAX. 5,4,4; TAC. *Ann.*4,4,1; PLIN. *ep.*1,9,2; SUET. *Aug.* 8,1; *claudio* 2,2/ FEST. P. 364L; citados por FAYER Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 414, nota 280.

No dia seguinte, tinha início a parte pública, que compreendia a *deductio in forum*: o rapaz envolvido na *toga virilis*, vinha acompanhado do seu *paterfamilias* ou de quem o representasse, ou se fosse *sui iuris*, pelo tutor, acompanhado de um séquito de amigos, entrava no foro tendo seu nome inscrito no rol dos cidadãos³⁹³. Ao contrário, as meninas não passavam por esses ritos de iniciação. Parece que os ritos da puberdade feminina eram consecutivos ao começo da menstruação. Considerando-se que essa etapa de desenvolvimento físico ocorre em momentos diferentes, os ritos da puberdade eram celebrados individualmente³⁹⁴.

Os loucos não podiam convolar núpcias, não podiam casar. Contudo, quando se tratasse de loucura superveniente, não tornava nulo o casamento, como estabelecia a sentença de Paulo, no Digesto: *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est; sed recte contractum non impedit*³⁹⁵.

A capacidade civil ou jurídica, por sua vez, dizia respeito ao *ius connubii*, ou seja, à faculdade de contrair matrimônio legítimo, prerrogativa dos cidadãos romanos, assim definido por Ulpiano: “*conubium est uxoris iure ducendae facultas*”³⁹⁶. E, ainda: “*Conubium habent*

³⁹³ Vide FAYER Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 413.

³⁹⁴ POLO TORIBIO, Gema. Cit. p. 195

³⁹⁵ D. 23,2,16,2: “A loucura não permite que se contraia matrimônio, porque é necessário o consentimento, porém não impede o devidamente contraído”. *Simili modo nas Sent. Pauli 2,19,7: Neque furiosus neque furiosa matrimonium contrahere possunt; sed contractum matrimonium furore non tollitur*”. (Nem o furioso, nem a furiosa podem contrair matrimônio, porém não se desfaz o matrimônio já contraído).

³⁹⁶ ULPIANO. *Tit. ex corp. 5,2,3*: Conúbio é a faculdade de esposar uma mulher, segundo o direito. Cf. OLLIS ROBLEDA. S. J. *El matrimonio en Derecho Romano*. Roma: Università Gregoriana Editore, 1970. p. 172: O *conubium* era atribuído tanto ao homem quanto à mulher, como se observa na definição de *iustum matrimonium* (Ulp. *Tit. ex corp. 5,2-3*): “*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit et tam masculos pubes quam femina potens sit, et utrique consentiunt, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*”; GAIO, contudo, (1,56), faz referência especial ao homem. Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. *A invenção do direito matrimonial*. Separata do vol. LXII (1986) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Distribuído pela Livraria Almedina, 1995, p.5: “O *connubium* é um instituto característico do mundo antigo. Não existia o princípio da igualdade do estatuto jurídico de todos os homens, conseqüentemente, o direito de cada ser humano, enquanto tal, de contrair matrimônio “legítimo” estava dependente da capacidade do homem e da mulher, um perante o outro, de contrair matrimônio; capacidade que dependia do seu estatuto legítimo”. Vide MIGUEL FALCÃO. Cit. p. 8; FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 390; CURA, António A. Vieira Cit. p. 1306, nota 31; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*. p. 67s.

*cives romani cum civibus romanis: cum latinis et peregrinis, si concessunt sit*³⁹⁷. Por sua parte, o jurista Sêrvio proclama: “*conubium est ius legitimi matrimonii*”³⁹⁸.

O conúbio era de grande importância no direito romano, porque estabelecia a condição dos filhos com referência aos genitores. Assim, os filhos nascidos de genitores entre os quais existia o conúbio seguiam a condição do pai, ou seja, o seu *status libertatis* e *civitatis*. Se o pai era o filho também o seria, sujeitando-se à *patria potestas* sua ou do seu *paterfamilias*. Se o pai fosse latino ou estrangeiro, casado com uma romana, o filho seria latino ou estrangeiro. Os filhos nascidos de genitores entre os quais não existia *conubium* seguiam a condição jurídica da mãe. Se ela era romana (casada com um latino ou estrangeiro) ou latina, estrangeira ou escrava, o filho seria cidadão romano, latino, estrangeiro ou escravo³⁹⁹. Esse princípio é corroborado por Gaio:

*“Itaque líberos suos in potestate habent cives romani, si cives romanas uxores duxerint vel etiam latinis peregrinasve cum quibus conubium habeant: cum enim conubium id efficiat ut liberi patris condicionem sequantur, evenit ut non solum cives romani fiant, sed et in potestate patris sint”*⁴⁰⁰.

A respeito do conúbio, assim se expressa Volterra⁴⁰¹: “*Il conubium è un istituto próprio del mondo antico, ove non esiste il principio dell’uguaglianza dello stato giuridico degli*

³⁹⁷ *Tit. ex corp. Ulp. 5,4*: Os cidadãos romanos têm o direito de conúbio entre eles, enquanto que os latinos e peregrinos somente terão se lhes for concedido. Vide CURA, António A. Vieira. Cit. p. 1306, nota 31.

³⁹⁸ SERVIO, *Aen. 1,73*: Conúbio é o direito de constituir legítimo matrimônio; Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p.390; Cf. GAIO 1,56: *Itaque líberos suos in potestate habent cives romani, si cives romanas uxores duxerint vel etiam latinis peregrinasve, cum quibus conubium habet (...)*. (Portanto, os cidadãos romanos têm os filhos sob o seu poder, se se casarem com mulheres romanas, ou também com latinas ou peregrinas com quem tiverem conúbio). Sobre *conubium* vide, ainda, GAIO 1,67; 1,76; 1,78 e 1,80.

³⁹⁹ Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 400.

⁴⁰⁰ GAIO 1,56: “Portanto, os cidadãos romanos têm os filhos sob o seu poder se se casarem com mulheres romanas, ou também com latinas ou peregrinas com quem tiverem conúbio; pois, como, em virtude do conúbio, os filhos seguem a condição paterna, ressalto que não somente se tornam cidadãos romanos, mas também ficam sob o poder do pai”. Vide, ainda, GAIO 1,76; 1,78; 1,80. *Tit. ex corpore Ulp. 5,8*: “*Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur: non interveniente conúbio patris condicioni accedunt*” (Quando existe o conúbio os filhos seguem sempre a condição do pai. Quando não existe, eles seguem a condição da mãe). A regra que estabelecia o *status* dos filhos nascidos de genitores privados do *conubium* tinha fundamento no *Ius Gentium*, conforme GAIO 1,78: “... *ex is inter quos non est conubium, qui nascitur iure gentium matris condicioni accedit*”. (O que nasce daqueles entre os quais não existe conúbio, segundo o direito das gentes, assume a condição da mãe). Essa regra foi mudada pela *Lex Minicia*, também citada por GAIO na mesma passagem das *Institutas* (1,78): “*Quod autem diximus inter civem romanam peregrinunque nisi conubium sit, qui nascitur peregrinum esse, lege Minicia cavetur (...)*”. (Quanto ao que dissemos que o nascido de cidadã romana e peregrina é peregrino, a menos que não haja entre eles conúbio, é isso estabelecido pela Lei Minícia). O instituto do conúbio é desconhecido do direito moderno, porque vigora o princípio da igualdade do *status* jurídico, mercê do qual todo ser humano, enquanto tal, tendo atingido a idade fixada, pode constituir com outro ser humano de sexo diverso uma união matrimonial. Esse princípio da isonomia entre os homens não existia no antigo mundo pagão, pois os seres humanos eram divididos em várias categorias e classes e nem todos tinham a mesma personalidade e capacidade jurídicas.

⁴⁰¹ VOLTERRA, Edoardo. *Iniustum matrimonium*. Studi in onore di Gaetano Scherillo. Milano, 1991, p. 441.

uomini”. Ainda segundo o mesmo autor, não era reconhecido a qualquer ser humano, enquanto tal, o direito de contrair matrimônio com outro ser humano de sexo diferente. Esse direito era assegurado somente se entre o homem e a mulher existisse uma relação mútua de capacidade, independentemente da respectiva personalidade jurídica, criando entre eles um vínculo conjugal gerador de efeitos jurídicos próprios do matrimônio legítimo. Essa união conjugal de um homem e de uma mulher, se entre eles existissem *conubium*, capacidade natural de ambos e o consenso, era designada com os termos *iustum (legitimum) matrimonium* ou *iustae (legitimae) nuptiae*. A união existia enquanto perdurasse a recíproca vontade do homem e da mulher e existisse entre eles o *conubium*. Se faltasse um desses elementos, o matrimônio não existia juridicamente, no significado de união conjugal. Não produzia os efeitos jurídicos próprios do *iustum matrimonium*⁴⁰².

Essa situação sempre se conservou importante na sociedade humana, nomeadamente na Antiguidade. Àquela época, existia entre os homens uma profunda desigualdade política e social determinada pelo *status* (patrícios e plebeus, cidadãos e não cidadãos, homens livres e escravos). A esse respeito, esclarece Miguel Falcão: “*Las diferencias sociales eran tan profundas que se reflejaban en el derecho*”⁴⁰³. Até mesmo as pessoas livres se distinguiam pela função pública que desempenhavam. Na mesma direção, Carla Fayer assim se expressa: “*Il conubium può essere definito come la capacità di formare con una data persona di sesso diverso un’unione coniugale avente valore giuridico*”⁴⁰⁴. Para Vieira Cura⁴⁰⁵, “O *conubium* era a capacidade, reconhecida pelo ordenamento jurídico, de um homem e uma mulher constituírem entre si um matrimônio legítimo (*iustum matrimonium*)

Já para Astolfi⁴⁰⁶: “*Il conubium può definirsi la capacità di contrarre un matrimonio riconosciuto dal diritto*”. Segundo sua interpretação, como consequência fundamental, as duas pessoas ligadas por essa relação assumiam pelo direito a condição de cônjuges e os filhos, por extensão, eram legítimos.

Esse direito era inerente aos *cives romani*⁴⁰⁷. Porém, a partir do Império, passou a ser extensivo também aos latinos e peregrinos⁴⁰⁸ a quem tivesse sido concedido, como privilégio,

⁴⁰² *Ibidem*, p. 448.

⁴⁰³ MIGUEL FALCÃO. Cit. p. 10.

⁴⁰⁴ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p.390.

⁴⁰⁵ CURA, António A. Vieira. *União de facto (concubinatus) no direito romano. Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e Justinianéia*. Cit. p. 1306, nota 31.

⁴⁰⁶ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 29.

⁴⁰⁷ I. 1,10, *De nuptiis: Iustas autem nuptias inter se cives romani contrahunt*. (As justas núpcias contraem entre si os cidadãos romanos).

⁴⁰⁸ GAIO 1,56: “*Itaque liberos suos in potestate habent cives romani, si cives romanas uxores duxerint vel etiam latinas peregrinasve, cum quibus conubium habeant: cum enim conubium id efficiat, ut liberis patris condicionem*

por exemplo, aos veteranos esposados com mulheres das províncias onde tinham servido nas legiões⁴⁰⁹. Já os peregrinos não podiam convolar *iustae nuptiae*, pois não possuíam essa prerrogativa. Casavam de acordo com o *ius gentium*, ou amparados no direito nacional do país a que pertenciam⁴¹⁰. Porém essa incapacidade deixou de existir com a concessão da cidadania a todos os súditos livres do Império, através do Edito de Caracala (212).

O matrimônio do cidadão com sua escrava era nulo. Tal união não se coadunava com os *mores*, em razão da desigualdade da condição social. Conforme disciplina o senatusconsulto Claudiano (52 d.C.), uma mulher livre que coabitasse com um escravo alheio contra a vontade do dono tornava-se escrava do patrono do seu amante⁴¹¹. No caso de coabitação da mulher livre com o escravo alheio com o consentimento do patrono, o citado senatusconsulto deixava-a livre, porém considerava os filhos nascidos dessa união como escravos. Coube ao imperador Adriano derogar tal disposição, por achá-la “iníqua e anômala”, restabelecendo a regra do *ius gentium*, mercê da qual os filhos seguiam a condição da mãe⁴¹².

No direito justinianeu, todavia, a união do cidadão com a escrava tornou-se possível, mediante a prévia manumissão da mulher que se tornava livre⁴¹³. A união entre escravos, ou entre escravos e pessoas livres, chamava-se *contubernium*. A Lei das XII Tábuas proibia o casamento entre patrícios e plebeus, impedimento imposto, talvez, pelos pontífices para manter

sequantur, evenit, ut non solum cives romani fiant sed etiam in potestatem patris sunt”. (“Portanto, os cidadãos romanos têm os filhos sob o seu poder, se se casarem com mulheres romanas, ou também com latinas ou peregrinas com que tiverem conúbio; pois, como em virtude do conúbio, os filhos seguem a condição paterna, resulta que não somente se tornam cidadãos romanos, mas também ficam sob o poder do pai”).

⁴⁰⁹ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 196.

⁴¹⁰ Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano prerclassico* p.29: Se um ou ambos os genitores são privados do *conubium*, o matrimônio e os filhos são ilegítimos e, neste caso, os filhos seguem a condição da mãe. Entre as pessoas com as quais não se materializava o *conubium*, além dos estrangeiros, destacavam-se: cidadãos e não cidadãos, o tutor e seus descendentes e a tutelada, os escravos e cidadãos. *Tit. ex corp. Ulp. 5,5: Cum servis nullum est conubium*”; PAULUS. *Sent. 2,196: Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest*”; Vide ROBLENDIA, Ollis. Cit. p. 174; Cf. VOLTERRA, Edoardo. *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, p. 4: “L'unione coniugale fra un uomo e una donna peregrini, considerata come matrimonio dalla loro legge nazionale, non è certamente un matrimonio romano e quindi ad essa non possono applicarsi tutte le legge matrimoniali romane”. Contudo, ressalta: “I figli che nascono di un matrimonio iuris peregrini sono, dal punto di vista del diritto peregrino, figli legittimi, a cui si applicano ad ogni effetto le norme di diritto familiare e successorio vigenti nella lege nazionale dei coniugi”.

⁴¹¹ FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma Classica*. Cit. p. 13.

⁴¹² *Ibidem*. p. 13.

⁴¹³ D.23,2,45: “Invito patrono libertam, quae et nupta est, alii nubere non posse, patronum accipimus (...) eius continetur, et eum, qui hac lege emit, ut manumittat, quia manumissa liberta habetur”. (“Contra a vontade do seu patrono não pode a liberta que se casou com ele casar-se com outro. Entendemos por patrono (...) aquele que comprou com a condição de manumiti-la, porque a manumitida é considerada liberta do comprador”).

os privilégios dos patrícios⁴¹⁴. A Lei Canuleia, 445 a.C., revogou essa restrição e desde então deixou de existir, em razão da paridade jurídica que se estabeleceu⁴¹⁵.

2.4.2 Consentimento

Consentimento era a vontade recíproca dos nubentes em se unirem e se manterem como marido e mulher, denominado também *affectio maritalis* ou *mens coeuntium*, na explanação de Santos Justo⁴¹⁶. Era imprescindível para a realização das núpcias, embora o casamento não fosse considerado, ainda, um contrato⁴¹⁷. Consistia, portanto, na *voluntas* dos contraentes em se tornarem cônjuges⁴¹⁸, independentemente da condição jurídica de cada um: *sui iuris* ou *alieni iuris*. A esse respeito, assim se expressa Vega de Miguens⁴¹⁹: “*El consensus debe ser por lo tanto continuo, duradouro, es por eso que los romanos más que consensus lo lhamaron affectio, y de ninguna manera puede assimilarse a la de un contrato*”.

O consentimento dava vida ao matrimônio, como se infere da passagem do D.50,17,34, atribuída a Ulpiano: “(...) *nuptias enim non concubitus sed consensus facit*”⁴²⁰. O mesmo jurisconsulto corrobora esta assertiva quando proclama que, se uma mulher e seu marido houverem habitado por longo tempo em separado, as núpcias subsistem, em razão de o

⁴¹⁴ PABLO FUENTESECA. Cit. p. 368; Cf. LAURA SANCHO. *El matrimonio romano primitivo y el valor de la lex inhumanissima*. Revue Internationale des droits de l'antiquité. Bruxelles, 1990, p.350: O *conubium* foi negado aos plebeus com a finalidade de manter a pureza de sangue, a que fazem referência Lívio e Cícero, e que era necessário à seleção de certos sacerdócios, além do exercício das magistraturas. DE VISSCHER, Ferdinand. *Conubium et civitas*. RIDA 2, 1952, p. 412, fala de *conubium* como um direito exclusivamente nobre, baseado nos tradicionais pactos matrimoniais da aristocracia.

⁴¹⁵ Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 176; GAIO, nas Instituições 1,58-64 elenca as pessoas com as quais não podia existir o conúbio. Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia Matrimonio Dote*, p. 406: A *lex Canuleia* tem este nome derivado do tribuno C. Canuleio, que obteve a ad-rogação da proibição de *conubium* entre patrícios e plebeus. A *rogatio Canuleia* com que se queria a revogação dessa proibição era vista pelos patrícios como causa de contaminação do sangue patrício e subversão de todo direito gentilício.

⁴¹⁶ Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*. IV, p. 65. Sobre a *affectio maritalis* como elemento imprescindível para a materialização do casamento, vide VOLTERRA, Edoardo. *Concubinatio (Diritto romano)*. In NNDI III (1959), p. 1052; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, cit. p. 127; FAYER, Carla, *La familia romana*. Parte terza. *Concubinatio Divorzio Adulterio*, p. 11.

⁴¹⁷ Cf. BEATRIZ ALVAREZ, Mirta y VERÓNICA SCONDA, Mariana. Cit. p. 277: O consentimento revelava “*el carácter espiritual del matrimonio en oposición a la idea de que para existir era necesario que se hubiera consumado por medio de la unión sexual*”. Vide PABLO FUENTESECA. Cit. p. 171.

⁴¹⁸ Cf. CURA. António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1307. “Quando essa vontade deixasse de existir, pelo menos por parte de um deles, o vínculo matrimonial considerava-se dissolvido *ipso facto*, sem necessidade de qualquer declaração nesse sentido”.

⁴¹⁹ VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p. 48

⁴²⁰ D.50,17,34, *in fine*: “(...) Não é o concúbio (cópula), mas o consentimento que constitui as núpcias”.

matrimônio não se constituir do *coitus*, mas da *affectio maritalis*, ou seja, do consentimento⁴²¹. Isto significa que não era necessária a entrada da mulher na habitação do marido, de modo que a simples *deductio* traduzia a manifestação do *consensus*.

Apesar desse pressuposto da essencialidade do consentimento para a constituição das núpcias, é preciso destacar, porém, a distinção existente entre os períodos pré-clássico, clássico e justinianeu. Neles estavam estabelecidos os requisitos necessários para a produção de efeitos jurídicos, que se originam, em geral, dos *mores maiorum* e evoluíram pela própria natureza da relação. Nos primevos, se os nubentes fossem *alieni iuris*, o consentimento era pertinente aos *patresfamilias*⁴²², em razão da *patria potestas*; portanto, se o filho fosse emancipado, não havia necessidade dessa anuência paternal, conforme se deflui da sentença de Modestino, encontrada no Digesto: “*Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest, et susceptus filius ei heres erit*”⁴²³.

A partir do direito clássico, tornou-se necessário, também, o consentimento dos contraentes, como se observa na sentença de Paulo: “*Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt quorumque in potestate sunt*”⁴²⁴. Se fossem *sui iuris*, o consentimento era deles próprios, não obstante, quanto à mulher, houvesse a exigência da *auctoritas tutoris*. Havia casos, porém, em que o *pater* negava o consentimento, por motivos injustificados. Nessa hipótese, cabia aos nubentes recorrerem ao magistrado para suprir esse consentir, nos termos da *Lex Julia de Maritandis Ordinibus*, 18 a.C.⁴²⁵.

No período pós-clássico, provavelmente, o matrimônio foi entendido pelos juristas como um pacto, na visão de Beatriz Alvarez y Verónica Sconda, que afirmam: “*El principio consensus facit nupcias implica el sentido de un acuerdo reciproco (de un contrato), del qual se*

⁴²¹ D.24,1,32,13. *In fine*: “(...) O matrimônio não se constitui pelo coito mas pela *affectio maritalis*, ou seja, pelo consentimento”.

⁴²² Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 16. Tradução do original *L'amour a Rome*. Nos tempos antigos, pouco importava à *gens* a felicidade dos nubentes. Era fundamental que fossem capazes de trazer à vida uma geração nova que tinha por objetivo perpetuar a família, a religião e os *mores*. Acrescenta o autor: “O amor como sentimento feito de desejo ou consentimento carnal, de vontade consciente e de hábitos, era apenas uma superestrutura que os costumes tinham muito pouco em consideração. Esta condição durou muito tempo, as leis imperiais ainda a refletiam”.

⁴²³ D. 23,2,25: O filho emancipado pode esposar a mulher sem o consentimento do seu *pater*, e terá por herdeiro o filho que houver tido.

⁴²⁴ D. 23,2,2: As núpcias não podem subsistir, se não consentirem todos, isto é, os que se unem e aqueles sob cujo poder estão.

⁴²⁵ D.23,2,19: *Capite trigesimoquinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate, iniuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex Constitutione Divorum Severi et Antonini per Proconsules Praesidiosque provinviarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare*. (Pelo capítulo trigésimo quinto da Lei Júlia, aqueles que contra o direito houverem proibido que tomem mulher ou se casem os descendentes que têm em sua potestade, ou os que não querem dar-lhes dote, são obrigados em virtude da constituição dos divinos Severo e Antonino, através dos procônsules e governadores das províncias, a colocá-los em matrimônio e dotá-los). Cf. MERÊA, Paulo. Cit. p. 204, nota 2. A *lex Iulia* autoriza *les filles à en appeler contre l'opposition paternelle après du magistrat, lequél pouvait, s'il estimait le refus injustifié, autorizer le mariage*”.

*sigue el vínculo autónomo del matrimonio in facto, que tiene como contenido la individua consuetudo vitae, el consortium omnis vitae, de las frases de Ulpiano y Modestino*⁴²⁶.

Essa evolução se complementou com nova intervenção da legislação cristã. Nesse período, continuou a exigência do consentimento como necessária à existência do matrimônio. Contudo, com base em uma nova conotação, *consensus* ou *affectio maritalis* passaram a revelar a vontade inicial dos cônjuges dirigida à constituição do matrimônio, que subsistisse independentemente da persistência ou não da *affectio maritalis*, somente sendo dissolvido quando tinha como determinante o divórcio. Era a consequência de ter o matrimônio passado a ser um contrato⁴²⁷.

Partindo-se do pressuposto da essencialidade do consentimento para a constituição do matrimônio, faz-se mister destacar a distinção existente entre o período clássico e o direito justiniano. No primeiro, prevalecia a vontade inicial e continuada demonstrada pelos nubentes de permanecerem unidos em matrimônio. Foi essa condição que levou os juristas a falarem mais de *consensus* que de *affectio maritalis*, na medida em que a relação matrimonial aflorava dessa vontade recíproca dos cônjuges. Mas a partir do momento em que esse sentimento deixava de existir em um deles, o matrimônio considerava-se desfeito.

Segundo Nuno de Salter⁴²⁸, o *consensus* nesse período não é o clássico que se fundamentava na *affectio maritalis*, mas a manifestação de vontade inicial dos cônjuges, agora necessária para a persistência do matrimônio.

É por isto que as núpcias, nesse período, não configuravam um ato jurídico nem se revestia de forma especial. Assim, a inexistência da *affectio maritalis* provocava, em consequência, o divórcio⁴²⁹.

2.5 Impedimentos

Impedimentos eram os obstáculos jurídicos que tornavam o casamento impossível, ou, conforme anota Vega de Miguens⁴³⁰, “*la falta o ausencia de los requisitos exigidos para*

⁴²⁶ BEATRIZ ALVAREZ, Mirta y VERÓNICA SCONDA, Mariana. Cit. p. 279.

⁴²⁷ Vide CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 32s.

⁴²⁸ CID, Nuno de Salter. *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 108.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 32.

⁴³⁰ VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p. 53. Alguns tratadistas classificam os impedimentos em absolutos e relativos. Os primeiros dizem respeito à existência de casamento anterior; à escravidão de um dos cônjuges; a partir da influência do cristianismo, ao voto de castidade e as ordens menores. Constituíam também impedimento absoluto, o casamento da viúva antes de transcorridos dez meses da viuvez. Os relativos eram referentes ao parentesco cognatício entre ascendentes e descendentes, bem como, entre parentes de 2º e 3º graus. Na linha colateral, modificou-se de acordo com a época: no início, era proibido o casamento entre parentes na

contraer matrimonio”. Eram determinados pelos costumes ou pela legislação e estabeleciam determinadas restrições de ordem ética, social, política e, também, religiosa, impeditivas da celebração das justas núpcias⁴³¹. A seguir, são analisados os principais impedimentos.

2.5.1 Bigamia

Segundo Astolfi⁴³², o *ius sacrum* vetava a bigamia tanto do homem quanto da mulher e considerava o primeiro casamento um impedimento para se contrair o segundo. Essa proibição de ter duas mulheres, foi sancionada por uma lei régia, fonte daquele direito sagrado que a tradição atribui a Numa Pompílio, a qual previa que um homem casado pudesse ter uma segunda mulher, desde que fosse uma concubina. Todavia, a referida lei proibia que essa mulher pudesse ser considerada esposa, tocasse no altar e rezasse à deusa Juno com os cabelos atados em seis tranças, conforme o uso seguido pela mulher considerada esposa. Se o fizesse, ofendia à deusa, a quem devia sacrificar um cordeiro. A oferenda deveria ser feita pela mulher com os cabelos presos, significando que não somente se arrependia, mas também pedia perdão pelo ato cometido, considerando inválido o casamento que com seu gesto desfazia, não se considerando esposa. Segundo o autor, o objetivo do *ius sacrum* com essa norma era evitar a *turbatio sanguinis* e assegurar a prole legítima.

Por isto, o principal requisito matrimonial dizia respeito à monogamia⁴³³. Não podiam convolar novas núpcias as pessoas casadas, considerando-se que o matrimônio romano era monogâmico⁴³⁴. Era necessário, portanto, o divórcio do primeiro casamento, se tivesse existido.

linha colateral até o 6º grau, posteriormente, até 4º grau. Vide GAIO 1,62 (nota 434) sobre casamento na linha colateral em 3º grau.

⁴³¹ Cf. BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto romano*, p. 564. O termo impedimento, durante muito tempo, foi desconhecido dos romanos, surgindo tão somente à época clássica, mercê da influência do cristianismo. Não era, contudo, contextualmente diverso dos requisitos. Pode-se falar, segundo o autor, de um ou de outro, conforme a condição estabelecida. *Simili modo*, VEGA DE MIGUENS, Nina Ponsa de la. Cit. p. 53, afirma que o termo impedimento não é de origem romana, mas do direito canônico, não havendo diferença fundamental entre falta de requisito e impedimentos. Vide JUSTO, António dos. *Direito privado romano*, IV, p. 70.

⁴³² ASTOLFI, Ricardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 1.

⁴³³ A monogamia era uma característica básica do casamento. Consistia na proibição de o homem ou da mulher estarem casados, simultaneamente, com outra pessoa. Cf. GAIO 1,63 *in fine*: “(...) *alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere*”. (... por outra razão, não poderá casar-se comigo, a saber, por não poder ela *ser casada com dois, nem o mesmo ter duas mulheres*). A monogamia do casamento romano era uma exceção entre os povos da antiguidade.

⁴³⁴ Cf. CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1307, nota 34. “Os romanos tinham uma concepção rigorosamente monogâmica do casamento. O surgimento de uma nova *affectio maritalis* entre um dos cônjuges e um terceiro importava a cessação do casamento precedente e a constituição de um novo *matrimonium*”. Assinala o autor que, por isso, não existia o crime de bigamia no direito clássico, o que somente vai ser delineado no período seguinte, em razão da nova concepção jurídica do casamento, fundamentada na vontade manifestada inicialmente pelos nubentes.

Essa concepção se acentuou, nomeadamente, nos períodos clássico e pós-clássico⁴³⁵. O princípio da monogamia alcançou realce absoluto no período pós-clássico, sob a ótica cristã, e se projetou pelo espaço e tempo infinitos⁴³⁶. A bigamia passou a ser considerada uma infâmia⁴³⁷.

Dada à essa concepção rigorosamente monogâmica dos romanos, não era possível, durante a época clássica, que um homem ou uma mulher pudessem estar, simultaneamente, unidos em outra relação conjugal configurada juridicamente como matrimônio justo ou legítimas núpcias. A constituição por parte do marido ou da mulher de uma relação conjugal com pessoa diversa do próprio cônjuge, com os requisitos do *iustum matrimonium*, importava, *ipso facto*, a dissolução ou a cessação jurídica do matrimônio precedente, porquanto deixava de existir um dos seus elementos, o consenso recíproco. A partir do Império tardio, delineou-se o crime de bigamia⁴³⁸.

2.5.2 Parentesco e afinidade

No caso de parentesco cognatício ou relação de consanguinidade, aplicava-se o princípio da exogamia, ou seja, os cônjuges não podiam pertencer à mesma família⁴³⁹. Durante todo o direito romano, a consanguinidade foi sempre motivo de invalidade do casamento⁴⁴⁰, como se encontra nas Instituições de Justiniano:

⁴³⁵ Cf. VOLTERRA, Edoardo. *Matrimonio. (Diritto romano)*, p.157. Este impedimento era válido somente para o direito pós-clássico. Dado o novo conceito de matrimônio, fundamentado no consentimento inicial, seria impossível constituir segundas núpcias sem haver previamente dissolvido a primeira união. No direito clássico, quando o matrimônio dependia da persistência da vontade efetiva dos cônjuges, tal situação não podia, de fato, verificar-se. Teria que levar, necessariamente, à extinção da *affectio* da primeira união conjugal e, por consequência, a sua dissolução.

⁴³⁶ O princípio da monogamia sempre prevaleceu, não obstante a tentativa de Júlio César e Valentiniano I (séculos depois), de estabelecerem a poligamia, mas que não teve efeito algum. Vide VOLTERRA, Edoardo. *Una misteriosa lege attribuida a Valentiniano I*. In Scritti Giuridici II. Famiglia e successioni. Roma: Jovene Editore, 1991. p.139.

⁴³⁷ A bigamia, considerada infâmia, era por lei sujeita à pena de estupro ou adultério. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 71.

⁴³⁸ VOLTERRA, Edoardo. *Iniustum matrimonium*; Cit. p. 445. Vide CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p.1307, nota 34; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 59.

⁴³⁹ Cf. BEATRIZ ALVARES, Mirta y VERÓNICA SCONDA, Mariana. Cit. p. 272: “*Esta unión debía ser rigurosamente exogâmica, es decir, entre individuos de sexo diverso pertenientes a círculos familiares distintos*”. Cf. PABLO FUENTESECA. Cit. p. 369: “*La terminología de las fuentes da a entender claramente que la esposa (uxor) procede de fuera del núcleo doméstico y es introducida en la casa del marido (deductio in domum mariti) con una cerimonia que prueba la iniciación del matrimonio*”. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 59. Segundo ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p.32, a endogamia, princípio de casamento entre pessoas da mesma *gens*, parece ter vigorado na idade antiga e ainda era praticado no início do século II a.C. Contudo, presume-se que o princípio somente foi abolido com a *rogatio Canuleia*, quando concedeu o *conubium* recíproco aos patrícios e plebeus, reconhecendo o casamento misto como válido para todos os efeitos.

⁴⁴⁰ O parentesco era considerado não somente com referência ao matrimônio, mas também a outras relações esporádicas, como o concubinato e o *contubernium*. D.23,2,54: “*Et nihil interest, ex nuptiis cognatio descendat,*

“Ego non omnes nobis uxores ducere licet: nam a quarundam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se obtinent, nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem et usque ad infinitum: et si tales personae inter se coierint, nefárias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio iungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat: itaque eam, quae tibi per adoptionem filia aut neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris”⁴⁴¹.

Já o Código de Justiniano estabelecia:

“Nemini liceat contrahere matrimonium cum filia, nepte, pronepte itemque matre, avia, proavia, et ex latere amita ac matertera, sorore, sororis filia et ex ea nepte, praeterea fratris filia et ex ea nepte, itemque ex adfinibus privigna, noverca, nuru, socru, ceterisque, quae iure antiquo prohibentur; a quibus cunctos volumus se abstinere”⁴⁴².

Simili modo, consta no Digesto: *“Nuptiae consistere non possunt inter eas personas, quae in numero parentum liberorumve sunt, sivi proximi, sive ulterioris gradus sint, usque ad infinitum”⁴⁴³*. Certamente, isto não se devia às leis (*ius scriptum*), mas aos *mores maiorum*, consagrados pelo *ius sacrum*⁴⁴⁴, que, na idade arcaica, privilegiava a endogamia, não obstante preservar os limites da consaguinidade. Nos primevos, patricios e plebeus tinham suas próprias divindades. O *ius sacrum* impunha aos cônjuges contrair matrimônio sacrificando a um deus

na vero non; nam et vulgo quaesitam sororem quis vetatur uxorem ducere”. (E nada importa que a cognação provenha ou não de legítimas núpcias; porque também está vedado a alguém tomar por mulher a irmã nascida do vulgo). 25,7,1,3: *“Si qua in patroni fuit concubinato, deinde filii esse coepit, vel nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefária est huiusmodi coniunctio; et ideo huiusmo facinus prohibendum est”* (Se alguém esteve em concubinato com o seu patrono, e depois começou a estar com o seu filho ou com seu neto, ou ao contrário, não creio que age bem, porque semelhante união é quase nefária; e por isto se há de proibir semelhante delito). *Simili modo* D.23,2,14,2-3.

⁴⁴¹ I.1.10,1: Por isso, não é lícito casar com qualquer mulher, por haver certas núpcias de que devemos nos abster. Assim, entre as pessoas que estão nas relações de ascendentes e descendentes não se podem contrair núpcias; como entre pai e filha, ou avô e neta, ou mãe e filho, ou avó e neto, até o infinito; e se tais pessoas se unirem consideram-se como tendo contraído núpcias nefárias e incestuosas. E isto a tal ponto, que não podem entre si unir-se em matrimônio os colocados nas relações de ascendentes e descendentes, mesmo por adopção, e ainda depois de extinta esta, perdura a mesma situação de direito. E portanto, não poderás casar com a tua filha ou neta adoptiva, mesmo que a tenhas emancipado.

⁴⁴² C.5,4,17: A ninguém seja lícito contrair matrimônio com a filha, a neta, a bisneta, tampouco com sua mãe, avó, bisavó, nem na linha colateral, com sua tia paterna e materna, irmã, a filha da sua irmã e a neta dela nascida, e também com a filha do irmão e com a neta dele, como também entre os afins, com a enteada, a madrasta, a nora, a sogra e com outra pessoa que, pelo antigo direito, não se possa esposar, cujas núpcias queremos que todos se abstenham”.

⁴⁴³ D.23,2,53: “Não podem existir núpcias entre as pessoas que estão no número dos ascendentes ou dos descendentes, e sejam de grau próximo e remoto, até o infinito”. Sobre graus de parentesco *vide*, ainda: GAIO, D.38,10,1,6; D. 38,10,5.

⁴⁴⁴ D. 23,2,39,1: *Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicitur comittere*. (Se alguém houver tomado mulher entre as que pelos costumes nos está proibido tomá-las, diz-se que cometeu incesto). Segundo ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 33, a proibição de esposar entre parentes era imposta pelo *ius sacrum*, como também a proibição de esposar um estrangeiro, de esposar fora da própria *gens*, de um patricio esposar um plebeu e vice-versa. Tudo isto tinha significado para o direito sagrado caracterizando, na idade arcaica, um fundamento religioso.

comum, ou seja, no âmbito da própria comunidade religiosa. Esse fato reforçava com motivos religiosos a endogamia que o grupo praticava por motivos éticos, políticos, sociais e econômicos⁴⁴⁵.

Esse exclusivismo religioso foi superado no tempo. As duas comunidades a que pertenciam os cônjuges passaram a ser parte de uma comunidade mais ampla que as incluía. Os cônjuges celebravam o matrimônio perante a divindade nupcial dessa nova comunidade, que se tornava comum para ambos. Os pertencentes a *gentes* diferentes podiam realizar a *confarreatio* e, como romanos, sacrificar a *Jupiter Farreus*, divindade da *civitas* que compreendia todas as *gentes*.

Também se podia superar o exclusivismo religioso de outra forma, como por exemplo, consentindo a uma pessoa, como no caso da concessão do *ius conubium* aos latinos, ou permitindo a uma latina casar com um romano através da *confarreatio*⁴⁴⁶. O mesmo passou a ocorrer entre os plebeus e patrícios após a *Lex Canuleia*, 445 a.C⁴⁴⁷. Com referência ao parentesco foram estabelecidos determinados limites: na linha reta, o casamento era proibido entre ascendentes e descendentes *ad infinitum*⁴⁴⁸, mesmo no caso de adotados, conforme se deflui dos textos das Instituições de Gaio e Justiniano:

« *Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinet, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, veluti inter patrem et filiam, vel inter matrem et filium, vel inter avum et neptem, vel inter aviam et nepotem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur* »⁴⁴⁹.

« (...) *inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam vel avum et neptem vel matrem et filium, vel aviam et nepotem et usque ad infinitum* »⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 34.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁴⁷ Sobre *conubium* e a *Lex Canuleia* vide notas 414 e 439.

⁴⁴⁸ Vide GAIO 1,64, nota 454.

⁴⁴⁹ GAIO 1,59 : Pois pessoas que mantêm entre si relações de pais a filhos não podem contrair casamento, nem há conúbio entre elas, como entre pai e filha, ou entre mãe e filho, ou entre avô e neta ; e se tais pessoas tiverem entre si relações, consideram-se como tendo contraído núpcias nefárias e incestuosas. Vide GAIO 1,56; 1,67 ; 1,76 ; 1,78 ; 1,80.

⁴⁵⁰ I.1,10,1: «(...) assim, as pessoas que estão na relação de ascendentes e descendentes não podem contrair núpcias ; como, entre pai e filha, ou avô e neta, ou mãe e filho, ou avô e neto, até o infinito ». Vide nota 441.

As núpcias, portanto, entre ascendentes e descendentes eram consideradas como falta de *conubium*, conforme se encontra em Ulpiano: “*Inter parentes et liberos cuiuscumque gradus sint conubium non est*”⁴⁵¹.

Na linha colateral, no direito antigo existia impedimento até o sexto grau. Contudo, os primos podiam casar, no final da República⁴⁵². Também os parentes nessa linha, em 3º grau, a partir do Império, podiam contrair núpcias, em razão da exceção ocorrida com o casamento de Cláudio com Agripina, filha do seu irmão Germânico, como se observa nas Instituições de Gaio⁴⁵³.

A união entre parentes em grau proibitivo de parentesco era considerada incestuosa. Assim, quem contraísse núpcias nessa condição não se considerava como tendo mulher nem filhos, segundo as Instituições de Gaio: “*ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur, neque liberos*”⁴⁵⁴. O mesmo jurisconsulto acrescenta: “*Item amitam et materteram uxorem ducere non licet, item eam quae mihi condam*

⁴⁵¹ ULPIANO. *Coll.* 6,2,1 : «Entre ascendentes e descendentes de qualquer grau não existe *conubium* ».

⁴⁵² I.1,10,2: “*Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognationis iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem et sororem nuptiae prohibitaе sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiae consistere non possunt; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, poteris eam uxorem ducere: sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum ante filium emancipare: et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium emancipare*”. (“Também entre as pessoas ligadas por cogação em grau colateral, há uma proibição semelhante, mas não tamanha. Assim, certamente são proibidas as núpcias entre irmão e irmã, nascidos quer do mesmo pai e da mesma mãe, quer de um só deles. Mas se uma começou a ser tua irmã por adoção, enquanto a adoção perdurar, certamente não poderá haver núpcias entre ti e ela, poderás casar com ela quando pela emancipação se extinguir a adoção. Do mesmo modo, se fores tu o emancipado nenhum impedimento haverá às núpcias. E também está determinado que quem quiser adotar um genro deve antes emancipar a filha, e quem quiser adotar a nora, deve antes emancipar o filho”).

⁴⁵³ GAIO 1, 62: *Fratis filiam uxorem ducere licet, idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam fratris sui filiam uxorem duxisset; sororis vero filiam uxorem ducere non licet.* (É lícito casar com a filha do irmão que começou a ser usual depois que o divino Cláudio desposou Agripina, filha de seu irmão; mas não é lícito casar com a filha da irmã). Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 72; FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 397; Cf. BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*, p. 566 : Na legislação cristã, as proibições por motivo de parentesco tornaram-se mais rígidas, sujeitas à sanções e penas mais duras. Constantino (C.3,12,1) vetou o casamento entre tio e sobrinha e entre cunhados, mas, posteriormente, foi consentido. As mesmas proibições se aplicavam quanto aos adotados, exceto se emancipados, conforme GAIO 1,61 : *Sane inter fratrem et sororem prohibitaе sunt nuptiae, sive eodem patrem eademque matre nati fuerint, sive alterutro eorum; sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere ; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis.* (Entre irmão e irmã, as núpcias são absolutamente proibidas, quer sejam nascidos do mesmo pai e da mesma mãe, quer de um só deles. Mas com a que veio a ser minha irmã adotiva, enquanto durar a adoção, absolutamente não poderá haver núpcias entre mim e ela ; desvanecida, porém, a adoção, pela emancipação, poderei casar-me com ela ; e também se eu for emancipado, nenhum impedimento haverá às núpcias).

⁴⁵⁴ GAIO 1,64: “Logo, quem contrair núpcias nefárias e incestuosas, não se considera como tendo mulher, nem filhos”.

*socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit*⁴⁵⁵. No mesmo sentido, assim se expressa o jurisconsulto Paulo: *Iure gentium incestum comitit qui ex gradu adscendentium, vel descendendum uxorem duxerit.*⁴⁵⁶

Quanto à afinidade⁴⁵⁷ não havia impedimento até a época pré-clássica (correspondente ao final da República). Uma vez dissolvido o matrimônio que a tinha gerado, não comportava a ausência do *conubium*. Extinta a afinidade, eram lícitos os casamentos entre sogro e nora, sogra e genro, padraсто e enteada, entre madraста e enteado, embora tais uniões fossem reprovadas pelos costumes⁴⁵⁸. A partir da época clássica, era defeso o casamento entre afins na linha reta (padraсто e enteada, madraста e enteado, sogro e nora, sogra e genro)⁴⁵⁹; na época

⁴⁵⁵ GAIO 1, 63: (Semelhantemente, não é lícito desposar a tia paterna nem a materna. Do mesmo modo, com a que outrora foi minha sogra ou nora ou enteada ou madraста); D.23,2,12,3: “*Si uxor mea post divortium alii nupserit, et filiam susceperit, putat Iulianus, hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum*”. (Se minha mulher casar-se com outro, depois do divórcio, e tiver uma filha, opina Juliano que esta não é certamente minha enteada, porém deverei abster-me de contrair núpcias com ela).

⁴⁵⁶ D. 23,2,68: “Pelo direito das gentes comete incesto o que houver tomado por mulher em grau de ascendência ou descendência”.

⁴⁵⁷ D.38,10,4,3: (...) *Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicit ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit, namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis*. (Afins são os cognados do marido e da mulher, chamados assim porque pelas núpcias se unem as cognações que são entre si diversas e a um se aproxima o afim de outra cognação, porque a causa de unir-se a afinidade provém das núpcias); D.38,10,4,4: *Nomina vero eorum haec sunt: socer socrus, gener nurus, noverca vitricus, privignus privigna*. (Os nomes desses são: sogro e sogra, genro e nora, madraста e padraсто, enteado e enteada); I.1,10,6: “*Adfinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est. Ut ecce privignam aut nulum uxorem ducere non licet, quia utraeque filiae loco sunt. Quod scilicet ita accipi debet, si fuit nurus aut privigna: nam si adhuc nurus est, id est si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris, quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc privigna tua est, id est si mater eius tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eadem tempore habere non licet*”. (Devemos nos abster também de certos casamentos por um respeito da afinidade. Assim, não é lícito desposar a enteada ou a nora, por estarem ambas em lugar de filhas. E isto deve assim entender-se, se foi tua nora ou enteada, porque, se ainda é tua nora, isto é, se ainda é casada com teu filho, não a podes esposar por outra razão, a saber, por não poder ela estar casada com dois maridos. O mesmo se dá se ainda é tua enteada, isto é, se a mãe está casada contigo; pois, não a podes desposar por não te ser lícito teres duas mulheres ao mesmo tempo). Sobre afinidade, *Vide* GUARINO, Antonio. *Adfinitas*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1939. :

⁴⁵⁸ *Vide* FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 396; GUARINO, A. *Adfinitas*. Milano, 1939, p. 54.

⁴⁵⁹ *Vide* GAIO 1,63 (nota 455); I.10,7: “*Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod et ipsum dissoluta demum adfinitate procedit: alioquin si adhuc noverca est, id est si adhuc patri tuo nupta est, communi iure impeditur tibi nubere quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc socrus est, id est si adhuc filia eius tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiae, quia duas uxores habere non possis*”. (É proibido também desposar a sogra ou a madraста, por serem como mães; e isto se entende mesmo depois de extinta a afinidade. Pois, se ainda é madraста, isto é, se ainda está casada com teu pai, o direito comum impede de a desposares, porque uma mesma mulher não pode ter dois maridos. Igualmente, se ainda é sogra, isto é, se ainda sua filha está casada contigo, as núpcias ficam impedidas, porque não podes ter duas mulheres); Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 203: A afinidade entre sogra e genro, sogro e nora, padraсто e enteada, madraста e enteado, era talvez causa de impedimento no antigo sistema do *fas* tutelado pelos pontífices. Em razão da decadência desse sistema, ao final da república, o casamento era legal, embora considerado um grave *scelus*. *Vide* SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 69s.

cristã, essa proibição se estendeu à linha colateral (entre cunhados, entre viúva e o irmão do falecido ou a irmã da mulher)⁴⁶⁰.

2.5.3 Outros impedimentos

A Lei das XII Tábuas proibia o casamento entre patrícios e plebeus⁴⁶¹. Contudo, a *Lex Canuleia* (445 a.C.) atribuiu aos plebeus o direito de *conubium* com os patrícios, permitindo aos primeiros o acesso ao casamento, se as duas classes reconhecem que tinham um deus comum: *Iovis Farreus*⁴⁶².

A *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* trazia no seu bojo várias proibições. Dentre elas, por motivos éticos e sociais, proibia-se o casamento entre senadores e os descendentes de senadores, até o 3º grau, com libertos⁴⁶³ ou com mulheres cujo pai ou mãe exercessem artes lúdicas⁴⁶⁴ (tal proibição foi atenuada por Justiniano, ao esta

⁴⁶⁰ C. 5,5,5: “*Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus coiungendi penitus licentiam submovemus, haec dissoluto quoeunque modo coniugio*”. (Suprimimos em absoluto a faculdade para casar-se com a mulher do irmão, ou para unir-se em matrimônio com dois irmãos, ainda sabendo-se dissoluto de algum modo o matrimônio). Vide PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*. Madri, 1978, p. 363; JUSTO, Antonio dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.73. Vide notas 439, 440, 441, 442, 443 e 449.

⁴⁶¹ Lei das XII Tábuas, XI, 2.

⁴⁶² Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio bel diritto romano preclassico*, p. 188.

⁴⁶³ D.23,2,23: *Lege Papia cavetur, omnibus ingenuis praeter Senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere*. (Dispõe-se, na *Lex Papia*, que a todos os ingênuos, exceto os senadores e seus filhos, lhes é lícito tomar por mulher uma liberta). Vide, também, D.23,2,16: *Oratione Divi Marci cavetur, ut, si Senatorios filia libertino nupsiasset, nec nuptiae essent; quam et Senatusconsultum secutum est*. Dispõe-se, numa oração do divino Marco, que, se a filha de um senador houver casado com um liberto, não existem núpcias; disposição também mantida por um senatusconsulto); D.23,2,44: *Lege Iulia ita cavetur: Qui senator es, quive filius, neposve ex filio, proneposve ex filio nato cuius eorum est, erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam, aut eam, quae ipsa, cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit; neve senatoris filia, neptisve ex fili, proneptisve ex nepote filio nato, nata, libberino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram ffacit, fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto; neve quis eorum, dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto*”. (Dispõe a Lei Júlia e Papia: aquele que é senador, ou o que é ou foi seu filho ou neto havido de um filho, ou bisneto havido de um filho nascido de qualquer deles, tenha, sabendo por dolo mau, por esposa ou mulher uma liberta ou aquela que ela mesma, ou seu pai ou sua mãe representa ou houver representado em diversões públicas, tampouco a filha de um senador, ou a neta nascida de um filho, ou a bisneta havida de um neto nascido de um filho, considere desposada ou casada, sabendo-o e com dolo mau com um liberto ou com aquele que ele mesmo, ou seu pai ou sua mãe representa ou tenha representado em espetáculos públicos; e nenhum destes a tenha com dolo mau e consciente, por esposa ou mulher). D.23,2,49: “*Observandum est, ut inferioris gradus homines ducant uxores eas, quas hi, qui altioris dignitatis sunt, ducere legibus propter dignitatem prohibentur; at contra antecedentis gradus homines non possunt eas ducere, quas his, qui inferioris dignitatis sunt, ducere non licet*”. (Há de observar-se que os homens de inferior categoria podem casar-se com aquelas que a eles são de maior dignidade, se lhes proíbe pelas leis tomá-las por mulher por razão de sua dignidade; mas, pelo contrário, os homens de categoria superior não podem casar-se com aquelas que a eles são de inferior dignidade, não sendo lícito tomá-las por mulher).

⁴⁶⁴ D.23,2,42,1: *Si senatoris filia, neptis, proneptis libertino vel qui artem ludicram exercuit, cuiusve pater materve id fecerit, nupserit, nuptiae non erunt*. (Se a filha, neta ou a bisneta de um senador houver casado com um liberto, ou com quem executou jogos públicos, ou com aquele cujo pai ou mãe houver feito isto, não existirão núpcias). *Ars ludica*, segundo MIGUEL FALCÃO. Cit. p. 21, “*no era en si mismo turpis, sin embargo, por exigir demasiado contacto con el público, especialmente el bajo, exponia a la mujer a una vida deshonesto y esa debía de ser la realidad, motivo por lo cual estarían prohibidas las núpcias con cualquier ingenuo*”.

belecer que não se rompesse o matrimônio já constituído, mas, no direito das novelas esse preceito foi abolido)⁴⁶⁵; entre senadores e atrizes teatrais; como também entre ingênuo e mulher de vida fácil (meretrizes, mulheres condenadas em julgamentos públicos, condenadas ou surpreendidas em adultério)⁴⁶⁶. Todas essas proibições foram atenuadas por Justiniano⁴⁶⁷.

De acordo com uma disposição da *Lex Julia de Adulteriis*, confirmada pela *Lex Iulia et Papia*, a mulher condenada por adultério, por motivos éticos, não podia contrair matrimônio⁴⁶⁸. Segundo Ollis Robleda, essa lei “*convertió el adulterio de la uxor en crimen, o delito lesivo del bien público, condenable por tanto, con juicio público, y a penas del mismo carácter*”⁴⁶⁹. De conformidade com Miguel Falcão⁴⁷⁰, existem entre os tratadistas divergências sobre a validade do matrimônio realizado contra a *Lex Iulia et Papia*. De fato, encontram-se no Digesto textos em que o matrimônio contraído com a violação à *Lex Iulia* não parece declarado nulo, *verbi gratia*: “*Semper in coniunctionibus non solum quid licet, considerandum est, sed et quid honestum est*”⁴⁷¹. *Simili modo*, ainda no Digesto:

“(...) *movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum, idcircoque quum haec omnia in unum concurrunt confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent*”⁴⁷².

Para Savigny⁴⁷³, a proibição estabelecida na *Lex Iulia* não teria por objetivo levar a

⁴⁶⁵ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 204.

⁴⁶⁶ D.23,2,43,12: *Quae in adulterio deprehensa est, quae publico iudicio damnata est (...)*. (A que foi encontrada em adultério e condenada em julgamento público).

⁴⁶⁷ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 205; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.76; CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p.1298, nota 12. Cf. MIGUEL FAÇÇÃO. *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el império romano*, p. 63: No direito justinianeu, as proibições matrimoniais de caráter social acabaram por desaparecer. Deixaram de ser obstáculos ao casamento legítimo. Vide ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império*, p. 332.

⁴⁶⁸ D.23,2,43,12-13; *Tit. ex corpore Ulp.* 13,2; C.9,9,9: “*Castitati temporum meorum convenit, lege Iulia de pudicitia damnatam in poenis legitimis perseverare. Qui autem adulterii damnatam, si quocumque modo poenam capitalem evaserit, selem duxit uxorem vel reduxit, eadem lege ex causa lenocinii punietur*” (Convém à castidade desses tempos que a condenada pela Lei Júlia, sobre o pudor, continue sujeita sempre às penas legais. Mas o que sabendo tomou ou voltou a tomar por mulher a condenada por adultério, se de qualquer modo houver se evadido da pena capital, seja castigado pela mesma lei, em razão de lenocínio).

⁴⁶⁹ OLLIS ROBLEDA. Cit. p. 198.

⁴⁷⁰ FALCÃO, Miguel. *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, p.24.

⁴⁷¹ D.22,2,42: “*Nas uniões se há de considerar sempre não somente o que seja lícito, mas também o que seja honesto*”.

⁴⁷² D. 23,2,58: “*... nos inclinamos a teu favor, tanto pela grande duração do tempo que, ignorando o direito, permaneceste em matrimônio com teu tio materno, quanto porque foste casada por tua avó e pelo número de vossos filhos havidos deste matrimônio, que se contraiu há quarenta anos, o mesmo que se legitimamente houvesse sido concebido*”.

⁴⁷³ SAVIGNY, FERNANDO CARLOS. *Sistema de derecho romano actual*. Madrid, II, p. 49, *apud* Miguel Falcão. *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*. p. 24.

nulidade do referido matrimônio, mas destituiu-o de seus privilégios, ou seja, tornar subsistentes as penas impostas contra o celibato.

As uniões conjugais contrárias às disposições das leis de Augusto eram inexistentes do ponto de vista jurídico e privadas dos efeitos legais. Várias passagens do Digesto abordam a aplicação dessas leis, tornando a união conjugal inexistente em razão da condenação em juízo público decorrente do adultério⁴⁷⁴. O mesmo acontecia em decorrência de a mulher ou o seu pai ou a sua mãe exercerem ou terem exercido atividades lúdicas⁴⁷⁵. Igualmente, vetava-se o matrimônio daquelas que eram acusadas de adultério⁴⁷⁶. Ainda de acordo com a *Lex Iulia*, a relação conjugal com uma mulher considerada culpada e condenada por adultério era considerada infamante⁴⁷⁷. No direito justiniano, todavia, a adúltera podia casar-se depois da morte do marido, exceto com o seu cúmplice⁴⁷⁸.

Contudo, *iniustum matrimonium* não significava o negócio jurídico privado de algum efeito. Indicava a união conjugal privada de todos ou de alguns requisitos citados nos *Tit. Ex corp. Ulp. 5,2*, referentes ao conúbio, à puberdade ou consentimento, o que tornava o matrimônio inexistente⁴⁷⁹. *Ipsa facto*, também, os filhos nascidos dessa união eram considerados espúrios, porque aos cônjuges não era reconhecido como tendo materializado uma união qualificada de *iustum matrimonium*⁴⁸⁰. Ao contrário, o principal efeito do matrimônio justo ou legítimo no mundo antigo consistia em atribuir aos filhos dele concebidos, o *status* jurídico que o pai tinha no momento da concepção, porquanto resguardava aos cidadãos romanos, sobretudo, a atribuição da *patria potestas* sobre esses descendentes. A respeito da matéria, assim se expressa Volterra: “*Se un’unione non produce questi effetti, essa, secondo il concetto dei giuristi romani, è giuridicamente inesistente*”⁴⁸¹.

No tempo de Marco Aurélio foi determinada a nulidade das núpcias somente quando se tratasse dos senadores ou os casamentos fossem celebrados com manumitidos ou os casamentos fossem com certas pessoas que exerciam profissões desonestas, como os comediantes. Porém,

⁴⁷⁴ Vide D.23,2,43,10: “*Senatus consuit, non conveniens esse ulii Senatori, uxorem ducere aut retinere damnatan publico iudicio; quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non potestas*”. (Determinou o Senado, que não era conveniente a nenhum senador tomar por mulher, ou reter, a condenada em público juízo; cuja ação a qualquer indivíduo do povo é lícito exercitar, a não ser que alguém não tenha, em virtude de alguma lei, faculdade para acusar em juízo público). *Similli modo*, D. 23,2,43,11-13.

⁴⁷⁵ D.23,2 44; D.23,2,44,7: *Plane si ipsa artem ludricam facere coeperit, utique dimittenda erit*. (Porém, se ela mesma houver começado a representar em diversões públicas, certamente que haverá de ser repudiada).

⁴⁷⁶ D. 23,2,26: “*Reas adulteriifactas nec ante damnationem vivente marito uxores duci posse*”. (Não se pode tomar por mulher aquelas que se fizeram réus de adultério, mesmo antes da condenação, vivendo o marido).

⁴⁷⁷ C.9,9,12.

⁴⁷⁸ Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 76.

⁴⁷⁹ Vide *Tit. Ex corp. Ulp. 5,2*, nota 383.

⁴⁸⁰ Vide VOLTERRA, Edoardo. *Iniustum matrimonium*, p. 462s.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 468.

esse princípio nunca se aplicou aos infames. Asseguravam-se a tal matrimônio todos os efeitos que lhe eram atribuídos pelo direito antigo, recusando-se, contudo, aos cônjuges os privilégios estabelecidos pela lei em favor das pessoas casadas e com prole. Os cônjuges eram considerados não casados e, por isso, nenhum deles era capaz de adquirir por testamento, seja do outro cônjuge ou de terceiro⁴⁸².

Nardi⁴⁸³ contesta esses argumentos, alegando a existência de nulidade de tais casamentos na legislação de Augusto⁴⁸⁴. É preciso ressaltar, estas palavras de Astolfi⁴⁸⁵, “*la norme della lex Iulia et Pappia, sulla moralità del matrimonio hanno quindi mostrato vitalità e riscosso successo sino a Giustiniano. Si reggono su criteri etico-sociali non alieni da intonazioni classiste*”.

De acordo com uma constituição de Constantino, não podia casar o raptor com a raptada, mesmo que ela tivesse consentido no rapto, nem o governador ou magistrado de uma província com mulher do mesmo lugar enquanto durasse sua função⁴⁸⁶. Ao tempo do Imperador Marco Aurélio, era proibido, por motivos práticos e políticos, sob pena de infâmia, o casamento do tutor, seus descendentes ou ascendentes, com a pupila, antes da prestação de contas e de que ela atingisse 25 anos⁴⁸⁷. Posteriormente, essa regra aplicou-se ao curador, como se comprova nos textos que se seguem: “*Senatusconsulto, quo cautum est, ne tutor pupillam vel filio suo, vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur*”⁴⁸⁸.

“*Non est matrimonium si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre, nec testamento destinatum ducat uxorem, vel eam filio suo iungat; quo facto uterque infamatur; nec interest, filius sui iuris, na in patris potestate sit*”⁴⁸⁹.

⁴⁸² FALCÃO, Miguel. *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano*, p.24s.

⁴⁸³ E. NARDI. *La reciproca posizione sucessória dei coniungi privi di conubium*. Milano 1938, *apud* Miguel Falcão. *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano*, p.25

⁴⁸⁴ Cf. GAUDEMET, Jean. *Iustum matrimonium*. In RIDA 2, 1991, p. 32, essas divergências não levam senão a controvérsias sem fim.

⁴⁸⁵ ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império*, p. 332.

⁴⁸⁶ C. Theod. 24,11; C.5,4,6: “*Etsi contra mandata principum sit in provincia consentiente muliere matrimonium, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseveraverit, iustae nuptiae efficiuntur; et ideo postea liberos susceptos natosque ex iusto matrimonio legitimus esse, responsum viri prudentissimi Pauli declarart*”. (Mesmo contra os mandados dos príncipes se haja contraído matrimônio, estando no governo de uma província, com o consentimento da mulher, sem embargo depois de deixado o cargo, se fazem legítimas as núpcias, se ela houver perseverado na mesma vontade; por isto declara a resposta do sapientíssimo Paulo, que são legítimos de legal matrimônio os filhos concebidos e nascidos depois). *Vide* JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.75.

⁴⁸⁷ *Vide* JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*. p. 76s.

⁴⁸⁸ D,23,2,59: (Pelo senatusconsulto em que se dispõe que o tutor não dê a seu filho, ou tome para si, em matrimônio, a pupila, se estende também ao neto). *Vide*, ainda, D.23,2,60.

⁴⁸⁹ D. 23,2,66: (Não há matrimônio se o tutor ou o curador tomar por mulher a sua pupila dentro do vigésimo sexto ano, não havendo sido prometida pelo *pater*, nem destinada em seu testamento, ou se a uni-la com seu filho;

“*Qui pupilam suam duxit uxorem contra senatusconsultum, nec matrimonium est hoc; et potest adulterii accusari, qui tutor vel curator fuit, et intra vicesimum sextum annum duxit uxorem non a patre desponsam, vel testamento denominatam*”⁴⁹⁰.

Na época clássica, a viúva não podia casar antes dos dez meses seguintes à dissolução do casamento pela morte do marido, período que foi acrescido para um ano na época pós-clássica⁴⁹¹. Justiniano estendeu essa proibição ao divórcio, e que não se fundamentava somente no sentimento⁴⁹², mas para evitar dúvidas quanto à paternidade.

A realização do casamento sem o preenchimento de um dos requisitos necessários à sua validade ensejava a sua nulidade, que podia ser invocada ou intentada em qualquer momento pela parte interessada. Quando isso ocorria, além de o casamento ser nulo, o impedimento acarretava pena aos nubentes.

Na legislação cristã, era vetado o casamento entre judeus e cristãos⁴⁹³, bem como entre padrinho e afilhada⁴⁹⁴, por se tratar de parentesco espiritual⁴⁹⁵. As disposições canônicas e a

com este fato ambos se infamam, e são castigados fora da ordem e com arranjo à dignidade da pupila, não importando que o filho seja de próprio direito ou esteja sob a potestade do *pater*”).

⁴⁹⁰ D. 48,5,7: (“Se, contra o senatusconsulto, alguém tomou por mulher a sua pupila, isto não é matrimônio, e pode ser acusado de adultério o que foi seu tutor ou curador, e a tomou por mulher antes dos vinte e seis anos, não havendo sido prometida, ou destinada, ou nomeada como esposa por seu pai em testamento”).

⁴⁹¹ Vide Lei das XII Tábuas IV, III; C.5,9,2: “*Si qua ex feminis perduto marito intra anni spatium alteri festinaverit nubere (parvum enim temporis post decem menses servandum adicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus) probrosis inusta notis, honestioris nobilisque personae et decore et iure privetur, atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsalium vel iudicio defuncti coniungis consecuta fuerat, amittat*”. (Se alguma mulher, havendo perdido o seu marido, se houver apressado a casar-se com outro dentro do término de um ano (porque entendemos que se há de observar um certo tempo depois dos dez meses, mesmo que se considere exíguo) tachada com afrontosas notas, seja privada da consideração e do direito de pessoa honesta e nobre e perca todos os bens que adquiriu do primeiro marido ou pelo direito dos esposais ou por última vontade do cônjuge defunto). Vide JUSTO, Antônio dos Santos. *Direito privado romano*, IV. p.77. Cf. O autor (*ibidem*), A violação dessa proibição constitua um ato de impiedade para com o defunto e era punida com a *infâmia*, além de ações patrimoniais, como, incapacidade de receber por testamento e doação *mortis causa* e de ser herdeira de parentes além do terceiro grau.

⁴⁹² Era o *tempus lugendi* imposto à viúva, o que, entre outras manifestações de luto, significava a perda do cônjuge e a mulher era obrigada a observar um *tempus legitimum*, a partir da data da morte do marido, antes de poder contrair novo matrimônio. Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 264; JUSTO, Antônio dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.77.

⁴⁹³ C.1,9,6: *Nequis christianam mulierem in matrimonium iudaeus accipiat, neque iudaeae christianus coniungium sortiatur, nam si quis aliquid huiusmodi admissit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit, libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata*. (Nenhum judeu tome em matrimônio mulher cristã, nem o cristão se case com uma judia. Pois, se alguém tal fizer, a infração será considerada como de adultério, deixando-se à voz pública a liberdade da acusação). Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império*, p. 334. Proibindo ao hebreu desposar uma cristã e a um cristão desposar uma hebreia, Teodósio considerava a contravenção semelhante ao adultério, punindo-a como tal, possibilitando a todos a faculdade de propor a acusação. Vide JUSTO, Antônio dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.77.

⁴⁹⁴ C.5,4,26. Vide JUSTO, Antônio dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 77

⁴⁹⁵ Vide VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p. 54.

patrística dos séculos IV e V buscaram uniformizar-se aos critérios seletivos do direito e da ética laica, sem descurarem do sentimento de igualdade de todos os homens diante de Deus.

Assim, constata-se que, na sua trajetória multissecular, o casamento sofreu mutações de vários matizes, desde a concepção primeva de sujeição da mulher à família (*conventio in manum*) até o surgimento de um sentimento verdadeiro e profundo que se inspirava na *affectio maritalis* e na *honor matrimonii*, que tomaram maior expressão e significado com o cristianismo⁴⁹⁶.

2.6 O casamento e a *conventio in manum*

O matrimônio por si, não produzia alteração na situação da família agnática. O marido continuava ligado à sua família seja como *sui iuris* ou *alieni iuris*, e a mulher à sua. Considerando-se que a agnação somente se transmitia pela linha masculina, os filhos pertenciam ao *pater* e estavam ligados à família deste e não à família da mãe. Eram famílias agnáticas diferentes. Para que a mulher integrasse o grupo familiar do marido, fazia-se necessário que o casamento fosse acompanhado da *conventio in manum*⁴⁹⁷.

Conforme assinala Patrizia Giunti⁴⁹⁸, para alguns romanistas, existe uma radical distinção entre matrimônio e *conventio in manum*, tomando-se com referência a natureza e a eficácia desses institutos e, sobretudo, a disparidade quanto à sua dissolução. O divórcio, mesmo dissolvendo o matrimônio, era de todo insignificante no que se referia à *manus*. Esta para ser derogada, exigia formas especiais e opostas àquelas necessárias à sua formação: a *difarreatio*, no caso da *confarreatio*, e a *remancipatio*, no caso da *coemptio*. Não se encontrava nenhum vestígio que demonstrasse a existência de uma forma especial e idônea para remover a *manus* adquirida pelo *usus*. Isto porque a *manus* se constituía pelo regular decurso de um ano de convivência ininterrupta, inatingível pela eficácia extintiva do divórcio. Mas ao mesmo tempo, era desprovida de um *contrarius actus*, o que lhe possibilitava permanecer inatingível a outro modo de dissolução do matrimônio que produziu⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ CORREIA, Alexandre; GAETANO, Sciascia. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 124; Cf. CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1307. A *affectio maritalis* ou *mens coeuntium* era o elemento espiritual consubstanciado na vontade contínua e recíproca dos cônjuges para a existência do matrimônio. Quando essa vontade deixasse de existir, mesmo só de uma parte, o vínculo considerava-se dissolvido *ipso facto* sem necessidade de qualquer declaração nesse sentido.

⁴⁹⁷ Vide ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A. Cit. p. 731.

⁴⁹⁸ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 236s. Vide VOLTERRA, Edoardo. *Istituzioni di diritto privato romano, IV*, p. 647.

⁴⁹⁹ *Ibidem*. p. 236.

Para evitar essa eventualidade, a doutrina mais autorizada, sob um prisma institucional, admite estender também à *conventio in manum usu* a eficácia resolutive da *remancipatio*. Contudo, considerando-se a dissonância entre o *usus* e a *remancipatio*, torna-se evidente a falta de uma simetria funcional que caracterizasse o cerne de todo *contrarius actus*. Entretanto, essa extensão não podia ser pressuposta, nem determinante da hipótese reconstrutiva daquela lógica geral que fazia do *usus* uma mera aparência de uma *coemptio* ineficaz⁵⁰⁰.

Biondi⁵⁰¹, de sua parte, entende que, naqueles tempos antigos, o matrimônio se confundia com a *conventio in manum*⁵⁰². Era o modo através do qual a mulher entrava na família do marido. Contudo, com a decadência da típica família romana, o matrimônio passou a distinguir-se da *conventio in manum*. Mas não constituíam exatamente duas espécies, isto é, *cum manu et sine manu*, porquanto o matrimônio era sempre de um só tipo. Nesse sentido, afirma: “(...) *non sarebbe esatto dire che sia di due specie, cum manu e sine manu; il matrimonio è sempre di un solo tipo ed ha sempre la stessa struttura*”⁵⁰³.

Carla Fayer, ao esclarecer que, no antigo direito romano, o matrimônio costumava ser conjunto com a *conventio in manum*, enfatiza:

“*Ma giova subito avvertire che non per questo concepirono i Romani due specie diverse di matrimonio, l'uno cum manum conventione e l'altro sine manum conventione. Il matrimonio fu sempre, nell'età storica, uno e il medesimo: variò soltanto la posizione della donna che ora fu quella di una uxor in manu... ora quella di una sine in manu conventione mater*”⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p.239.

⁵⁰¹ BIONDI, Biondo. *Istituzioni de diritto romano*, cit. p. 557; VOICI, P. *Istituzioni di di diritto romano*. Milano, 1954, p. 461; Cf. SCHUPPER, G. *La famiglia secondo il diritto romano, I*. Padova, 1876, p. 87: “*In antico la manus non esisteva independentemente dal matrimonio, ma era la stessa cosa com esso era addirittura il matrimonio, e sapeva concepire diversamente*”; GIRARD, F. *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 162: “*(...) plus ont remonte dans le passé, plus ont voit se rapprocher les idées de mariage et de manus; et elles devaient se confronde a l'origine de droit romain*”; ARRANGIO RUIZ, V. *Istituzioni di diritto romano*, p. 434: “*il matrimonio del più antico diritto romano è un atto o fato giuridico, in forza del quale una donna, sui iuris od alieni iuris, esce dalla famiglia d'origine ed entra in una famiglia nuova, in condizione di sottoposta e con la particolare funzione di procreare al capocasa o ad un suo sottoposto libero una discendenza legittima*”.

⁵⁰² Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 196: A opinião que a *conventium in manum* e o matrimônio eram dois institutos diversos e independentes entre eles foi seguida pela doutrina no período médio republicano e clássico. No período arcaico até a Lei das XII Tábuas, a teoria dominante reconhecia a existência do *matrimonium sine manu*. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 60, de sua parte, acrescenta: “Um problema tem dividido a romanística quanto à possibilidade da existência de dois matrimônios: o *cum manu* e o *sine manu*. Em defesa do matrimônio *cum manu* afirma-se que se realizava através da *confarreatio*, da *coemptio* e do *usus*. Em qualquer das formas a mulher entrava na família agnática do marido, sujeitando-se à *manus* deste ou do seu *paterfamilias*. O matrimônio *sine manu* teria sido introduzido em Roma, por volta do século III a. C., realizar-se-ia sem formas determinadas se substituiu rapidamente o matrimônio *cum manu*”.

⁵⁰³ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, cit. p.557; FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 187.

⁵⁰⁴ *Ibidem*.

Simili modo, Santos Justo, discorrendo sobre o *matrimonium* e a *conventio in manum*, destaca: “enquanto aquela visa criar a sociedade conjugal, esta apenas põe a mulher sob a manus mariti ou do seu paterfamilias”⁵⁰⁵. E acrescenta: “por isso, os juristas romanos só conheceram um tipo de matrimônio, independentemente da *conventio cum* ou *sine manu*”. Sobre o assunto, Vieira Cura assim se expressa:

“Embora alguns autores persistam em afirmar a existência de dois tipos distintos de casamento no direito romano antigo e ainda na época clássica – um *cum manu* e outro *sine manu* – os juristas romanos jamais aludem a essa distinção, reportando-se sempre a um único tipo. A *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus* não eram atos tendentes a fazer surgir o matrimônio, isto é, atos que permitiam ao marido a aquisição da manus sobre a mulher; o matrimônio existia, pois, independentemente da *conventio in manum*, o que aliás, é confirmado pelo próprio instituto do *usus*, que fazia com que a mulher ficasse sob a manus do marido ou do pater (se não fosse *sui iuris*), decorrido um ano de matrimônio (sem *trinocti usurpatio*)”⁵⁰⁶.

No mesmo sentido, Justo esclarece:

“As fontes jurídicas romanas apresentam-nos dois tipos de matrimônios que diferem não só na concepção moral, religiosa e social, mas também na sua estrutura jurídica: um é o matrimônio da época pagã; o outro, o novo matrimônio cristão que, tendo-se afirmado nos séculos IV e V, foi reconhecido gradualmente pela legislação imperial. (...) O primeiro tipo aparece no Digesto; o segundo, nas *constitutiones* mais recentes do *Codex* e das *Novellae*”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ JUSTO, António dos Santos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro*. In *El Derecho de Familia. De Roma ao Derecho Actual*. Huelva: Publicaciones. Universidad de Huelva, 2003, p. 325.

⁵⁰⁶ CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concupinatus) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1305, nota 29. No mesmo sentido, VOLTERRA, Edoardo. *La conception du mariage à Rome*. In RIDA, 3ª. Serie. Tome III. Bruxelles, 1955, p. 368, “L’examen direct des sources démontre clairement que les juristes romains n’ont jamais connu deux types de mariage, l’un *cum manu*, l’autre *sine manu*. Une telle distinction aurait été à leurs yeux absolument incompréhensible”. E continua o autor, “La doctrine qui admet la distinction entre mariage *cum manu* et mariage *sine manu* confond deux institutions différentes, mariage et *conventio in manum*. La première a pour but de créer une société conjugale en vue d’assurer la procréation et l’éducation des enfants. La seconde a pour but de faire entrer une femme dans un groupe agnatique, la plaçant sous l’autorité du chef de ce groupe”. Cf. ORESTANO, Riccardo. *La struttura giuridica del matrimonio romano*. *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano*. Vol VI. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1940, p. 158s: “(...) riconosciamo anche (...) che il matrimonio *cum manu* e il matrimonio *sine manu* non costituiscono due formae matrimonium, perchè nel complesso la nozione è unica e la convention in manum, almeno in epoca storica, riguarda principalmente la posizione della donna nella nuova famiglia, non già l’essenza del matrimonio”. Contudo, outros autores entendem a existência de dois tipos de casamento. Cf. GIFFARD A.E. *Précis de droit romain, I*, Paris, 1948, p. 227, citado por OLIS ROBLEDA, S. J. *El matrimonio en derecho romano*. Università Gregoriana Editrice. Roma, 1970, p. 01: (...) ils (los romanos) ont connu deux sortes de mariage: le mariage *cum manu* et le mariage *sine manu*, tous les deux sont des mariages légitimes”; No mesmo sentido: SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*. Napoli, 1960, p. 140; CANTARELLA, Eva. *Matrimonio e “conventio in manum”*. p. 182; Vide OLLIS ROBLEDA. S. J. Cit _p. 01. Por sua parte, VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p. 56, entende que a distinção de *cum manu* e *sine manu* não influenciava nem interferia no casamento romano, cujo fundamento era a *affectio maritalis*. O verdadeiro valor se inferia nos distintos efeitos gerados pela existência da *conventio in manum*, tais como: a submissão da mulher a *manus mariti*, a transferência de todos os bens para o patrimônio daquele.

⁵⁰⁷ JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.58.

Para Fayer⁵⁰⁸, parece criação dos estudiosos modernos a distinção entre matrimônio *cum manu* e matrimônio *sine manu*. Esclarece que tal distinção era completamente desconhecida dos romanos, visto que resultava da existência de dois diferentes institutos: *matrimonium* e *conventio in manum*, fundamentados em atos jurídicos diversos e com efeitos jurídicos diferentes, em razão das duas inconfundíveis condições jurídicas da mulher casada ou simples *uxor* e da *uxor in manu mariti*. O matrimônio teria sempre, sob o aspecto jurídico, a mesma fisionomia, isto é, estava sempre livre de qualquer forma constitutiva. Contudo, era baseado na *affectio maritalis*, mesmo nos tempos mais antigos, sendo acompanhado, em regra, da *conventio in manum*, que se materializava através da *confarreatio*, *coemptio* e *usus*. Estas eram formas exclusivas da *conventio* e, portanto, em nenhum caso tinham função e eficácia para constituir o matrimônio.

De acordo com Bonfante, considerando-se a essência genuína da família romana, nada completava e iluminava melhor o quadro político, quanto à posição da mulher no grupo familiar, do que a *manus* e a *conventio in manum*⁵⁰⁹. Esta última era, portanto, o ato que, especialmente nos tempos mais antigos, acompanhava o instituto do casamento⁵¹⁰, mercê do qual a mulher, excluída completamente de sua família, ficava submetida à *manus* do marido ou do seu *paterfamilias* se aquele fosse *alieni iuris*⁵¹¹. Nesse caso, a mulher ingressava, ficticiamente, na nova família na condição de filha (*in loco filiae*), tornando-se agnada em primeiro grau na linha reta⁵¹².

⁵⁰⁸ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 189.

⁵⁰⁹ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 39.

⁵¹⁰ Para alguns autores, na antiguidade, que vai até antes de entrar em vigor a Lei das XII Tábuas (445, 449 a.C), só existiu o casamento acompanhado da *conventio in manum*. Somente com a *usurpatio trinocitii* que, segundo Gaio, surgiu com a Lei Decenviral, apareceu o casamento *sine manu*. Vide GAIO 1,111 (nota 563); GARCIA GARRIDO. *Conventio in manum*. AHDE 26, 1956, p.784, citado por OLIS ROBLEDA, p. 31, esclarece: “No fué admitido el matrimonio sine manu antes de las XII Tablas, asi como que el matrimonio era indiferenciado de la conventio in manum, de tal modo que no pudiese haber tampoco conventio in manum sin matrimonio”; *simili modo* VOLTERRA, Edoardo. *La conception du mariage*, p. 9, assim se expressa: “Etant donné l'importance du groupe agnatique dans l'ancien droit, il est fort probable que dans les premiers siècles de Rome la femme, au moment du mariage, accomplissait la conventio in manum pour entrer dans le groupe du mari. Le mariage devait donc être presque toujours accompagné par la conventio. C'est, je crois, cette contemporanéité de deux institutions différentes et aussi le fait que le mariage romain n'a pas de formes déterminées, que ont fait maître dans la science moderne la persuasion qu'il y avait à Rome deux types de mariage”.

⁵¹¹ Vide GAIO 1,108-114; OLLIS ROBLEDA. Cit. p. 15; Cf. ARRANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 10 ed. Napoli, 1954, p. 434: “Il matrimonio del più antico diritto romano è un atto o fatto giuridico, in forza del quale una donna in condizione di sottoposta e con la particolare funzione di procreare al capocasa o ad un suo sottoposto libero una discendenza legittima”. No mesmo sentido, vide CANTARELLA, Eva. *Matrimonio e sensualità: una storia romana di amore coniugale*. In BIDR 59. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p.184.

⁵¹² Isto, segundo GAIO 1,162, significava, para a mulher, uma *capitis deminutio minima*. Cf. LAURA SANCHO. Cit. p. 349. A mulher, ao se colocar *in filiae mariti loco*, por um lado lhe possibilitava tornar-se herdeira do marido, em caso de viuvez. Por outro lado, ficava privada dos direitos e da herança em sua família natural.

Cumprido ressaltar, no entanto, que a *conventio in manum*, segundo as Instituições de Gaio (1,109), era um instituto aplicado unicamente à mulher. Além disso, só podia acontecer com a sua voluntária participação, como registram as fontes jurídicas e literárias, nas quais aparece a expressão *in manu convenire*, tendo como sujeito ativo sempre a mulher⁵¹³.

2.6.1 Modos de *conventio in manum*

A *conventio in manum* acontecia de três formas⁵¹⁴, sendo duas solenes: *confarreatio* e *coemptio*. A outra era um instituto complementar, no caso de matrimônio que se concretizasse sem formalidade, o *usus*⁵¹⁵. Todas, porém, eram indispensáveis para que a mulher ingressasse na família agnática do marido⁵¹⁶.

⁵¹³ GAIO 1,109: “(...) *in manum autem feminae tantum convenire*”. (“... mas só as mulheres caem sob a *manus*). Vide GAIO 1,110, nota 514; 1,111, nota 563; 1,112, nota 531; e, ainda, 1,113; 1,114; 1,136.

⁵¹⁴ SERVIUS. *Georg.* 1,31 (apud FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 301): “*Tribus enim modis veteres nuptiae fiebant: usu... farre... coemptione*. GAIO 1,110: “*Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coemptione*. (Em outros tempos, elas podiam ficar *in manu* (sob a mão) de três formas: pelo uso, pela confarreação, pela compra). Cf. BOZZA, F. *Manus e matrimonio*, p. 133, citado por FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*: Dentre os três modos destinados a realizar a *conventio in manum*, dois eram, ao mesmo tempo, modos de constituição do matrimônio e o terceiro, o *usus*, não podia ser porque pressupunha já a existência dessa relação. Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 302: É evidente que a afirmação de Gaio (1,110) não era mais entendida por escritores pós-clássicos que escreveram em uma época em que o instituto da *conventio in manum* não tinha mais relevância jurídica, tendo perdido aquilo que era sua originária função. VOLTERRA, E. *Nuove ricerche sulla conventio in manum*, p.387, de igual modo, depois de atento exame das fontes referentes aos textos pós-clássicos e na compilação justinianéia, afirma que a menção da *manus* já estava sistematicamente suprimida como instituto não mais em vigor.

⁵¹⁵ Cf. BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, p.560. O matrimônio romano, devido a sua particular estrutura, não requeria uma forma. A cerimônia e os ritos que acompanhavam as núpcias tinham importância social e não jurídica. Nem mesmo no direito justinianeu era requerida alguma solenidade. O matrimônio podia existir mesmo sem escritura ou constituição de dote ou outra formalidade, exceto quando se tratava de pessoa de alta posição social, para as quais Justiniano estabeleceu a elaboração do instrumento dotal (Nov.74,4). Na época cristã era praticada a bênção nupcial por parte do sacerdote, que, posteriormente, tornou-se uma forma legal (Nov. 89, de Leão), à luz da concepção de casamento como sacramento, preconizada por Cristo e divulgada pela Igreja (*sacramentum magnum*). Sobre *conventio in manum* vide notas 502 e 506.

⁵¹⁶ Cf. VOLTERRA, Edoardo. *La conception du mariage à Rome*. RIDA 2, Bruxelles, 1955, p. 368: *Confarreatio, coemptio* e *usus* eram atos que conduziam ao surgimento da *manus* e não cerimônias nupciais que tivessem servido para a constituição do matrimônio. Isto faz entender que a legitimidade dos filhos não dependia de que a esposa tivesse passado a formar parte da família do marido, mas do fato de haver nascido de uma mulher legítima. A *conventio in manum* possibilitava à mulher colocar-se *in loco filiae* na família do marido, adquirindo a possibilidade de se tornar herdeira dele, em caso de viuvez, e, por consequência, privá-la dos direitos de herança em sua família natural. *Simili modo*, CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianéia)*. Cit. p. 1305, assinala que a *confarreatio, coemptio* e *usus* eram formas de *conventio in manum*, mas não eram atos tendentes a fazer surgir a *manus*; Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.60. Cf. LAURA SANCHO. *El matrimonio romano primitivo y el valor de la lex inhumanissima*. Revue Internationale des droits de l’antiquité. Bruxelles, 1990, p. 349: Alguns autores entendem que os ritos próprios da *conventio in manu*, sobretudo a *confarreatio*, são celebrações de caráter nupcial, dentre eles, J. Linderski (*Religious aspects of the conflict of the orders*. In K.A. Raafalub, ed. *Social Struggles in archaic Rome*. Univers. Da Califórnia, 1986, p. 244-261), ao abordar a *confarreatio*, afirma que a nobreza patricia, descrita por ele, como “aristocracia em estado nascente”, se

2.6.1.1 *Confarreatio*

Segundo Giunti⁵¹⁷, seguramente, a *confarreatio* é o instituto matrimonial mais conhecido pela doutrina contemporânea. Isto acontece por razões ligadas ao seu cerimonial e pela capacidade de oferecer uma imagem amplamente aceita pelos estrudiosos, não obstante as muitas diatribes e polêmicas quanto ao seu papel dogmático e funcional. Era constituída por ato solene, religioso⁵¹⁸, privativo dos patrícios, isto é, dos descendentes e representantes do antigo povo romano⁵¹⁹.

Celebrava-se na presença do *pontifex maximus*, do flâmine de Júpiter e perante dez testemunhas, representativas das dez cúrias ou tribos, no início da história de Roma. Fundamentava-se nas vetustas tradições do culto sagrado e constituía o modo mais antigo da *conventio in manu*⁵²⁰. Era uma cerimônia igual para ambos os cônjuges e essa unidade ou

serviu desse rito matrimonial no qual participava o *pontifex maximus* e o *flamen Dialis*, para alcançar uma casta hereditária com direitos exclusivos.

⁵¹⁷ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 339.

⁵¹⁸ DION. De Alicarnasso. 2,25,2, *apud* FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinatio, divorzio, adultério*. Roma L'erma di Bretscheneider, 1994, p.73. Afirma ele ser a *confarreatio* a única forma de casamento dos tempos antigos e que era uma união indissolúvel. No caso de adultério ou embriaguez da mulher, uma lei de Rômulo previa não o repúdio, mas a morte para a condenada por esses delitos, pena que deveria ser executada pelo marido perante o *consilium domesticum*. Cf. GIFFARD, A, E. *Précis de droit romain*, citado por OLIS ROBLEDA, p. 09, “*la confarreatio es un mariage solennel et religieux*”; FAYER, Carla. *La família romana*. *Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda, p.185: “(...) *la confarreatio è generalmente ritenuta un'antica forma religiosa riservati al patrizi*”. Para alguns romanistas, contudo, em Roma, todo matrimônio tinha caráter religioso. Fazendo referência ao entendimento de que a *confarreatio* era uma forma religiosa enquanto a *coemptio* e o *usus* eram formas de casamento civil, assim se expressa NOAILES. *Les rites nuptiaux gentilizes et la confarreatio*, citado por Olis Robleda, p. 9: “*C'est là une fausse perspective*”. *Simili modo* assim se expressa ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 104: “*Sembra eccessivo retinere la confarreatio l'unico tipo di matrimonio religioso o addirittura l'unica forma di matrimonio arcaico*”.

⁵¹⁹ Segundo PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*, p. 328, nem em todo caso a classe plebeia estava excluída. A *confarreatio* podia e devia ser utilizada pelos patrícios sempre que contraíssem matrimônio dentro da mesma gens, o chamado matrimônio endogâmico. O mesmo não ocorria quando fosse entre pessoas originárias de gens diversas (matrimônio exogâmico), *Simili modo*, GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 339: De acordo com ampla opinião, a *confarreatio* seria uma cerimônia nupcial exclusiva do patriciado, constituindo um modelo de endogamia, de certa forma, para equilibrar o critério não menos cogente da necessária exogamia gentilícia da união. Segundo TÁCITO (*ani*. 4,16,3) e PLUTARCO (*Quaest. Rom.* 50). Citados por ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 182, a *confarreatio* era uma forma matrimonial muito antiga, a qual Dionisio de Alicarnasso (2,25,1) atribui a Rômulo, para fazer referência à antiguidade do ato. *Vide* FAYER, Carla. *La família romana*. *Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 309.

⁵²⁰ *Vide* JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 31; ASTOLFI, Riccardo. *Il Matrimonio nel diritto romano preclassico*. Cit. p. 16; LAURA SANCHO. *El matrimonio romano primitivo y el valor de la lex inhumanissima*. Bruxelles, 1990. p. 351. Cf. SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano, Tutela impuberum*, p. 58. A *confarreatio* representava um modo originário e único. Seu cariz era tão grandioso que levou Dionisio de Alicarnasso (Dion 2,25) a chamá-la de união sagrada. Plínio afirma que, entre as coisas sagradas não havia nada mais religioso (Plínio, *Hist. Nat.* 18,3,110). Segundo FAYER, Carla. *La família romana*. *Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 308, a *confarreatio* seria uma cerimônia que indicava, sobretudo, a assunção por parte da mulher ao culto familiar próprio da família do marido, na nova comunhão de vida familiar na qual participava.

igualdade tinha como pressuposto um culto comum, que não podia ser, na origem, o culto gentilício de que ambos os esposos, como membros da mesma *gens*, participavam⁵²¹.

Segundo Astolfi⁵²², a *confarreatio* era ao mesmo tempo, matrimônio e *conventio in manum*, sendo celebrada de forma pública e solene num único ato, de natureza religiosa e jurídica. Através dela, a mulher entra na família do marido. No que se refere ao poder sobre ela, que passava a ser sujeita à *manus*, tinha conteúdo semelhante à *patria potestas* sobre os *filiifamilias*, porquanto a mulher ficava *in loco filiae*⁵²³. Nessa condição participava dos bens e do culto da *domus* que a acolheu. A esse respeito, esclarece: “*La confarreatio è una forma religiosa di matrimonio, che introduce la moglie nella famiglia del marito per generargli dei figli*”⁵²⁴. Tinha como pressuposto a puberdade dos nubentes, não importando que fossem *sui iuris* ou *alieni iuris*. Se o homem ou a mulher fossem *alieni iuris* faz-se mister o consentimento dos respectivos *paterfamilias*⁵²⁵. Quando a mulher era *sui iuris*, a *conventio in manum* pressupunha a anuência do *tutor mulieris*.

Através da *confarreatio*, a mulher adquiria o *status* de cônjuge, porém sofria uma *capitis deminutio* ao sair da potestade paterna e submeter-se à *manus mariti*. Isto significava romper a relação agnática com sua família de origem, renunciando aos seus deuses e aos seus pais. No entanto, contraía um novo vínculo de parentesco com os integrantes da família do seu cônjuge.

Tais eram os efeitos da *confarreatio*, tanto em relação à mulher como ao seu marido. Ao ingressar na nova família, a mulher estabelecia com os seus membros um vínculo de quase-agnação, tornando-se uma espécie de filha para o marido e de neta para o seu sogro. Esse laço

⁵²¹ Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 309.

⁵²² ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano pre classico*, p. 179.

⁵²³ Segundo a *communis opinio*, a entrada da mulher na nova família, na situação *in loco filiae*, só ocorria se fosse a mulher do *paterfamilias*; quando se tratava da mulher do *filiusfamilias*, considerava-se *in loco neptae*. Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 213. Cf. PEROZZI, Siro. *Istituzioni di diritto romano*, p. 327: “*Il paterfamilias avea originariamente su di essa gli stessi poteri che sopra i figli*”; GIRARD, F. *Manuel élémentaire de droit romain*, p.180: “*Elle est soumise à une puissance analogue à la patria potestas, exercée par le mari lui-même, si elle est sui iuris, par le père du mari, se elle est encore en puissance*”; LONGO, C. *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*. Milano, 1934, p.50: “*La donna (...) è parificata ai filiifamilias e trattata quanto ai poteri del capo-casa alla stessa stregua di questi*”; BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 567: “*la situazione giuridica nel seno della famiglia non è sostanzialmente diversa tra filius in potestate e uxor in manu*”; ALBANESE, B. *Le persone nel diritto privato romano*, p. 292: “*(...) si deve dire, sostanzialmente, che l’uxor in manu, aveva in linea di massima l’identica condizione... dei filii in potestate*”; VOLTERRA, Edoardo. *Nuove ricerche sulla conventio in manum*. Scritti Giuridici.3. *Famiglia e successioni*. Napoli, 1991, p. 3-107, afirma que não era a *conventio in manum* que estabelecia diretamente a relação da *patria potestas* sobre a *uxor in manu*, mas a condição de ser *filiae loco*, ou seja, na condição de filha legítima gerada das justas núpcias com o marido. Tal condição era consequência imediata da realização do matrimônio, que fazia surgir sobre a mulher a *patria potestas* se o homem fosse *paterfamilias* ou, caso contrário, seria exercida pelo seu *paterfamilias*. Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 220.

⁵²⁴ *Ibidem*, p.180.

⁵²⁵ Vide item 2.4. Pressupostos e subitem 2.4.2 Consentimento.

constituía o fundamento da *manus*, similar à *potestas* jurídica exercida pelo seu marido, se fosse *sui iuris*, ou pelo seu sogro, se o marido fosse *alieni iuris*. Nesse último caso, o marido somente exercitaria esse poder após a morte do seu *paterfamilias*⁵²⁶.

Segundo Dionísio de Alicarnasso⁵²⁷, na sua origem, os efeitos da *confarreatio* eram perpétuos. A *confarreatio* se confundia com a *conventio in manum*, na medida em que esta era perpétua, como o era a *patria potestas*. O marido não podia renunciar à *manus*, do mesmo modo como o *paterfamilias* não podia renunciar à *patria potestas*. A mulher não podia subtrair-se da *manus*, nem o filho da *patria potestas*. Destarte, no pensamento de Astolfi, "la *confarreatio* è matrimonio. Il matrimonio non può risolversi per divorzio di uno dei due coniugi o di entrambi, mas soltanto per morte"⁵²⁸.

Na mesma linha de pensamento, Fuenteseca⁵²⁹ enfatiza que a *confarreatio* foi a primeira forma de colocação da mulher sob a *manus* (*convenire manum*), incorporando a *uxor* aos *sacra privata* e estabelecendo, assim, um vínculo agnático, ou seja, descendência pela linha paterna. Era precedida de um solene e complexo rito religioso, que tinha por momento essencial o sacrifício do *panis farreus* ou pétala de espelta, oferecido a Júpiter, que tinha o epíteto de *Farreus*, daí a expressão *cum farreus*⁵³⁰. Portanto, a cerimônia da *confarreatio* era complexa e difícil, como se deflui das palavras de Gaio:

*"Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur: complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt"*⁵³¹.

⁵²⁶ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 192.

⁵²⁷ DION. ALICARNASSO. 2,25,3, *apud* ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 192.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 194.

⁵²⁹ PABLO FUENTESECA. *Cit.* p. 364: A partir do final da República, essa percepção se modificou com a prevalência do parentesco por cognação introduzido pelo pretor. Então passou a ser irrelevante que as núpcias viessem acompanhadas da *conventio in manum* para que existisse casamento.

⁵³⁰ *Vide* FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 224.

⁵³¹ GAIO 1,112: "Ficam as mulheres *in manu* pela *confarreação*, por uma espécie de sacrifício tributado a Júpiter Fárreo. Neste sacrifício utiliza-se um pão de trigo, daí a denominação *confarreatio*. Muitos outros atos são além disso praticados nesta cerimônia, por meio de palavras certas e solenes e na presença de dez testemunhas". *Vide* nota 510. Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Vol. I, *Diritto de famiglia*, p.43. A presença de dez testemunhas representativas das dez cúrias da tribo da esposa; GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 7: "Os noivos ofereciam também um sacrifício a *Tellus*, a terra fértil, e a *Ceres*", porque era costume entre os antigos oferecer sacrifícios antes de casar uma mulher e trabalhar no campo.

Proclama a sentença de Ulpiano: “*Farreo convenitur in manum certis verbiset testibus X praesentibus et sollempni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur*”⁵³². Para Fustel de Coulanges⁵³³, esse casamento patricio de tempos imemoriais, materializava-se em três atos: *traditio, deductio in domum, confarreatio*. Na *traditio*, a mulher deixava o lar paterno e passava da autoridade de seu *paterfamilias* para a do *paterfamilias* de seu futuro marido. Na *deductio in domum*, era conduzida à casa do noivo, pois seria o domicílio do matrimônio⁵³⁴. Lá ficava a esperar o momento que viriam buscá-la. A partida coincidia com o cair da tarde, quase ao anoitecer, quando surgia a estrela vespertina (*nuncijs noctis*), amada de Vênus que presidia o cortejo. Era um momento pleno de significado, assim descrito por Catulo:

“*Vesper adest, iuvenes; consurgile. Vesper Olimpo
Exspectata diu vix tandem lumina tollit.
Surgere iam tempus, iam pingues linquere mensas.
Iam veniet virgo, iam dicetur Hymenaeus.*”⁵³⁵.

⁵³² Tit. *Ex corpore Ulp.*9,1: “Submete-se à *manus maritalis* com o bolo de cevada (trigo) e com a utilização e palavras certas na presença de dez testemunhas e com a oferta de um solene sacrifício em que se usa também o pão de farro”. Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 310: Da leitura de Gaio e Ulpiano se defluiu que a *confarreatio* não era uma forma de matrimônio gerador da *manus*, mas sempre e unicamente uma forma de *conventio in manum*, assim como a *coemptio* e o *usus*, podendo se atestar, sem possibilidade de dúvida, que para aqueles juristas o efeito jurídico da *confarreatio* não era aquele de fazer surgir o matrimônio, mas a exclusiva forma de constituir a *manus* sobre a mulher, embora simultaneamente pudesse também realizar-se o matrimônio, mas este se fundamentava sobre fatos jurídicos diversos do sacrifício do *panis farreus*. Segundo, ainda, a mesma autora (*ibidem*, p. 226), em Gaio e Ulpiano se fala de *panis farreus*, do qual deriva o nome *confarreatio*. SERVIUS (*Georg.* 1,31) fala da *mola salsa*. Não se sabe qual das duas notícias era exata. O uso da *mola salsa* era tão antigo quanto o sacerdócio das virgens vestais que tinham a obrigação de prepará-la para usá-la nos sacrifícios como oferta aos deuses e para aspergir a vítima do sacrifício.

⁵³³ COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*, p. 38.

⁵³⁴ Cf. CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 75, A *deductio in domum mariti* não era necessária para a constituição do matrimônio, mas era um rito que colocava em relevo, por sua estrutura e publicidade, uma prova evidente da vontade dos cônjuges de iniciarem uma relação matrimonial. POMPÔNIO (D.23,2,5, *in fine*) a ela se refere: “*Deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*”. (“É necessário que a condução seja à casa do marido, não da mulher, pois será o domicílio do matrimônio”). Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 222. Cf. FAYER Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 453: O domicílio do marido tornava-se o domicílio da mulher. Era nesse ambiente em que ele habitualmente vivia que fazia entrar a mulher como legítima esposa e onde devia manifestar-se a *honor matrimonii*. Ainda segundo a autora (*ibidem*, p. 339), no caso de matrimônio entre ausentes também a *deductio in domum mariti* era considerada necessária, não porque fosse um elemento constitutivo, mas porque era a forma mais idônea, evidente e certa, mediante a qual vinha manifesta a intenção matrimonial de ambas as partes. Estando ausente o homem, a sua vontade de ter a mulher como esposa podia ser expressa *per litteras vel per nuntium*. Segundo esclarece (*ibidem*, p. 370), havia casos em que a *deductio in domum* não acontecia de imediato, por exemplo, quando o matrimônio já era ato de convivência, que ocorria quando a mulher já vivia com o futuro marido, sem ter ainda a idade legal prevista para as núpcias, atingida aos doze anos, tornando-se, então, legítima *uxor*. Nesse sentido, preconiza POMPÔNIO, no D.23,2,4: “*Minorem annis duodecim nuptiam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum expleisset duodecim anos*”. (Será mulher legítima quando, completados os doze anos estiver em poder do marido).

⁵³⁵ CATULO, 62, 1-6, *apud* CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 76: “Jovens, a noite vem chegando. Levantem-se. A noite deixa aparecer, por fim, na abóbada celeste o astro tanto tempo esperado. Já é chegada a hora que vos levanteis da mesa. A virgem vai se apresentar, os cânticos de Himeneu não tardam a se fazer ouvir”.

A noiva ia velada, levando uma coroa, num cortejo precedido pelo archote nupcial e de músicos que, com suas melodias davam o sinal da partida. Um grupo de jovens, de ambos os sexos, acompanhava-a, por isso eram chamados de padrinhos⁵³⁶. Três jovens levavam junto à noiva, um o fuso, outro transportava uma roca, símbolos do trabalho doméstico, e o terceiro, conduzia um archote de pinho⁵³⁷. Cantava-se em volta antigo hino religioso. Quando a mulher chegava à casa do marido, engalanada desde a véspera, os luzeiros estavam acesos. A entrada da casa estava adornada com ramos de mirto e laurel e cintas de lã coloridas para recordar a tarefa de tecer a lã, simbolizando o antigo costume de a recém-casada dedicar-se ao seu novo lar.

Os jovens, padrinhos e madrinhas, que haviam levado a noiva pela mão durante o cortejo, deixavam-na só. Antes de atravessar o umbral ou ser introduzida na casa, o marido perguntava como ela se chamava. Ela respondia docemente: “*Ubi tu Gaius, ego Gaia*”⁵³⁸. Simulava-se, então, um rapto. O noivo tomava a noiva nos braços e atravessava a soleira da porta⁵³⁹, finalizando, assim, a “*deductio in domum mariti*”. A comitiva se desfazia jubilosa e festiva e dentro da casa ocorria a cerimônia “*aqua et igni accipere*”⁵⁴⁰.

Essa cerimônia, dentre todos os ritos, era a que mais identificava e revelava o significado do matrimônio, pela sua tradição e simbolismo⁵⁴¹. Segundo Carrillo de Albornoz⁵⁴², os antigos acreditavam que tudo era envolvido por esses dois elementos, a água

⁵³⁶ CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p.77.

⁵³⁷ GULLEN. *Urbs Roma. I, p. 141, apud* CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 77.

⁵³⁸ Vide nota 239.

⁵³⁹ Segundo PUCCINI-DELBEY, Géraldine. Cit. p. 42, o momento mais importante da cerimônia era a entrada da noiva na casa do noivo. Acrescenta que PLUTARCO (*Vita Romuli. 15,6*) narra a existência desse antigo costume que, no seu tempo, ainda se praticava. A esposa não podia pisar o chão antes de chegar ao quarto de núpcias. Era preciso levá-la no colo, como as sabinas foram levadas à força.

⁵⁴⁰ Segundo GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 341, a relevância, no sentido matrimonial, do rito da água e do fogo surge fortemente marcada na memória erudita dos antigos: Varrão. *De ling. lat.* 5,61: “*igitur causa nascendi duplex: igni et aqua, ideo ea nuptiis in limine adhibentur*”; Sérvio. *ad Aen.* 4,167: “*Varro dicit aqua et igni mariti uxores accipiebant*”; *ad Aen.* 4,103: “*... aqua et igni adhibitis... quaeres ad farreatas nuptias pertinet...; ad Aen 4,339: “ad ignem pertinet per quem mos confarreationis firmabatur*”. Vide FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 539. Segundo a mesma autora (*ibidem*, p. 540), os antigos davam diversos significados a esse ritual da água e do fogo, considerado um rito de purificação. Outro rito de purificação era aquele que envolvia o uso desses elementos por aqueles que haviam tomado parte de um funeral, como se encontra em FESTO P.3L: “*Itaque funus prosecuti redeuntes ignem supergradiesbantur aqua aspersi; quod purgationis genus vocabant suffitiunem*”. (Assim, aqueles que haviam tomado parte de cortejo fúnebre, ao retornar, passavam sobre o fogo depois de serem aspergidos com água, este gênero de purificação era chamado fumigação).

⁵⁴¹ DION. ALIC. *Ant. rom.* 2,30,6, *apud* CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 99, confirma a antiguidade desse costume ao relatar que Rômulo, depois de haver comprovado que o número de jovens sabinas raptadas ascendia a 683, escolheu igual número de homens solteiros, sacramentando a união com uma cerimônia do fogo e da água.

⁵⁴² CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 103s.

e o fogo, que junto à terra e o ar integravam os quatro elementos sensíveis da matéria. Em separado, cada um dos elementos tem um valor pleno de simbolismo.

A água é o elemento primordial, que irriga a terra para torná-la fértil e que permite as funções vitais do homem. Tem, além disso, um destaque protagonizado nos ritos religiosos e funerários. É essencialmente o elemento que purifica, sendo empregado espontaneamente por todos os povos para fazer desaparecer as manchas físicas e morais. Para entrar em contato com o sagrado, o homem deve encontrar-se em estado de pureza. A ablução ritual é o gesto que precede qualquer ato religioso na totalidade dos cultos⁵⁴³.

Quanto ao fogo, ainda conforme o citado autor, desde que os homens o descobriram, ficaram fascinados, atribuindo-lhe um caráter mágico e maravilhoso. Passou a ser considerado elemento vivo que parecia dançar, benéfico e terrível ao mesmo tempo, espalhando a luz e representando o calor vital dos corpos. Desde os primitivos, a ele se atribuía um valor purificador; e desta concepção que se tinha do fogo originou-se o costume de incinerar os mortos⁵⁴⁴. Nesse sentido, lembra Giunti, “(...) *la rilivanza sacrale di questo atto non si limita alla presenza, nel rituale formalizzato, di parole e gesti di chiaro riferimento religioso... tipico per le istituzioni dell’alto arcaismo... di valori e simbolismi sacrali dell’originaria contiguità tra ius e fas*”⁵⁴⁵.

Contudo, no matrimônio, a água e o fogo não eram considerados somente como elementos purificadores, pois, ao mesmo tempo eram elementos essenciais no símbolo da união conjugal⁵⁴⁶. O fogo e a água, então, eram apresentados à mulher. O fogo significava a divindade doméstica, os *manes*, os antepassados. A água lustral serviria à família nos atos religiosos,⁵⁴⁷ ou seja, “(...) *gli elementi essenziali su cui si fonda ogni convivenza cittadina e*

⁵⁴³ Cf. CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p.10: Entre os cristãos, o batismo tem o mesmo sentido de purificação dos pecados através da água, com a qual se apaga a culpa original. Os pagãos, e depois os cristãos, utilizavam a água nos diversos ritos purificadores. Antigamente, na entrada dos templos, existia um altar, sobre o qual se queimavam as oferendas sacrificadas aos deuses e uma fonte ou reserva d’água para se fazer as abluções antes de entrar. Era o antecedente da pia de água benta existente à entrada dos templos cristãos para recordar o ato da purificação.

⁵⁴⁴ CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 105.

⁵⁴⁵ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 342.

⁵⁴⁶ PLUTARCO. *Quaest. Rom.* I, identifica o fogo com o elemento masculino que encerra o princípio do movimento, e a água com o elemento feminino que condensa a potência do sujeito e da matéria. VARRÃO. *De ling. lat. 5,61*, considera a água e o fogo como elementos que condicionam a vida e, por isto, é lógico que estejam presentes e se façam uso deles na cerimônia nupcial. Segundo ele, o fogo é o elemento masculino porque contém o sêmen (*Quod ibi semen*) e a água o elemento feminino, porque o feto se desenvolve e se forma no seu líquido e umidade (*Fetos abe os humide*). *Simili modo* OVÍDIO. *Fest.* 4, 787-794. VIDE CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p.106s.

⁵⁴⁷ Cf. BONFANTE, Pietro. *Corrso di diritto romano*, p. 45. O fogo e a água constituem os elementos essenciais da vida doméstica, mas talvez seja melhor observar que representavam o símbolo da comunhão político-religiosa no tempo antigo, tanto que a exclusão desses elementos chamada de *aqua et igni interdicto*, significava a exclusão da comunidade cidadina. Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 541; CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p.108. Cf. GRIMAL,

domestica”⁵⁴⁸. O marido costumava também, entregar à mulher as chaves da casa, para indicar que ela devia tomar a casa ao seu cuidado e ao seu governo⁵⁴⁹. Esse ato significava a efetiva integração da noiva na esfera doméstica e na realidade familiar do noivo, culminância e epílogo da complexa cerimônia da *deductio in domum*⁵⁵⁰.

Mais que uma simples conotação processual, a dimensão sacral da *confarreatio* se consubstanciava numa verdadeira e própria cerimônia religiosa, celebrada sob a forma da oferenda do sacrifício do *panis farreus*⁵⁵¹, na presença dos mais altos sacerdotes da *civitas*: o *flamen Dialis*, que dirigia o momento da oferenda e o *pontifex maximus*, com uma função extraordinária de controlador oficial do ato⁵⁵². Esse ritual em honra de Júpiter Farreo, os ingredientes do sacrifício, os objetos da cerimônia litúrgica, os gestos e as palavras rituais pronunciadas pelo oficiante revelam as características de uma entidade notadamente religiosa, relevante em termos jurídicos como ato constitutivo do vínculo nupcial⁵⁵³.

A noiva era conduzida, então, até o altar, onde habitavam os *penates*, os ancestrais, os deuses domésticos. Os noivos faziam um sacrifício, pronunciavam algumas orações e juntos comiam um bolo de trigo (*panis farreus*), na presença e sob os olhares tutelares das divindades da família⁵⁵⁴. Dessa forma se materializava a união santa. Marido e mulher, desde aquele

Pierre. *O amor em Roma*. Cit. p, 67: Ao chegar à porta da casa do noivo, a noiva fazia algumas orações às divindades do novo lar, untava com óleo e atava faixas de lã. Em seguida, era levantada pelas mãos dos jovens que acompanhavam o cortejo para cruzar a porta sem correr o risco de tropeçar. Seria apresentada aos deuses *manes* da casa do noivo. Ele a esperava no *atrium*. Ofereciam à nova integrante da família fogo e água, elementos vitais e indispensáveis à celebração dos ritos sagrados. Cf. CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. Cit. p. 76: A noiva ultrapassava o umbral suspensa por quem a acompanhava, com cuidado para que não tropeçasse. Uma antiga superstição trazia ideia que o fato de tropeçar, em geral, e no caso no umbral da casa do marido por parte da noiva, era sinal de mau agouro, de má sorte. Segundo PLUARCO. *Quaesti. Rom.* 15, 6-29, citado pelo mesmo autor, (p. 92), este rito simbólico-supersticioso evoca o rapto das sabinas, lembrando que a mulher estrava à força na casa do marido. Sobre o rapto das sabinas, *vide* nota 189.

⁵⁴⁸ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 541.

⁵⁴⁹ A reclamação ou devolução das chaves significava a privação dessa função e a dissolução do matrimônio.

⁵⁵⁰ *Vide* GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 163.

⁵⁵¹ Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 313: A referência ao uso do farro sob a forma de *panis farreus*, oferecido a Júpiter, atesta indubitavelmente a antiguidade da *confarreatio*. Mas é importante notar como o emprego desse elemento é seguramente um dado referente a uma época em que ainda não era difuso o fermento. Os grãos moídos eram consumidos sob a forma de polenta.

⁵⁵² Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 366: A importância da *deductio* era social, porquanto dava publicidade à união e, também, porque o direito se servia às vezes dessa cerimônia para estabelecer a existência de um matrimônio ou o momento do seu início. Cf. LONGO, G. *Il requisito della convivenza nella nozione romana de matrimonio*. In *Annali della Università di Nacereta*. Vol 19, 1955, p.331: “*La deductio non ha valore costitutivo ed è solamente espressione di un costume sociale, e più apprezzarsi, dal punto di vista giuridico come indizio, insieme con altri, del momento iniziale a partire dal quale la società coniugale è posta in essere e cioè del momento in cui ha inizio la convivenza*”.

⁵⁵³ *Vide* GAIO 1,112, nota 531.

⁵⁵⁴ Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 44. Esse era o momento “*essenziale dell’atto e la ragione del nome è il sacrificio solene, la cui parte precipua erano pane di farro (farreum ou panis farreus, e frutti dedicati a Giove Farreo*. Cf. PABLO FUENTESECA. Cit. p. 364. Esta, segundo alguns

momento, ficavam associados no mesmo culto. Daí a antiga *definição* de casamento, encontrada no Digesto: “*Nuptiae sunt divini iuris et humani communicatio*”⁵⁵⁵. Consta também no Código de Justiniano: “*uxor socia humanae rei atque divinae domus suscipitur*”⁵⁵⁶.

Tão significativo e qualificado era o valor sacral desse ato que as fontes não hesitam nem surpreendem ao apresentá-lo como uma formalidade obrigatória para quem pretendesse ascender a algumas das mais importantes funções sacerdotais, sobretudo para aquele que fosse nascido dentro da *confarreationis parentibus*. Ou para quem realizasse contrato matrimonial mediante o rito *farreo*. Somente assim, podiam aspirar a assumir o ofício de *flamen maior* (*Dialis, Maritalis, Quirinalis*) e o de sacerdócio do *rex sacrorum*⁵⁵⁷. O rito da *confarreatio*, portanto, conferia às pessoas que o realizavam uma condição jurídica especial, tornando-as elegíveis para o flaminato e o sacerdócio⁵⁵⁸, conforme testemunho de Dionísio de Alicarnasso.

A *confarreatio* passou entrar em decadência no transcorrer do século II, seja como casamento, seja como *conventio in manum*. No caso de matrimônio religioso, a crise decorreu da decadência do *ius sacrum* e da organização familiar. Como *conventio in manum*, a crise estava associada à evolução da *manus* e em razão da concepção patriarcal da família, fundamental na organização política e religiosa do Estado arcaico.

2.6.1.2 *Usus*

autores, foi a primeira forma matrimonial que Roma conheceu, denominada *nuptiae confarreatiae*. A cerimônia religiosa era presidida pelo *flamen Dialis*, na presença do *pontifex maximus*, na qual os nubentes repartiam entre si o *panis farreus*, num simbolismo da futura comunidade de vida. Sem descuidar da visão poética de COULANGES e dos autores citados, MAQUARD, *La vie privée des romains*, I, p. 43, citado por OLLIS ROBLEDA, p. 06, afirma que a *confarreatio* não se realizava na casa privada do esposo ou da esposa, mas perante a cúria, porque não se tratava de um ato privado, mas de uma solenidade na presença do *pontifex maximus* e do *flamen Dialis*, em razão do caráter oficial ou público do ato. Desta perspectiva emerge a compreensão da afirmativa de Dionísio de Alicarnasso (DION. ALIC. *Ant. rom.*, 2,25,3), destacando a santidade e solidez do liame de ser a mulher partícipe com o homem desse alimento que na hierarquia cultural era o primeiro e, como tal, o mais sagrado. Vide, também, FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p. 72; LAURA SANCHO. Cit. p.154s. Cf. SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil, Ius romanum*, p. 179: Curiosamente, o costume do bolo de trigo (*farreum libum*) atravessou a noite do tempo, chegando até nossos dias, sob a forma do tradicional bolo da noiva, numa prova incontestável de que o passado nunca morre, mas continua vivo dentro do homem.

⁵⁵⁵ Vide D.23,2,1. Nota 342.

⁵⁵⁶ C. 9,32,24. Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano: Tutela impuberum*, p.58s.

⁵⁵⁷ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 344.

⁵⁵⁸ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p.235. Cf. VOLTERRA, E. *Matrimonio*, p.765. Dado o paralelismo entre a posição jurídica do *Flamen Dialis* e aquele das vestais, acredita-se que, também para a nomeação da vestal, fosse exigido o requisito de ter nascido de genitores farreatos.

Segundo Patrizia Giunti⁵⁵⁹, no contexto normativo referente à época antiga, a *confarreatio* tinha uma limitada funcionalidade no universo sacerdotal, que ainda ignorava a forma negocial laica da *coemptio*. Assim, o *usus* constituiu o modo institucional ordinário de união conjugal que, após um decurso progressivo de tempo, teria alcançado a qualificação plena do regime de casamento. À luz desse entendimento, o *usus* parece ter sido utilizado para transformar as *nuptiae*, relação conjugal válida e legítima, mas desprovida da *manus*, numa relação qualificada. Com isso, após um ano de convivência ininterrupta com o homem, a mulher adquiria a condição de *uxor in manum* e, por extensão, o título de *materfamilias*.

Nessa condição, o *usus* assumiu um significado pleno, deixando de ser relegado a uma função subsidiária com referência às outras formas de *conventio in manum*. Dessa forma, deixou de ser invocado para convalidar uma mera relação de concubinato, assumindo uma forma ordinária e exclusiva de todo matrimônio legítimo, munido da *manus*, para o qual “*était à l’origine, la suite nécessaire, le resultat infalible et inévitable*”, na expressão de Levy Bruhl⁵⁶⁰ Essa possibilidade de se realizar a *conventio in manum* também estava prevista na Tábua VI da Lei Decenviral:

Táb. VI, 3: “(...) *ceterarum rerum omnium annus est usus*”⁵⁶¹.

Táb. VI, 4: “(...) *ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quo tannis trinoctio, abesset atque eo modo cuisque anni (usum) interrumperet*”⁵⁶².

O *usus* estava assim disposto nas Instituições de Gaio:

⁵⁵⁹ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 218s.

⁵⁶⁰ LÉVY-BRUHL. *Nouvelles perspectives sur le mariage romain*. In *Nouvelles Etudes sur le très ancien romain*; Paris, 1947, p. 73.

⁵⁶¹ Táb. VI, 3: “(... mas o uso das outras coisas é de um ano); Táb. VI, 4: (... que, se uma mulher não quisesse ficar sob a *manus* do marido, devia ausentar-se durante três noites cada ano e isto impediria a usucapião). Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 60. Segundo ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 225, a introdução do *trinoctium* parece devida a Lei das XII Tábuas ou segundo alguns, à interpretação pontifical precedete a essa lei. Contudo, seguramente anterior à Lei decenviral a primeira fase do *usus* foi modificada pelo *trinoctium* que deu relevo à vontade da mulher.

⁵⁶² Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto preclassico*, p. 220: O *trinoctium* consistia em abandonar, de forma certa e pública, por três noites consecutivas o teto conjugal. Constituiu-se num ato de divórcio e, como tal, proibido ao *flamine Dialis*. Vide nota 540. Segundo TOMULESCU. C. St. *Gaius 1,111*, p. 405. *und die ehe usu*. In *Festgabe von Lübtow*. p. 406s, citado por FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 282: “*Il trinoctium modellato sur più antico trinoctium del Flamen Dialis, sarebbe stato introdotto à Roma nel II sec. a.C. con l’affermarsi dell’esigenza di libertà e di indipendenza delle donne ricche*”. Cf. BIONDI, Biondo. *Farreo coemptione usu*, p. 1308, citado pela mesma autora (*ibidem*), a prática do *trinoctium abesse* diz respeito à consequência econômica desagradável da *manus*, diante do forte crescimento social e jurídico da mulher romana, estreitamente conexo com o crescimento econômico de Roma, ocorrido ao final do séc. IV até o início do séc. II a.C. Mas também parece possível ter sido uma prática já existente, fixada pela legislação decenviral. ALBANESE, Bernardo. *Le persone nel diritto privato romano*, p. 294s, em sentido contrário, afirma: “*Non pare verosimile la diffusa tesi per cui l’usurpatio trinoctii sembra stata innovazione decemvirale; l’usurpatio trinoctii sembra un espediente suggerito dai pontefici, più que un rimedio legislativo*”. *Simili modo*, PEPE, Leo. *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana*, p. 101.

*“Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire ea quotannis trinotio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumpet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est”*⁵⁶³.

O *usus* não constituía uma forma de matrimônio, mas um meio jurídico de realizar a incorporação à *manu*, mediante o exercício de fato desse poder pelo marido⁵⁶⁴. Ocorria quando a mulher, sem nenhuma formalidade legal (*sine legibus, sine legitimis sollemnitatibus*), convivia por um ano com um homem, ficando agregada à sua família e submetida à sua *manus*.

A *conventium in manum usu*, a partir da Lei Decenviral, ao que parece, resultou de uma apropriada estrutura rescisória, com a possibilidade de acolher a hipótese segundo a qual, o próprio *usus*, o primeiro historicamente a impor-se sobre o universo das relações conjugais, teria dado origem ao sistema matrimonial arcaico, sem que tenha sofrido por longo tempo a concorrência da *confarreatio* e da *coemptio*. Entrementes, a individualidade do *usus* que vinha assim à luz torna ainda mais incerta e nebulosa a essência desse instituto⁵⁶⁵.

Na visão de alguns tratadistas, assemelhava-se a uma espécie de *usucapio*, porque assim como no direito das coisas, a interrupção da posse não efetivava a usucapição, também, nessa espécie de relação, se a mulher abandonasse o lar por três noites seguidas (*usurpatio trinotii*)⁵⁶⁶, durante um ano, não ficava sujeita à *manus*⁵⁶⁷. Dessa forma, o *trinotium*

⁵⁶³ GAIO 1,111: “Ficava *in manu*, pelo uso, a mulher que permanecesse casada sem interrupção, durante um ano; pois era usucapida, como por posse anual e passava para a família do marido, ocupando o lugar de filha. Por isso, conforme a Lei das XII Tábuas dispôs, se uma mulher não quisesse ficar assim, *in manu mariti*, deveria ausentar-se cada ano durante três noites, interrompendo deste modo o *usus*, anualmente. Mas todo esse direito foi em parte abolido pelas leis, em parte oblitterado pelo desuso”. Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p.215: “*Le XII Tavole, concedendo il trinotium alla donna, oltre a negare sicuramente che essa fosse una cosa, negarono che essa fosse oggetto di possesso da parte del marito*”. De acordo com GIUNTI, Patrizia. Cit. p.250, a expressão “(...) itaque lege XII tabularum cautum est”, contida na definição de Gaio, atesta a formalização legislativa que o sistema de valores sócio-jurídicos da *civitas* da metade do século V havia feito colocar, entre pouquíssimos outros institutos referentes ao direito de família e matrimonial, no corpo da lei decenviral. Cf. PEPE, Leo. *Posizione giuridica e nruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, p.101: É controverso entre romanistas se *trinotium* é um dispositivo novo criado pelos decênviros, ou se se trata de uma criação jurisprudencial posterior, talvez do séc. II a.C. quando vinha se impondo certa liberdade e independência da mulher. Dentre os primeiros, destacam-se BOZZA, F. *Manus e matrimonio*. In *Ann. Macereta*, 15, 1941, p. 123 s; TOMULESCU, C. S. *Gaius 1,111 und die ehe usu*. In *Festgabe von Lübtow*. p. 406s; outros conservam a tradição encontrada em Gaio: WOLFF, H. J. *Trinotium*. In *RHD*, 16, 1939, p. 169 s; VILLERS, A. *A propos de la disparition de l’usus*. In *RDHF*, 28, 1950, p. 545s; VOICI, Pasquali. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1954, p. 465; LÉVY-BRUHL. *Nouvelles perspectives sur le mariage romain*. In *Nouvelles Etudes sur le très ancien romain*. Paris, 1947, p. 73.

⁵⁶⁴ Vide PABLO FUENTESECA. Cit. p.361; FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone in Roma antica*. p. 74.

⁵⁶⁵ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 239.

⁵⁶⁶ D.41,3,2: “*Usurpatio est usucapionis interruptio, oratores autem usurpationem frequentem usum vocant*”. (A usurpação é a interrupção da usucapição, mas os oradores chamam à usurpação de uso frequente).

⁵⁶⁷ Segundo ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 219, provavelmente o *usus* foi o primeiro estágio de um processo histórico que se completou com o reconhecimento à mulher do poder de dissolver unilateralmente o matrimônio, igualando-se ao marido. Ela assumia uma posição autônoma com relação

constituía um instrumento impeditivo da *manus*, fundamentado sobre uma ritual suspensão da coabitação entre os cônjuges⁵⁶⁸. Uma vez considerada a natureza do *trinoctium* como instrumento impeditivo da *conventio in manum usu*, torna-se inevitável concluir que a sua existência, qualquer que tenha sido a exata cronologia, devia ter como pressuposto a existência do *usus*, porque os dois institutos surgiram contemporaneamente ou porque a *conventio in manum usu* era precedente ao *trinoctium*.

Alguns autores entendem o *trinoctium* como uma criação anterior ao *usus*, destinado a articular e configurar o matrimônio livre numa época da história das relações entre os cônjuges. Nessa condição, o *trinoctium* se apresentava como um instituto pronto para interagir com o *usus*, mas, ao mesmo tempo, capaz de provocar seu declínio e desaparecimento⁵⁶⁹. Qualquer que tenham sido os termos em que vem cronologicamente proposta a subordinação do *trinoctium* *abesse* ao *usus* matrimonial, surge de fato a possibilidade de uma racionalização convincente sob a ótica histórica e jurídica, o que faz parecer tão inexplicável a razão dessa solene ausência feminina em relação à estrutura do casamento romano.

Patrizia Giunti⁵⁷⁰ aponta o ingrato destino científico do *trinoctium*, por ter, de um lado, acumulado na própria fisionomia a problemática intrínseca de uma interrupção ritual da convivência conjugal, com a problemática mais ampla e, de outra forma mais sofrida, da *conventio in manum usu*. Assim, por parecer imprescindível ao instituto, impõe-se uma reconsideração da delicadíssima temática referente ao *usus* matrimonial.

Nesse sentido, assim se expressa Astolfi:

“Il trinoctium interrompe l’usus interrompendo il rapporto materiale di coabitazione fra marito e moglie, così come si interrompe l’usucapione, interrompendo il rapporto materiale che esiste fra l’usucapiente e l’oggetto dell’usucapione. Però è la moglie, oggetto dell’usus, che ricorre al trinoctium e interrompe l’usus”⁵⁷¹.

Contudo, essa comparação do *usus* com a *usucapio* não é sustentável, como se deflui do texto gaiano supracitado. Trata-se de uma analogia, porque ao *usus* não se seguia a troca

ao seu marido e ficava sob sua *manus* se assim quisesse, bem como o marido a recebia na sua família, na condição de filha, também se o quisesse. Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsale. Matrimonio. Dote*, p. 273: “L’usus maritale sarebbe stato concepito come un caso particolare di usucapio, destinato a sanare i vizi di forma della coemptio o anche della confarreatio o a sopperire alla mancanza di questi due negozi”.

⁵⁶⁸ Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 189.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 195. Segundo a autora (p. 197), alguns veem no *trinoctium* um momento de afirmação da independência feminina, uma etapa do processo histórico da emancipação no sentido de liberar progressivamente a mulher da condição de submissão social e familiar.

⁵⁷⁰ GIUNTI, Patrizia. Cit. p.204.

⁵⁷¹ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 220.

da propriedade da mulher, mas o matrimônio *cum manu*⁵⁷². A esse respeito, o citado autor assinala:

*“L’usucapione, almeno quello cui sembra Gaio (...), há per oggetto una cosa, suscettibile, in quanto tale, di propriet  (dominium). Una schiava, ad exemplo. L’usus ha invece per oggetto una persona libera, suscettibile, in quanto tale, di potest , che pu  essere l’ala patria potestas, la manus o il mancipium”*⁵⁷³.

Isto significa que uma pessoa livre n o podia constituir objeto de usucapi o, entendido como modo de aquisi o da propriedade, conforme se deflui da afirma o de Gaio: *“Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est”*⁵⁷⁴. Essa analogia do *usus* com a *usucapio* se presta a entender não somente a estrutura do *usus*, mas também a estabelecer com clareza as suas rela oes com o matrimônio.

A separa o entre *conventio in manum* e matrimônio era clara durante o período do *usus*, mesmo antes da Lei das XII Tábuas. A mulher assumia a condi o de esposa, imediatamente, desde o início, como se depreende da cita o de Gaio: *“(...) anno continuo nupta perseverabat”*⁵⁷⁵. Era o período de tempo necessário   cria o do matrimônio, sem, contudo, ocorrer alguma forma jurídica relevante para o estatuto subjetivo feminino (*pendente anno*), considerando que, nesse interregno, a mulher teria vivido uma rela o de concubinato. O *usus* era, portanto, um instrumento que após o transcurso de um ano de convivência, possibilitava a transforma o de uma rela o concubinária em matrimônio. Portanto, o *usus* originário transformava-se numa modalidade de *conventio in manum* que fazia da ininterrupta convivência anual o instrumento para transmudar o *status* de *paelex*   condi o de *iusta uxor*⁵⁷⁶. Isto significa que os filhos concebidos durante esse tempo eram legítimos e ficavam

⁵⁷² Vide OLIS ROBLEDA. Cit. p.18. Segundo ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Cit. p. 225, a analogia do *usus* com a usucapião parece um artifício jurisprudencial, criado para suprir a irregularidade e a deficiência de ato que atribuísse de imediato e diretamente a *manus mariti*.

⁵⁷³ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 213. Cf. GAIO 1,48: *“Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieni iuris sunt subiectae”*. (Segue-se outra divisão a respeito do direito das pessoas: umas s o independentes; outras sujeitas a direito alheio); 1,49: *“Sed rursus earum personarum, quae alieno iuris subiectae sunt: aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt”*. (Al m disso, das sujeitas a direito alheio, umas estão sob o poder de outrem, outras *in manu*, outras *in mancipio*.); GAIO 1,55: *Item in potestate mostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus*. (Igalmente sob o nosso poder estão os nossos filhos que geramos por justas núpcias).

⁵⁷⁴ GAIO 2,48: *“  também evidente a impossibilidade de se usucapirem homens livres e as coisas sagradas e religiosas”*).

⁵⁷⁵ GAIO 1,111: *“... a mulher que permanecesse casada sem interrup o”*. Vide nota 563.

⁵⁷⁶ Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 207. Sobre a condi o de *paelex* vide nota 873.

sob a potestade do pai, mesmo quando o *usus* era interrompido, impossibilitando o marido de adquirir a *manus* sobre a mulher⁵⁷⁷.

A interrupção do *usus* mediante o *trinoctium* deu relevo à vontade da mulher e revela a diferença paradoxal com a *usucapio*, embora por analogia possam ser comparados. A Lei Decenviral ao conceder essa prerrogativa à mulher, negou seguramente que ela fosse uma coisa e por consequência pudesse ser objeto de posse por parte do marido⁵⁷⁸.

Na complexa reconstrução histórica do sistema matrimonial romano, esse instituto representava o início e um ponto de articulação de um novo modo de vinculação pessoal e patrimonial da *manus*, não obstante os seus limites operativos e sua inegável obscuridade. Ele vinha gravado pela enorme responsabilidade de assinalar uma autêntica mudança no plano das relações familiares, como veículo próprio para a consolidação de uma relação matrimonial em que a permanente e revolucionária independência da *manus maritalis* teria reflexo⁵⁷⁹. O *trinoctium* atuava no interesse da mulher, considerando que ela permancia na potestade de seu *paterfamilias* e assim conservava o seu patrimônio em favor dos agnados⁵⁸⁰. De sua parte, o pai e os agnados tinham um modo de tutelar seus interesses, concedendo ou negando o consentimento para o *usus*.

Contudo, sendo o *usus* um modo através do qual a mulher se colocava sob a *manus mariti*, os seus efeitos eram os mesmos daqueles derivados das outras formas de *conventio in manum*: *confarreatio* e *coemptio*. A mulher entrava na família do marido, adquirindo uma posição análoga à de uma filha. Isto significa que quebrava a relação agnática que tinha com sua própria família paterna e estabelecia um novo liame semelhante entre ela e a família do marido. Se era *alieni iuris*, ficava submetida à potestade do *paterfamilias* do marido. Se era

⁵⁷⁷ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 216. Observe-se que, se a mulher era *alieni iuris*, fazia-se mister o consentimento do seu *paterfamilias*; se *sui iuris*, o consenso do tutor. Do contrário, o período do *usus* estabelecido pela lei não prevalecia, embora fosse válido para o matrimônio. Cf. Cícero (*pro Flacco* 34, 84, citado pelo autor: Na idade arcaica, um matrimônio válido podia permanecer sem *manus* não porque a mulher tivesse recorrido ao *trinoctium*, mas pela ausência da *auctoritas* do tutor legítimo. Cumpre ressaltar, também, que, naquele tempo, era válido o matrimônio de pessoas *in mancipio*. Mas a mulher que estava sob *mancipium* do marido não podia estar sob a sua *manus*, porquanto eram incompatíveis *mancipium* e *manus*).

⁵⁷⁸ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 215: “Dopo le XII Tavole l’usus continuò a essere praticato, come l’usucapione, in assenza di uno atto formale che attribuisse la manus al marito. Continuò come l’usucapione di una cosa diversa dal fondo, a durare un anno”.

⁵⁷⁹ Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p.188; LEVY BRUHL. *Les origines du mariage sine manu*. In RHDFFE, 14, 1935, p.453-466.

⁵⁸⁰ Cf. FAYER, Carla. *La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 282: “Il *trinoctium* si attuava quando si desiperavano le nozze, ma non l’acquisto della manus sulla *nupta*, la quale rimaneva in potestà del pater originário, se era *alieni iuris*, o sotto la tutela mulierum, se era *sui iuris*”.

sui iuris e titular de patrimônio, perdia a capacidade patrimonial e o patrimônio, sujeitando-se ao poder do marido, que a sucedia a título universal *inter vivos* no patrimônio⁵⁸¹.

Esse tipo de *conventio in manum* distanciava-se dos outros institutos não nos seus efeitos, mas na estrutura e em alguns pressupostos. No caso, a mulher devia permanecer casada, conforme a definição de Gaio (... *quae anno continuo nupta perseverabat...*). O ato que constituía o matrimônio não devia ter característica de formalidade para colocar, imediatamente, a mulher sob a *manus mariti*, o que somente ocorria após a convivência ininterrupta por um ano. Se a mulher era *sui iuris*, estava submetida à *tutela mulierum*. Contudo, não havia necessidade da *auctoritas tutoris*, por se tratar de uma relação pessoal⁵⁸². Porém, se essa condição não era exigida para o matrimônio, o era para *conventio in manum*, qualquer que fosse sua modalidade. O consenso do tutor para o *usus* podia até mesmo faltar no início do matrimônio e ser dado posteriormente. Nesse caso o início do *usus* não decorria do início do matrimônio, mas do momento em que a *auctoritas* fosse manifestada⁵⁸³. Assim, o matrimônio era pressuposto da *conventio in manum (usus)*.

Para a mulher, havia distinção entre matrimônio e *usus*. A sua vontade, requerida para o primeiro, não o seria para o segundo. Na fase anterior à Lei das XII Tábuas, o *usus* se iniciava e se realizava eventualmente contra a sua vontade. No entanto, a mulher realizava o matrimônio, fazendo-se acompanhar pela *manus*, em razão dos costumes⁵⁸⁴. Mesmo depois da Lei Decenviral, o *usus* se iniciava eventualmente contra a vontade da mulher que, em razão dessa lei, adquiria somente a faculdade de interrompê-lo pela materialização do *trinoctium*⁵⁸⁵. Mas, segundo Astolfi⁵⁸⁶, “... *la donna, usando il trinoctium, interrompe l’usus, ma non il matrimonio. Vi à volontà di sposare, ma non quella di sottoporsi all’usus. La prima non implica la seconda*”.

⁵⁸¹ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 206, 207 e 208. Se a mulher tivesse tutor legítimo ou parente próximo na linha colateral (*agnatus proximus*), ele seria seu sucessor *mortis causa*, porquanto defendia seus interesses pessoais e os da família agnática que ele e a mulher representavam. A natureza patrimonial da *conventio in manum* exigia sempre o consentimento do tutor, em razão maior quando ele era determinado em lei, pelo interesse na conservação do patrimônio da família.

⁵⁸² ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto preclassico romano*, p. 207.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 208. Para a validade do *usus*, era imprescindível o consentimento do *paterfamilias* da mulher, se ela fosse *alieni iuris*, e do tutor, nomeadamente o legítimo, quando a mulher era *sui iuris*. Assim, ficavam salvaguardados os interesses da família agnática da mulher.

⁵⁸⁴ Antes da Lei das XII Tábuas, se verificados os pressupostos subjetivos e objetivos do *usus*, a mulher não podia evitá-lo, porque sua vontade não prevalecia. Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 218. Vide nota 586.

⁵⁸⁵ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano classico*, p. 212.

⁵⁸⁶ *Ibidem*. Segundo o autor, na medida em que preservava a vontade da mulher, o *usus* se distinguia notadamente da *confarreatio* e da *coemptio*, porquanto nessas a vontade da mulher era submetida à *manus* do marido. No *usus* precedente à Lei das XII Tábuas essa vontade não era considerada. Porém, após essa lei passou a ocorrer o contrário, apesar de ser uma *voluntas* reduzida. Todavia, ela podia impedir a realização do *usus*, mas não o seu início.

Ao termino do *usus*, o marido adquiria formalmente a *manus* sobre a mulher e simultaneamente desaparecia, por incompatibilidade, a *patria potestas* (se a mulher fosse *alieni iuris*) ou o poder do tutor (se *sui iuris*), considerando que o *pater* e o tutor haviam previamente consentido na materialização do *usus*⁵⁸⁷. A história do *usus* parece materializada em duas fases: a precedente à introdução do *trinoctium*, quando a vontade da mulher não era considerada e ela era objeto do processo; a fase posterior, em que o querer da mulher não era considerado para início, mas para a interrupção do *usus* e, por consequência não podia ser considerada objeto do processo⁵⁸⁸. Conforme Ollis Robleda⁵⁸⁹, a extinção da *manus* adquirida pelo *usus* ocorria mediante a *remancipatio*, sem que se estabelecesse relação ou se confundisse com a *coemptio*. Justifica o referido autor: “*es que para hacer una remancipatio, o mancipatio, basta que la persona esté in manu o in potestate*”.

De entendimento contrário, Giunti⁵⁹⁰ refere-se às formas especiais e opostas para a extinção da *manus*: *diffareatio*, no caso da *confarreatio*; a *remancipatio*, na circunstância da *coemptio*. Contudo, na *conventio in manum usu* não existia nenhum rito especial de extinção. Dessa forma, a *manus* constituída durante regular período de um ano de convivência era desprovida de um *contrarius actus*. De sua parte, Astolfi⁵⁹¹ reconhece não ser fácil estabelecer quando o *usus* se extinguiu definitivamente. Segundo ele, talvez tenha desaparecido definitivamente no fim do século I⁵⁹².

2.6.1.3 *Coemptio*

No pensamento de Astolfi⁵⁹³, “*la coemptio è un gestum per aes et libram con il quale una donna di pone nella manus di un uomo*”. Existem pontos obscuros referentes à sua origem. Sustenta-se que, desde o princípio, foi um negócio puramente formal, o que levou Gaio a denominá-la “*imaginaria venditio*”⁵⁹⁴. Para outros, nasceu da verdadeira venda pré-histórica

⁵⁸⁷ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano classico*, p. 216.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 225.

⁵⁸⁹ OLLIS ROBLEDA. Cit. p. 22.

⁵⁹⁰ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 236.

⁵⁹¹ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 228.

⁵⁹² Cf. CIC. *Pro flacc* 84; GELLIO 3,2,12-13; MACROBIO *sat.* 1,3,9; citados por FAYER, Carla. *La familia romana. Aspecti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 278: O *usus* ainda estava em vigor no séc. I a.C. Geralmente se admite, embora de forma duvidosa, que o instituto durou no máximo até quando as Leis *Iulia de Maritandis Ordinibus* e *Papia Poppaea* juntamente com o desuso, contribuíram para fazê-lo desaparecer.

⁵⁹³ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 239.

⁵⁹⁴ Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p.32. *Coemptio* era uma venda simbólica (*imaginaria venditio*), celebrada pelos nubentes sob a forma da *mancipatio* e na presença dos pais e de cinco testemunhas (GAIO 1,113). A mulher trazia três soldos (*tria as*): um para dar ao marido; outro para oferecer aos

da esposa em troca de um preço real. Não existe consenso entre os romanistas ante a falta de qualquer texto que faça alusão à compra real da *uxor*⁵⁹⁵.

Em Roma, tratava-se da venda fictícia da filha, por parte do próprio pai, ao futuro marido ou ao seu *pater* se ele fosse *alieni iuris*. Nas palavras de Sanfilippo, *la coemptio consisteva in una compravendita simbolica della donna, che si effettuava tra lo sposo e il paterfamilias della sposa*⁵⁹⁶.

O jurista Sêrvio assim a definia: “*Coemptio enim est ubi libra atque aes adhibetur, et mulier atque vir inter se quasi coemptionem faciunt*”⁵⁹⁷. Gaio, por sua vez, conceituava-a como venda imaginária: “*Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est, per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam V testibus civibus romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit*”⁵⁹⁸.

Consistia em uma cerimônia meramente civil, própria dos plebeus⁵⁹⁹, realizada na presença de cinco testemunhas, cidadãos romanos púberes, e do *libripens*⁶⁰⁰. Este portava uma

deuses Lares; o outro para depositar no altar (*compitum vicinale*). Através do primeiro, comprava o marido; pelo segundo, os deuses Penates; e, pelo terceiro, a entrada na casa marital. O noivo perguntava à noiva: “*Mulher, queres ser a minha mãe de família?*” Após responder afirmativamente, a noiva perguntava “*Queres ser o meu pai de família?*”

⁵⁹⁵ Vide OLIS ROBLEDA. Cit. p. 11s; GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 383. Cf. ALBANESE, Bernardo. *La persone nil diritto privato romano*. Palermo, 1979, p. 305, nota 444: “*Il fatto (...) che (...) le donne non siano state considerate servorum loco, quando state mancipate con la coemptio indica che la coemptio, forse, non fu mai vendita effettiva*”.

⁵⁹⁶ SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*. 4 ed. Napoli, 1960, p. 145. Vide OLIS ROBLEDA. Cit. p.16; BIONDI, BIONDO. *Istituzioni di diritto romano*, p. 560. Cf. FAYER, Carla. *La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p.250: Segundo a opinião de recentes estudiosos, “*la coemptio delle origini come un atto di reale acquisto della donna, che verrebbe ad essere comperata dal marito o dal paterfamilias dietro dazione di un vero prezzo, e si parla di matrimonio per compera*”.

⁵⁹⁷ SERVIUS. *AEN.* 4,103: “*Verdadeiramente se realiza a coempção, quando usando-se a balança e o bronze, a mulher e o homem quase se compram um ao outro*”. (*Apud* FAYER, Carla. *La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p.248).

⁵⁹⁸ GAIO 1,113: “*Entram in manu por coempção pela emancipação, isto é, por uma venda fictícia. Na presença de pelo menos cinco testemunhas, cidadãos romanos púberes e do libripende, a mulher é comprada pela pessoa sob cuja manus vai cair*”. Cf. GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 378. Esta definição descrita por Gaio como forma jurídica de *conventio in manum*, supõe um esquema negocial integralmente laico, privado não apenas dos mais explícitos simbolismos matrimoniais, mas também de qualquer conotação religiosa que possa acreditar a natureza do ato celebrativo das *nuptiae*, comparável com os ritos nupciais conhecidos nas fontes.

⁵⁹⁹ Os plebeus, de origens diversas, não tinham um culto comum (próprio dos patrícios) e deviam prescindir da cerimônia sagrada. Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 46; LAURA SANCHO. *El matrimonio romano primitivo*, p. 365; Cf. OLIS ROBLEDA. Cit. p.13: É discutível se foi a plebe unicamente que fez uso do matrimônio *per coemptionem*, “*introducido por ella y para ella*”. Alguns autores, dentre o quais ele cita: Fustel de Coulanges (*A cidade antiga*) e Pietro Bonfante (*Corso di diritto romano*), consideram que a plebe, como não tinha culto algum, não podia, por extensão, realizar um matrimônio sacro ou religioso, utilizando-se dessa forma. Outros romanistas alegam que essa forma também foi utilizada pelos patrícios; outros ainda sustentam que, desde o Principado, foi comum às duas classes. Nesta vertente, PEROZZI, Silvio (*Istituzioni di diritto romano*) assevera que a *coemptio* era em princípio própria e exclusiva dos patrícios, para contrair o matrimônio exogâmico, tendo aparecido quando os patrícios puderam passar para o matrimônio endogâmico.

⁶⁰⁰ Vide notas 114 e 115, cap. I.

balança nas mãos para simbolizar o contrato *per aes et libam*, antigo costume do peso e do bronze, medida de troca antes da existência da moeda⁶⁰¹. Era caracterizada, portanto, pela compra fictícia da mulher, através da *mancipatio*⁶⁰², talvez para lembrar o primitivo tempo em que o marido comprava a futura esposa. A mulher assumia a posição de *mancipio dans* e o homem, a de *mancipio accipiens*. Ambos deviam ser cidadãos romanos. Ressalte-se, contudo, que essa *mancipatio* utilizada na *coemptio* visava, tão somente, a adquirir a *manus* sobre a mulher, a qual não se tornava escrava do adquirente, como se deflui da sentença de Gaio 1,123: “(...) *illa quidem quae coemptionem facit non deducitur in servitem*”⁶⁰³.

Cumprido ressaltar que a *coemptio* da *filiafamilias* se distinguiu notavelmente da *mancipatio* da *filiafamilias* que o *paterfamilias* passou a utilizar, depois da Lei das XII Tábuas, para excluí-la de sua *potestas*. Na *coemptio*, o *pater* se limitava a dispor de sua própria autoridade para a realização do ato. Na *mancipatio*, ao contrário, era o autor do ato e a filha apenas objeto. Mediante a *coemptio*, a mulher se coloca sob a *manus mariti* e o *paterfamilias* perdia definitivamente a sua potestade sobre ela. Por meio da *mancipatio*, o *pater* colocava a filha *in mancipio* do adquirente, ato que, antes da Lei Decenviral, não levava o pai a perder a *potestas* sobre ela. Essa perda passou a acontecer na vigência da citada lei, quando uma só *mancipatio* era suficiente para alcançar esse resultado⁶⁰⁴.

Em razão da coempção, nascia para o homem (*alieni* ou *sui iuris*) uma relação análoga àquela da agnação que ligava o *pater* a uma filha. Esse vínculo entre ele e a mulher fazia surgir, simultaneamente, um liame, também de quase agnação, entre o próprio *pater* que o tinha sob potestade e a mulher, ou seja, entre o sogro e a nora. Assemelhava-se uma relação entre avô e neta, considerando que ela se tornara uma espécie de filha para o marido⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ Segundo GAIO 1,122, empregavam-se o bronze e a balança porque antigamente só se usavam moedas de bronze (asses, dupêndios, semiasses, quadrantes), sendo desconhecidas as moedas de ouro e prata, conforme se confirma na lei das XII Tábuas. E o valor dessas moedas dependia não da quantidade, mas do peso.

⁶⁰² Vide GAIO 1,119. Não se tratava, porém, de uma *mancipatio* comum, com a qual se obtinha diretamente uma *potestas*, mas uma espécie de mancipação que visava a obter o matrimônio. Vide OLIS ROBLEDA. Cit. p. 17. Cf. GRIMAL, Pierre. *O Amor em Roma*, p. 68. Do original *L'amour à Rome*: A transação era realizada pela entrega de uma moeda, que não tinha senão um valor simbólico. Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 246: A *mancipatio*, na idade mais antiga, indicava uma venda real, isto é, a troca imediata de uma coisa contra o seu preço. A balança e o bronze não cunhado remontam à origem da solene forma negocial da época arcaica, quando ainda não existia a moeda cunhada.

⁶⁰³ GAIO 1,123: “(...) Fazendo coempção, a mulher não se reduz à condição servil”.

⁶⁰⁴ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p.291.

⁶⁰⁵ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 250. Segundo o autor, é importante esclarecer o duplo significado que as fontes atribuem à palavra *manus*: aquele de quase agnação que ligava o marido à mulher e também a nora ao sogro; aquele de potestade análoga, porém distinta da paterna, que o marido *sui iuris* e o sogro exercitavam, respectivamente sobre a mulher e a nora.

A *coemptio* tinha uma característica singular, porquanto a mulher podia realiza-la com seu marido ou com um estranho, conforme se deflui das Instituições de Gaio⁶⁰⁶. Assim, segundo Astolfi⁶⁰⁷, a mulher podia assumir a condição de *mancipio dans*. Mas, se fosse púbere e *sui iuris*, havia a necessidade da *auctoritas tutoris mulierum*, em razão da importância econômica do ato. A exemplo do que acontecia com a *conventio in manum*, era um ato em que a mulher não dispunha do próprio patrimônio como fonte de riqueza. Nesse sentido, anota Astolfi: “*Il patrimonio dela donna passa al titolare dela manus e la donna, quando acquista, acquista a lui*”⁶⁰⁸.

A *coemptio* da mulher *sui iuris* era comparada à adoção de um *paterfamilias* (*adrogatio*) Os direitos reais e de crédito que compunham o seu patrimônio tornavam-se daquele sob o poder do qual ela se encontrava. Seus bens passavam para o marido, não porque constituíssem objeto da *coemptio*, mas porque a mulher *in manu mariti* perdia sua capacidade jurídica e a titularidade do patrimônio. Em consequência, o marido passava a ser o sucessor universal *inter vivos* da mulher⁶⁰⁹. Porém nem todos os direitos patrimoniais da mulher *in manu* se extinguíam. Alguns, em razão de sua natureza, como, por exemplo, o usufruto e a obrigação de trabalho de liberto contraída por juramento (em caso de manumissão) permaneciam, conforme consta nas Instituições de Gaio:

“*Etenim cum paterfamilias se in adoptionem dedit mulierve in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales quaeque ei debita sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur, exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt usufructus, operarum obligatio lbertorum quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio*”⁶¹⁰.

Se a mulher era *alieni iuris*, deveria ocorrer a *auctoritas* do *paterfamilias*, em razão da natureza do poder que exercia sobre a filha. Contudo, em ambos os casos, fosse a mulher *alieni* ou *sui iuris*, ela era a protagonista da *coemptio*, conforme se deflui das Instituições de Gaio:

⁶⁰⁶ GAIO 1,114. Vide nota 611.

⁶⁰⁷ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 241.

⁶⁰⁸ *Ibidem*. Segundo o autor, isto ocorria qualquer que fosse o tutor, legítimo, testamentário ou nomeado pelo magistrado.

⁶⁰⁹ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 291. Segundo o autor, esse fenômeno também se verificava na *confarreatio* e no *usus*.

⁶¹⁰ GAIO 3,83: “Assim, dando-se um *paterfamilias* a si mesmo, em adoção; ou a mulher vindo a cair *in manu*, todos os seus bens incorpóreos ou corpóreos, bem como os seus créditos, tornam-se do pai adoptivo ou do coemptionador; exceto as relações extinguíveis por diminuição de capacidade, como o usufruto, a obrigação de trabalho dos libertos, contraída por juramento, e as lides contestadas em juízo legítimo. Segundo ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 291: extinguíam-se os débitos da mulher, em razão da *capitis deminutio*. Mas o que a tinha *in manu* não se tornava devedor, porque não podia sofrer dano daquela que estava em seu poder.

*“Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiducia; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa, dicitur fiducia causa fecisse coemptionem”*⁶¹¹.

Por se tratar de venda imaginária, a mulher era, ao mesmo tempo, sujeito e objeto da relação. Ela se vendia, ficticiamente, podendo dispor de si mesma não somente quando era *sui iuris*, mas também quando era *alieni iuris*. Em ambos os casos, porém, só poderia proceder com o consentimento do *pater* ou do tutor, que a tinha em seu poder⁶¹². Todavia, o *pater* que tinha a filha sob sua potestade não poderia ser o autor da coempção que deveria ser promovida pela própria filha⁶¹³.

In casu, o *pater* podia, ficticiamente, aliená-la, através da *mancipatio*. Mas, quando a emancipava ela não ficava como mulher livre no poder de quem a comprara. Ficava na condição de pessoa *in mancipio*, em *status* de semiliberdade, como se fosse quase uma escrava (*loco servae*). Dada a circunstância de que o *pater* não era autor da *coemptio*, no entender

⁶¹¹ GAIO 1,114: “Demais disso a mulher pode fazer coempção não só com o seu marido, mas também com um estranho; isto é, a coempção diz-se feita ou por causa de matrimônio ou por fidúcia; da que faz a coempção com o marido, de modo a ficar para com ele em lugar de filha, se diz ter feito coempção por causa do matrimônio; enquanto da que fez coempção, quer com o marido, quer com um estranho, por outra causa, por exemplo, para evitar a tutela, diz-se ter feito coempção fiduciária”. Segundo ASTOLFI, Riccardo, *Il matrimonio nel diritto romano*, p. 258, na coempção fiduciária, a mulher (*sui iuris*) não visava à condição de subordinação à *manus mariti*, mas de pessoa liberada da *manus*, tendo como efeitos: a manumissão, possibilitando-lhe a substituição do tutor por um de sua indicação; a capacidade de testar, bem como a desobrigação de participar do culto doméstico. Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 269: Diversos eram os casos em que a mulher realizava a *coemptio*, seja *matrimonii causa* ou *fiduciaria causa*, com o próprio marido e ficava, então, *in filiae loco*. Mas isto não significava que o marido estava obrigado a reemancipá-la, assim como a *filiafamilias*, embora adotiva, não podia obrigar o *pater* a emancipá-la para liberá-la de sua *potestas*. Somente quando o coemptionador era um estranho a mulher podia constrangê-lo a liberá-la da *manus*.

⁶¹² Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 242. Segundo FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti Giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 205. A filha de família que, com autorização do próprio *pater*, realizava a *conventio in manum* com o marido entrava a fazer parte da família deste, não mais pertencendo a sua própria família. Assim, era excluída da potestade do seu próprio *paterfamilias*, quebrando os liames que a ligavam aos seus agnados, à sua *gens*, sendo excluída do seu culto doméstico, os *sacra privata*, como consequência de ter passado para outra família. Isto acarretava para a mulher *alieni iuris* uma *capitis deminutio mínima*; porquanto se verificava uma mudança do seu *status*. Quanto à mulher *sui iuris* que realizasse a *conventio in manum* com a autorização do tutor, também sofria uma *capitis deminutio mínima*, porque passava do *status sui iuris* para o *alieni iuris*. Segundo, ainda, a mesma autora (*ibidem*, p. 207), a *capitis deminutio mínima* sofrida pela mulher acarretava a rescisão dos vínculos civis entre a mulher que realizava a *conventio in manum* e seus agnados. Não se rescindia, contudo, entre ela e seus parentes de origem, o vínculo da cognação, ou seja, o parentesco de sangue, Cf. GAIO 1,158: “*Sed agnationis quidem ius capite deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, aturalia vero non potest.* (O direito de agnação cessa pela alteração da capacidade, enquanto que o direito de cognação não se modifica do mesmo modo, pois a lei civil pode, certamente, alterar os direitos civis, mas não os naturais).

⁶¹³ Isto significa, segundo ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 250, “*que se i coniungi sono sottoposti alla potestà del padre non può essere il padre a operare la coemptio. Debbono essere i figli, poiché sono i figli a essere coniunti da matrimonio. (...) il padre si limita a prestare l’auctoritas*”.

de Astolfi⁶¹⁴, deriva a improcedência de uma hipótese histórica bastante difundida, segundo a qual a coempção se ligava a uma originária venda real e efetiva, por meio da *mancipatio* quando o *pater* a dava como esposa.

Gaio distingue duas espécies de *coemptio*, *matrimonii causa* e *fiduciaria*⁶¹⁵. Na *coemptio* que tinham por objetivo o casamento (*coemptio matrimonii causa*), o *coemptionator* devia ser o marido, independentemente de que fosse *alieni iuris* ou *sui iuris*. O matrimônio justificava a coempção e, nesse caso, a mulher personificava duas situações: de submissão à *manus* e de esposa, tornando-se, como consequência, uma espécie de filha do marido, numa integração do matrimônio com a *manus*⁶¹⁶, como se depreende da citação gaiana: “(...) *quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem*”⁶¹⁷.

A *coemptio matrimonii causa* tinha por pressupostos, a existência de um matrimônio, que podia preceder ou acompanhar a *coemptio*, hipótese mais comum, manifestando, implicitamente, a vontade dos cônjuges de contraí-lo⁶¹⁸. Isto significa que, diferentemente da *confarreatio*, quando o matrimônio e a *conventio in manum* necessariamente ocorriam simultaneamente, a *coemptio* podia ser apenas *conventio in manum*. Nesse caso, ela tinha por motivo completar a relação matrimonial com a posse da mulher pela *manus mariti*. Dessa forma, nas palavras de Astolfi, “*L’errore di confondere la coemptio con el matrimonio trova il suo fondamento nell’essere la coemptio un modo con il quale si poteva contrarre matrimonio*”⁶¹⁹.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 242.

⁶¹⁵ GAIO 1,114, nota 611.

⁶¹⁶ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 243. Segundo o autor, a *coemptio* podia ocorrer sem integrar o matrimônio, consistindo no desfrutar de algumas vantagens derivadas da liberação da *manus*. Porém, a condição pessoal da mulher antes de submeter-se à *manus*, às vezes, era pior que aquela que lhe era atribuída quando liberada desse poder, porque efetuava a *coemptio* para mudar e conseguir um *status* melhor. Contudo, o resultado era alcançado adicionando a coempção a um *pactum fiduciae*, mercê do qual o *coemptionator* se obrigava a liberar a mulher da *manus*. A *coemptio*, então, tornava-se fiduciária.

⁶¹⁷ GAIO 1,114: “(...) da que faz a coempção com o marido, de modo a ficar para com ele em lugar de filha, diz-se que fez a coempção por causa do matrimônio”. Isto demonstra que a *coemptio* não se confundia com o matrimônio, porquanto podia acontecer antes ou depois deste. Quando precedia o matrimônio ocorria entre a *conventio in manum* e o dote. *In casu*, a mulher podia alienar ao noivo todo seu patrimônio, constituindo o dote. GAIO 1,115b: “*Femina autem, quae cum extraneo fiduciae causa coemptionem fecerit filiae locum non optinet: quae tamen fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco insipit esse; nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit emam filiae iura nancisci*”. (Mesmo fazendo coempção fiduciária com o marido, a mulher fica em lugar de filha, pois, se por qualquer causa a mulher estiver sob à *manus* do marido, entende-se que adquire os direitos de filha).

⁶¹⁸ *Vide* ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 248: “*Quando al matrimonio si accompagna la coemptio, il gesto può essere interpretato come quello con il qual la moglie dà attuazione alla coemptio e consigna se stessa e i propri beni al marito (...) a titolo de dote*”. SÉRVIVS (*Georg.* 1,31), citado por ASTOLFI, Riccardo (p. 248): A coempção é *conventio in manum* (*coemptione vel in manum conventione*), mas é também *gestum per aes et libram*.

⁶¹⁹ *Vide* ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 249.

Conforme Patrizia Giunti⁶²⁰, diversamente da *confarreatio*, na qual o efeito criativo do consórcio conjugal tornava-se eficaz sob o plano das relações potestativas e parafiliais, a *coemptio mancipatoria*, pela primeira vez, quebrou a simultaneidade entre *nuptiae* e *manus*, dando origem a uma *conventio in manum* estruturalmente distinta do matrimônio, ensejando surgir uma categoria institucional e conceitualmente autônoma.

A *manus* se extinguiu pela mancipação. Dessa forma, os efeitos da *manus* se extinguíam, porquanto a mulher se tornava *sui iuris*. O *coemptionator* deixava de exercitar seus poderes pessoais e patrimoniais adquiridos com a *manus*, enquanto a mulher perdia a qualidade de filha ou neta e deixava de participar do culto da família na qual se encontrava em razão da *coemptio*. Ela podia, ainda escolher um tutor fiduciário e adquirir a possibilidade de fazer testamento, como se observa na sentença de Gaio:

*“Olim etiam testamenti faciedi gratia fiebat fiduciaria coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent mancipataeque et manumissae fuissent. Sed hanc necessitatem coemptionis ex auctoritate divi Hadriani Senatus remisit.”*⁶²¹.

Se a *coemptio* não era *matrimonii causa*, mas fiduciária, a mulher *sui iuris* podia obrigar o *coemptionator* a exercer o *ius vendendi* para liberá-la da *manus*⁶²². Contudo, segundo Gaio, é preciso distinguir a *coemptio fiduciaria* feita com o próprio marido daquela realizada com um estranho:

*“Inter eam vero quae cum extraneo, et eam quae cum viro suo coemptionem fecerit, hoc interest, quod illa quidem cogere coemptionatorem potest, ut se remancipet, cui ipsa velit, haec autem virum suum nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; haec autem virum repudio misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset”*⁶²³.

Se o coemptionador era o próprio marido, a mulher adquiria a condição de filha, como no caso da *coemptio matrimonii causa*. Se era um estranho, não surgia nenhum vínculo agnático entre ele e a mulher. Tinha o nome de fiduciária, porquanto o adquirente da *manus*

⁶²⁰ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 388.

⁶²¹ GAIO 1,115a: “Além disso, fazia-se outrora coempção fiduciária em vista da faculdade de testar; então, com algumas exceções, as mulheres não podiam testar, senão fazendo a coempção e sendo remancipadas e manumitidas. Mas esta necessidade da coempção o Senado a dispensou por uma resolução do divino Adriano”.

⁶²² Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 264.

⁶²³ GAIO 1,137a: “Entre a que faz coempção com um estranho e a que faz com seu marido, há esta diferença: uma pode obrigar o coemptionador a emancipá-la a quem ela quiser, enquanto a outra não pode coagir o marido, assim como a filha não pode coagir o pai. Mas também a filha, mesmo adotiva, de modo nenhum, pode coagir o pai; esta entretanto, uma vez divorciada, pode, assim, compelir o marido, como se nunca tivesse sido casada com ele”.

sobre a mulher se comprometia a liberá-la de imediato. Após a *coemptio* ser realizada mediante a *mancipatio*, ocorria a *remancipatio*⁶²⁴.

A relevância do elemento verbal no complexo formalístico da *coemptio* é confirmada por Gaio quando estabelece a diferença entre a específica coempção e a ordinária mancipação realizada por parente e coempcionadores, conforme se encontra nas Instituições de Gaio: “*Sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a comptionatoribus isdem verbis mancipatio accipientur, quibus servi, quod non similiter fit in coemptione*”⁶²⁵. Nessa sentença, Gaio faz referência a reemancipação como modalidade extintiva, exclusiva da *manus* constituída pela coempção, nomeadamente na época arcaica. A *remancipatio* constituía, com a *difarreatio*, o modo *contrarius actus* específico para uma forma constitutiva da *manus*⁶²⁶.

2.6.2 Efeitos da *conventio in manum*

Na expressão de Astolfi, “*all’inizio del loro processo storico gli effecti sono unitari e sono quelli che derivano del concorso della conventio in manum con il matrimonio*”⁶²⁷. Segundo Biondi⁶²⁸, a sociedade conjugal que se estabelecia pelo matrimônio apresentava uma disciplina jurídica que refletia muitos institutos do direito público e privado. Afirma, ainda, que, no “*consortium omnis vitae*” e na “*individuum vitae consuetudine*” residia a essência do matrimônio.

Na *conventio in manum*, a mulher estava juridicamente sujeita ao *paterfamilias* como filha, porque a *manus* era um poder familiar no sentido político, da qual não era titular, necessariamente, o marido, mas o *paterfamilias*, que podia não ser o marido⁶²⁹. Segundo Astolfi⁶³⁰, contudo, acredita-se que a *conventio in manum* ocorrida de forma diferente da *confarreatio* não extinguia a potestade do *pater*. Embora reduzida, permanecia, como na hipótese de o *pater* poder condenar à morte a filha flagrada em adultério. Isto se explica porque o delito da mulher tinha uma disciplina diversa daquele que atribuído à filha *in potestate*. Contrariamente ele observa que a *manus* parecia ser um poder absoluto ao lado da *patria*

⁶²⁴ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 268.

⁶²⁵ GAIO 1,123: “(...) mas a razão da diferença é manifesta; os mancipados e as mancipadas são recebidos em mancipação, dos pais e coempcionadores com as mesmas palavras empregadas para receber os escravos em mancipação; tal sucede na coempção”.

⁶²⁶ Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. 239.

⁶²⁷ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 295.

⁶²⁸ BIONDO, Biondi. *Istituzioni di diritto romano*, p. 566.

⁶²⁹ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 207.

⁶³⁰ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 296.

potestas, mas excluindo-se mutuamente. O fenômeno dependia da natureza da *manus* e não do modo como esta foi constituída⁶³¹.

Dessa relação resultavam efeitos recíprocos para os cônjuges, dentre eles: não podiam mover ação em juízo um contra o outro, sem permissão do magistrado; não podiam intentar um contra o outro ação penal ou infamante; ficavam dispensados de ser testemunha um contra o outro; em caso de prática ilícita um contra o outro, a condição de cônjuge podia valer como agravante⁶³². Contudo, as consequências mais significativas resultavam para a mulher: ingressava na família *in loco filiae*, num reconhecimento explícito da autoridade marital; adquiria o nome e o patronímico do marido, tornando-se *filiafamilias*, vindo a ser irmã dos próprios filhos, com todos os direitos inerentes a essa situação, inclusive ser considerada entre os herdeiros do 1º grau e *sui heredes*; era incluída entre os agnados da nova família; passava a pertencer à mesma *gens*, cujos deuses manes passavam a ser seus novos deuses⁶³³; sofria uma *capitis deminutio minima*: se era *sui iuris*, tornava-se *alieni iuris*; se era *alieni juris*, continuava a sê-lo, porém na família do marido; o marido ou o seu *paterfamilias*, adquirindo a *manus*, passava a ter sobre ela poderes semelhantes aos da *patria potestas*.

De forma inversa, ela se separava totalmente de sua família de origem, quebrando o vínculo com seus agnados e com sua *gens*. Todavia, conservava a liberdade e a cidadania, não obstante mudar o seu *status familiae*, rompendo os laços do parentesco por agnação com seus familiares. Por consequência, seu *paterfamilias* perdia definitivamente a *patria potestas* sobre ela, com todas as suas decorrências, como, *ad exemplo*, a impossibilidade, em razão da *manus mariti*, do exercício do *ius vitae et necis*⁶³⁴. Quanto aos filhos, era-lhes atribuída a condição de *legitimi* e de *cives romani*, sujeitos à potestade doméstica do pai ou do *paterfamilias*, se o genitor fosse *alieni iuris*. Como tal, tornavam-se herdeiros *ab intestato*⁶³⁵.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 298.

⁶³² *Ibidem*, p. 208.

⁶³³ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 50.

⁶³⁴ A Lei *Iulia de adulteriis* (18 a.C.), contudo, permitiu ao *pater*, que consentisse à filha colocar-se sob a *manus mariti*, condená-la à morte quando flagrada em adultério. Isto ocorria em razão da relação de sangue (*cognatio*) que não desaparecia com a *capitis deminutio*. GAIUS 1,158: “*Sed agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*”. (O direito de agnação cessa pela alteração da capacidade, enquanto que o direito de cognação não se modifica do mesmo modo, pois a lei civil pode certamente alterar os direitos civis, mas não os naturais).

⁶³⁵ CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1309, nota 40, destaca dentre os efeitos do *iustum matrimonium* do cidadão romano com uma cidadã (ou latina ou peregrina com *conubium*): atribuição da condição de *legitimi* aos filhos concebidos desse matrimônio; sujeição desses filhos à *patria potestas* do pai ou do *paterfamilias* se os filhos fossem *alieni iuris*; aquisição pelos filhos do direito de sucessão *ab intestato*; atribuição à mulher, quando sujeita à *manus* do marido, o direito de lhe suceder *ab intestato*, em condição de igualdade com os filhos ou filhas. *Simili modo*, JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 78, Os filhos são

Não existia, porém, uma situação de paridade jurídica entre os cônjuges, até mesmo porque se o marido ainda tivesse *pater* todos estavam subordinados a este. A mulher assumia a condição social do marido. O domicílio deste era considerado o domicílio do matrimônio⁶³⁶. A desigualdade jurídica se refletia, *ad exemplum*, na obrigação da mulher à fidelidade, ficando à mercê, em caso de adultério, de uma reação violenta por parte do marido ou do *paterfamilias* deste⁶³⁷. A Lei *Iulia de Adulteriis*, de 18 a.C., considerava o adultério como crime de infidelidade da mulher, mas, de certa forma, tolerava a infidelidade masculina, ao estabelecer para o homem apenas uma sanção patrimonial referente à restituição do dote⁶³⁸.

Quanto aos bens, se a mulher era *sui iuris*, todos os bens passavam a fazer parte do patrimônio da *domus*. Se *alieni iuris*, não possuía bens, podendo, contudo, ter um dote. É o que se depreende das palavras de Bonfante:

*“Il matrimonio, prescindendo dal suo aspetto morale e sociale, che integra largamente l’istituto giuridico, è fonte di molteplici diritti e doveri tra i coniugi e base di sanzioni etiche e patrimoniali; a parte pure gli istituti patrimoniali che al matrimonio si riconnettono, come la dote, la donazione nuziale e tutto il complesso regime dei rapporti patrimoniali tra coniugi”*⁶³⁹.

Do ponto de vista patrimonial, a consequência mais significativa da *conventio in manum* era a doação entre os cônjuges, introduzida ao tempo de Augusto. Essa faculdade competia exclusivamente ao cônjuge e a condição era o casamento existente e válido. Eram consideradas lícitas as seguintes doações: feitas entre nubentes; feitas após o divórcio; feitas à concubina, salvo as limitações supervenientes na época cristã⁶⁴⁰.

Quanto à sucessão, o direito antigo excluía a *cognatio*, não permitindo a filha suceder à mãe. O *ius honorarium*, pelo contrário, reconhecia a cogação e concedia à filha o benefício, em razão do edito *unde cognati*⁶⁴¹. *Simili modo*, o *ius civile novum*, contido no

legítimos e *cives romani*, independente do *status civitatis* da mãe e estavam sujeitos à potestade do seu *paterfamilias*.

⁶³⁶ Vide BIONDI, Biondo, *Istituzioni*, p. 567.

⁶³⁷ Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 78: Em dois casos a mulher era punida de morte: quando bebesse vinho ou cometesse o adultério (DION, 2,25). Vide notas 100 e 180, cap. I.

⁶³⁸ Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 79. Somente era punido o adultério cometido pela mulher. Inicialmente o marido exercia o *ius vitae et necis*. A *Lex Iulia de Adulteriis* substituiu a pena de morte pela de repúdio. Vide item 2.8.1.3 restituição do dote.

⁶³⁹ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 207. A mulher *in manu* era incapaz de ter patrimônio. Dessa incapacidade de possuir bens ou reivindicar créditos se originava a impossibilidade de reclamá-los ou ingressar em juízo como autora, conforme se encontra em GAIO 2,96: “*In summa sciendum est his, qui in potestate, manu, mancipiove sunt nihil in iure cedi posse; cum enim starum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil suum in iure vindicare possunt*”. (Deve-se saber, em suma, que nada se pode ceder em juízo àqueles que estão em potestade, *in manu* ou *in mancipio*, pois, como tais pessoas nada podem ter para si, é natural que nada possam vindicar em juízo, como seu).

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 217.

⁶⁴¹ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p.298.

senatusconsultus Offitiano, permitia o que o *ius antiquum* negava, isto é, que a filha sucedesse à mãe, mesmo se tivesse sofrido uma *capitis deminutio*⁶⁴².

A *conventio in manum* entrou em decadência a partir da época clássica e desapareceu no passar do tempo⁶⁴³. A desagregação da família, a decadência dos *mores*, a diminuição dos poderes do *paterfamilias* e, em sentido inverso, o crescimento do direito da *civitas*, foram determinantes para o desaparecimento da *conventio in manum* e, por consequência, afluência da relevância jurídica do matrimônio⁶⁴⁴. A primeira forma a se extinguir foi o *usus*, que já não existia no séc. II da era cristã⁶⁴⁵. Quanto à *confarreatio*, segundo Tácito, citado por Biondi⁶⁴⁶, ao tempo de Tibério, era difícil encontrar patrício nascido das núpcias acompanhada da *confarreatio*, a qual se requeria para que um filho fosse sacerdote de Júpiter. A *coemptio* foi a última forma a desaparecer, a partir do século IV⁶⁴⁷.

2.7. Matrimônio livre ou *sine manu*

O matrimônio não acompanhado da *conventio in manum* ou matrimônio livre, passou a existir a partir dos últimos tempos do direito pré-clássico.⁶⁴⁸ Segundo Orestano⁶⁴⁹, no final desse período e ainda mais desde o início da idade clássica, o tipo normal de matrimônio era aquele *sine manu*, que constituiu, posteriormente, a base da evolução matrimonial no direito justiniano e ao longo dos séculos. Conforme a doutrina, na expressão de Ollis Robleda, “*matrimonio sine manu lo constituyó (...) aquella misma unión permanente filiorum quarendorum causa, sin la insinuada pertenencia de la mujer a la familia del marido, o sea, sin relación alguna familiar jurídica entre ellos*”⁶⁵⁰.

Era uma união desprovida de formalismo⁶⁵¹. Caracterizava-se, tão somente, por uma cerimônia plena de simplicidade: a condução da mulher para a casa do marido (*deductio uxoris*

⁶⁴² *Ibidem*. p. 298.

⁶⁴³ Cf. PABLO FUENTESECA. Cit. p 36: “*A fines de la República, cuando comiezo a decaer la familia agnatica, las formas de conventio in manum pierden aplicación y tenden a desaparecer*”.

⁶⁴⁴ CID, Nuno de Salter. Cit. p. 102.

⁶⁴⁵ Vide GAIO 1,111 nota 563.

⁶⁴⁶ TÁCITO. *Ann. 4,16*, apud Biondi, Biondo. *Stituzioni di diritto romano*, p.545.

⁶⁴⁷ Vide BIONDI, Biondi. *Stituzioni di diritto romano*, p. 545; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 61.

⁶⁴⁸ Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 284: Há quem considere como legítimo matrimônio a convivência do homem e da mulher durante um ano, findo o qual é adquirida a *manus* sobre a mulher, admitindo a existência do matrimônio *sine manu* antes que a Lei das XII Tábuas introduzisse o *trinoctium*, num contraste com uma corrente doutrinária que vê na prática do *trinoctium* a origem do matrimônio *sine manu*.

⁶⁴⁹ ORESTANO, Riccardo. Cit. p. 159.

⁶⁵⁰ OLLIS ROBLEDA. Cit. p. 25.

⁶⁵¹ O casamento *cum manu*, contrariamente, era pleno de ritualismo. Vide notas 239 e 245.

in domum mariti), evocando o rapto das sabinas, nos primevos da história romana. Muitas vezes, havia a constituição de um dote, levado pela mulher. No casamento *sine manu*, o marido não adquiria a *manus* sobre a mulher, que mantinha o *status familiae* anterior à união e conservava os seus bens, mesmo aqueles adquiridos na constância do casamento⁶⁵². Para concretização desse tipo de união, era suficiente o consentimento dos nubentes, pois o elemento principal era a *affectio maritalis*, isto é, a vontade de serem marido e mulher, de constituírem a sociedade doméstica.

Nesse tipo de casamento, a mulher era totalmente estranha à família do marido. Em sua estrutura, era substancialmente igual ao matrimônio *cum manu*, porém, sem as implicações dos problemas relativos à *manus*. Por outro lado, o matrimônio *sine manu* representava o tipo historicamente mais importante e dogmaticamente mais interessante. Por esses dois motivos, era um tipo de união comum a toda classe social, porém era pertinente às pessoas *sui iuris*, possuidoras de todos os requisitos requeridos nas várias épocas para a existência das justas núpcias entre elas⁶⁵³.

2.8 Relações patrimoniais entre os cônjuges

Eram relações que se fundamentavam na agnação, materializada na estrutura da *familia proprio iure e communi iure*. A primeira compreendia as pessoas que, pela natureza ou pelo direito, estavam sujeitas ao poder de um só⁶⁵⁴. Era a família daqueles que estavam sob a *patria potestas* do *paterfamilias* enquanto ele fosse vivo. Todas essas pessoas tinham o *status* de *alieni iuris*⁶⁵⁵. Por consequência, o chefe da *domus* exercia o *dominium* sobre o patrimônio de todos, exceto quanto aos pecúlios⁶⁵⁶.

A *família communi iure* era compartilhada pelas pessoas que tinham estado sob a potestade do *paterfamilias*, enquanto ele estava vivo. Quando ele morria ou sofria uma *capitis deminutio*⁶⁵⁷. Essas pessoas tornavam-se *sui iuris*. Nessa situação, a mulher, quando casava, nomeadamente nos tempos antigos, realizava a *conventio in manum*, ingressando na família do marido *in loco filiae*. Com isso, sofria uma mudança de capacidade, tornando-se *alieni iuris*,

⁶⁵² Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 203: “Nel cosiddetto matrimonio *sine manu*, la donna è assolutamente straniera alla famiglia del marito”. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, II, p. 304: “Quando no casamento não se segue a *conventio in manum*, os patrimônios do marido e da mulher são distintos”.

⁶⁵³ ORESTANO, Riccardo. Cit. p. 160.

⁶⁵⁴ Vide ULPIANO, D. 50,16,195,2, nota 17, cap. I.

⁶⁵⁵ Vide item 1.2. cap I.

⁶⁵⁶ Sobre pecúlios vide nota 54, cap. I.

⁶⁵⁷ JUSTO, António dos Santos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges*, p.325;

perdendo a administração de seus bens, que se incorporavam ao patrimônio do marido ou do seu *paterfamilias*⁶⁵⁸.

A respeito, assim se expressa Santos Justo:

“Nos antigos matrimônios a acompanhados da *conventio in manum*, os bens levados pela mulher e adquiridos por esta durante o matrimônio, integravam-se no patrimônio do marido ou, se não fosse *paterfamilias*, do *pater* do marido, que podia dispor livremente de todos os bens *inter vivos* ou *mortis causa*”⁶⁵⁹.

Com a introdução do matrimônio livre ou matrimônio não acompanhado da *conventio in manum*, a mulher liberou-se da *manus marital* e, por consequência, adquiriu a capacidade patrimonial de gozo, o que lhe possibilitou ter seu próprio patrimônio. Quando casava, mesmo se fosse *sui iuris*, não perdia a propriedade do patrimônio que já lhe pertencia, tampouco dos adquiridos posteriormente por quaisquer títulos (herança, doação, legado trabalho, etc)⁶⁶⁰.

As relações patrimoniais entre os cônjuges materializavam, sobretudo, nos institutos do dote, doações nupciais, bens parafernais.

2.8.1 Dote

2.8.1.1 Noção e modos de constituição

Nas palavras de Bonfante, “*il regime patrimoniale veramente proprio della società coniugale romana è il sistema dotale. È questo uno degli istituti più vitali, più evolventisi e più ricchi del diritto romano*”⁶⁶¹. O dote (*dos* ou *res uxoriae*)⁶⁶² era o conjunto de bens que a mulher (se *sui iuris*), seu *paterfamilias* (se *alieni iuris*) ou um terceiro (seja ela *sui iuris* ou *alieni iuris*) transferia ao marido ou ao *paterfamilias* deste (se ele fosse *alieni iuris*), por ocasião do casamento. O objetivo era atenuar os encargos e as obrigações da nova situação⁶⁶³

⁶⁵⁸ Vide cap I, item 1.6, cap. I: A mulher em Roma.

⁶⁵⁹ JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 116:

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 117.

⁶⁶¹ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 283. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, II, p. 304: “Desde épocas remotas, o regime de bens adotado, principalmente no casamento que não se seguia a *conventio in manum*, foi o dotal”. Segundo o autor, o dote existia também no casamento seguido da *conventio in manum*.

⁶⁶² O dote (*dos*) era chamado, também, *res uxoriae*, porquanto, mesmo sendo propriedade do marido, era coisa da mulher, tanto que eventualmente ela podia recuperá-lo. Vide ALVARO D’ORS. Cit. p. 404. Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 80 : « O dote não representava (...), para o marido, um aumento da riqueza, mas uma compensação pelo crescimento das despesas devido à entrada em casa de uma mulher jovem, acompanhada, como exigia o costume, por várias servas que deviam poupar-lhes todo trabalho servil ».

⁶⁶³ CICERO. *Top.* 4,23, *apud* ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A. Cit. p. 1029: “*Cum mulier in manum mariti convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine*”. (Quando se convém que a mulher fique submetida à *manus* do marido, tudo o que pertencia a ela passa para o marido por causa do dote). Segundo VEGA

ou, na vetusta expressão: “*ad sustinenda onera matrimonii*”, ou, no conteúdo da sentença de Paulo, “*ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*”⁶⁶⁴. Nesse sentido, afirma Carla Fayer:

“*Il termine dos, etimologicamente connesso con do e domum, indicava il bene o l’insieme di beni che, in occasione del matrimonio, la donna, se sui iuris, o il paterfamilias che l’aveva in potestà io anche un estraneo al gruppo familiare di lei destinava al marito a all’avente potestà su di lui*”⁶⁶⁵.

Maria Casola, de sua parte, assim se expressa: “*L’esperienza giuridica romana mostra uno stretto parallelismo tra il matrimonio e la dote, considerata da alcune fonti indispensabile per la contrazione del vincolo matrimoniale*”⁶⁶⁶.

A constituição do dote, por ocasião das justas núpcias, era muito comum em Roma, nomeadamente entre as classes mais favorecidas economicamente. Por isto, tinha um alto significado social, constituindo um dever moral arraigado por muito tempo⁶⁶⁷, conforme assinala Carla Fayer:

“*il costituire la dote per la donna in vista delle sue nozze era un uso molto diffuso a Roma; in particolare nei ceti abbienti era la regola, in quanto la dote rivestì sempre un’accentuata rilevanza sociale: era un dovere morale profondamente sentito – e tale rimase per lungo tempo prima di divenire un vero e proprio obbligo giuridico*”⁶⁶⁸.

DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p. 65, desde os tempos mais antigos, a mulher, no ato de contrair matrimônio, levava consigo um pecúlio à casa do marido que, desde aquele momento, era chamado de dote. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 120s; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, IV, p.304s.

⁶⁶⁴ D.23,3,56,1: “O dote deve estar onde estão os ônus do matrimônio”. Cf. SANTOS JUSTO, António dos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges*, p. 331: São objetivos do dote: compensar a *uxor in manu* da perda dos direitos hereditários, em consequência da ruptura do vínculo com a sua família paterna; contribuir para as despesas da vida matrimonial (*onera matrimonii*) e, finalmente, assegurar o sustento da mulher viúva e dos filhos. No mesmo sentido, assim se expressa BECHMANN, A. *Das romische dotalrecht*. Erlangen, 1863, citado por FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia*, p. 683: O dote era um instituto que visava a cumprir diferentes objetivos, não somente amenizar o ônus do matrimônio. Isto seria absolutamente limitado. O dote era o meio para a *materfamilias* ocupar uma posição digna e igual na casa conjugal. Quando originário do *paterfamilias* correspondia à função de antecipada sucessão. Cf. ALBERTARIO, E. *La connessione dela dote con gli onera del matrimonio*. In RIC. 58, 1925, p. 296, citado por FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia*, p. 682: A conexão do dote com o ônus do matrimônio, exaltado nos textos interpolados, é um dogma da legislação justinianeia, não da doutrina romana.

⁶⁶⁵ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia*, p. 673.

⁶⁶⁶ CASOLA, Maria. *Dote ed interesse publico*. Università di Bari. Diritto e Storia, no. 06, 2007, p. 01.

⁶⁶⁷ Segundo alguns autores, citados por FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giudici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia*, p. 717, dentre eles SCHUPPLER, *La famiglia*, p. 294; P. GIDE. *Étude sur la condition privée de la femme*, p.133s; BRINI. *Matrimonio e divorzio. Parte prima*, p. 205; F. STELLA MARANCA, *Dos necessaria*, p. 38s; VOICI, Edoardo. *Storia dela patria potestas*, p.451: A obrigação jurídica de dotar foi estabelecida pela *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, de 18 a.C. Cf. JUSTO, António dos Santos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges*, p. 332: “No início, a obrigação de dotar teria sido puramente moral (*officium*), garantida pela *fides* paterna; depois foi consagrada pela lei”. Para CASTELLI, Gugliermo. *Scritti Giuridici*. Milão: Ulricho Hoepli Libraio della Real Casa, 1927, p.129-142, citado por JUSTO, António dos Santos (*ibidem*), essa obrigação é uma criação de Justiniano.

⁶⁶⁸ FAYER, Carla. *La famiglia romana. Aspetti giuridice ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 673.

Contudo, isto gerava uma situação curiosa ou estranha, porque os homens que se casavam seduzidos pelo dote inevitavelmente se tornavam quase que escravos da própria mulher, como se fossem prisioneiros *in manu* do inimigo⁶⁶⁹. São os caprichos ou ironias do destino materializados na vetusta sentença: “*pauperem alere, difficile est; divitem ferre tormentum*”⁶⁷⁰. Casar com uma mulher sem dote, era não somente sinal de extrema miséria, mas, também, motivo de desonra⁶⁷¹, podendo a união ser considerada um concubinato.

O instituto surgiu em Roma à época do casamento *cum manu*. Seu fundamento se encontrava na compensação da perda que a mulher sofria de seus direitos sucessórios, na sua família de origem, quando rompia todo vínculo agnático com ela, por ocasião desse casamento⁶⁷². Segundo Carla Fayer⁶⁷³, parte da doutrina entende que o dote era uma forma de compensar a expectativa de sucessão da mulher *alieni iuris*, por ocasião do matrimônio acompanhado da *conventio in manum*, pelo fato de, em realizando essa união, deixar de fazer

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 675.

⁶⁷⁰ HIERON. *Adv. Lavin. 1,47 (Pl. 23,289. Apud FAYER, Carla. La familia romana. Aspetti giuridice ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 676: “Manter uma mulher pobre é difícil; tolerar uma rica, um tormento”. Ou, ainda, pobre que casa com uma mulher pobre nada mais faz que juntar pobreza com pobreza, mas se esposa uma mulher muito rica, ela não será sua mulher, mas uma amante despótica. É inegável que os vistosos patrimônios que podem constituir o dote da mulher serviam, também, como incentivo ao matrimônio na vida cotidiana da Roma de todas as épocas, não restando ignorada a figura do caçador de dote, pronto a superar ou esquecer defeitos físicos e também a honra da mulher, por vezes uma velha solteirona cheia de varizes e sem graça, porém dotada. *Vide FAYER, Carla. La familia romana. Aspetti giuridice ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 679

⁶⁷¹ Cf. PLAUT. *Trin. 612, apud FAYER, Carla. La familia romana. Aspetti giuridice ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 674: Era considerado coisa vergonhosa não constituir o dote para uma moça. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p.389, afirma que, em Roma, no tempo antigo, não era frequente nem decente que uma jovem não fosse contemplada com o dote. Era sinal de extrema miséria e degradação casar a filha ou a irmã sem dote. VEGA DE MIGUENS, Nina Ponsa de la. *Cit. p. 66*, revela que uma *uxor* sem dote era mal vista, já que, em quase todos os casos, era um elemento que permitia distinguir as *iustae nuptae* do concubinato. DION. DE ALICARNASSO 2,10,2, citado por FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridice ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 677, menciona uma lei de Rômulo segundo a qual os clientes deviam fornecer o dote para as filhas dos patrícios, por ocasião do seu casamento, se os pais se encontrassem com restrições econômicas. Contudo, segundo FERENCZI, E. *Clientela e schiavitù nella repubblica romana primitiva. In INDEX 8 (1978)*, p. 167s, *apud FAYER, Carla. La familia romana. Aspetti giuridice ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 677, é duvidosa essa referência encontrada em Plutarco e Dionísio de Alicarnasso.

⁶⁷² *Vide JUSTO, António dos Santos. Direito privado romano, IV*, p. 120s.

⁶⁷³ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridice ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 683. Cf. BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 576: No princípio, só os costumes impunham ao *paterfamilias* ou mesmo à mulher o dever da constituição do dote. Posteriormente, essa obrigação moral tornou-se jurídica, porquanto a *Lex Iulia et Papia* não permitia que o *pater* se opusesse ao matrimônio da filha, e a não constituição do dote significava oposição ao casamento. *Vide BIONDI, Biondo. Istituzioni di diritto romano*, p.578; D.23,2,19: “*Capite trigesimoquinto legis Iuliae, qui liberos, quos habent in potestate, iniuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex Constitutione Divorum Severi et Antonini pe proconsules Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare; prohibere autem videtur, et qui conditionem non quaerit*”. (Pelo capítulo trigésimo quinto da Lei Júlia, os que contra o direito houverem proibido que tomem mulher, ou que se casem, os descendentes que têm em potestade, ou os que não querem dar-lhes dote, são obrigados em virtude de Constituição dos Divinos Severo e Antonino pelos procônules e presidentes das províncias a colocá-los em matrimônio e a dotá-los; porém se considera que proibem também os que não buscam a proporção).

parte de sua própria família agnática. O dote assim, quando proveniente daquele que tinha a mulher em potestade era visto como uma antecipada sucessão. Os bens dotais, no entanto, passavam para o *paterfamilias* do marido, constituindo um patrimônio único: o patrimônio da *domus*.

Na época clássica, o dote era considerado como uma doação feita pela mulher ou pelo seu *paterfamilias* ao marido ou àquele a quem ele estivesse sob potestade.

Com a morte do *pater*, os bens passavam para a autoridade do marido. Se as núpcias se dissolvessem por divórcio ou morte do marido, qualquer dote devia ser restituído à mulher que, se fosse *sui iuris*, poderia invocar o *iudicium rei*. Se fosse *alieni iuris*, a ação era impetrada pelo *pater*, com o consentimento da filha, pois ela sucedia *in loco filiae*, conforme se encontra nas Instituições de Gaio⁶⁷⁴. Com a morte da mulher, o dote profectício era restituído ao seu *paterfamilias*, com a redução de um quinto para cada filho. O dote adventício ficava com o marido⁶⁷⁵.

Com o tempo, o dote passou a existir, também, no casamento *sine manu*⁶⁷⁶. Nesse caso, o patrimônio dos cônjuges se encontrava separado, levando Justiniano a denominar de parafernais a todos os bens privativos da mulher⁶⁷⁷. A partir de então, o dote tornara-se um instituto autônomo, uma vez que a mulher emancipada conservava a sua capacidade patrimonial⁶⁷⁸.

O dote era constituído em favor do marido ou do seu *paterfamilias*, ou mediante a transmissão efetiva dos bens ou assunção de uma obrigação⁶⁷⁹, documentada em um instrumento dotal. Materializava-se de três formas⁶⁸⁰: *dotis promissio*, (promessa do dote), feita verbalmente ao noivo ou ao *paterfamilias* deste, por meio da *stipulatio*, sob a condição tácita de que o casamento se realizasse⁶⁸¹; *dotis dictio*, espécie de contrato antigo, em que se usavam palavras sacramentais, pronunciadas pelo ofertante, fixando o valor ou o montante dos bens

⁶⁷⁴ GAIO 3,3: “*Uxor quoque quae in manu eius qui maritur est ei sua heres est, quia filiae loco est*”. (Também a esposa *in manu* do marido é herdeira dele, pois está no lugar de filha).

⁶⁷⁵ Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 575.

⁶⁷⁶ Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, cit. p. 284. “*Si può asserire che la differenza dele regime dotale nei matrimoni cum manu e sine manu nella realtà delle cose è veramente nulla*”.

⁶⁷⁷ Cf. BIONDI, Biondo, *Istituzioni di diritto romano*, p. 582: Parafernais são os bens extradotais, não constituindo o dote; Vide 2.8.3 infra. Bens parafernais.

⁶⁷⁸ Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 575.

⁶⁷⁹ Cf. PAULI Sent. 2,21b,1: *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium, et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest: sed ante nuptias data earum exspectat adventum*. (O dote ou antecede ou segue o matrimônio, isto é, poderá ser dado antes das núpcias ou posteriormente. Porém, se dados antes, aguarda que elas aconteçam). Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 306.

⁶⁸⁰ Tit. Ex corp. Ulp. 6,1: *Dos aut datur aut dicitur aut promittitur*”.

⁶⁸¹ Vide GAIO, 3,95A; Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 307: “*L'antico diritto non conosceva se non forme verbali e la stipulazione non contiene nulla de più che una interrogazione e una risposta*”.

dotais⁶⁸². (Por muito tempo, foi o único modo de constituição do dote. Entrou em decadência a partir da época clássica, não sendo invocado no direito justinianeru)⁶⁸³; a terceira forma era a *dotis datio*, consistindo na transferência efetiva dos bens dotais para o patrimônio do marido ou do seu *paterfamilias*, quando da realização do casamento, através dos processos *mancipatio*, *in iure cessio* ou *traditio*. Na época clássica, bastava a simples promessa para a constituição do dote. Com Justiniano, exigiu-se a redação de um documento: *instrumentum dotale*⁶⁸⁴.

2.8.1.2 Tipos de dote

Em relação às pessoas que o constituíam, segundo *Domitius Ulpianus* (D.23,3,5), distinguiam-se três tipos de dote. O primeiro, profetício, que era constituído pelo pai em favor da filha *alieni iuris*⁶⁸⁵, ou, nas palavras de Bonfante: “*La dote profettizia in generale si può definire quella dote che esce dai beni della famiglia*”⁶⁸⁶. A partir da época pós-clássica, os ascendentes paternos, também, podiam constituí-lo. O segundo tipo era o dote adventício (*dos adventicia*), constituído pela própria mulher *sui iuris*. Para Bonfante, esse tipo de dote tinha um significado puramente negativo, pois representava o dote que não saía dos bens da família. Era constituído por uma terceira pessoa, como a mãe, o irmão, um estranho ou a própria mulher, ou seja, um terceiro que não fosse o pai ou ascendente paterno⁶⁸⁷. O terceiro era o dote receptício (*dos recepticia*). Nesse caso, estipulava-se o *quantum* dotal que deveria ser

⁶⁸² Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p.307: Esse procedimento podia ser realizado pela própria mulher, pelo pai, pelo avô paterno ou um devedor deles, mediante sua ordem, talvez por qualquer pessoa a quem incubisse a obrigação social de dotar. Cf. D.23,3,79: “*Avus neptis nomine filio natae genero dotem dedit, et moritur; negat Servius, dotem ad patrem reverti; et ego cum Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset*”. (O avô deu o dote ao genro em nome de uma neta nascida de um filho, e morre; diz Sérvio que o dote não reverte ao pai; e eu opino com Sérvio, porque não pode considerar-se que proveio dele, pois não havia sido seu nada daquilo).

⁶⁸³ Vide FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giu ridice ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 689 e 694.

⁶⁸⁴ Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito romano, IV*, p.122; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano, II*, p.306; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 182.

⁶⁸⁵ D.23,3,5 ULPIANUS. (*Libro 31. Ad Sabinum*): *Profectia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel factus eius*. Segundo FAYER, Carla. *La familia romana*. Parte seconda, *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 687, dote profetício era o que provinha dos bens do pai ou de um ascendente paterno. O dote podia ser constituído, também, pelo pai adotivo, conforme D.23,3,5,13: “*Iulianus libro nono decimo Digestorum adoptivum quoque patrem, si ipse dotem dedit, habere eius repetitionem ait*”. (Disse Juliano no livro décimo nono do Digesto que também o pai adotivo pode exigir o dote se ele mesmo o deu). Vide, ainda, D.23,3,5,11-12; 24,2,5.

⁶⁸⁶ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 303; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano, II*, p.305, JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 125.

⁶⁸⁷ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 303. *Tit. Ex corp. Ulp. 6,5: Adventicia autem dos semper penes maritum remanet, praeterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuerit: quae dos specialiter recepticia dicitur*”. (O dote receptício está sempre para o marido, exceto se aquele que o deu não tenha estipulado a restituição para si; este dote é chamado receptício). Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.125.

restituído à mulher, a seus herdeiros ou a quem constituiu o dote, por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, como se destaca na sentença de Ulpiano: “*Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet*”⁶⁸⁸.

Nas palavras de Carla Fayer⁶⁸⁹, “*la distinzione dei tre tipi di dote aveva notevole importanza pratica, quando una volta sciolto il matrimonio, il marito aveva l’obbligo di restituirla*”. Segundo a mesma autora⁶⁹⁰, o direito justinianeu considerava a tripartição *dos profecticia, adventicia et recepticia*. Mas, ao que parece, o dote profectício era somente aquele constituído pelo *paterfamilias* da mulher, conforme determinava a sentença do Código de Justiniano ao povo da cidade de Constantinopla e das diversas províncias: “*(...) Extranum autem intellegimus omnem citra parentem per virilem sexum adscendentem et in potestate dotandam personam habent*”⁶⁹¹.

Qualquer bem patrimonial podia ser constituído em dote: coisas corpóreas (o caso mais frequente), a *nuda proprietas*, bem como posse de boa-fé e outros direitos reais, como o usufruto e os créditos. A respeito do dote, acentua Bonfante: “*Si può liberare il fondo del marito da um gravame, per esempio, da un usufruto, La stessa remissione di um debito vale come costituzione di dote*”⁶⁹². Podia ser até o patrimônio inteiro, quando a mulher entregava como dote seus bens ou a herança a ela deferida⁶⁹³. Observe-se, por fim, que o antigo dever moral e social de os parentes próximos (o *paterfamilias* ou o pai biológico)⁶⁹⁴ constituírem um dote

⁶⁸⁸ ULP. *Regl. 6,4*: “Morta a mulher no casamento, o dote originário do *pater* a ele retorna, deixando um quinto para cada filho ilimitadamente em poder do marido. Se o *pater* não existir, resta para o marido”. Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 181s; Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 303: “*La dote recettizia, cioè quella cui l’estraneo pattuiva la restituzione a suo favore in caso di scioglimento del matrimonio, non ha più rilievo nel diritto giustiniano, sebbene la si trovi incidentalmente ricordata anche in una legge delle Pandette*”. No mesmo sentido e similar expressão, FAYER, Carla. *La família romana. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 688: “*Recepticia era infine la dote quando l’estraneo in senso lato, che l’aveva costituita, ne pattuiva la restituzione a suo favore in caso di scioglimento del matrimonio*”. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.125.

⁶⁸⁹ FAYER, Carla. *La família romana. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 688.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 688.

⁶⁹¹ C.5,13,1,13: Mas entendemos também por estranho a todo que não seja ascendente pelo sexo viril que não tenha em sua potestade a pessoa que deve ser dotada.

⁶⁹² BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 296. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 121. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano, II*, p. 305: Não podiam, contudo, ser objeto de dote os direitos de garantia (a fidúcia, o penhor e a hipoteca), por não serem em si mesmos elementos patrimoniais, mas meio de defesa destes.

⁶⁹³ *Ibidem*. Cf. o mesmo autor: Não era objeto de constituição dotal um direito de mera garantia, a fidúcia, o penhor e a hipoteca, porque não são elementos patrimoniais nem fazem parte dos bens.

⁶⁹⁴ Cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 299. A obrigação podia competir ao pai ainda não titular da *patria potestas*, como se observa na constituição L.7,2 *in fine*, ao referir-se a um *officium paternum* estabelecido pela lei de constituir dote para a filha ou doação nupcial aos filhos. E expressamente declarava ser indiferente se o filho estava em potestade ou emancipado. Ainda, na novela 97,5, se renova a obrigação paterna da constituição de um dote para o caso de segundas núpcias, independentemente de a filha ser *alieni iuris* ou *sui iuris*.

para a filha dada em casamento foi convertido em obrigação jurídica no direito justiniano (*dos necessaria*)⁶⁹⁵.

2.8.1.3 Restituição dos bens dotais

Sobre esse direito, anota Ruiz Fernandez:

*“Según una genuína idea romana, el esposo adquiere la propiedad de la dote, en cuanto pesan sobre él las cargas familiares. No obstante esto, el marido tenía la obligación de devolver la dote si el matrimonio se disolvía”*⁶⁹⁶.

Extinto, portanto, o matrimônio, o dote que havia sido constituído para amenizar ou atenuar o ônus dele decorrente perdia a razão de ser e por isso seria justo restituí-lo⁶⁹⁷. No início, era pertencente ao patrimônio da *domus*, mas, com o tempo passou a constituir uma *res uxoriae* e, como tal, deveria ser restituído à mulher ou a seus herdeiros, no caso da dissolução da sociedade conjugal. No direito antigo ou pré-clássico, os bens dotais eram patrimônio do *paterfamilias* para sempre, conforme se deflui da sentença de Paulo: *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit*⁶⁹⁸. Todavia, esse sistema parecia injusto, considerando-se que a morte era o único meio de separação dos cônjuges. Existia exceção na restituição do dote, quando se tratasse da *dos recepticia*.

No direito clássico, época em que o divórcio era muito frequente entre os romanos, não seria curial, não se estaria aplicando o princípio da equidade “*suum cuique tribuere*”, se prevalecesse a regra do direito antigo. Isto porque poderia tal proceder induzir o marido a repudiar sua mulher, visando a locupletar-se com os bens dotais por ela trazidos. Havia um gravame ainda na medida em que a mulher, desprovida de meios de sobrevivência, não podia utilizá-los para constituição de novo dote na eventualidade de novo casamento⁶⁹⁹.

No final da época pré-classica, sob os efeitos da *Lex Iulia de Adulteriis* (18 a.C.), quando o dote passou a ser patrimônio da mulher, surgiram duas ações que facultavam o direito de exigir sua devolução: a *actio ex stipulatu* e a *actio rei uxoriae*. Segundo Bonfante⁷⁰⁰,

⁶⁹⁵ Segundo MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, II, p. 305, no direito justiniano, os textos aludem ao *dos necessaria*, transformando em obrigação o antigo dever moral de certos parentes em constituir o dote.

⁶⁹⁶ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 104.

⁶⁹⁷ Vide ULP. *Regl. 6.4-6*; Segundo BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 338. O instituto jurídico do dote começou a delinear-se com a introdução da obrigação da restituição, no caso da dissolução do casamento.

⁶⁹⁸ D.23,3,1: “A causa do dote é perpétua e com o consentimento de quem o dá se contrai, de maneira que sempre pertencerá ao marido.”

⁶⁹⁹ Vide MOREIRA Alves, José Carlos. *Direito romano*, II, p. 307.

⁷⁰⁰ Cf. BONFANTE. Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 340. *Simili modo*, RUIZ FERNANDES, Eduardo Cit. p. 106: “L’actio ex stipulatu no es propriamente una acción dotal. Tiene su fundamento em la estipulación que hace

a *actio ex stipulatu* era certamente a mais antiga, mas não era propriamente uma verdadeira ação dotal. Tinha fundamento na estipulação que o constituinte fazia no momento da constituição, adstringindo o marido a uma eventual restituição dotal em caso de divórcio ou da morte da mulher⁷⁰¹. Nessa ação, a restituição devia ser imediata à dissolução do casamento, pelo total recebido, conforme dispunha o Código de Justiniano: “*Quum autem in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a parte mariti uxori illico et in solidum*”⁷⁰².

A verdadeira ação dotal, contudo, independentemente de qualquer convenção, era a *actio rei uxoriae*⁷⁰³. Nesse caso, ao contrário da *actio ex stipulatu*, a restituição não era imediata se o marido economicamente não a pudesse fazer. *In casu*, teria a seu favor o *beneficium competentiae*, mercê do qual não podia ser condenado a pagar mais do que seu ativo patrimonial, como se infere das Instituições de Justiniano:

*“Item si de dote iudicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est quatenus facultates eis patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates eius, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest”*⁷⁰⁴.

Segundo Maria Casola⁷⁰⁵, o liame entre dote e matrimônio era tão relevante que, durante o Principado, determinou a passagem da proteção dotal do direito privado para o direito público. Comprovam esse vínculo algumas passagens do Digesto em que alguns jurisconsultos afirmam

el constituyente para obligar l marido a la restitución de la dote em caso de divorcio o de la muerte de la mujer: in cassum (sic) mortis et divortii.”

⁷⁰¹ A *actio ex stipulatio* se fundamentava na *cautio rei uxoriae* prestada pelo marido. Vide JUSTO, António dos Santos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges*, p. 337.

⁷⁰² C.5,13,7: Mas, com respeito à devolução do dote, determina a ação *ex stipulatu* que por parte do marido se faça naturalmente a restituição à mulher imediatamente e por inteiro. Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 106. Cf. JUSTO, António dos Santos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges*, p. 337: a *actio stipulatu* fundamentava-se na *cautio rei uxoriae* prestada pelo marido. A *actio rei uxoriae* podia ser impetrada pela mulher na falta daquela *cautio*, que possibilitava ao marido diversas *retentiones*: *propter mores graviores* (podia reter um sexto do dote), no caso de ofensa grave aos bons costumes por parte da mulher. A partir do séc. II essas ofensas ficaram limitadas ao adultério); *propter mores leviores* (reter um oitavo do dote por faltas leves da mulher); *propter impensas* (diminuição dos gastos necessários: D.25,1,5. A diminuição dos úteis dependia da anuência da mulher ao serem feitos; os voluptuários não podiam ser deduzidos); *propter res donatas* (retenção, a título de dote, dos bens doados à mulher); *propter liberos* (retenção de um sexto por cada filho e até um meio do dote se o casamento tivesse sido dissolvido por culpa da mulher ou do seu *pater*. Se por morte da mulher, um quinto para cada filho, se o dote fosse profectício).

⁷⁰³ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 338; RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 106.

⁷⁰⁴ I. 4,6,37: Semelhantemente, se a mulher acionar por haver o dote, está determinado seja o marido condenado na medida de suas posses, isto é, até onde o comportarem os seus bens. Portanto, se estes bens bastarem a completar o dote, é condenado no total; se não bastarem, em tanto quanto puder pagar. Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 107.

⁷⁰⁵ CASOLA, Maria. Cit. p. 01. Cf. a autora (*ibidem*): “*L’esperienza giuridica romana mostra uno stretto parallelismo tra il matrimonio e la dote, considerata da alcune fonti indispensabile per la contrazione del vincolo matrimoniale*”.

essa prevalência ou interesse público na preservação do dote⁷⁰⁶. Dentre eles podem ser citados: Pompônio: “*Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem máxime sit necessarium*”⁷⁰⁷ e Paulo: “*Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*”⁷⁰⁸.

A referida romanista complementa:

*“Esso era una chiara concretizzazione dela legislazione protettiva delle strutture abitative urbane, sviluppatasi tra il secondo e terzo secolo del principado, come conseguenza del nuovo ideale, affermatosi nell’età imperiale, dela cita, símbolo del potere della sua dimensione universalistica”*⁷⁰⁹.

A intervenção pública visava a incentivar o matrimônio, porque interessava ao Estado romano que a mulher pudesse casar outra vez. Daí essa identificação do matrimônio com o dote, de tal forma que não se podia falar de dote quando o casamento não pudesse subsistir, como expressa o Digesto: “*Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*”⁷¹⁰. Por isso, não existia dote no concubinato ou na união com uma escrava, mesmo quando houvessem sido conferidos bens ao presumido marido⁷¹¹.

O dote, que até a época pré-clássica pertencia ao marido ou a seu *paterfamilias*⁷¹², durante o o período clássico, numa tendência já verificada no final do período anterior, passou

⁷⁰⁶ D.24,3,1: *Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus cons Lib. V Iuris epitomarum: ervari cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque libreis civitatem máxime sit necessarium.* (A causa do dote é sempre e em todo caso preferencial, porque também é do interesse público que as mulheres o conservem como algo que seja muito necessário para que possam procriar e gerar filhos cidadãos). D.23,3,2: *Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.* (Interessa à República que as mulheres tenham conservado o dote para que possam casar). D.23,3,74: *Si sponsa dotem dederit nec nupserit vel minor duodecim ut uxor habeatur, exemplo dotis conductioni favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit.* (Se a esposa houver dado o dote e não houver casado, ou for menor de doze anos para que seja considerada como mulher, parece bem que, como o dote lhe foi concedido por razão de favor pela condição de privilégio, que seja incluído entre as ações pessoais).

⁷⁰⁷ D.24,3,1: “A causa do dote é sempre e em todo caso preferencial, porque também é do interesse público que as mulheres o conservem, como algo que seja muito necessário para que possam procriar e gerar filhos”.

⁷⁰⁸ D.23,3,2: “Interessa à República que as mulheres tenham conservado o dote para que possam casar”.

⁷⁰⁹ Vide SCARANO USSANI, *Privilegium exigendis e ideologia della cita negli anni di Marco Aurelio*, in Labeo 29, (1983), p. 256s, citado por CASOLA, Maria, Cit. p. 01s.

⁷¹⁰ D.23,3,3: “A denominação de dote não se refere aos matrimônios que não podem subsistir, porque tampouco pode haver dote sem matrimônio; assim pois, onde não existir matrimônio, não existe dote”.

⁷¹¹ Vide CASOLA, Maria. Cit. p. 02

⁷¹² Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano IV*, p.307. No direito pré-clássico, o marido como proprietário dos bens dotais, durante o casamento, podia utilizá-los como melhor lhe aprouvesse. No caso de dissolução do matrimônio (divórcio ou morte da mulher), continuava proprietário desses bens, exceto se se tratasse de *dos recepticia*.

a ser considerado como um conjunto de bens (acervo) pertencente à mulher. Cabia ao marido tão somente a administração desses bens, sujeitando sua gestão a critérios muito severos⁷¹³.

Tudo isto demonstra um verdadeiro contraste entre as fontes antigas e a nova legislação. Contudo, o direito acompanha a dinâmica da vida numa evolução determinada por Chronos, o deus do tempo, da sagrada mitologia. E assim, foi percorrido um longo caminho, que teve início, na expressão de Maria Casola, “*con interventi dei censori o dei tribunali domestici, passato per la legislazione augustea e di altri imperatori e attraverso decisioni sempre più vincolanti dei giuristi*”⁷¹⁴.

No direito justiniano, o regime dotal sofreu várias modificações, todas voltadas para o propósito elevado de proteger a família. Culminou com o princípio de que, em todos os casos de dissolução do casamento, o dote deveria ser restituído não só à mulher divorciada ou viúva, como também aos seus herdeiros, no caso de morte desta, antes do marido, na vigência do casamento. A propriedade do marido sobre os bens dotais era, portanto, temporária, existindo como uma espécie de usufruto.

Justiniano, por uma constituição de 01 de dezembro de 530, aboliu a *actio rei uxoriae*, estabelecendo como única ação dotal a *actio ex stipulatu*, que passou a denominar-se *actio dotis*⁷¹⁵, considerada mais completa, por abranger todos os efeitos da ação anterior⁷¹⁶. A

⁷¹³ D. 23,3,75: “*Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est; et merito placuit, ut si in dotem fundum inaeestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulationem cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse*”. (Ainda que o dote esteja entre os bens do marido, sem embargo, pertence à mulher; e com razão se determinou que se dê em dote um fundo inestimado, porque teve caução com estipulação em dobro). D.23,3,17: “*In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet*”. (A respeito dos bens dotais, o marido deve responder por dolo ou culpa, porque em seu benefício recebe o dote; porém, envidará toda diligência como se administrasse os próprios bens). Vide RUIZ FERNANDES, Eduardo. Cit. p. 105. Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.132. Na época clássica o dote *profecticio* devia ser restituído pelo marido ou seus herdeiros ⁷¹⁴ CASOLA, Maria. Cit. p. 05. Segundo a autora, o processo conheceu a primeira eficácia com a introdução da *actio rei uxoriae*, que possibilitava à mulher ou a seu pater (com o seu consentimento) a requerer a restituição do dote em caso de dissolução do casamento. Se já existisse uma promessa de restituição, utilizava-se a *actio stipulatu*. Nesse caso, o marido devia restituir tudo o que havia recebido, exceto o que tinha deixado de existir ou se perdido por caso fortuito ou força maior. Era possível, porém, que na estipulação tivesse havido uma avaliação do dote (*aeestimatio dotis*). Então deveria ser restituído todo o montante estipulado, sem levar em consideração as eventuais perdas. Muitos textos asseguravam ao marido uma ligação de pertença com os bens dotais: D.23,3,69; D.23,3,73; D. 23,5,1; D.23,5,13,2; D.24,3,7,12; D.24,3,18,1; D.24,3,61; D.24,3,64; D.25,2,24; D.33,4,6,1; D.50,1,2,14.

⁷¹⁵ Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.138; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano, IV*, p. 309s.

⁷¹⁶ I.4,6,29: *Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis; sed cum, pleniorum esse ex stipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus merito rei uxoriae actione sublata ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit*. (Antigamente, também a ação *rei uxoriae* se incluía entre as de boa-fé. Mas, achando que a ação de estipulação é mais ampla, transferimos todo o direito que a *rei uxoriae* antes, com as suas muitas destituições, para a ação de estipulação, proponível quando

diferença se materializava, sobretudo, na inexistência das antigas retenções patrimoniais que o marido podia fazer, além de que seus efeitos, créditos e débitos, se transmitiam aos herdeiros⁷¹⁷. Além dessa ação, que passou a ser denominada *actio dotis*, a mulher dispunha da *vindicatio utilis*, que lhe possibilitava recuperar os bens dotais sobre os quais gozava de hipoteca privilegiada e de hipoteca tácita sobre o patrimônio do marido, como garantia do dote⁷¹⁸.

Pode-se concluir, repetindo Santos Justo⁷¹⁹, que o instituto do dote passou por fases distintas: primeiramente, foi constituído pela mulher *sui iuris*, pelo seu *pater* ou por um estranho e passava a integrar o patrimônio da família agnática do marido, à qual a *uxor in manu* se agregara; com a consagração do matrimônio livre, a decadência e, quiçá, o desaparecimento da *conventio in manum*, o dote continuou a ser propriedade do marido. Mas, em razão do grande número de divórcios, começou a se sedimentar a ideia da proteção da mulher.

Surgiram, então, as *actiones ex stipulatu*, *actiones rei uxoriae* e, posteriormente, com Justiniano, a *actio dotis*. Foi substituído, por fim, o *favor dotis*, ante a necessidade de proteger eficazmente a mulher casada (cujo casamento fosse dissolvido, sobretudo, por circunstâncias insusceptíveis de censura). Foram determinantes para que Justiniano, em 529, concedesse à mulher uma *actio in rem* para reivindicar os bens dotais, porquanto, anteriormente, ela era credora, não proprietária desse patrimônio.

2.8.2 A doação nupcial

Segundo a *communis opinio*, desde os tempos mais remotos, era usual que o noivo, quando dos esponsais, doasse à noiva bens de pequeno valor⁷²⁰. Nascia, assim, o instituto das doações nupciais, chamado *donationes ante nuptias* no direito anterior, e *donationes propter nuptias* no direito justinianeu⁷²¹. Sua função era controversa, na opinião dos tratadistas. Entre os antigos, a doação nupcial tinha por objetivo garantir o dote. Outros entendem que o instituto era uma compensação ou remuneração pelo dote, a fim de salvaguardar a mulher em caso de perda eventual ou para assegurar um lucro correspondente ao do marido no dote.

se trata de reclamar os dotes, abolindo assim com razão a ação *rei uxoriae*; a ação de estipulação introduzida em lugar dela mereceu a natureza de ação de boa-fé somente na cobrança do dote, de modo que é boa-fé).

⁷¹⁷ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 350.

⁷¹⁸ Vide JUSTO, António dos Santos. *Relações patrimoniais entre os cônjuges*, p. 333.

⁷¹⁹ *Ibidem*. p. 334.

⁷²⁰ Segundo MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, II, p. 210, nos séculos III e IV, por influência dos costumes da parte oriental do império, essas doações passaram a ser vultuosas. Em consequência, em caso da não realização do casamento, a doação podia ser resgatada, caso o noivo tivesse estabelecido essa condição ou se a tivesse feito por plena liberalidade, se não os bens se transmitiam ao patrimônio da noiva ou a seu *pater* se ela fosse *alieni iuris*.

⁷²¹ I. 2.7,3

Controvérsias a parte, o instituto visava a incentivar a procriação dos filhos⁷²². Os doutrinadores modernos sustentam a teoria de que a doação nupcial era um meio de proteger a mulher contra os danos do divórcio por culpa do marido. Porém, nas palavras de Bonfante, “*la teoria dominante è quella che considera la donazione nuziale come una specie di patrimonio di famiglia corrispondente ala dote, una controdote o dos mariti destinata ala pari della dote a sostenere i pesi del matrimonio*”⁷²³.

Não obstante sua origem essencialmente oriental⁷²⁴, no direito romano-helênico, surgiu um elemento significativo referente à função do instituto: prover o sustento da viúva. O meio empregado era o testamento. Constantino, em 319, estabeleceu que as *donationes ante nuptias* deveriam ser feitas sob a condição tácita da realização do casamento. Se este não ocorresse por culpa do noivo, os bens doados não seriam restituídos. Se, por culpa da noiva ou do seu *paterfamilias*, ou por morte de um dos noivos, o sobrevivente (limitado ao pai, mãe ou filhos do matrimônio precedente) podia reavê-los⁷²⁵.

Justiniano deu à doação nupcial uma fisionomia definitiva, fixando a individualidade jurídica da doação no sistema romano. Como resultado, podia-se não somente acrescer à doação existente, mas fazer nova doação, mesmo depois das núpcias, não obstante a proibição de doação entre os cônjuges, mudando o nome antigo *donatio ante nuptias* para *donationes propter nuptias*⁷²⁶.

A extinção da doação, em caso de não realização das núpcias, acontecia quando a mulher tivesse dado motivo para a ruptura dos esponsais. Dessa forma, o nubente e todos os seus herdeiros podiam impetrar uma *condictio* ou uma *actio utilis in rem*. Após as núpcias, se o matrimônio fosse dissolvido pela morte do marido, a doação pertenceria definitivamente à mulher, conforme estabelecido em pacto⁷²⁷.

De acordo com Bonfante⁷²⁸, num paralelo ou comparação entre a doação nupcial e o dote verificava-se: a igualdade desses pactos; a obrigação do *pater* em constituir a doação

⁷²² Teodósio I (C. Theod. 3,8,2; C. 5,9,3), em 382, estabeleceu que se a viúva contraísse novas núpcias, passava a ter sobre os bens doados apenas o direito de usufruto, ficando os filhos do primeiro casamento ou o que dentre eles ela escolhesse (condição abolida, em 458, por Maioriano) a nua propriedade. Vide MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, II, p. 311. Nessa disposição de Teodósio I, percebe-se “a tendência de se considerar que a *donatio ante nuptias* se destinava aos filhos.

⁷²³ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 379.

⁷²⁴ A doação nupcial do marido à mulher, bem como as arras esponsalícias, penetraram no direito romano por influência do Oriente. Vide VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p. 68.

⁷²⁵ C. Theod. 3,5,2; C.5,3,15; Vide MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, II, p. 310; SANTOS JUSTO, Antonio dos. *Direito privado romano*, IV, p. 146.

⁷²⁶ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 387.

⁷²⁷ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 388.

⁷²⁸ *Ibidem*, p. 391s.

nupcial para o filho correspondia à obrigação de constituir um dote para a filha; as penas de divórcio e das segundas núpcias correspondiam igualmente à perda do dote e à perda da doação *propter nuptias*; a obrigação da colação era pertinente tanto ao dote quanto à doação nupcial⁷²⁹; o dote habitualmente era próprio da mulher e a doação própria do marido⁷³⁰; a doação *propter nuptias* era considerada propriedade tanto da mulher quanto do marido e, por fim, a doação nupcial pressupunha o matrimônio. Contudo, o regime particular da doação divergia do dote.

2.8.3 Bens parafernais

Bens parafernais, também chamados de extradotais, eram os bens da mulher não incluídos no dote. Segundo Bonfante, “*I beni parafernali hanno una storia, e dal punto di vista dommatico nel diritto giustiniano essi hanno un regime che li avvicina molto alla dote*”⁷³¹. Juntamente com o dote e as doações nupciais, os bens parafernais faziam parte do complexo ordenamento das relações patrimoniais entre os cônjuges⁷³².

O regime dos bens parafernais, como era formulado por Justiniano, apresentava as seguintes características: a mulher permanecia proprietária desses bens e podia administrá-los (contudo, o marido podia agir em *nome* da mulher, sem que se exigisse dela a *cautio rato*); o marido podia exigir o rendimento dos bens, mas devia empregá-lo para si e para a mulher, isto é, “*ad sustinenda onera matrimonii*”; o capital devia ser preservado para que a mulher pudesse usá-lo como lhe aprouvesse; se, no instrumento dotal, não tivesse sido estabelecida nenhuma hipoteca especial como garantia desses bens, entendia-se constituída uma hipoteca especial, a partir da data em que o marido recebera os bens; na administração dos bens parafernais o marido era responsável apenas pela medida de sua culpa em concreto, isto é, devia administrar esse patrimônio como se fosse o dote, com aquela diligência de quem geria sua própria coisa⁷³³. Nesse sentido, esclarece Bonfante: “*La restituzione di questi beni può conseguirsi, secondo la natura loro e dell’atto, con la rei vindicatio o con una condictio o con l’azione di deposito o di mandato*”⁷³⁴.

⁷²⁹ Vide C. 6,20. *De collationibus*.

⁷³⁰ Vide C. 5,3. *De donationibus ante nuptiae vel propter nuptias et sponsalitis*

⁷³¹ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 373.

⁷³² Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 343: Bens parafernais são os *bona extra dotem* ou *praeter dotem*. Indicavam os bens pessoais da mulher *sui iuris* que não estava *in manu mariti*. Podiam ser constituídos também por joias, vestes, limitada soma de dinheiro, que a mulher utilizava para as suas despesas pessoais.

⁷³³ *Ibidem*, p. 376. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 118.

⁷³⁴ FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 376.

2.9. Extinção das justas núpcias

O casamento romano se extinguiu por várias causas: a morte de um dos cônjuges; a perda de *ius connubii* determinada pela *capitis deminutio* referente à *libertas* ou à *civitas*; o divórcio ou repúdio, conforme previa a sentença de Paulo, encontrada no Digesto: “*Dirimitur matrimonium, divortio, morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*”⁷³⁵. Os doutrinadores, contudo, na explanação de Carla Fayer, reconhecem somente as duas causas mais comuns da dissolução do matrimônio: o divórcio e a morte, conforme Quintiliano, “*matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius*”⁷³⁶, talvez porque o divórcio e a morte constituíssem as ocorrências mais comuns.

2.9.1 Dialética entre *repudium* e *divortium*

A respeito da dissolução do matrimônio, a romanística se debruça sobre a dialética entre *repudium* e *divortium*, identificando procedimentos por vezes diversos a uma e outra modalidade. A distinção entre os dois institutos fundamenta-se na natureza do liame a ser dissolvido, correspondente às formas *cum manu* ou *sine manu*. O divórcio era próprio da forma *sine manu*. A Lei das XII Tábuas, ao facultar à mulher o *trinoctium abesse*, visava a paralisar a *conventio in manum usu*, prevenindo-a, assim, da eventualidade do *repudium*⁷³⁷.

Independentemente da forma jurídica do matrimônio, a romanística busca encontrar alternativas para esclarecer a recíproca ligação entre repúdio e divórcio. O primeiro é identificado como ato dissolutivo unilateral e o segundo como bilateral, fundamentado no

⁷³⁵ D.24,2,1: “Dissolve-se o matrimônio pelo divórcio, pela morte, pelo cativo ou por outra servidão que sobrevenha a qualquer dos cônjuges”; Cf. BIONDI, Biondo, *Istituzioni*, p.569. O matrimônio se dissolvia se um dos cônjuges tornava-se escravo. O caso mais importante era pelo aprisionamento de guerra. Não era possível a reintegração pelo *ius postliminium*. No direito justiniano, contudo, o cônjuge livre não podia contrair outro matrimônio enquanto perdurasse o cativo do outro, senão após transcorridos cinco anos e fosse incerta a sobrevivência do cônjuge, como se constata no D.24,2,6: “(...) *sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus, tunc, si quinquennium a tempore captivitatis ex cesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias, ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, (...) eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando*” (Mas se é incerto que esteja vivo em poder dos inimigos, ou que haja sido arrebatado pela morte, neste caso, se houver transcorrido cinco anos, desde o tempo do cativo, a mulher tem licença para passar a outras núpcias, de sorte que se considere dissoluto de bom grado o matrimônio anterior ... devendo observar-se o mesmo direito também a respeito do marido que habita a cidade e a mulher que está cativa). Se um dos dois perdia a cidadania, como no caso da condenação pela interdição do fogo e da água, substituída pela deportação, o matrimônio é dissolvido no direito clássico, mas perdura com Justiniano (D.48,20,5,1); Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano IV*, p. 85; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 240; PABLO FUENTESECA. Cit. p. 382.

⁷³⁶ Quint. Decl. 347 (p. 367 RITTER), citado por FAYER, Carla. *La familia romana*. Parte terza. *Concubinato, divorzio, adulterio*, p.55.

⁷³⁷ Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 322

consensus das partes. Isto, contudo, constitui uma distinção inadequada, porque é fácil constatar que o vocábulo *divortium* pode significar, indiferentemente, a dissolução unilateral ou consensual da relação. Reconhece-se, porém, que o termo *repudium* é prevalente na ruptura unilateral e masculina do vínculo, mas sem eliminar a eventualidade de uma decisão da mulher⁷³⁸.

Essa discriminação entre divórcio e repúdio é própria dos juristas clássicos, mas parece focalizar a circunstância pela qual o *repudium* pressupunha o fundamento de uma conduta reprovável, prescindida pelo *divortium*. Os termos *repudium* e *divortium*, adotados pela doutrina, representavam a distinção entre causa e efeito. O repúdio era o ato (causa) mercê do qual se manifestava a vontade de dissolver o matrimônio. O divórcio representava o efeito da cessação da vontade de ser marido e mulher, isto é, a dissolução do vínculo conjugal, a cessação da vida matrimonial⁷³⁹. Ressalte-se também que o termo *repudium*, a partir do século II d.C., passou a significar, cada vez mais, exclusivamente o divórcio unilateral, de iniciativa do homem⁷⁴⁰.

Até a idade pré-clássica, divórcio era essencialmente entendido com o significado resolutivo do vínculo matrimonial. Com base em tal conotação, Cícero admitia o divórcio como termo técnico referente à dissolução unilateral do matrimônio por parte do homem, resultante de culpa imputada à mulher⁷⁴¹.

Na idade clássica e, sobretudo, no período pós-clássico, o significado de repúdio em parte subrepunha-se ao de divórcio como forma resolutive do matrimônio. Mas, com certa pertinência radical, conservava, ainda no século III d.C., o vigor hermenêutico da definição de Paulo: *Inter divortium et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest, non recte autem sponsa divortisse dicitur, quod divortium ex eo dictum est, quod in*

⁷³⁸ Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte terza. *Concubinatio. Divorzio. Adulterio*, p. 88: “*Si è detto che divortium era la parola adoperata per significare propriamente lo scioglimento del matrimonio di comune accordo, mentre repudium indicava propriamente il divorzio unilaterale, sia da parte del marito che della moglie*. Contudo, as fontes usam a palavra divórcio também, quando da separação unilateral. É dito, ainda, que *repudium* indicava o divórcio realizado pelo marido que expulsava a mulher de casa e *divortium*, a separação realizada pela mulher que, desviada, se via abandonada do lar conjugal. Mas, segundo a autora, os termos *divortium facere* e *repudium mittere* são usados indistintamente tanto com referência ao homem quanto à mulher. Também se verifica em ISID. *etym.*9,7,24, citado pela mesma autora (*ibidem*, p.58, nota 151: “*Repudium est quod sub testimonio testium vel praesenti vel absentis mittitur*”; 9,7,25: “*Divortium est quotiens, dissoluto matrimonio, alter eorum alteras nuptias sequitur. Divortium autem dictum a flexu viarum, hoc est vias in diversa tendentes*”. (O repúdio é o que se envia a uma pessoa presente ou ausente sob a atestação de testemunhas. O divórcio tem lugar toda vez que, dissolvido o matrimônio, um dos cônjuges contrai novas núpcias).

⁷³⁹ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte terza. *Concubinatio. Divorzio. Adulterio*, p. 58.

⁷⁴⁰ GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 323.

⁷⁴¹ *Ibidem*. Segundo JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 87, na época clássica o matrimônio também era dissolvido como consequência de penalidade aplicada a um dos cônjuges por condenação a trabalhos forçados nas minas ou nas galeras romanas.

*diversas partes sunt, qui discedunt*⁷⁴²; e de Gaio: “*Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium(...)*”⁷⁴³. “*In repudiis autem, ide est renuntiatione*”⁷⁴⁴. Nas constituições imperiais da época pós-clássica, repúdio era usado para indicar a ruptura unilateral do matrimônio, divórcio para traduzir o ato bilateral⁷⁴⁵.

2.9.2 Divórcio e sua evolução no tempo

Nas palavras de Solazzi, “*el divorzio es la declaración de voluntad de no seguir siendo marido y mujer, y es un hecho jurídico que, como tal, existe y es válido, en cuanto produce el efecto de disolver el matrimonio*”⁷⁴⁶. Para Salvadores Poyan, “*los romanos consideraban el matrimonio, por su naturaleza moral, como la unión libre de los dos esposos durante su vida y se podia disolver siempre que ambos cónyuges no se sintieran con la voluntad bastante para vivir unidos*”⁷⁴⁷.

O divórcio era a forma mais comum e frequente para pôr fim à união conjugal. Os romanos chegaram a utilizá-lo de forma excessiva, nomeadamente, a partir do fim da República. Era consequência da concepção que tinham do próprio casamento, entendido como uma associação que podia somente subsistir por livre vontade dos contraentes. Quando essa vontade deixasse de existir, nenhum princípio poderia constrangê-la⁷⁴⁸. Não necessitava de sentença, tampouco, de procedimento jurídico. Era um ato privado. Costumava-se fazer uma declaração expressa da vontade, por exigência da lei das XII Tábuas: “Se alguém repudiar sua mulher, deve apresentar as causas do repúdio”⁷⁴⁹.

⁷⁴² D.50,16,191: “Entre divórcio e repúdio há certa distinção, pois se pode repudiar também um matrimônio futuro, mas não se diz corretamente que uma esposa se divorciou, porque se diz divórcio por isto, porque os que se separam vão por caminhos diversos”. Vide nota 743.

⁷⁴³ D. 24,2,2: “Diz-se divórcio pela diversidade de ânimo ou porque os que dissolvem o matrimônio vão por partes diferentes”.

⁷⁴⁴ D. 24,2,2,1: “Mas a respeito dos repúdios. Isto é, a renúncia...”

⁷⁴⁵ FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte terza. *Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p. 60.

⁷⁴⁶ SOLAZZI, Siro. *Studi sul divorzio*. In *Scritti di diritto romano*, III, p. 33s. Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 95.

⁷⁴⁷ SALVADORES POYAN, Miguel. *Comentarios y critica sobre el divorcio a través de la historia del derecho romano*. Seminario de Derecho Romano. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 1978, p. 450.

⁷⁴⁸ Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 71. Do original *L'amour à Rome*. Para FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte terza. *Concubinato Divorzio Adulterio*, p. 56: O divórcio não era consequência da concepção romana de matrimônio. Sendo este baseado sobre a *affectio maritalis*, vontade contínua e efetiva do homem e da mulher de serem marido e esposa, quando tal *affectio* deixasse de existir em um ou em ambos os cônjuges, havia a dissolução da união. Cf. COSTA, E. *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*. Torino, 1890, p. 177, “*Il divorzio infatti (già in questo tempo) non la morte d'uno dei coniugi, il mezzo più consueto per cui il matrimonio si scioglie*”.

⁷⁴⁹ Táb. VI,9.

O divórcio, portanto, significava o desaparecimento da *affectio maritalis* em um dos cônjuges ou em ambos⁷⁵⁰. Sendo o consenso continuado essencial ao casamento, quando esse sentimento desaparecia, a vida em comum não podia subsistir. Nenhum vínculo penal, nenhum fato podia cercear a liberdade de se divorciar. Era impossível preservar o matrimônio quando em um ou em ambos os cônjuges deixasse de existir o *animus* de viverem casados⁷⁵¹. Essa liberdade era considerada pelos tratadistas do direito romano como condição de segurança e sustentabilidade da relação conjugal, porquanto objetivava manter elevada a concepção da instituição familiar pela eliminação dos matrimônios mal sucedidos⁷⁵².

No sentido jurídico, o vocábulo significava a ruptura do vínculo matrimonial que unia os cônjuges, “*después de haber seguido el mismo camino, cada cual se marcha por su lado y ya no queda nada en común*”⁷⁵³. Para a sua ocorrência, fazia-se necessária a existência do casamento justo. Exigia-se também que houvesse a verdadeira e perpétua intenção da separação, como se deflui da sentença de Paulo, encontrada no Digesto:

*“Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse; ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur”*⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. cit. p. 244; FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinato, divorzio e adultério*. Cit. p. 56.

⁷⁵¹ O jurisconsulto Paulo, (D.45,1,134 pr) considerava parecer coisa desonesta tentar preservar com o vínculo de uma pena os matrimônios futuros ou já celebrados. *Simili modo*, nas palavras de FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinato, divorzio, adulterio*, cit. p.56, os imperadores Alexandre Severo e Diocleciano consideravam “*che è assurdo che il matrimonio, il quale richede accordo continuo, stia saldo mercè una penale e non per disposizione d’animo*, como se constata no C.8,38,2 ou 39,2: “*Libera matrimonia esse, antiquitus placuit. Ideoque pacta ne liceret divertere, non valere, et stipulationes quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi, constat*”. (Desde antigamente se determinou que os matrimônios fossem livres. E, portanto, consta que não são válidos os pactos que não sejam lícitos divorciar-se e que não se tem firmes as estipulações, com as quais se impõem penas àquele que houver se divorciado); C.5,4,14: “*Neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. Unde intelligis, liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere*”. (Ninguém no início pode ser obrigado a contrair matrimônio, nem a reconciliar-se uma vez rompido. Onde se compreende que não se deve converter em necessidade a livre faculdade de se contrair ou dissolver o matrimônio).

⁷⁵² Vide SALVADORES POYAN, Manuel. Cit. p. 445.

⁷⁵³ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 23.

⁷⁵⁴ D. 24,2,3: “Não é divórcio verdadeiro senão o que se faz com a intenção de constituir perpétua separação. E assim, qualquer coisa que se faz ou se diz no calor da ira não é válida antes que sua persistência possa parecer que foi resolução da vontade; e, por isto mesmo, havendo no calor o repúdio, e se logo a mulher retorna, não aconteceu o divórcio”. Cf. JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português*, p. 148. “O vocábulo *divortium* está ligado ao verbo *divertere* que significa separar, ir por caminhos diversos”. Isto pode ser comprovado em GAIO, D.24,2,2: *Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium*. (Diz-se divórcio ou pela diversidade de ânimo ou porque os que dissolvem o matrimônio vão por partes diferentes). Cf. FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinato, divorzio, adultério*, p. 51: *Divortium* deriva de *divertere*, forma arcaica de *divertere* “*in cú la partícula dis sottolinea la separazione, la direzione in senso oposto*”. *Simili modo*, RUIZ FERNANDES, Eduardo. Cit. p. 23: “*En sentido propio la palabra divortium expresa el punto de intercesión de ‘los caminos que se alejan en dirección opuesta’*”. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, cit. p. 244, de sua parte afirma: “*La derivazione della parola (divertere) è chiara ed indica la separazione quasi come sarebbe dis-*

A esse respeito, assim se expressa Ruiz Fernandez:

“La voluntad de disolver el matrimonio por divorcio podía expresarse de cualquier forma, bien oralmente o por escrito. Era frecuente que se remitiese un libelus, compuesto por hojas de pergamino o papiro, donde aparecía un cuerpo de escrito. No se exigía expresamente ninguna forma solenne y las formalidades eran muy variadas”⁷⁵⁵.

Segundo alguns autores, não existia uma forma para o divórcio⁷⁵⁶. Entretanto, no tempo antigo, havia exigência de uma cerimônia contrária, o *discensus* ou *difarreatio*⁷⁵⁷. Nesse caso, os cônjuges compareciam perante o altar de Júpiter, com as fisionomias carregadas de amargura e ódio, agora sem cortejo, sem pagens, sem cânticos, sem partilha do *panis farreus*, lançando impropérios e maldições um contra o outro. A mulher renunciava aos deuses e antepassados do marido, cessando a comunhão de culto e tudo por extensão, porquanto a união sagrada, o

iunctio, in antitesi a con-iunctio, salvochè nel divertere è forse più nettamente simboleggiato anche l'abbandono della vita comune e del domicilio coniugale”.

⁷⁵⁵ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 96.

⁷⁵⁶ Segundo BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 245: “Si disputa circa le forme del divorzio. A rigore l'essenza del matrimonio non comporta formalità nell'atto di scioglimento: tener presente questo punto giova alla soluzione di vari problemi”. Cf. BIONDI, Biondo. *Stituzioni di diritto romano*, p. 570: O divórcio, como o casamento, não estão sujeitos a nenhuma forma, bastante um simples aviso verbal ou escrito (*libelus repudii*) ou por meio de representante (*nuntius*). Contudo, a vontade deve ser séria e definitiva. FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinato, divorzio, adulterio*, p. 60, revela, porém, a existência de uma forma utilizada pelo marido, comprovada por Gaio (D. 24,2,2,1), que se materializava nas palavras: “*tuas res tibi habeto*” (toma para ti tuas coisas) ou, ainda, “*tuas res tibi agito*” (cuida de tuas coisas). *Simili modo*, SALVATORES POYAN, Manuel. Cit. p. 446. Segundo o testemunho de CÍCERO (*phil.2,28,69, apud GIUNTI, Patrizia*. Cit. p. 268), os decênviros haviam inserido na sua codificação uma fórmula solene para o afastamento feminino, que se apresentava como uma fórmula de repúdio: “*Illam suam suas res sibi habere iussit... claves ademit, exegit*”. RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 93, em sentido contrário, afirma que as expressões e formas encontradas nas fontes literárias e jurídicas, como: *Foras mulier; Vade foras; Baete foras; Res tuas tibi habeto; Res tuas tibi agito*, não tinham outro significado além de notificar à outra parte a ruptura do matrimônio por deixar de existir a *affectio maritalis*, de cuja existência dependia a sobrevivência do mesmo.

⁷⁵⁷ Cf. FESTO, *de verb sign, apud ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A*. Cit. p. 1.018: “*Difareatio genus erat sacrificii quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio. Dicta quia fiebat farreo libo adhisito*. (A difarreação era uma espécie de sacrifício que produzia a separação entre o marido e a mulher; chamada *difarreatio* porque se fazia utilizando o pão *farreus*). Cf. BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 570: A *difarreatio* significava a separação da família do marido ou a remancipação, mercê da qual a mulher era restituída à sua família de origem. *Vide* FRANCIOSI, Genaro. *Famiglia e persone*, p. 78; RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 18, fazendo referência ao divórcio na época legendária, acrescenta: “*Si el matrimonio iba acompañado de la confarreatio, el divorcio daba lugar a una serie de formalidades y ceremonias, en las que el marido manifestaba su voluntad de separarse de la mujer mediante una ofrenda a Jupiter y determinada formula certa contraria verba*. Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p.196: “*La confarreatio potebbe essere dovuta ala elaborazione dela giurisprudenza pontificale*”. Alguns doutrinadores, ainda segundo o autor, entendem que a *difarreatio* era coeva da *confarreatio*. Contudo, Dionísio de Alicarnasso (2,25,3) e Plutarco (*Quaest. Rom, 50*) informam que, na sua origem, o matrimônio *confarreatio* era indissolúvel.

consorcium omnis vitae deixara de existir⁷⁵⁸. Isto se explica, segundo Fayer⁷⁵⁹, porque, sendo a *confarreatio* considerada uma forma de *conventio in manum* de natureza, ao mesmo tempo, religiosa e jurídica, o puro e simples divórcio não parecia suficiente para dissolver o sagrado vínculo matrimonial, fazendo-se necessário um ato contrário. Esse ato era a *difarreatio*.

Esta forma é assim descrita por Astolfi: “*consiste in un sacrificio, caratterizzato, alla pari della confarreatio, dell’empiego di un pani de farro. Intervengono entrambi gli sposi, autori della confarreatio, e vi participa un sacerdote cosi come un sacerdote aveva presenziato alla confarreatio*”⁷⁶⁰. Essa dificuldade de extinção da *confarreatio* parece não permitir dúvida, sobre a radical indissolubilidade dessa união fundada sobre a comunhão sagrada do *panis farreus*, insusceptível de qualquer modalidade resolutive.

Mas, contra essa tradição muito antiga fala-se de um *contrarius actus* à *confarreatio*, que era a *difarreatio*, destinada, embora excepcionalmente, a dissolver o matrimônio do *flamen*⁷⁶¹. Era o rito imposto pelo *ius sacrum*. Contudo, ao contrário dessa forma estabelecida pelo direito sagrado, o *ius civile* ou laico fundamentava as núpcias na manifestação livre da vontade dos nubentes, bem como permitia que a vontade de divorciar-se se exprimisse livremente.

É importante ressaltar, todavia, que a *difarreatio* dissolvia o matrimônio, mas não extinguiu a *manus*. Dessa forma, tornava pior a situação da mulher, por ser contrária a seus interesses, porquanto ela permanecia sob o poder do marido, como se ficasse sob a *manus* de um estranho. Continuava sujeita aos poderes disciplinares do marido e aos limites impostos pelo matrimônio. Era também, privada da capacidade patrimonial, adquirida do titular da *manus*. Deixava de ser considerada *in loco filiae* do marido e, por consequência, excluída da sucessão e dos *sacra privata* do marido⁷⁶².

⁷⁵⁸ DION. DE ALICARNASSO, II,25 *apud* COULANGES, cit. p. 39. Vide FAYER, Carla. *La família omana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 239; GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 67; SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 59.

⁷⁵⁹ FAYER, Carla. *La família omana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 243.

⁷⁶⁰ ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 103.

⁷⁶¹ Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 350. Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 242: A *difarreatio* passou a dissolver somente a união dos cidadãos romanos, a união laica, não a dos *flamines* que permanecia indissolúvel. Segundo a autora (*ibidem*, p. 240 e 242), no tempo antigo, ao *flamen Dialis* não era lícito repudiar a mulher e não o foi até que Domiciano, sob expresse pedido, não o permitisse. A proibição de o *flamen Dialis* repudiar a mulher é atestada também por Aulo Gellio 10,15; 22; Pul. Festo. p. 791; Serv. *Aen.* 4,29; Dion. Alicarnasso 2,23,3: Também afirma que nada podia anular o vínculo conjugal consagrado pelas núpcias *confarreaças*. Segundo GRIMAL. Pierre. *O amor em Roma*. Do original *L’amour à Rome*, p. 63, o casamento do *flamen* e da *flamina* era, para os romanos, um casamento exemplar, feliz. O flaminato era um sacerdócio muito antigo que não podia ser exercido senão por um patrício casado.

⁷⁶² Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 195. Em sentido contrário, FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, p. 243, afirma que a *difarreatio* dissolvia tanto o vínculo conjugal quanto a *manus*.

2.9.2.1 Época arcaica

As fontes não falam como se realizava o divórcio na época legendária. Segundo os historiadores, contudo, o divórcio existiu naqueles tempos primevos e, desta forma, era admitido na Lei Decenviral sob a forma de repúdio. Sabe-se, ainda, que ocorria a intervenção do *consilium propinquorum* ou *domesticum*, formado por parentes de ambos os cônjuges, até o 6º grau⁷⁶³. Naquela época, porém, o divórcio era uma raridade, em razão da severidade dos costumes e da rígida organização da família romana, subordinada aos poderes ilimitados do *paterfamilias*⁷⁶⁴.

A faculdade de divorciar-se, segundo a *communis opinio*, era exercida somente pelo marido. Exceção havia se a mulher não estivesse sob o poder marital (*manus*), como previa a Lei Decenviral, ao estabelecer o *trinoctium* que fazia interromper o *usus*⁷⁶⁵.

Fazendo referência à origem da *civitas*, Plutarco⁷⁶⁶ alude ao preceito autoritário que negava à mulher a faculdade de divorciar-se do marido. Mas a este último legitimava totalmente o ato de repúdio, ocasionado por alguma conduta criminosa ou extremamente reprovável de que a mulher fosse responsável, revelando, desse modo, a conotação penal do divórcio primitivo referente à mulher.

O marido, porém, repudiava a mulher nos poucos casos admitidos pelos *mores maiorum*, como o adultério e a embriaguez. O repúdio ocorria também em caso de esterilidade feminina, porque, não tendo filho, impossibilitava a continuidade da família e a perpetuidade do culto do fogo sagrado, conforme assinala Salvadores Poyan: “*Los costumbres austeros de Roma fueron*

⁷⁶³ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 18. Segundo o mesmo autor (p.35s), Aulo Gélío (17.21,44), Valério Máximo (2.9,2) e Tácito (*Anales*. 13,32), fazem referência à existência desse tribunal. Vide notas 71 e 94.

⁷⁶⁴ Segundo BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 250, o *paterfamilias*, contudo, gozava da faculdade de impedir ou dissolver livremente o casamento dos filhos, enviando o repúdio ao genro ou à nora. Procedimento não mais comum a partir do Império, mercê da legislação de Marco Aurélio, Sétimo Severo, Caracala e Diocleciano. Cf. MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. *A legislação romana do divórcio*. In Romanitas III, III, 3,4. Rio de Janeiro, 1961, p.203, citado por GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. *O divórcio no direito romano e a emenda constitucional 66/2010*. In Anais do XIII Congresso Internacional e XVI Congresso Iberoamericano de Derecho Romano. Belém-PA, Set 2011, p. 396, “Essa solidez e austeridade só se decompueram em contato com outros povos, com infiltração de novas ideias, o crescimento da população e a dissolução dos costumes que se agigantou ao fim da República e início do Principado”.

⁷⁶⁵ Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 31. Segundo a tradição recolhida por Plutarco e Dionísio de Alicarnasso, Rômulo publicou uma lei, severa, que proibia à mulher separar-se do marido. Contudo, permitia ao homem repudiar sua mulher, se ela usasse venenos, abortasse voluntariamente ou cometesse adultério. Segundo ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 109, uma lei régia atribuída a Rômulo fazia distinção entre repúdio justificado ou não. Era justificado quando os motivos eram o adultério, a embriaguez e o aborto provocado. Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 11. A respeito da embriaguez vide nota 100 e 769.

⁷⁶⁶ PLUTARCO. *Vita rom.*, 22,3, citado por GIUNTI, Patrizia, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, p. 7s.

poco propicios al divorcio y el repudio tenia que estar justificado con graves razones”⁷⁶⁷. Era, assim, considerado um ato excepcional do marido e estava submetido a três ordens de limitações: à disciplina das leis régias, fontes do *ius sacrum*; ao controle da organização familiar pelo *iudicium domesticum*; ao Estado através dos censores.

Quando o matrimônio era indissolúvel e a mulher era flagrada em adultério, permitia-se ao marido matá-la, sem necessidade de consulta ao *consilium domesticum*. Contudo, se o flagrante não acontecesse, o marido, em razão do poder de *manus*, podia praticar esse ato, mediante aprovação daquele conselho⁷⁶⁸. Se o matrimônio era resolúvel pelo divórcio, também se distinguia o adultério em flagrante ou não. Quando o marido surpreendia a mulher no cometimento desse delito podia matá-la, sem levar em consideração a existência da *manus*. Contudo, parece ser provável que, ao invés de matá-la, praticasse o repúdio. O mesmo ocorria quando o adultério não era flagrado, sendo também justo motivo para o repúdio.

O aborto, crime contra a pureza do sangue, era reprovado pela moral e pelo direito. Juntamente com a prática do adultério e o consumo etílico, eram considerados ilícitos femininos na mais antiga tradição romana⁷⁶⁹. O adultério era equiparado à embriaguez. Segundo Cícero⁷⁷⁰, à mulher era proibido beber vinho puro. Não se aplicava o repúdio quando se tratasse de vinho misturado ou usado para efeitos medicinais. Proibia-se o vinho porque se entendia que podia conduzir a mulher à luxúria, facilitando o adultério. Assim, os efeitos do álcool sobre o sistema nervoso eram associados ao desejo sexual⁷⁷¹. O adultério e, ocasionalmente, a ingestão de bebida alcoólica tinham como implicação para a mulher culpada a mais dramática consequência: a pena capital. Era reflexo de uma lei régia, atribuída a Rômulo, que considerava esse ilícito feminino de extrema gravidade, sendo a mulher punida com a pena de morte ou com o repúdio⁷⁷². Doloroso era o destino da mulher transgressora⁷⁷³.

⁷⁶⁷ SALVADORES POYAN, Manuel. Cit. p. 447. Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. Do original *L'amour à Rome*, p. 72: O adultério era, evidentemente, a falta essencial e inextinguível e continuou a sê-lo enquanto durou a cidade romana.

⁷⁶⁸ Na idade arcaica, era usual que no marido exercitasse a *manus* sobre a mulher e fosse autorizado a tirar sua vida, no caso de adultério. Se estivesse privado da *manus*, era da responsabilidade do *paterfamilias* da mulher exercer esse direito, porque ela estava sob sua potestade. Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 108.

⁷⁶⁹ O aborto, a subtração da chave da adega e o adultério (*veneficum circa prolem, subiectio clavium et adulterium*) formavam um trio de hipóteses delituosas diferentes uma da outra, mas situadas num mesmo plano de perfeita paridade ilegítima, equivalentes no mesmo caráter lesivo, mas excluindo-se mutuamente. Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 26.

⁷⁷⁰ CIC. *De republ.* 4.6.6, apud ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 111.

⁷⁷¹ Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 34.

⁷⁷² *Ibidem*, p. 54.

⁷⁷³ À mulher de honestos costumes, contudo, eram reconhecidos seus direitos, sobretudo de senhora ou matrona, no âmbito da *domus*, e herdeira do marido. A essa configuração da mulher ideal, somavam-se, imediatamente, uma relação de indubitável afeto, verdadeiro contraste com a mulher transgressora e de seu mísero destino,

Outra causa que justificava o repúdio era o emprego de drogas por parte da mulher para provocar o aborto, somente permitido quando a mulher não fosse a esposa⁷⁷⁴. Segundo Plutarco⁷⁷⁵, tal se devia a uma lei atribuída a Rômulo, que estabelecia ser o aborto, nesse caso, permitido. Contudo, era vedado se a concepção ocorresse na constância do matrimônio, porque o objetivo do direito era sempre o mesmo: tutelar a procriação dos filhos legítimos, essência do matrimônio arcaico. Naquele tempo, a esposa se colocava normalmente sob a *manus* do marido e, por essa razão, o repúdio constituía uma sanção muito grave. Não somente constituía uma degradação moral e social, mas também comprometia gravemente seu *status* jurídico, religioso e econômico⁷⁷⁶.

Ficar sob a *manus* não significava somente obrigações e limitações, mas o gozo de direitos e vantagens de quem passava a ser considerada *in loco filiae*. Como tal, participava do culto dos *manes* (*sacra privata*), tornando-se co-titular, juntamente com o marido e os filhos, do patrimônio da família. E quando, no perpassar do tempo, o marido, na condição de *paterfamilias*, passou a ser o único titular desse patrimônio, a mulher o sucedia *mortis causa*, na qualidade de *heres sua*, juntamente com os filhos⁷⁷⁷.

Se o marido repudiasse a mulher fora dos casos previstos e justificados, perdia a metade do seu patrimônio que seria dedicado a Ceres e metade em favor da mulher⁷⁷⁸. Também ao que parece, em razão da *manus* eram atribuídos ao marido o *ius vendendi* e o *ius occidendi*. O direito de alienar ocorria mediante a *mancipatio*, ficando a mulher *in mancipio* do adquirente. Contudo, esse poder, a pouco e pouco e progressivamente, torna-se limitado. Na época clássica, o repúdio da mulher dissolvia o matrimônio, mas não extinguiu a *manus*, a qual exigia outro *modus procedendi*, assim descrito por Gaio:

“In manu autem esse mulieris desinunt iusdem modis, quibus filiaefamilias potestate patris liberantur; sicut igitur filiaefamilias una mancipatione de potestate patris excunt, ita eae, quae in manum sunt, una mancipatione desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur”⁷⁷⁹.

assegurando a discricionária punição do marido, juiz da culpa e árbitro da sanção. Vide GIUNTI, Patrizia. Cit. p. 64. Sobre a existência do tribunal doméstico, vide nota 71, cap. I.

⁷⁷⁴ O envenenamento de filhos era, na realidade, uma forma de aborto provocado pelo emprego de ervas mágicas. Vide GRIMAL, Pierre. O amor em Roma. Do original *L'amour à Rome*, p.72.

⁷⁷⁵ PLUTARCO. *Rom* 22,3. Apud CANTARELLA, E. *La vita delle donne*. Storia di Roma, 4, 1989, p. 558.

⁷⁷⁶ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 112.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 112s.

⁷⁷⁸ DION. DE ALICARNASSO. 2,25,2; 2,25,5. Apud ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p.121.

⁷⁷⁹ GAIO, 1,137: “As mulheres deixam de estar *in manu* por modo idêntico àquele pelo qual se libertam as filhas do pátrio poder; portanto, assim como as filhas saem, por uma só *mancipação*, do pátrio poder, assim também as que estão *in manu* deixam, com uma só *mancipação*, de estar *in manu*; e se forem *manumitidas* depois desta *mancipação*, tornam-se *sui iuris*”.

Segundo Valério Máximo, citado por Santos Justo, o primeiro divórcio que ocorreu em Roma (após mais de 500 anos da fundação da cidade) foi o de Spurius Carvillo, apelidado Ruga, no ano de 230 a.C. Ele se divorciou de sua mulher por ela ser estéril⁷⁸⁰, motivo honroso, mas severamente criticado pelo povo⁷⁸¹. O fato rendeu a Carvillo Ruga uma reprovação coletiva, não pela dissolução do matrimônio, mas pela alegada motivação de esterilidade feminina, porquanto esse motivo não podia ser aceito como típico, legalmente reconhecido para justificar o repúdio⁷⁸².

Contudo, essa perspectiva, segundo Patrizia Giunti⁷⁸³, faz surgir uma perplexidade que, embora aceita como motivo para a dissolução do matrimônio, não podia impressionar nem escandalizar a comunidade romana do séc. III a.C. Parecia inacreditável que o estupro e o escândalo pudessem espelhar aquela justificativa fundamentada na esterilidade e, por isso, tivesse reflexo sobre a essencial função procreativa de uma relação conjugal. Todavia, também entre outros ordenamentos jurídicos antigos a incapacidade de a mulher gerar constituía a causa principal de uma necessária exclusão da família do marido.

Concluía a autora citada que o divórcio de Carvillio Ruga constituiu “*romantica immagine con cui Aulo Gellio giustificava l’ineluttabilità di un divorzio non voluto ma imposto per una sorta di “ragion di stato”*”. Isto facilmente se comprova, quando se parte do pressuposto que a proclamada finalidade procriativa do casamento, nomeadamente à época em que a *civitas* estava em plena fase de ascensão, assegurava o máximo esforço para o seu crescimento populacional. Daí o papel fundamental da mulher romana em exercer, em primeiro lugar, sua capacidade criadora, através de um matrimônio fecundo de prole⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ VALÉRIO MÁXIMO, 2,1,4, *apud* JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português*, p. 153; *Vide* FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinato, divorzio, adultério*, p. 70s; RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. *Cit.* p.40; GIUNTI, Patrizia. *Cit.* p. 324; BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p.252, concorda com os romanistas em ter sido este o primeiro divórcio na história de Roma, citando os testemunhos de Donisio de Alicarnaso, Plutarco, Valério Máximo, Aulio Gélio e Tertuliano. Contudo, quanto à data, acrescenta: “*pretendere di segnare la data del primo divorzio è una ingenuità*”. Cf. GIUNTI, Patrizia. *Cit.* p. 110, a respeito da data, Dionisio de Alicarnaso considera 231 a.C. no consulado de Marco Pomponio e Gaio Papiriano. Aulio Gélio, ao contrário, admite que ocorreu em 227 a.C. no consulado de Marco Atílio e Públio Valério. Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p.75. Do original *L’amour a Rome*: “(...) Conforme é relatado (Espúrio) amava de fato sua esposa e ela merecia este amor, mas ele tinha jurado perante os censores, conforme exigia o costume, que se tinha casado para ter filhos e não queria que o seu amor por uma mulher que sabia não poder dar-lhe uma descendência o levasse a violar tal juramento”.

⁷⁸¹ *Vide* GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p.71; GIUNTI, Patrizia. *Cit.* p. 99.

⁷⁸² *Vide* GIUNTI, Patrizia. *Cit.* p. 116; CANTARELLA, E. *La vita delle donne*. In storia di Roma, 4. *Caratteri e morfologia*. Torino, 1989, p. 585.

⁷⁸³ GIUNTI, Patrizia. *Cit.* p. 117.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 130.

Para Alvaro D'Ors⁷⁸⁵, o divórcio de Spurio Carvillo tornou-se um escândalo por ter sido o primeiro repúdio de uma mulher inocente por causa da esterilidade. E, por mais razoável que parecesse esse motivo, não se deixou de censurá-lo, pois não se acreditava que o próprio desejo de ter filhos prevalecesse sobre a união conjugal. Mas o passar inexorável do tempo provocou mudanças profundas nos *mores* que, durante séculos, consagraram a importância da religião doméstica; a continuidade e perpetuidade da família; o significado religioso do casamento que aceitava o divórcio somente por justas causas; a fragilidade ou desaparecimento da *manus*, trazendo por consequência o relaxamento das relações familiares, tornando marido e mulher, de certa forma, iguais no seio da comunidade conjugal⁷⁸⁶.

Isto foi uma decorrência inexorável do tempo. É o compasso da vida. Ora, todas as instituições de Roma evoluíram de tal forma que fizeram dela a capital do mundo. Então, seria incompreensível e inverossímil que permanecesse imutável a concepção de família que tinha vigorado numa sociedade antiga e patriarcal. Nesse sentido, afirma Grimal⁷⁸⁷: “Os moralistas podem lamentá-lo. O historiador pode falar de decadência, desde que não se esqueça de que tudo o que vive, pelo simples fato de existir, encaminhar-se-á para a morte. O casamento romano não escapou a esta lei.” A esse respeito, convém transcrever as palavras de Lima,

“Historiadores há que recriminam o aumento de divórcios como consequência da degradação social. Puro engano. Houve excesso, não o negamos, até os reputamos naturais, decorrência da euforia comum a quem comemora a conquista da liberdade, que advém com a abolição das antigas leis e transformação das antigas máximas”⁷⁸⁸.

Ao final da época pré-clássica, correspondente ao final da República, com o surgimento do casamento livre, os divórcios eram tão habituais que a iniciativa, em muitos casos, procedia da própria mulher e quaisquer motivos podiam ser alegados⁷⁸⁹. Tais fatos fizeram surgir, no Império, as leis matrimoniais de Augusto, embora o próprio imperador não tivesse sido exemplo

⁷⁸⁵ ALVARO D'ORS. *Derecho privado romano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra. p. 323.

⁷⁸⁶ Vide VOCI, Pasquali. *Istituzioni di diritto romano*, p. 467. Com a introdução do matrimônio livre (*sine manu*), tornou-se possível à mulher a faculdade de divorciar-se do marido. Essa emancipação começou quando a Lei das XII Tábuas permitiu à mulher interromper o *usus* e por consequência evitar a *manus* marital, pernoitando três noites consecutivas (*trinoctium*) fora da casa do marido. Vide GAIO 1,111, nota 563; RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p.44. No mesmo sentido, SALVADORES POYAN, Manuel. Cit. p. 448, assim se expressa: “*En el matrimonio libre es donde se daba o producía con mayor frecuencia al divorcio, y al principio, según su esencia, sin limitaciones jurídicas*”.

⁷⁸⁷ GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 75. Do original *L'amour a Rome*.

⁷⁸⁸ LIMA, Domingos Sávio de. Cit. p. 357.

⁷⁸⁹ Cf. SALVADORES POYAN, Manuel. Cit. p. 447: “*Hacia fines de la republica se concedió a las mujeres la facultad libre de divorciarse, obligando al marido a concederles la libertad*”.

da moralidade que pregava, pois se divorciou várias vezes⁷⁹⁰. Indubitavelmente, tudo isso foi resultado da degradação dos costumes decorrente das conquistas e expansão territorial e, nomeadamente, da influência da cultura grega, que concorreram para grandes transformações sociais, fazendo desaparecer as antigas crenças e os antigos valores⁷⁹¹. Isto comprova que o sempre não existe, nada é eterno e o tempo transforma as relações em algo bem diferente.

Dessa forma, com os costumes já corrompidos, o divórcio se tornara uma constante, tomando forma abusiva, nomeadamente entre pessoas de classe social elevada⁷⁹². Era praticado tanto pelo homem como pela mulher, como salienta Santos Justo: “Desde a época de Cícero, a mulher usou e abusou da prática do divórcio, mesmo sine causa, a ponto de Sêneca falar de mulheres que contam os anos não pelos cônsules, mas pelos maridos, divorciando-se para casar e casando para se divorciar”⁷⁹³.

Alguns autores, no entanto, dentre eles Pierre Grimal⁷⁹⁴, apregoam que a facilidade e a frequência dos divórcios tinham uma vantagem: evitavam o surgimento de situações vexatórias e explosivas e muitos dramas. O casamento para os romanos não se fundamentava numa livre escolha (durante muito tempo, essa escolha era dos *patres*) e, posteriormente, também, no consentimento dos nubentes. O autor citado acrescenta sob forma de indagação: “Poder-se-ia nessas condições prolongá-lo por um motivo que não seria mais que uma ficção?”

⁷⁹⁰ Vide JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português*, p.157. Vide notas 796 e 797.

⁷⁹¹ Alguns historiadores, dentre eles, Tito Lívio, Salústio e Horácio apontam a conquista da Grécia e do Oriente como causas dessa decadência e degradação. O luxo e as riquezas desenfreadas, a liberalidade ou licenciosidade sexual, inexistentes até o limiar da República, corromperam os valores familiares e, por extensão, a própria sociedade, enfraquecendo o Estado. Vide PUCCINI-DELBEY, Géraldine. Cit. p. 9.

⁷⁹² Cf. CARLA FAYER. *La familia romana. Parte terza. Concubinato, divorzio, adultério*, p. 98: “A partire dall’ultima época republicana la pratica del divorzio si diffuse sempre di più, soprattutto nell’aristocrazia, come attestano le fonti e numerosi esempi sono legati alla vita di illustri personaggi dei quali divorziarono per porter stringere, mediante nuove nozze, vantaggiose alleanze politiche”. No mesmo sentido, se pronuncia JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português*, p. 153: “A futilidade dos motivos do divórcio aumentou, revelando famílias sem consistência e uma sociedade gravemente doente”. E acrescenta o autor: “Sérvio Suplicio afastou a sua mulher porque a viu de cabeça descoberta na rua. Quinto Antísteo repudiou a mulher porque a viu, na estrada, a conversar intimamente com um liberto. Públio Semprônio Sofo afastou a mulher porque soube que tinha ido a um espetáculo sem o seu conhecimento”. Cícero, aos 63 anos de idade e 30 de casado com Terência, dela se divorciou, alegando que tinha descuidado da casa e da filha, quando o verdadeiro motivo foi desposar a jovem e rica Publícia que com seu dote pagou-lhe as dívidas. Júlio César repudiou Pompeia porque, embora acreditando que não fosse culpada do adultério que lhe imputavam, justificava que “a mulher de César não basta ser honesta, tem que parecer honesta”. Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 253; RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 42. Cf. TROPLONG, M. cit. p. 114. Essa decadência levou TERTULIANO (*Apolog.* 8,6) a proclamar: “Onde estão aqueles matrimônios felizes que a pureza dos costumes fazia tão perfeitos, que se passaram mais de quinhentos anos sem que tivesse acontecido divórcio algum na família? Hoje os esposos, ao casar, fazem voto de repudiar-se. O divórcio parece ser fruto do matrimônio”.

⁷⁹³ JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano IV*, p 93 (citando Cicero, *Top.* 4; *ad fam* 8,5- 8,7; *ad Att.* 11,23; *pro CL.* 5). Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 75s; PUCCINI-DELBEY, Géraldine. Cit. p. 62.

⁷⁹⁴ GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 75.

2.9.2.2 Direito clássico

No direito clássico, na tentativa de coibir os abusos, restaurar a religião, combater a decadência da família e diminuir o número de divórcios, Augusto editou a *Lex Iulia de Adulteriis* (18 a.C), impondo uma forma precisa: o repúdio (oral ou escrito) devia ser feito na presença de sete testemunhas, cidadãos romanos púberes, além de um liberto, como se comprova na sentença de Paulo, encontrada no Digesto: “*Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius, qui divortium facit*”⁷⁹⁵. Se o repúdio não fosse comunicado, o divórcio não seria válido e os cônjuges legalmente continuavam marido e mulher⁷⁹⁶.

⁷⁹⁵ D.24,2,9: (Nenhum divórcio é válido, se não houver sido presenciado por sete cidadãos romanos púberes, além do liberto daquele que pretender o divórcio). A exigência das sete testemunhas era fundamental para a prova de que foi feita a notificação que constituía o ponto de partida para a contagem dos prazos estabelecidos para a acusação do adultério, bem como do novo matrimônio. Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 99: A legislação matrimonial de Augusto perdurou até Constantino e os últimos vestígios foram abolidos totalmente no baixo Império. Vide MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, II, p. 318. Concorreu, também, para a decadência da legislação augústea, conforme MIGUEL FACÃO (cit. p. 11), a extensão da cidadania a todos os homens livres do Império (Edito de Caracala, 212), pondo fim ao objetivo político da lei que, “*era el de certa defensa de la pureza de la raza latina y proveer a la población romana necesaria para el gobierno del Imperio*”. Além disso, segundo o citado autor, a influência da concepção cristã sobre o matrimônio, que não tolerava nenhuma coerção para sua realização, nem aceitava as rígidas proibições das leis matrimoniais, levou Justiniano a revogá-las.

⁷⁹⁶ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 246. Segundo o autor, essa forma estava contida na *Lex Iulia*, conforme Ulpiano (D.38,1), sendo, também, assegurada por Suetônio quando relata que Augusto “*divortii modum impossuit*” (SUET, Aug. 34). Existe, contudo, uma controvérsia levantada pelo mesmo autor, segundo a qual a *Lex Iulia* introduziu essa forma exclusivamente para o repúdio *in stricto sensu*, ou seja, o divórcio voluntário de uma das partes. No caso do divórcio por mútuo consentimento ou *bona gratia*, essa forma não se fazia necessária. Isto leva à conclusão de que, até a época dos imperadores cristãos, *divortium* indicava a ruptura pela vontade bilateral dos cônjuges ou pela vontade de um deles. A partir desse tempo, contudo, *divortium* passou a expressar o rompimento do matrimônio pela vontade de ambos os cônjuges, e *repudium* era a ruptura unilateral das justas núpcias. Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 184; Cf. RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 18: “*Si la ruptura matrimonial se producía de mutuo acuerdo, se consideraba divorcio stricto sensu, y si era por voluntad de uno de los esposos, se hablaba de repudium*. JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português*, p. 148, ainda em torno da controvérsia histórica, expõe as várias hipóteses que tentam explicar o sentido técnico e a dificuldade da utilização da terminologia *divortium* e *repudium*. Dentre elas, destaca-se a que explicita que *divortium facere* e *repudium mittere* eram expressões usadas promiscuamente em relação ao homem e à mulher. Foi o cristianismo, segundo o autor, que, posteriormente, empregou significados precisos: *repudium* passou a traduzir o divórcio unilateral e *divortium* ocorria por mútuo acordo ou bilateral. *Simili modo* expressa-se BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 244s. Cf. FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinato, divorzio, adultério*, p. 56: As expressões mais usadas pelos antigos para indicar a dissolução da união conjugal eram: *divortium facere, repudium mittere, nuntiare, dicere, scribere*: “*il divorzio si fa, il repudio si manda, si invia, si notifica, in quanto manifestazioni di volontà di sciogliere il matrimonio espessa in qualunque forma*”. A mesma autora, (*ibidem*, p.59), acrescenta que a doutrina apresenta, ainda, outra opinião, segundo a qual os termos *repudium* e *divortium* significavam a distinção entre o ato (causa) e o efeito (fim). O repúdio era o ato através do qual se manifesta a vontade de dissolver o matrimônio. O divórcio era o efeito da cessação da vontade de continuar marido e mulher, ou seja, a extinção da vida conjugal; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, p. 89, assinala que na época clássica, divórcio era a dissolução do matrimônio, provocada por vontade de um ou de ambos os cônjuges. Para corroborar, ainda, essa concepção ou dirimir a controvérsia cita-se o testemunho de PAULO, encontrado no D. 50,16,191: “*Inter divortium et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest, non recte autem sponsa divortisse dicitur, quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas*

Não obstante os rigores e exigências das leis de Augusto, a decadência dos costumes continuou e os maus exemplos, nomeadamente da classe social mais elevada, continuaram proliferando. O próprio Augusto divorciou-se de Cláudia para se casar com Escribônia, viúva de dois cônsules. E, logo, usando de seus maus costumes, de novo se divorciou para contrair matrimônio com Lúvia Drusila, casada com Tibério Nero e grávida de seis meses⁷⁹⁷.

Outros imperadores, além de Augusto, foram explícitos nos exemplos dessa degradação. Calígula, depois de ter assistido às bodas de Orestila com Caio Pisão, levou a noiva a sua casa e casou-se com ela, para repudiá-la dois dias depois enviou-a ao desterro dois anos mais tarde, sob o pretexto de que ela havia reatado o matrimônio com seu primeiro marido. O mesmo imperador tomou suas duas irmãs por amantes⁷⁹⁸. Cláudio, após repudiar a jovem Emília Lépidia, repudiou sucessivamente Plautia Urgulanilla, Elia Petina e mandou matar Valéria Messalina⁷⁹⁹. Nero, além de Otávia, a quem mandou matar sob a acusação de adultério, teve duas outras mulheres: Pompeia Sabina e Estatília Messalina. Em relação a esta, mandou matar seu marido, o consul Atico Vestino, para poder com ela se casar⁸⁰⁰. Sobre esses eventos, Marquardt afirma:

“Roma e Italia, bajo el Imperio, caen en los más bajos escalones de la degradación moral; el desenfreno desvergonzado existente en la corte e en la alta sociedad, la familia becha en pedazos, el celibato era un horror, la prostitución triunfando, los frecuentes vicios contra natura, que pierden al hombre en cuerpo y alma (...), en fin, la

partes sunt, qui discedunt”. (Entre divórcio e repúdio, há certa distinção, pois se pode repudiar também um matrimônio futuro, mas não se diz corretamente que uma esposa se divorciou, porque se diz divórcio por isto, porque os que se separam vão por caminhos diversos).

⁷⁹⁷ JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica*, p. 157. Cf. SÜETÔNIO. *Augusto*. (6,3) *apud* RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p.70: tornou-se escandaloso o comportamento do imperador com relação a sua filha Júlia, nascida de Escribônia, ao casá-la com vários pretendentes ao trono imperial, passando de um a outro com tanta rapidez que não se podia distinguir seus maridos de seus amantes. Segundo PUCCINI-DELBEY, Géraldine. Cit. p. 99, citando Sêneca, o próprio imperador condenou ao degredo a própria filha e revelou ao público os escândalos da casa imperial. Os grupos de amantes que ela acolheu, os fanfarrões sonâmbulos que caminhavam com ela pela cidade, pelo próprio estrado, onde seu pai havia instaurado a lei sobre o adultério. Cf. ROUSELLE, Aline. *A política dos corpos: entre procriação e continência em Roma*. In *História das Mulheres*. Vol I. A Antiguidade, p.384s. Júlia, filha de Augusto, viúva aos 18 anos, casara-se pela segunda vez aos 20 com Agripa de quem teve cinco filhos. Augusto obrigou Tibério a divorciar-se para desposá-la, embora Tibério estivesse apaixonado pela sua mulher repudiada. Júlia, que ainda amava Agripa, não conseguiu viver sem ele e enganava Tibério. Augusto sabia dessas relações. Como exemplo de sua clemência, segundo Sêneca (*De clemencia*. 3,8), Augusto foi indulgente com os amantes de Júlia, dando-lhes salvo-condutos para o exílio em vez de os mandar para o exílio. Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 18: “Mesmo não dando demasiado crédito aos mexericos publicados por Suetônio acerca de Tibério e Nero é menos certo que o círculo de Augusto foi atormentado pelos dramas que acompanharam os casamentos da primeira Júlia e o mau comportamento da sua filha”.

⁷⁹⁸ SÜETÔNIO. *Calígula*, 25. *Apud* RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 77. Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p.18. Do original *L’amour à Rome*: A morte da irmã Drusila, a quem Calígula dedicara grande amor e com ela mantivera uma união incestuosa, causou-lhe o grande desequilíbrio do seu espírito.

⁷⁹⁹ *Idem*. *Claudio*, 26,27. *Apud* RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 77.

⁸⁰⁰ *Idem*. *Nerón*, 35, *Apud* RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 79.

facilidad sorprendente con la que los escritores atrevidos o serios remueven estas indecencias, tal era el triste reverso de este brillante período”⁸⁰¹.

É inegável, também, a existência de outras diversas causas que concorreram para a má reputação e para a devassidão dos costumes romanos, nomeadamente a partir dos estertores da República, levando Sêneca⁸⁰² a descrever Roma como um vasto bacanal. Segundo Grimal⁸⁰³, várias causas concorreram para essa visão. Primeiramente, a atitude dos próprios moralistas romanos ao denunciarem vícios do seu tempo, dentre eles Sêneca e Petrônio⁸⁰⁴. Concorreu, também, a concepção de escritores cristãos, preocupados em acusar uma sociedade que queriam reformar de acordo com as ideias da nova crença, disseminando testemunhos desfavoráveis e considerando como “deboche tudo que fosse pagão”. Dessa forma, tornou-se propício e fácil propagar como imorais os hábitos e costumes, consagrados no tempo, vigentes na religião tradicional dos romanos.

Àquela altura, Roma tinha perdido muito de suas primeiras características. Tornara-se a capital do mundo, o centro de um universo que ia da Europa à Ásia e ao norte da África. Para ela acorriam estrangeiros de todos os quadrantes, com seus usos, costumes e crenças. Além disso, muitos, como os escravos que se tornaram livres já haviam perdido contato com suas civilizações e seus antepassados. Tornaram-se romanos, mas de alma estrangeira, não cidadãos das antigas origens, constituindo uma classe à parte com seu *modus vivendi* menos rígido que o dos *cives romani*. As mulheres passaram a ter mais independência, preferindo a forma de casamento livre. Somem-se a isso o luxo e a riqueza crescentes que transformaram a maneira de viver daquela que era a senhora do mundo⁸⁰⁵. Nesse processo de aculturação amoldaram-se os romanos, quebrantando a moral antiga, abrandando ou corrompendo os costumes.

Cumprе ressaltar, ainda, corroborando o pensamento de Pierre Grimal, que a civilização romana perdurou por mais de treze séculos (considerando desde a data provável da fundação de Roma, em 753 a.C. à queda do Império Romano do Ocidente, em 476), tendo existido não uma mentalidade apenas, mas várias, que se sucederam, inter-relacionando-se umas às outras, sem que nenhuma fosse completamente substituída pela que lhe seguiu. E complementa o

⁸⁰¹ MARQUARDT. *Vie privé des romains*. Paris, 1892, p. 387, *apud* RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 72.

⁸⁰² Lucius Annaeus Seneca. (4 a.C.- 63 d.C.), escritor, filósofo estoicista e advogado romano. Conhecido como Sêneca, o moço, o filósofo ou o jovem. Foi preceptor de Nero, que posteriormente condenou-o ao suicídio por ter sido acusado de conspirar contra o imperador

⁸⁰³ GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 14. Do original *L'amour a Rome*.

⁸⁰⁴ PETRÔNIO. Existe dúvida sobre sua verdadeira identidade: Gaius Petronius Arbiter ou Titus Petronius? (27-66). Escritor romano, autor de *Satiricon*, uma história mundana de entretenimento. Viveu no tempo de Nero, de quem foi conselheiro. Acusado de conspiração contra o imperador, praticou o suicídio.

⁸⁰⁵ Vide GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 17s. Do original *L'amour à Rome*.

autor: “Certos valores permanecem até que a concepção cristã do destino humano, dominada pela idéia de pecado, veio ensombrar os amores dos romanos, sem que, felizmente, os conseguisse abolir”⁸⁰⁶.

Era uma sociedade que ignorava o pecado, mas que observava as regras da decência. Os romanos, como muitos povos da antiguidade, tinham, talvez, uma forma menos hipócrita de celebrar o amor, sem os tabus e restrições surgidos no tempo, mas não consagrados no processo histórico de sua civilização. As novas crenças alienígenas, nomeadamente, o cristianismo, determinaram o perecimento dos antigos costumes. Não se pode, contudo, como afirma Ruiz Fernandez,⁸⁰⁷ em meio a tamanha devassidão, deixar de ressaltar o exemplo de mulheres de moral elevada e de bons costumes, como também de homens que amavam com sinceridade suas esposas.

9.1.3 Direito pós-clássico

Os imperadores, a partir de Constantino, sob a influência da Igreja, passaram a pregar a divindade e indissolubilidade do matrimônio e repudiaram o divórcio, inspirados nas palavras de Cristo: “*O que Deus uniu, o homem não deve separar*”⁸⁰⁸. Começaram a combater o divórcio, contudo, sem proibi-lo⁸⁰⁹. Nesse sentido, esclarece Astolfi:

*“Lo stesso precetto evangelico dell’indissolubilità del matrimonio ha un preciso riferimento storico. Viene dettato per risolvere il contrasto fra la legge divina e la legge mosaica, interpretata in modo da consentire il divorzio. Non è il mondo giudaico, ma quello ellenistico a costituire il sociale in cui si colloca l’insegnamento di Paolo”*⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, 14-15.

⁸⁰⁷ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 80.

⁸⁰⁸ Mc, 10,9; Mt, 19,3-9. Este texto encontra fundamento no Gênesis 2,24: “Por isso o homem deixa o seu pai e a sua mãe para se unir à sua mulher e já não são mais que uma só carne”. Segundo RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 120, no início os cristãos não podiam admitir uma separação que não permitisse um novo matrimônio, porque tal instituição era desconhecida para o direito romano. A patrística, contudo, entendia que somente a morte podia dissolver o matrimônio, tomando como fundamento a doutrina cristã recolhida nos evangelhos de Mateus e Marcos, corroborava a unidade e indissolubilidade do casamento, não obstante a existência do repúdio na lei mosaica, que, na interpretação do próprio Cristo, existia para evitar maiores males, em razão da dureza dos corações dos homens.

⁸⁰⁹ Constantino foi o primeiro imperador cristão que iniciou medidas administrativas contrárias ao divórcio, contudo, sem derogá-lo. A legislação cristã foi oscilante quanto à matéria, com medidas de avanço e retrocesso. Cf. SALVADORES POYAN. Manuel. Cit. p. 449: Isto se comprova na tenaz oposição ao divórcio, sem negar totalmente sua validade. Em certos casos, chegou-se a considerá-lo ilícito, embora “*como normativa general nunca declaró su invalidez*”.

⁸¹⁰ ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império*, p. 329.

A disciplina jurídica do cristianismo primitivo, até o século III, inspirada na tradição apostólica, era constituída essencialmente pela norma que impunha a unidade e indissolubilidade do matrimônio. Se a princípio não tinha valor absoluto, impôs-se com o tempo, superando dúvidas e contrastes⁸¹¹. Através de uma constituição de 331, repetida no Código Teodosiano⁸¹², Constantino estabeleceu os motivos ou causas, extremamente graves, que podiam ser imputadas a um ou ao outro cônjuge, mercê das quais o *repudium* era lícito, *verbi gratia*: se a mulher fosse declarada culpada por adultério ou por envenenamento; se o marido fosse réu de homicídio, envenenamento ou violação de sepulcro⁸¹³.

No caso de o marido repudiar a mulher sem ocorrência das causas previstas, ficava obrigado à restituição do dote e impossibilitado de contrair novas núpcias. Além disso, a mulher podia ocupar a casa do marido e apoderar-se do dote da segunda mulher. Se fosse a mulher que repudiasse o marido, sem causa prevista, ficava obrigada a deixar-lhe o dote e a doação nupcial, inclusive objetos de pouco valor, além de ser condenada à pena de deportação⁸¹⁴.

O imperador Juliano, o apóstata⁸¹⁵, restabeleceu a liberdade de divórcio, modificando a legislação de Constantino. Porém, a influência modificadora anterior era irreversível, levando os imperadores Honório, Teodósio II e Constâncio II a regulamentarem a matéria com maior propriedade e restrição que Constantino, permitindo o divórcio somente em caso de ocorrências de graves causas ou *magna criminia*⁸¹⁶. Os imperadores Teodósio I e Valentiniano II, em 449, proibiram o divórcio, porém permitiram que ocorresse em determinadas circunstâncias comuns ao marido e à mulher, como adultério, homicídio, envenenamento, conspiração contra o imperador, condenação por crime de falsidade, violação de sepulcro, subtração de objetos sagrados, roubo ou encobrimento de ladrões, roubo de gado e plágio⁸¹⁷.

2.9.2.4 Direito justinianeu

A legislação de Justiniano foi marcada por uma forte influência cristã, certamente herdada das legislações anteriores, nomeadamente quanto ao matrimônio e ao divórcio. Essas

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 329.

⁸¹² C. Theod. 3,16,1. *De repudiis*.

⁸¹³ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 257; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 95; RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 128; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 184.

⁸¹⁴ Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 128; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, II, p. 317s.

⁸¹⁵ O último imperador pagão do Império Romano, governou de 361-363.

⁸¹⁶ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 130.

⁸¹⁷ Vide JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português*, p. 161s; *Direito privado romano*, IV, p. 96; RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 132; SALVADORES POYAN, Manuel. Cit. p. 457.

leis dilataram as limitações relativas ao divórcio, proibindo-o e penalizando-o, sem, contudo, tornar impossível sua prática. O imperador promulgou a Nov. 22, no ano de 535, considerada como um verdadeiro código matrimonial cristão⁸¹⁸.

Nesse período, sob a influência dos padres da Igreja, dentre eles, Santo Ambrósio, Santo Agostinho e São Jerônimo⁸¹⁹, o divórcio passou por novas transformações, tendo por objetivo criar obstáculos à dissolução do matrimônio. Através da Novela 117, do ano de 542, Justiniano tomou uma posição mais severa quanto ao repúdio unilateral, ao estabelecer as causas que podiam motivá-lo. As principais eram::

a) *Divortium ex-iusta causa*: era movido pela vontade unilateral de um dos cônjuges em razão da culpabilidade do outro, reconhecida pela lei. Era promovido pelo marido nos seguintes casos: se a mulher houvesse maquinado contra a vida do imperador; se a mulher fosse demandada por adultério e condenada; se a mulher houvesse ameaçado a vida do marido ou não houvesse revelado a ameaça de outrem; se contra a vontade do marido fosse à banquete ou banhos públicos com outro homem; se frequentasse casa de outros que não fossem seus genitores; se frequentasse, sem autorização do marido, espetáculos públicos⁸²⁰. Já as causas que justificavam o repúdio por parte da mulher eram: se o marido conspirasse contra o imperador; se o marido houvesse ameaçado a vida da mulher ou não revelasse ameaça de que tivera notícia; se houvesse tentado desonrá-la, abandonando-a a outro; se o marido, na própria casa ou na mesma cidade, convivesse com outra mulher⁸²¹.

b) *Divortium bona gratia*: ocorria por entendimento dos cônjuges, ou de apenas um, justificado por causa legítima da qual nenhum era culpado, como: esterilidade, impotência, doença mental insanável, voto de castidade, ou ainda, ausência, sem notícias, do marido por mais de cinco anos⁸²².

c) *Divortium sine iusta causa*: era o *repudium*. Significava o ato pelo qual se manifestava a vontade de dissolver a sociedade conjugal, somente possível à mulher com o

⁸¹⁸ Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 124; ORESTANO, Riccardo. Cit. p.165. Sobre a Nov 22 vide notas 268 supra, cap. III e 999 cap. IV.

⁸¹⁹ Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 126.

⁸²⁰ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 260; JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português*, p. 162.

⁸²¹ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 260; JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português*, p. 162; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, II, p. 319.

⁸²² BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 266; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 99; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civi. Ius romanum*, p.184s; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, II, p. 319.

casamento *sine manu*. Era a separação pela vontade unilateral de uma das partes, geralmente o homem, sem justificação pela lei.⁸²³ Mas a mulher estava, de certa forma, protegida, como estabelecia a Lei Decenviral: “o homem que repudiar sua mulher deverá apresentar as causas do seu repúdio”⁸²⁴. Mas estamos a tratar de um direito de mais de treze séculos.

d) Divórcio *ex communi consensu*: era fundamentado na vontade das partes. Justiniano, através da novela 117, proibiu o divórcio pelo mútuo consenso, estabelecendo que não era lícito senão em razão do voto de castidade feito por um dos cônjuges⁸²⁵. Contudo, esse tipo de divórcio foi restabelecido por Justino II⁸²⁶.

Quanto aos filhos, o Imperador, de certa forma, manteve as medidas protetivas de seus antecessores, confirmando o direito de alimentos que teriam após o divórcio dos pais. Estabeleceu-se que a guarda e custódia dos filhos competiam ao cônjuge não culpado pela separação. Os gastos referentes à educação eram da responsabilidade do pai, exceto quando não tivesse condição econômica para tanto, quando cabia essa responsabilidade à genitora⁸²⁷. Nesse sentido, assim se expressa Salvadores Poyan: “*El divorcio termina la relación conyugale, pero no cambia la condición jurídica de los hijos ya nascidos, que quedaban bajo la potestad de su padre, y conservaban frente a este y frente a la madre todos sus derechos sucesorios*”⁸²⁸.

2.9.3 Morte

A morte de um dos cônjuges punha termo à sociedade conjugal⁸²⁹. “*Mors omnia solvit*”, celebra a sentença no tempo eternizada⁸³⁰. Juridicamente, no entanto, esse ditame era uma

⁸²³ Se não existisse justa causa para se promover o divórcio, o cônjuge que o provocava era recolhido a um convento. A mulher, além desse procedimento, perdia seu dote; o homem estava obrigado ao pagamento da *donatio propter nuptias*. Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 21; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 98.

⁸²⁴ Lei das XII Tábuas, VI, 9.

⁸²⁵ Nov. 117,10; Vide CAMPOS, Diogo Leite de. *A invenção do direito matrimonial. I. A Institucionalização do casamento*. Coimbra, 1995, p. 08.

⁸²⁶ Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 572; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, II, p. 319. .

⁸²⁷ Vide RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. Cit. p. 21.

⁸²⁸ SALVADORES POYAN, Manuel. Cit. p. 449

⁸²⁹ D.24,2,1.

⁸³⁰ A respeito, assim se expressa o Livro da Sabedoria 2,5: “Um belo dia nascemos e, depois disso, seremos como se jamais tivéssemos sido! É fumaça a respiração de nossos narizes, e nosso pensamento, uma centelha que salta do bater do nosso coração! Extinta ela, nosso corpo se tornará pó, e nosso espírito se dissipará como um vapor inconsistente! Com o tempo nosso nome cairá no esquecimento, e ninguém se lembrará de nossas obras. Nossa vida passará como os traços de uma nuvem, desvaner-se-á como uma névoa que os raios do sol expulsam, e que seu calor dissipa. A passagem de uma sombra: eis a nossa vida, e nenhum reinício é possível uma vez chegado ao fim, porque o selo lhe é apostado e ninguém volta”.

falácia, porquanto somente se extinguíam as obrigações personalíssimas, como ocorre, *ad exemplum*, no casamento e nas relações da *patria potestas*. As demais passavam aos herdeiros que sucediam nas relações jurídicas o lugar do falecido⁸³¹.

2.9.4 Perda do *ius connubii*

Ocorria em razão de uma incapacidade superveniente, referente ao *status libertatis* ou *civitatis*, resultando em uma *capitis deminutio maxima* ou *media*. Ocorria também por algum impedimento especial⁸³². No que concerne a *capitis deminutio maxima*, pela perda do *status libertatis*, no direito antigo, a prisão por guerra com a redução à escravidão extinguiu o casamento, porquanto deixavam de existir as condições imanentes à sua existência, segundo o direito do *postliminium*. Contudo, se o prisioneiro alcançasse a liberdade e retornasse à pátria, podia começar um novo vínculo conjugal. No direito justiniano, ao contrário, estabeleceu-se que o matrimônio não se dissolvia pela captura de um dos cônjuges, senão depois de decorridos cinco anos, quando a sobrevivência do cativo era incerta. O cônjuge sobrevivente ficava liberado do vínculo conjugal, sendo considerado um *divortium bona gratia factum*. Contudo, se o cônjuge livre, apesar da proibição, convolasse novas núpcias antes de esgotados cinco anos, estava sujeito a uma pena em razão do divórcio ilícito, realizado sem justa causa⁸³³. A perda da cidadania, no direito antigo, extinguiu o *ius connubii* e, por consequência, o casamento deixava de existir, porque era pertinente aos *cives romani*. No direito de Justiniano, esta regra deixou de vigorar⁸³⁴.

2.10 Segundas núpcias

O casamento, sobretudo sob a influência pagã, sempre foi um dever ético do cidadão. Daí a coerção determinada pela lei e, nomeadamente, pelos costumes contra o celibato. Com relação à mulher, as segundas núpcias não eram vistas com bons olhos. Todavia a *lex Iulia de*

⁸³¹ D.8,4,13: *Heres succedit in ius in locum defuncti*. (O herdeiro sucede em juízo o lugar do falecido).

⁸³² Eram casos de impedimento especial, por exemplo, o incesto, o matrimônio de um senador com mulher que praticasse artes lúdicas. Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 240.

⁸³³ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 241s.

⁸³⁴ Em BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 243, encontra-se o exemplo da deportação pela qual, nos tempos históricos, perdia-se a cidadania, como se perdia pela *aqua et igni interdictio*. No direito imperial, a deportação não extinguiu o casamento já celebrado. Contudo, mesmo na época de Justiniano, o casamento não subsistia senão entre os *cives romani*. No caso de o deportado ter perdido a cidadania, o matrimônio não produzia todos os efeitos jurídicos à luz do *ius civile*, mas constituía o que se denominava *matrimonium ius gentium*.

Maritandis Ordinibus transformou o antigo dever ético, estabelecido pelos *mores*, em obrigação jurídica, impondo as segundas núpcias também à mulher, dentro de um ano, por morte do marido e de seis meses em caso de divórcio. Esse período foi elevado, posteriormente, pela *Lex Iulia et Papia Poppaea* para dois anos e dezoito meses, respectivamente. Não se cumprindo essa obrigação se incorria na pena de celibato⁸³⁵.

Tudo se modificou com o cristianismo, tendencialmente contrário às segundas núpcias, ao preconizar a perfeição do celibato, consagrado na epístola do apóstolo Paulo aos coríntios: “A esposa está ligada ao marido durante todo o tempo em que ele viver. Se o marido morrer, ela ficará livre para casar-se com quem quiser; mas apenas no Senhor. Ao meu ver, porém ela será mais feliz se ficar como está”⁸³⁶. Contudo, o problema da relação entre castidade e casamento não encontra entendimento fácil e imediato. A atitude básica dos grandes escritores cristãos dos séculos IV e V, com diferentes ênfases, foi reconhecer na castidade um *modus vivendi* superior ou melhor que o casamento, por realizar o ideal de perfeição que todo cristão deve buscar. Isto não significa que, nos séculos precedentes, tenham sido sustentadas posições diversas conducentes ao extremismo do ascetismo. Mas não se pode pretender uniformizar o pensamento de escritores, no passar do tempo. Deve ser ressaltado, no entanto, que a Igreja, oficialmente, nunca rejeitou o casamento por ser ele mais adequado à realidade terrena.

Os valores, em certos aspectos contrastantes, da vida ascética e do matrimônio, meio de procriação, eram comuns ao mundo pagão. Assim, não parece excessivo acreditar que foram transmitidos pelos pagãos aos cristãos, o que põe em dúvida a alegada influência cristã sobre a estrutura do matrimônio romano. A concepção pagã de matrimônio, entendida como realidade fatural comparada à posse, ou como relação fundamentada no consentimento permanente dos

⁸³⁵ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 394; MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *As segundas núpcias na história do direito português*. In Anais do XIII Congresso Internacional y XVI Congresso Iberoamericano de Derecho Romano. Belém-PA, 2011, p. 131s. Cf. BIONDI, Biondi. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 143: No direito pagão, as segundas núpcias não somente eram permitidas, mas impostas pelas leis de Augusto, as quais estabeleciam uma situação desfavorável às viúvas, a quem concediam somente uma breve tempo após a morte do marido para contrair um novo matrimônio, a fim de evitar a pena de celibato.

⁸³⁶ *Cor.* 1,7,39-40. As segundas núpcias eram consideradas pelos primeiros padres da Igreja como uma excrescência, uma imoralidade, sendo qualificadas como *speciosum adulterium* (ATHENAGORAS, *Apolog.* C. 37)), *honesta fornicatio*, ou, simplesmente, *fornicatio* (JOHAN CHRYSOST. *Homilia*, 32); da mesma forma era condenada pelos primeiros concílios da Igreja. Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 394; Cf. Nov 22,40: A mulher que contrair matrimônio antes de um ano de luto se qualifica como ímpia. Contudo, segundo JUSTO, António dos Santos. (*Direito privado romano*, IV, p. 83), “o regime jurídico das segundas núpcias visava fundamentalmente proteger os filhos do primeiro matrimônio”. As *poenae secundarum nuptiarum*, impostas a quem voltasse a casar eram essencialmente patrimoniais a favor dos filhos; *Simili modo*, assim anota MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *As segundas núpcias na história do direito português*. In Anais do XIII Congresso Internacional y XVI Congresso Iberoamericano de Derecho Romano. Belém-PA, 2011, p. 131s: “Pelo óculo dos padres da Igreja, o segundo matrimônio encarava-se como um *speciosum adulterium* e a proteção dos filhos do primeiro casamento desencadeou um conjunto de ações, as *poenae secundarum nuptiarum*, de índole patrimonial”.

cônjuges, foi substituída pela visão cristã de um matrimônio arrimado na vontade inicial dos nubentes com característica de perpetuidade⁸³⁷.

Alguns efeitos recaíram sobre a mulher, como consequência das segundas núpcias: no caso de sucessão *ab intestato* ao filho, em concorrência com os irmãos do falecido, tinha direito somente ao usufruto dos bens derivados do patrimônio paterno, e, se tivesse herdado antes das segundas núpcias, perdia a propriedade, conservando o usufruto; perdia o direito de revogar a doação por motivo de ingratidão dos filhos, exceto no caso de ofensa gravíssima, como o atentado a sua vida, levantar a mão contra ela ou tentativa de espoliá-la da própria sobrevivência; tornava-se incapaz de exercer a tutela; perdia o direito de educar os próprios filhos; no caso de violação do período de luto, estava sujeita a uma pena especial que, no tempo antigo, ocorria sob a forma de infâmia, sancionada pelo edito do pretor⁸³⁸.

Segundo Bonfante, com o cristianismo, maiores restrições foram impostas à mulher binuba: além da pena de infâmia, pela quebra do luto, perdia tudo que recebera do ex-marido defunto, fosse por doação nupcial ou outra liberalidade, a favor dos filhos, dos netos, dos genitores, dos avós, dos irmãos do defunto e, por último, a favor do fisco; não podia receber nada de ninguém por testamento, fosse a título singular ou universal; perdia inteiramente a faculdade de fazer testamento (*testamenti factio*), e o que tivesse outorgado devolvia aos herdeiros testamentários ou legítimos do defunto; no caso de sucessão *ab intestato*, não sucedia antes dos parentes até o de terceiro grau; não podia outorgar ao novo esposo, por dote ou outro modo, mais que um terço do seu patrimônio⁸³⁹.

No mesmo sentido, Rui Marcos, tomando como referência o direito justinianeu, enfatiza que as reformas de Justiniano não amenizaram os rigores e restrições às segundas núpcias. A viúva que contraía casamento durante o ano de luto perdia todo o patrimônio que lhe fora deixado pelo falecido através de testamento ou doação. Mais, ainda sofria o estigma da infâmia. Se existissem filhos do matrimônio anterior, a ela e ao seu novo cônjuge infringiam-lhes restrições patrimoniais: tudo que ela tivesse recebido do marido falecido passava aos filhos daquele matrimônio, conservava apenas o usufruto. Ao cônjuge bínubo não se permitia a faculdade de “deixar ao novo cônjuge uma quota superior ao recebido pelo menos favorecido dos filhos do primeiro casamento. O excedente repartia-se pelos filhos em partes iguais”⁸⁴⁰.

⁸³⁷ Vide ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império*, p. 329.

⁸³⁸ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p.400s; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 85.

⁸³⁹ *Ibidem*, p. 401.

⁸⁴⁰ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. Cit. p. 132. Cf. o autor (*ibidem*) o direito canônico tornou-se benfazejo e tolerante às segundas núpcias. O decreto de Graciano não trazia penas contra os cônjuges bínubos. Urbano III

Ainda, segundo o mesmo autor, a Igreja, no entanto, gradativamente, tornou-se benévola e tolerante às segundas núpcias. O primeiro Concílio de Niceia, inclusive, terminou por aprová-las⁸⁴¹. Santo Agostinho chegou a considerá-las, em determinadas circunstâncias, preferíveis à viuvez. Santo Ambrósio considerava-as lícitas, embora fosse mais belo que delas se abstivessem. Mas, não obstante aconselhar a abstenção, não as recusava como modo de afastar as viúvas da incontinência. São João Crisóstomo, preocupado com a situação miserável de muitas viúvas, admitia que elas voltassem a casar⁸⁴².

2.11 Concubinato

2.11.1 Noção

O tema “a família de fato” é assaz explorado pela literatura jurídica. Segundo Fiorella D’Angeli⁸⁴³, esse interesse foi motivado por duas exigências fundamentais: uma cultural e doutrinal; outra, efetiva, real e atual. A primeira, calcada nos instrumentos normativos era indicadora da relevância jurídica das uniões livres. A segunda estava concretizada na circunstância de que a realidade da convivência *more uxorio* não era artificial, mas viva, espontânea, constante na história dos homens.

Assim, ao lado das justas núpcias, consagradas pelos *mores*, existia o concubinato, união estável entre duas pessoas de sexos diversos, sem a *voluntas* de serem marido e mulher⁸⁴⁴. Abrangia dois tipos de relacionamento: um extraconjugal, de um homem que não tinha a intenção de casar com uma concubina; outro, uma relação entre um cidadão e uma mulher que ele não podia desposar⁸⁴⁵.

Concubinato, nas palavras de Perozzi, são “*tutte le relazioni a scopo sessuale tra uomo e donna, che non fossero strette con intenzione maritale, aveano il carattere di meri unioni di*

aboliu a pena de infâmia para as bínubas que casassem antes de completar um ano do luto. Do mesmo modo, Inocência III, ao permitir que a viúva contraísse novo casamento durante o *tempus lugendi*.

⁸⁴¹ Primeiro Concílio realizado pela Igreja, em 325, ao tempo do imperador Constantino.

⁸⁴² MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. Cit. p. 133.

⁸⁴³ D’ANGELI, Fiorella. *La famiglia di fatto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989, p. 23.

⁸⁴⁴ Cf. CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatus) no direito romano (da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p.1.295, nota 3, invocando PLASSARD, Jean. *Le concubinatus romain sous le baute empire*. Toulouse, 1921, p.15: “*Concubinatus* deriva de *concubina*, palavra que vem de *concubo* (*bui, bitum, are*) verbo intransitivo formado de *cum* e de *cubo*, que significa “jazerem juntos no leito”; mas, frequentemente, é tomado como sinônimo de *concubo* (*ere*), que significa sempre “ter relações carnis com uma pessoa” e é neste sentido que se deve entender a palavra *concubinatus*”. Cf. FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinatus. Divorzio. Adulterio*, p. 14: O significado do vocábulo é pouco claro e diversas suas definições. PAULO (D.50,16,144) afirma que o termo se refere ao tratado *memoralitium libri*, de Massurio Sabino, jurista do séc. I. Outra informação faz referência ao livro *De iure papiriano*, de Granio Flaco, contemporâneo de Augusto. Outros ainda afirmam que o termo tem origem grega.

⁸⁴⁵ PUCCINI-DELBAY, Géraldine. Cit. p. 79.

fatto, che non originavano di per se alcun rapporto giuridico fra le parti”⁸⁴⁶. Simili modo, observa Bonfante:

“La nozione generica del concubinato, prescindendo dai suoi diversi requisiti ed effetti nel diritto classico e nel diritto giustiniano, è quella di un unione o convivenza stabile dell’uomo e della donna, senza affectio maritalis, senza honor matrimonii. Come unione stabile, essa si distingue dalle relazioni passeggero con meretrici”⁸⁴⁷.

O concubinato pode ainda ser definido como a união entre o homem e a mulher sem o fenômeno da *affectio maritalis*, característico das *iustae nuptiae*. É uma união de fato, a princípio, sem nenhuma consequência ou efeito jurídico. Mas não se constituía numa simples e esporádica relação sexual entre o homem e a mulher. A estabilidade do relacionamento traduzia essa distinção⁸⁴⁸. Faltava-lhe, contudo, a *honor matrimonii*, em razão de uma impossibilidade legal ou mesmo carência de interesse em se assumir o compromisso matrimonial. Muitas vezes coexistia com o casamento e não era defeso em lei⁸⁴⁹. Ao contrário, foi sempre tolerado pela legislação, somente sendo combatido pelo cristianismo⁸⁵⁰. A esse respeito, Guarino afirma: *“Definisce il concubinato come la convivenza manifesta e continuata di due persone di sesso diverso, che fosse priva del carattere di matrimonium, non fosse cioè comentata dall’affectio coniugalis”⁸⁵¹*. Concubinato e matrimônio eram situações de fato muito parecidas, nas palavras de Parra Martin:

“Por lo que se podian confundir. Se diferenciabam, aparte de la forma de celebración, ya que el concubinato no requeria ninguna solemnidad, en la intención de las partes, animi intentione, en el afecto del hombre y en la dignidad de la mujer”⁸⁵².

⁸⁴⁶ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. Roma: Athenaeum, 1928, p.371.

⁸⁴⁷ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 231.

⁸⁴⁸ Cf. PALAZZANI, Laura. Cit. p. 37. *“La stabilità dell’raporto distinguen el concubinato dalle relazioni occasionali, transitorie e voluntarie generalmente di uomini sposati con donne di bassa estrazione sociale o meretrici”*.

⁸⁴⁹ D.25,7,1,1: *“Cum Atilicino sentio, et puto, sola eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur”*. (Opino como Atilicino, e creio que pode alguém ter em concubinato sem temor de delito, somente com aquelas com as quais não se comete estupro).

⁸⁵⁰ Cf. PARRA MARTIN, Ma. Dolores. Cit. p. 241; Cf. CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1295: O concubinato “foi sempre (em todas as épocas do *ius romanum*) uma relação de facto e não, como pretende alguns autores, uma união jurídica”. Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Vol. III. La famiglia, p. 125: *“(…) il concubinato sta fuori il diritto (..) è indifferente per la legge”*. PALAZZANI, Laura. Cit. p. 29, de sua parte, anota que somente a partir da época cristã se pode dizer que o concubinato romano tinha a configuração de instituto jurídico, distinto do matrimônio *Vide D’ANGELI, Fiorella*. Cit. p. 65, sobre a divergência de romanistas em torno de ser o concubinato relação de fato ou instituto jurídico; e CASTELLI, Guglielmo. *Il concubinato e la legislazione augustea*. In BIDR. Ano XXVII, 1914, p. 55.

⁸⁵¹ GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*, p. 583.

⁸⁵² PARRA MARTIN, Ma. Dolores. Cit. p.241. Segundo LAURA PALAZZANI. Cit. p. 28, *“exteriormente matrimonio e concubinato si avvicianarano a tal punto, che era difficile distinguerli”*.

Não se tratava, contudo, de uma relação sexual fugaz, mas de uma convivência *more uxorio*, de uma mulher livre com um homem livre, sem a celebração das justas núpcias⁸⁵³. Era intolerável, porém, que o homem casado possuísse, simultaneamente, uma concubina⁸⁵⁴. Segundo Biondi⁸⁵⁵, o *concubinatus* diferenciava-se da simples relação sexual, pela estabilidade, e do matrimônio, pela ausência da *honor matrimonii* e da respectiva *affectio maritalis*⁸⁵⁶. Tal distinção foi colocada claramente por Paulo, no Digesto: “*Concubina ex sola animi destinatione aestimari oportet*”⁸⁵⁷, bem como, em *Pauli Sententiae* (2,21,1): “*concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur*”.

No início, o concubinatus era uma união de natureza inferior, na medida em que não nivelava socialmente a mulher ao companheiro. Homens, por exemplo, privados do *ius connubii*, tomavam como concubina a mulher que não podia ser sua esposa⁸⁵⁸. Esse comportamento não era reprovado pela lei, tampouco pela consciência social, porque não era matrimônio considerado legalmente, podendo com ele coexistir⁸⁵⁹. A infidelidade resultante era juridicamente irrelevante, conforme enfatiza Fiorella D’Angeli:

⁸⁵³ Cf. D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 40: *L’uomo conjugato poteva tutt’al più commettere qualche infedeltà intrattenendo fugaci rapporti sessuali con peles, ma questo tipo di relazioni non avevano nulla a che vedere con il concubinatus strictu sensu*”.

⁸⁵⁴ Vide GEMMITI, Dante. Cit p. 7; Cf. *Sent. Pauli* 2,20,1: *Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest*. (Ao tempo que o homem tem uma esposa, não pode ter uma concubina); contudo, na interpretação de BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Vol. III, p.127, “*Il concubinatus appunto perchè indifferente per la legge, permetteva in pratica la poligamia*”, que não era de fato excluída, porque alguns tinham uma ou mais concubinas, mesmo tendo esposa. Apesar de os romanos repugnarem a poligamia, quando se tratasse de matrimônio e a bigamia fosse considerada como delito, porque o concubinatus era um instituto de fato, não repugnavam legalmente a coexistência do matrimônio com o concubinatus.

⁸⁵⁵ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p.573; *Idem. Il diritto romano cristiano*. Vol. III, p. 127.

⁸⁵⁶ Cf. VOLTERRA, Edoardo. *Concubinatus (diritto romano)*. In *NNDI*, III (1959), p.1052: A concubina não goza da *honor matrimonii*, não ocupa a posição nem tem a dignidade do homem; Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Vol. III. La famiglia, p. 127: “*quello che faceva distinguano il concubinatus del matrimonio, oltre la stabilità e la monogamia era l’ affectio maritalis e l’honor matrimonii*”; Cf. FAYER, Carla. *La famiglia romana*. Parte terza, p. 11: “*Tale unione era caratterizzata dalla mancanza dell’ affectio maritalis e conseguentemente, dell’honor matrimonii*”; Vide D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 51; o entendimento, contudo, não é pacífico. Cf. PANERO OLIA, Patricia. *Algunas observaciones em torno al concubinatus*. Universidade de Huelva: Actas del sexto congreso internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano, 2005, p.508: Pode haver concubinatus com *affectio maritalis*, mas sem *connubium*, quando o *matrimonium iustum* não pode se contrair, e a única forma de ter uma relação estável e conveniente é o concubinatus, onde existe *affectio maritalis* e *honor matrimonii*. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p. 109.

⁸⁵⁷ D. 25,7,4: Deve considerar-se concubina aquela que o homem tem com essa intenção.

⁸⁵⁸ JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*. Vol IV, p. 109. O autor cita o fato de que a concubina era considerada indispensável aos governadores de províncias, dada a impossibilidade de contraírem matrimônio com mulheres sob sua jurisdição. Cf. D.25,7,5: *Concubinam ex ea provincia, in qua quis aliquid administrat habere potest*. (Pode alguém ter concubina naquela província em que exerce algum cargo administrativo). FAYER, Carla. *La famiglia romana*. Parte terza. *Concubinatus Divorzio Adulterio*, p. 12, assim se expressa: “*Governatori, gli alti ufficiali militari ed funzionari provinciali, cuí era vietato sposare donne oriunde o domiciliate nella provincia in cuí esercitavano l’ufficio potevano ivi avere concubine*”. Cf. CASTELLI, Guglielmo. Cit. p. 62, “*(...) i giuresconsulti e le costituzioni imperiali permettevano ai governatori di tenere come concubine delle donne provinciali, non solo perchè il concubinatus era un’unione meno stabile e solenne del matrimonio ma e soprattutto, perchè le concubine non potevano essere che donne di bassa estrazione, sprovviste di appoggi e di influenze nella provincia*”. Vide D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 45; PEPE, Leo. Cit. p. 62.

⁸⁵⁹ Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Vol. III. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1954, p.125s, “*Nel mondo pagano il concubinatus sta fuori il diritto: o è*

“Per non offendere l’alto concetto del paterfamilias e della sua manus, non dava la possibilità alla moglie di divorziare per l’adulterio del marito, mentre quest’ultimo ben poteva divorziare per l’adulterio della moglie, imponendo così alla donna l’obbligo di fidelità che invece non era sancito per l’uomo”⁸⁶⁰.

A moralidade dos antigos valores familiares deixou de existir, de tal forma que, nas palavras de Biondi, “(...) persone che passavano di specchiata moralità vivevano in concubinato”⁸⁶¹, que surgia quase como um substitutivo do matrimônio. Com a crise da família legítima, determinada pelas traições do marido, infidelidade da mulher e pelo divórcio, o concubinato, praticado com escravas, libertas ou mulheres de nível inferior, tornou-se um fenômeno socialmente relevante, envolvendo pessoas de todas as classes sociais⁸⁶², sem constituir crime, como se constata no Digesto:

“In concubinam potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea, quae obscura loco nata est, vel quaestum corpore facit, (...)” § 1. “Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur; nam quia concubinitus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo Digestorum scripsit”⁸⁶³.

2.11.2 Evolução

2.11.2.1 Concubinato no direito antigo

indifferente per la lege, o è considerato sotto l’aspetto negativo, in quanto restano escluse talune sanzioni. (...) si concepisce come manifestazione della libertà dell’individuo; non sono nè regolate nè proibite dalla lege, ed i figli seguono la sorte degli spurii o vulgo quaesti”.

⁸⁶⁰ D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 40; contudo, segundo a autora, os *boni mores* previam o dever de fidelidade para a mulher e para o homem.

⁸⁶¹ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*, p. 574.

⁸⁶² Cf. FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p. 13: As concubinas eram invariavelmente de origem humilde, servil, embora o companheiro fosse, geralmente, de posição social muito mais elevada. E isto constituía o caso em que a relação concubinária não era desaprovada pela sociedade. Era aceitável, por exemplo, que os jovens tivessem escrava ou liberta como concubina na fase da puberdade ao casamento, tradicionalmente tardio. *Vide D. 25,7. De concubinis*.

⁸⁶³ D. 25,7,3: “Pode estar em concubinato assim a liberta alheia, como a mulher ingênua, e principalmente a que nasceu de obscura linhagem ou fez ganância com seu corpo (...). §. “E não se comete adultério pelo concubinato, porque o concubinato tomou esse nome das leis, estando fora da pena da lei, segundo escreve Marcelo no livro sétimo do Digesto”. Segundo CURA, António A. Vieira. Cit. p. 1300, esta passagem do Digesto, atribuída a Marciano, foi profundamente alterada pelas compilações de Justiniano, que admitiram a possibilidade de um homem ter como concubina também uma mulher ingênua e honesta.

Nos tempos primevos e medievos, correspondentes ao período pré-classico, os romanos primavam pelo elevado conceito do matrimônio. O instituto significava a fonte da felicidade e da prosperidade, materializada na consciência generalizada de que o filho das justas núpcias era o continuador do culto doméstico, os *sacra privata*. Daí a prevalência da monogamia e, por consequência, a rejeição do adultério, diante da possibilidade de uma alma estranha macular o culto dos manes (*turbatio sanguinis*)⁸⁶⁴. Por isto, as uniões ou relações familiares, coexistindo ou não com o matrimônio, não constituíam uma prática difusa⁸⁶⁵.

Em razão da fragilidade das fontes, contudo, não se pode verdadeiramente negar ou confirmar a existência do concubinato na era antiga, não obstante alguns historiadores acharem que sempre existiu. Outros, no entanto, entendem que, diante da severidade dos costumes e da forte estrutura familiar do mundo de antanho, o concubinato parecia repugnante ao espírito da antiga sociedade e do antigo direito romano⁸⁶⁶.

2.11.2.2 Concubinato no período clássico

Se as fontes jurídicas referentes à época arcaica são escassas, de tal forma que não parecem aferir a existência do concubinato como relação frequente, o mesmo não ocorreu na época clássica, diante de textos que caracterizam a relação concubinária, dentre eles as leis caducárias de Augusto, *Iulia de Adulteriis* e *Iulia et Papia*⁸⁶⁷. Na época clássica, mercê da grande mudança das funções políticas e econômicas da antiga família romana, com a riqueza, o ócio, o luxo e, a pouco e pouco, a conseqüente degradação dos costumes, o instituto do concubinato assumiu uma configuração completamente diversa daquela da época precedente, conforme se deflui das palavras de Gemmiti: “(...) *in seguito alla nota espansione della potenza romana, i profondi mutamenti delle condizioni sociali, dello stile di vita e della economia dell'urbs avevano influenzato la primitiva struttura della famiglia(...)*”⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ Cf. GEMITTI, Dante. *Il concubinato nell diritto romano e giustineo*. Nápoles: LER, 1993, p. 6: “*Le norme comportamentali, derivanti dai boni mores e fortemente inserite nel sentimento popolare, escludevano peraltro, soprattutto nella donna, rapporti sessuali fuori del matrimonio*”; Vide BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Cit. p.573; D’ANGELI, Fiorella. Cit. p.37. Sobre *turbatio sanguinis*, vide nota 101.

⁸⁶⁵ D’ANGELI, Fiorella. Cit. p.33.

⁸⁶⁶ BRUGI, Biagio. *Concubinato*. In *Digesto Italiano*, vol. VIII, parte 1ª. Roma, 1896, p. 474-479, citado por CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. p. 1296.

⁸⁶⁷ Vide CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1296; vide notas 463 e 464.

⁸⁶⁸ GEMMITI, Dante. Cit p. 8, acrescenta que a crise da família legítima não constituía um fato episódico. Esclarece que, já no tempo de Cícero (106 a 43 a.C.), o divórcio consensual ou unilateral era um fato comum nas relações familiares. Vide D’ANGELI Fiorella. Cit. p. 44. Segundo CASTELLI, Guglielmo. Cit. p. 71, o concubinato por razões econômicas e sociais, se difundiu grandemente no período imperial. “*L'imperatore,*

Assim, durante todo esse período, o concubinato foi indiferente para a lei, mesmo porque não era reprovado pela consciência social romana⁸⁶⁹. Segundo Carla Fayer, para nenhum homem, celibatário ou desposado, da classe social mais elevada ou mais baixa, o concubinato parecia indecoroso. Arremata a autora:

*”Le fonti attestano che personaggi ragguardevoli e di spechiata moralità, anche imperatori di ottima reputazione, come Vespasiano, Antonino Pio e Marco Aurelio, non esitarano ad avere una o più concubine, verso le quali nutrirono tenero affeto”*⁸⁷⁰.

Esse pensamento é corroborado por Fiorella D’Angeli:

*“Il concubinato (...) divenne un fenomeno di rilevanza sociale diffuso a tutti i livelli della società romana praticato non solo nelle classi più elevate, sicché troviamo concubine accanto a presidi delle provincie, a senatori, a soldati ed anche interi harem di concubine accanto a uomini in primo piano nella vita politica della civitas”*⁸⁷¹.

E complementado por Dante Gemmiti:

*“Ed è in questo preciso contesto che il concubinato, già respinto dal costume, diventa un fenomeno socialmente rilevante, praticato non solo dalle classi più elevate (si notano concubine di governatori delle provincie, di senatori, di esponenti nella vita politica della civitas) ma anche degli stessi imperatori”*⁸⁷².

A concubina devia ser uma mulher solteira, vivendo com um homem, como se fosse casada (*more uxorio*). Nas fontes encontram-se outras denominações para concubina: *amica*, *coniux*, *hospita*, *focaria*. O termo particular é *paelex* ou *pelex*, cuja origem é certamente

ammettendo al concubinato le ingenue oneste ed esentando il concubinato come tale dalla pene dello stupro, le trasformò in un rapporto giuridico, per quanto egli, in omaggio alla tradizione, continuasse a chiamarlo semplicemente una “licita consuetudo”.

⁸⁶⁹ Vide D.25,7,1,1 (nota 849); D.25,7,3 (nota 891); Cf. PALAZZANI, Laura. *Dirito naturale ed etica matrimonialen in Christian Thomasius. La questione del concubinato*. Torino: G. Giapichelli Editore, 1964, p. 26: “Originariamente nel diritto romano il concubinato non aveva alcun riconoscimento giuridico: nel período republicano le unioni non patrimoniali erano rapporti di mero fatto, non erano pertanto trattate esplicitamente”. Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. Parte terza. *Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p.11: “Il concubinato, che durante tutta l’epoca clássica non interessò la lege, anzi per questa era indifferente, non presentava nulla di reprovevole nella coscienza sociale romana; per nessun uomo, infatti, celibe o sposato che fosse appartenente alle più classi social come alle più basse, il concubinato pareva indecoroso”. Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 125s: “Nel mondo pagano il concubinato sta fuori il diritto: o è indifferente per la lege, o è considerato sotto l’aspetto negativo, in quanto restano escluse, talune sanzioni”. Ainda, segundo o mesmo autor, a possibilidade de união, também permanente e fora do matrimônio, se concebe como manifestação da liberdade do indivíduo, não sendo regulada nem proibida pela lei e os filhos seguem a sorte dos *spurii* ou *vulgo quaesiti*.

⁸⁷⁰ FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinato Divorzio Adulterio*, p.11s.

⁸⁷¹ D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 45.

⁸⁷² DANTE GEMMITI. *Il concubinato nel diritto romano e giustiniano*, p.9.

antiquíssima e figura numa lei de Numa Pompílio. *Paelex* era a denominação dada pelos antigos àquela que se unia a um homem casado⁸⁷³. A respeito, assim dispunha o Digesto:

“*Libro memorialium Massurius scribit “pellicem” apud antiquos eam habitam, quae quum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, paulo honesture concubinam appellari*”⁸⁷⁴.

O concubinato era uma união de fato, portanto, um relacionamento não desonroso, tolerado pela sociedade, porquanto não constituía nenhuma ofensa à moral ou aos bons costumes. O homem, muitas vezes, tinha como concubina aquela que por algum motivo não podia ter como *uxor*⁸⁷⁵.

Assim, segundo Biondi⁸⁷⁶, o concubinato tinha lugar em duas hipóteses: no caso de proibição do matrimônio, surgindo como substitutivo de fato; quando dizia respeito àquelas pessoas com as quais não se cometia *stuprum*. O governador de uma província, por exemplo, não podia casar com uma mulher de sua jurisdição. Ao tempo de Augusto era proibido o casamento dos legionários. Todas essas circunstâncias apontavam como solução o concubinato. A *lex Iulia et Papia*, de início, estabeleceu certas incapacidades matrimoniais de caráter social e, posteriormente, admitiu a possibilidade de convivência aos soldados e

⁸⁷³ Vide FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza. *Concubinato Divorzio Adulterio*, p. 14 e 17. Segundo a autora (p. 18), desde os tempos antigos, uma lei de Numa Pompílio havia distinguido a relação da *paelex* daquela da *uxor*, mas que havia reconhecido e regulamentado, ainda que de forma negativa, o *status* social e jurídico de subordinação da *paelex* em relação à condição mais elevada e de *materfamilias* da *uxor*. Vide ASTOLFI, Ricardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, p. 1. Sobre a matéria vide PEPPE, Leo. *Paelex e Spurius*. In *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne*. Paris 1998. Segundo PALAZZANI, Laura. Cit. p. 31, nota 69, o termo *paelex* é originário do grego. A mesma autora afirma que *paelex* era qualquer mulher que vivesse uma união extramatrimonial. Concubina era uma posição intermediária entre a mulher e a prostituta, da qual se diferenciava pela dignidade e pela honra.

⁸⁷⁴ D.50,16,144. Paulus: Escreve Massúrio no livro Memorial, que para os antigos era considerada *paelex* aquela que, não sendo casada, vivia com alguém, a qual se chamava agora com o nome de amiga, algo mais honesto que concubina. Segundo ASTOLFI, Ricardo. *Il matrimonio nel diritto romano precassico*, p. 2, a *paelex* era qualificada também de *femina probosa*. Sobre o assunto, vide o mesmo autor: *Femina probosa, concubina, mater solitária*. in *Studia et Documenta Historiae Iuris*. Pontificia Universitas Lateranensi, 1965.

⁸⁷⁵ Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*. Vol. IV, p. 109, (nota 676): “Houve mesmo imperadores que depois da morte das suas mulheres, praticaram o concubinato. Aconteceu com Vespasiano e Marco Aurélio. A concubina era, aliás, considerada indispensável aos governadores das províncias, dada a impossibilidade de contraírem matrimônio com mulheres dessas províncias”. Vide FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza, p. 11. Cf. GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*, p. 115. Do original *L'amour à Rome: A acreditar-se em Suetônio, a própria esposa de Augusto, Lívia, escolhia jovens para cuidar dos prazeres do seu marido. Domiciano, mandara fazer no palácio um aposento reservado às concubinas. Cômodo possuía um verdadeiro harém, onde conviviam trezentos homens jovens e trezentas concubinas. Até mesmo um dos mais discretos imperadores, como Antonino Pio, amou uma mulher chamada Lisístrata, liberta da casa imperial, sobre quem mandou colocar no seu epitáfio: “concubina do príncipe”. O próprio imperador filósofo, Marco Aurélio, a quem se faz tantos elogios, após a morte de Faustina, sua esposa, tomou por concubina a jovem Fábía, filha de um procurador da falecida esposa. A jovem desejava casar-se com o imperador que não o fez por respeito aos filhos que tivera com a esposa morta.*

⁸⁷⁶ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano Cristiano*, III, p. 126.

governadores de províncias⁸⁷⁷. Com isso, o concubinato passou a ser considerado quase como uma substituição do matrimônio.

Com essa abertura, o concubinato passou a existir em todas as esferas sociais⁸⁷⁸, apesar de sua situação inferior às justas núpcias. Mas, para que pudesse se consubstanciar, faziam-se mister, também, algumas condições: inexistência de impedimento quanto ao parentesco, sob pena de se constituir uma união nefária ou incestuosa⁸⁷⁹; a união devia ser fundamentada na *voluntas*, ou seja, no consentimento espontâneo das partes, isento de qualquer vício ou violência, o que se presumia se a mulher fosse ingênua ou de bons costumes; por consequência, só podiam unir-se em concubinato as mulheres de condição social inferior, de má fama, escravas manumitidas ou as ingênuas que declarassem formalmente que desejavam viver em tal situação⁸⁸⁰.

A diferença básica entre concubinato e matrimônio estava no consentimento ou na vontade de concretizar a união, não se bastando somente com a convivência⁸⁸¹. O consentimento, na interpretação de Parra Martin, constituía o matrimônio, que aflorava de um simples contrato, cujo cumprimento dependia somente da boa vontade dos contraentes. Sua forma estava fundamentada em interesses particulares, sem ocorrência de nenhuma solenidade pública. Por isso, era tão fácil formá-lo quanto dissolvê-lo, “*un acuerdo de voluntades une a los esposos, un desacuerdo los separa*”⁸⁸². Dessa forma, na visão que se pode interpretar da citada autora, para os cônjuges, essa união era perfeita. Já para a sociedade, pode dizer-se que não existia, em razão da falta de intervenção de um sacerdote ou magistrado que lhe desse um caráter público. Porém, por mais paradoxal que seja, era a partir dessa circunstância e

⁸⁷⁷ Cf. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 77: “O matrimônio do militar foi proibido para favorecer a disciplina. Mas nos finais do séc. II esta proibição foi revogada. Vide D’ANGELI, Fiorella, cit. p. 45.

⁸⁷⁸ Segundo ALINE ROUSSELLE. *A política dos corpos: entre a procriação e a continência em Roma*. In História das mulheres. Vol I. A antiguidade, cit. p. 382s: “As esposas da alta sociedade romana não viam inconveniente nas relações dos seus maridos com escravas e concubinas. Eram elas próprias, por vezes, que escolhiam essas sócias. Roma tinha criado um direito de concubinato que regia as obrigações dessas mulheres, copiando-as pelas das esposas: a mesma idade exigida para uma ligação oficial, doze anos; fidelidade obrigatória; vestiam-se como as esposas legítimas, mas manifestavam, ao cobrirem o corpo e a cabeça, sua pertença a um cidadão”.

⁸⁷⁹ O mesmo impedimento referente às justas núpcias determinava que não podiam casar os parentes na linha reta. Na linha colateral, até a república o sexto grau; posteriormente, após, o quarto grau. Segundo GAIO (1,64), o casamento realizado por pessoas nessa condição constituía núpcias nefárias ou incestuosas, não se considerando que tenha muher nem filhos.

⁸⁸⁰ Vide PARRA MARTIN, Ma. Dolores. Cit. p. 243.

⁸⁸¹ Cf. D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 53, “*i giuristi classici erano indotti ad assumere come criterio distintivo tra moglie e concubina la destinatio animi, il dilectus, l’ affectio maritalis cioè la volontà continua ed effettiva di essere reciprocamente uniti in matrimonio legittimo*”. Vide PALAZZANI, Laura. Cit. p. 32.

⁸⁸² PARRA MARTIN, Ma. Dolores. Cit. p. 242; Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano Cristiano*, III, p. 126. O matrimônio podia dissolver-se pelo divórcio, mas concretamente importava uma relação permanente, tanto que se definia como *consortium omnis vitae* ou *individua vitae consuetudo*, enquanto o concubinato, sendo uma relação meramente de fato, existia pelo tempo que perdurasse a união. Cf. FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza, p. 11, “*Il concubinato (...) era unione di mero fato e in tanto esisteva quanto esisteva il fato.*”.

momento que a lei acolhia e a religião doméstica santificava o matrimônio, quando se estabelecia o *consortium omnis vitae*, como se deflui da definição de Modestino, encontrada no Digesto⁸⁸³.

Contrariamente, o concubinato não tinha esse objetivo que o matrimônio materializava. Não tinha, a princípio, fundamento na religião, mas nos *mores*⁸⁸⁴ e talvez, por isso não recaía sobre os concubinos nenhuma penalidade⁸⁸⁵. Contudo, não era uma simples relação eventual, visto que devia existir vida em comum, de conhecimento de todos. A própria sociedade considerava uma união lícita, desde que fosse duradoura e não se tivesse mais de uma concubina, estabelecendo, assim, uma similitude com o *consortium* e a monogamia do matrimônio⁸⁸⁶.

Numa tentativa de coibir os abusos e restabelecer a dignidade da família, bem como o significado e o valor do matrimônio, levando-o a ser um instrumento de consolidação dos poderes de Roma sobre os povos subjugados, e visando ainda a aumentar o número de cidadãos nascidos de uniões legítimas⁸⁸⁷, Augusto, no início do Império, tentou realizar uma reforma sóciopolítica e moral dos costumes e do direito matrimonial. Nesse sentido, elaborou as Leis *Iulia de Adulteriis Coercendis* (18 a.C.), *Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 a.C.) e *Iulia Papia Poppaea de Nuptialis* (9 d.C.). As duas últimas ficaram conhecidas pelos romanos como *Lex Iulia et Papia Poppaea*⁸⁸⁸, que estiveram em vigor durante toda a época clássica.

⁸⁸³ D. 23,2,1. Vide nota 342.

⁸⁸⁴ D.45,1,121,1.

⁸⁸⁵ Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Vol. III. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1954, p.125s, “*Nel mondo pagano il concubinato sta fuori il diritto: o è indifferente per la lege, o è considerato sotto l’aspetto negativo, in quanto restano escluse talune sanzioni. (...) si concepisce come manifestazione della libertà dell’individuo; non sono nè regolate nè proibite dalla lege, ed i figli seguono la sorte degli spurii o vulgo quaesti*”.

⁸⁸⁶ Vide PARRA MARTIN, Ma. Dolores. Cit. p. 242; PALAZZANI, Laura. Cit. p.30.

⁸⁸⁷ Cf. FAYER, Carla. *La família romana*. Parte terza, p. 17. “*(...) nella società romana si registrava una crescente diminuzione dei matrimoni legittimi, da una parte, e un aumento dei divorzi e degli adulteri, dall’altra, mentre si diffondevano sempre piu i concubinati;*” Vide D’ANGELLI, Fiorella. Cit. p. 40; VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p. 58.

⁸⁸⁸ Cf. CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1298: “Embora apareça citada assim nas fontes, em rigor não se trata de uma única lei, mas de duas: *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 a.C.) e *Lex Papia Poppaea* (09 d.C)” O mesmo autor acrescenta que, segundo VOLTERRA, Edoardo. *Matrimonio (Diritto Romano)*, p. 768, a *Lex Papia Poppaea* integra as disposições da *lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, sendo impossível a reconstituição separada das mesmas. Segundo PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*, (Turim, 1991), p.400, essas duas leis teriam sido fundidas ainda no tempo de Augusto, numa espécie de texto único. *Simili modo*, ASTOLFI, Ricardo. *La lex Iulia et Papia*, p. 325, salienta que as normas da *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* e da *Lex Papia Poppaea Nuptialis*, relativas ao encargo matrimonial e à procriação foram coligadas entre si e reunidas pelas disposições caducárias em um conjunto que a jurisprudência denominou *Lex Iulia et Papia*. São o resultado final da política demográfica de Augusto. Vide MOREIRA ALVES, Jose Carlos. *Diritto romano*. II, p. 320; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 139; MIGUEL FALCÃO. Cit. p. 11; ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império*, p. 336; CID, Nuno de Salter. Cit. p.103.

A *lex Iulia de Adulteriis Coercendis* visava a defender a moral familiar e a incentivar as justas núpcias, declarando ilícita toda união extramatrimonial, que era, por isto mesmo, punida como estupro ou adultério, considerados crimes⁸⁸⁹ Elencava uma série de mulheres *in quas stuprum non committitur*⁸⁹⁰: as escravas, as atrizes, a mulher condenada em juízo público, a adúltera, a meretriz, a mulher de baixa condição social ou *obscuro loco nata* (era principalmente aquela cujo pai ou mãe exercessem uma *ars ludica*, isto é, atividade circense ou teatral)⁸⁹¹, as alcoviteiras e as libertas. Com qualquer dessas pessoas, era lícito viver em concubinato sem cometer crime, porquanto com elas o matrimônio era impossível⁸⁹².

Segundo Vieira Cura⁸⁹³, a *Lex Iulia de Adulteriis*, ao indicar as mulheres com as quais o estupro não se verificava, não operou o reconhecimento jurídico do concubinato. Limitou-se apenas a excluir a natureza criminosa a qualquer união sexual fora do matrimônio entre um homem e uma dessas mulheres. Se, numa união desse tipo, estivesse envolvida uma mulher ingênua e honesta haveria lugar à competente punição (como *stuprum*). Contrariamente, toda relação sexual fora do casamento com uma mulher livre (exceto a liberta em concubinato com os senadores)⁸⁹⁴ constituía estupro e não adultério, como se deflui de texto de Modestino, encontrado no Digesto: “*Stuprum committi qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continete, excepta videlicet concubina*”⁸⁹⁵.

A *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* dimensionava o casamento, ao defender a moral familiar, considerando ilícita toda união extramatrimonial, punindo-a como adultério e como

⁸⁸⁹ Cf. D'ANGELI, Fiorella. Cit. p.47: “L’adulterium e lo stuprum un tempo vietati dai boni mores e ritenuti dal costume come fati riprovevoli che interessavano solo la famiglia e non lo Stato, venivano considerati per la prima volta dalla lege come crimina perseguibili con pene publiche consistenti per l’adultera nel confisca di meta della dote e di un terzo dei beni, per il complice nella confisca di meta del patrimonio a qui se aggiungeva per entrambi la relegatio, cioè una specie di esilio o di domicilio coato anche temporário in un isola”. O *stuprum* e o *adulterium*, preconizados pela *Lex Iulia*, não tinham o significado hodierno de violência e infidelidade conjugal, mas de ilicitude da relação extramatrimonial. Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 231; Segundo CURA, António A. Vieira. Cit. p. 1297, nota 10, “em sentido estrito, *stuprum* referia-se às relações sexuais com mulher não casada, virgem ou viúva, independentemente do uso da violência; quando fosse utilizada a violência teria aplicação a pena da *lex Iulia de vi publica*. Vide PALAZZI, Laura. Cit. p.27; No mesmo sentido, VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p. 6: “La unión de hecho con una mujer honesta es severamente castigada por la lex Iulia, considerando-se tal situación como *stuprum*”; SANTOS JUSTO, Antonio dos. *Direito privado romano*, IV, p. 110.

⁸⁹⁰ DANTE GEMMITI. *Il concubinato nel diritto romano e giustiniano*, p. 12. Vide D.25.7.1.1. Nota 849; D.48,5,34,1: *Adulterium in nupta admittitur, stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur*. (Se comete adultério em mulher casada e se comete estupro em viúva, em donzela e em jovem).

⁸⁹¹ Cf. D. 25,7,3: *obscuro loco nata* é a que nasceu de obscura linhagem, entendimento mais abrangente que a expressão utilizada no direito clássico. Vide MIGUEL FALCÃO. Cit. p. 11.

⁸⁹² Vide CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit p. 1298, notas 11 e 12; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*, IV, p 110.

⁸⁹³ *Ibidem*. p.1312.

⁸⁹⁴ PEPE, Leo. Cit. p. 57.

⁸⁹⁵ D.48,5,34: “Comete estupro o que por trato, não em razão de matrimônio, tem uma mulher livre, excetuando-se, por suposto, a concubina”.

estupro⁸⁹⁶. Estabelecia que os homens dos 25 aos 60 anos e as mulheres dos 20 aos 50 deveriam se unir em matrimônio ou se vincular pelo noivado⁸⁹⁷. Essa disposição se aplicava, também, às viúvas e divorciados, a quem era concedido um breve período de tempo para se adaptarem à nova legislação. Para mitigar o rigor da legislação, foi concedido pelo senado e, posteriormente, pelo Imperador o *ius liberorum* à mulher ingênua, mãe de três filhos e à liberta, mãe de quatro filhos⁸⁹⁸, bem como a determinadas pessoas que não se encontrassem nas condições estabelecidas pela lei. Aqueles que não cumprissem esse dispositivo legal eram considerados celibatários⁸⁹⁹ e estavam sujeitos a diversas penas patrimoniais, referentes à exclusão de testamento e herança⁹⁰⁰.

A *Lex Iulia Papia Poppaea Nuptialis* proibia que algumas uniões se considerassem legítimas. Dizia respeito, sobretudo, à mulher viúva ou de alta condição social⁹⁰¹, objetivando também, uma política demográfica eficaz, incentivando o casamento e a procriação. Contudo, essa legislação, na sua complexidade, restou bem longe de materializar os objetivos visados pelo imperador⁹⁰². As uniões ilegítimas não diminuíram e os divórcios, bem como o adultério,

⁸⁹⁶ Vide GEMMITI, Dante, cit. p. 12; Cf. PARRA MARTIN, Ma. *Dolores*. Cit. p. 239. As leis matrimoniais de Augusto: *Iulia et Papia* e a *Iulia de Adulteriis* “contribueron a su difusión aunque imponían una serie de prohibiciones con respecto a determinadas mujeres de condición baja o deshonestas”; Vide VIEIRA CURA, A. Alberto. Cit. p. 1297s; D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 46.

⁸⁹⁷ Segundo ASTOLFI, Ricardo. *La Lex Iulia et Papia*. 4 ed. Milão: Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 3, considerando que o matrimônio era precedido pelo noivado e este era o prelúdio daquele, o encargo imposto era correspondente. A equiparação dos noivos aos cônjuges encontra precedente na *Lex Cincia de Muneribus* (204 a.C.) e parece constituir um critério geral da *Lex Iulia et Papia*. Segundo o mesmo autor, (p.3), é provável que existisse uma disciplina que resguardasse as pessoas incapazes de procriar por razões fisiológicas. Não se tem, contudo, dados textuais certos para estabelecer qual teria sido essa disciplina e se era determinada pela lei ou pela jurisprudência.

⁸⁹⁸ Segundo FAYER, Carla. *La familia romana*. Parte prima, p. 56, o *ius liberorum* concedido à mulher ingênua e à liberta, em razão do número de filhos, tinha por objetivo libertá-las da *tutela perpetua mulierum*.

⁸⁹⁹ Vide GAIO 2,111.

⁹⁰⁰ GAIO 2,144; Cf. ASTOLFI, Ricardo. *La lex Iulia et Papia*. Cit. p. 327: O fim demográfico era perseguido induzindo os cidadãos ao matrimônio e ao dever da procriação. Para tal fim impunham-se limitações ao que era privado de filhos e atribuíram-se prêmios ou vantagens a quem os tinha. A limitação fundamental consistia na redução da *capacitas* dos cônjuges privados de filhos à metade do legado ou a um décimo da herança. GAIO 2,286a: *Itam orbi, qui per legem Papiam (ob id quod liberos non habent) dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt*. (As pessoas sem filhos, por esta razão, perdem, pela *Lex Papia*, a metade das heranças e legados). Ressalta MIGUEL FALCÃO (cit. p. 11) que o interesse fiscal apressou a aplicação da lei, porquanto a restrição hereditária (*capacitas*) que afetava os celibatários e os casados sem filhos, produzia a perda de certas porções hereditárias, que em muitos casos revertiam ao erário. Cf. CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega Cit. p. 23: As leis *Iulia de Maritandis Ordinibus* e *Papia Poppaea* “preveen como sanciones indirectas y como estimulo a la procreación graves desventajas pra los célibes y casados sin hijos, sobre todo em el ámbito del derecho de sucesiones, concediendo prêmios y ventajas a los matrimônios proléferos”. Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 139.

⁹⁰¹ Vide item 2.5.3. Outros Impedimentos. Cf. MIGUEL FALCÃO. Cit. p. 34: “Com la legislació augustea, sólo los casados com prole conservaron la plenitud de los derechos sucessórios”. Segundo o mesmo autor, somente os unidos em *iustae nupriae* podiam ser contemplados com a *bonorum possessio unde vir et uxor* e serem admitidos na sucessão *ab intestato*.

⁹⁰² Cf. D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 50, citando LANDUCI, L. *Storia del diritto romano dele origini fino ala morte di Giustiniano*. Verona-Padova, 1898, p. 625, as leis de Augusto encontraram obstáculos na sua aprovação nos comícios e na dificuldade imensa de sua aplicação. Cf. JUSTO, António dos Santos. *O divórcio no direito*

não somente continuaram, mas também aumentaram. É que, embora severa, a lei isentava de seus efeitos determinadas pessoas que podiam vivenciar uma relação de concubinato sem incorrer em sanção⁹⁰³, desde que existisse uma convivência estável, *more uxorio*, do homem e da mulher⁹⁰⁴.

Isto se fundamentava no fato de que, muitas vezes, o homem tinha como concubina aquela que não podia ser sua *uxor*, em razão da inexistência ou gozo do *ius connubii*⁹⁰⁵. Socialmente, passava a ser uma relação honrosa, como se deflui do Digesto: “(...) *quippe quum honestius si patrono libertam concubinam quam matremfamilias habere*”⁹⁰⁶. Assim, embora fosse concubina, nas palavras de Miguel Falcão, “reconhecia-se à liberta a dignidade de matrona ou *materfamilias*”⁹⁰⁷. Para a Igreja, segundo o mesmo autor, essa união era bem vista. Mas o mesmo não se poderia dizer dos outros concubinatos em que faltava esse caráter social de honorabilidade, tão irrelevante para o direito clássico, como as relações sexuais passageiras⁹⁰⁸.

Dessa forma, as leis caducárias de Augusto deram um caráter legítimo ao concubinato. Assim de uma união de fato, sem nenhuma consequência jurídica, a mulher concubina terminou por ter proteção⁹⁰⁹. Vega de Miguens corrobora essa visão, ao dizer: “*Dadas las*

romano. Algumas referências à sua evolução histórica e ao direito português, p. 157: A legislação de Augusto não atingiu os objetivos colimados, não diminuindo a prática abusiva dos divórcios, nem elevando a dignidade do casamento.

⁹⁰³ Cf. GEMMITI, Dante. Cit. p. 17: Essa lei, nos seus objetivos, “*poneva un freno al dilagare dei divorzi; fissava premi per i coniugati con riferimento al numero dei figli; eliminava alcuni impedimenti, riconoscendo espressamente la legittimità delle nozze tra ingenui e liberti, pur mantenendo il divieto de matrimonio tra senatori o i loro discendenti e le liberte; vietava, infine, il celibato – già condannato dai boni mores – agli uomini non ancora sessantenni e alle donne non ancora cinquantenni con gravi sanzioni in caso di inottemperanza*”. As sanções, segundo D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 50, referiam-se à perda da capacidade de adquirir heranças ou legados (que, se tivessem sido recebidos, deveriam ser devolvidos aos herdeiros chamados por testamento e, na falta destes, ao Estado).

⁹⁰⁴ Vide GEMMITI, Dante. Cit. p. 14; CASTELLI, Guglielmo. *Concubinato*, p. 59. A partir de Augusto, passaram a existir sanções aplicáveis às relações extramatrimoniais tipificadas como adultério, incesto e estupro. Em sentido contrário, encontra-se no D. 25,7,3,1: *Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur; nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo Digestorum scripsit*. (E não se comete adultério pelo concubinato, porque como o concubinato tomou este nome das leis, está fora da pena da lei, segundo escreveu Marcelo no livro sétimo do Digesto).

⁹⁰⁵ Vide nota 903; SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 185.

⁹⁰⁶ D. 25,7,1: pr. “(...) porque verdadeiramente é mais honroso para o patrono ter a liberta como concubina, que como *materfamilias*”.

⁹⁰⁷ FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*, p. 11.

⁹⁰⁸ *Ibidem*. p. 11; D.23,2,41: “*Probrum intelligitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent, vulgoque quaestum facerent etiamsi non palam*”. (Entende-se que há desonra também naquelas mulheres que vivem torpemente, e com todos fazem ganância, mesmo não publicamente”). D. 23,41,1: “*t si qua se in concubinato alterius, quam patroni tradidisset; matrisfamilias honestatem habuisse eam dico*”. (E se alguma se houver entregado em concubinato de outro, que não de seu patrono, digo que não teve ela a honestidade de *materfamilias*).

⁹⁰⁹ Cf. PARRA MARTIN, Ma. Dolores, Cit. p. 243: “*Las concubinas no participaban de la dignidad del compañero, no existía vínculo perpetuo, ni dote, ni donación propter nuptias, ni se aplicaban las disposiciones que regulaban el regime de los casados la ley no otorga en esta unión el título de vir y uxo, no se aplicaba tampoco la sucesión ab intestato*”; Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. III, p. 126: A *Lex Iulia et Papia*

prohibiciones para contraer matrimonio entre senadores y libertas o mujeres de teatro, entre ingenuos y mujeres ignominiosas, entre gobernadores y mujeres de la provincia a su cargo, el concubinato se defunde notablemente sobre todo en la sociedad imperial”⁹¹⁰. Portanto, não obstante as controvérsias, o concubinato difundiu-se entre todas as classes, nomeadamente nas mais elevadas, deixando de ser uma união volúvel e transitória, ao assumir características ético-sociais distintas das uniões meramente acidentais e voluptuosas. Assemelhava-se ao matrimônio⁹¹¹, como consequência indireta, mas definitiva, da legislação de Augusto⁹¹². Dessa forma, adquiriu relevância jurídica, elevando-se da simples relação social a instituto jurídico⁹¹³.

Mas os filhos não estavam sujeitos à *patria potestas* nem do pai nem da mãe concubinos. Do pai, porque a potestade se originava das justas núpcias⁹¹⁴; da mãe porquanto, como mulher, não gozava desse poder doméstico. Então, já nasciam *sui iuris*. Eram filhos naturais conforme assinala Parla Martin: “*Se consideran naturales, seguían el nombre y la condición de la madre, gozando de los derechos que daba la cognación*”⁹¹⁵. Era a consequência

Poppaea, ao estabelecer uma incapacidade social como impedimento para o casamento dos soldados e governadores de províncias, considerou o concubinato quase como um substitutivo de fato do matrimônio.

⁹¹⁰ VEGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de la. Cit. p.63.

⁹¹¹ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 232.

⁹¹² Segundo BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 231. Na opinião de vários autores, a elevação do concubinato a instituto social não foi obra de Augusto, que não se referia ao concubinato senão para isentá-lo da pena de *stuprum* na *Lex Iulia de Adulteriis* e para distingui-lo do matrimônio na *Lex Iulia et Papia Poppaea*. Cf. FAYER, Carla. *La familia romana*. Parte terza, p. 20: O concubinato, embora bastante frequente na época republicana, teve uma maior difusão na era de Augusto. D’ANGELI, Fiorella. Cit. p.52, faz referência que a uma antiga opinião, segundo a qual o concubinato foi elevado a instituto jurídico ao tempo de Augusto, é amplamente criticada pela moderna doutrina romanista. Segundo CASTELLI, Guglielmo. *Il concubinato e la legislazione augustea*, p. 53, é pacífico entre os historiadores romanistas que o concubinato foi contemplado pela legislação de Augusto. Contudo, quando se passa a reconstruir o pensamento desse imperador, as opiniões se bipartem: há os que sustentam que o instituto recebeu de Augusto uma verdadeira e própria sanção legal; os que entendem ser o concubinato, ao invés de um instituto jurídico, uma relação de fato, reduzindo a intervenção do príncipe a termos mais modestos. Augusto teria se manifestado sobre o concubinato somente para isentá-lo da pena de *stuprum*, na *Lex Iulia de Adulteriis*; e para distingui-lo do matrimônio na *Lex Iulia de Papia Poppaea*.

⁹¹³ Vide FAYER, Carla. *La familia romana*. Parte terza. Cit. p. 20. O entendimento parece não ser pacífico. Segundo a autora, alguns estudiosos se mostram, em parte, propensos a concordar que a legislação augustea fazia referência ao concubinato, sobretudo para isentá-lo da pena de estupro na *Lei Iulia de Adulteriis*, e para distingui-lo do matrimônio na *Lei Iulia de Papia Poppaea*. Mas a teoria majoritária, seguida pelos historiadores do direito romano, sustenta que a essa legislação não só não teria reconhecido, mas sequer mencionava o concubinato. A propagação dessa mera relação de fato parece, contudo, ser uma consequência dessa legislação matrimonial, ao elencar expressamente na *Lex Iulia de Adulteriis* uma série de mulheres com as quais *stuprum non committitur*. Vide PUCCINI-DELBEY, Géraldine. Cit. p.72.

⁹¹⁴ Vide Lei das XII Tábuas, IV, 1-4; Gaio 1,55; I.1,9 (notas 57 cap. I e 918 infra).

⁹¹⁵ PARRA MARTIN, Ma. Dolores. Cit. p. 245; Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Vol. III, p 126, “(...) ed il figli seguono la sorte degli spurii o vulgo quaesti”; Cf. FAYER, Carla. *La familia romana*. Parte terza. Cit. p. 11: *la donna non partecipava al rango e alla dignità sociale dell’uomo ed suoi figli erano illegitimi*”; Cf. D’ANGELI, Fiorella. Cit. p.54, a condição dos filhos nascidos fora do matrimônio era disciplinada pelo *ius gentium* e por princípios gerais que se aplicavam em dois sentidos: entre o pai e o filho natural não havia direito algum, nem de alimentação, nem de sucessão; entre a mãe e o filho havia todos os direitos e não se diferenciava em nada dos filhos legítimos. Vide MIGUEL FALCÃO. Cit. p. 33.

do *iniustum matrimonium* que, na visão de alguns romanistas, entre eles Perozzi⁹¹⁶, não produzia nenhum efeito jurídico. A esse respeito, esclarece Miguel Falcão,

*“Tal matrimonio por no estar de acuerdo con el derecho (iniustum), non merece que deriven de él las consecuencias jurídicas propias del iustum matrimonium; pero admite una gana en la sanción civil, que permite matizar la gravedad de las infracciones”*⁹¹⁷.

Existe controvérsia, contudo, quanto à potestade existente sobre os filhos nascidos dessa união. A partir de uma decisão de Marco Aurélio, os filhos nascidos das *iniustae nuptiae* não nasciam sob a *patria potestas*. Esse fundamento era encontrado nas Instituições de Gaio e de Justiniano: *“In potestate nostram sunt liberi nostri, quos iustis nuptis procreavimus”*⁹¹⁸.

2.11.2.3 Concubinato no período pós-clássico

Na época pós-clássica, a partir de Constantino⁹¹⁹, essa situação se modificou e foi atenuada com a possibilidade da legitimação dos filhos pelo subseqüente casamento dos pais⁹²⁰. Referia-se, contudo, somente aos filhos naturais, não contemplava os *spurii*, isto é, os nascidos de uma relação condenada pela lei⁹²¹. Era a influência cristã sobre o *ius romanum*.

O cristianismo, no início, favoreceu o concubinato. Foram atribuídos efeitos jurídicos a essa relação, preservando-se certos requisitos, tais como a monogamia e os impedimentos pertinentes ao parentesco e à afinidade. Contudo, isto não significava favorecimento aos concubinos. Tinha como objetivo a preservação dos interesses dos filhos. Além disso, dado o seu caráter de estabilidade, a legislação cristã não tinha razão para rejeitá-lo⁹²². No Código Teodosiano, estabeleceu-se uma distinção entre o concubinato e a mera união de fato. Passou a ser considerado uma *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii*, um

⁹¹⁶ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*, p. 339.

⁹¹⁷ FALCÃO, Miguel. *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social em el Imperio Romano*, p. 28.

⁹¹⁸ GAIO. 1,55: I.1,9: “Os filhos que temos procriado das justas núpcias estão sob o nosso poder”.

⁹¹⁹ Constantino aboliu algumas disposições das leis de Augusto sobre as uniões de fato, considerando o concubinato um quase-matrimônio, com semelhantes requisitos referentes à monogamia, puberdade e impedimentos atinentes ao parentesco e à afinidade. Vide ROBLES VELASCO, Luis Mariano. Cit. p. 65.

⁹²⁰ À época de Justiniano, a legitimação somente era possível, se a mãe fosse livre; se, por ocasião do nascimento da criança, o casamento dos pais tivesse sido possível (impedindo, assim, a legitimação dos filhos adúlteros e incestuosos); se o filho consentisse ou não se opusesse ao ato; e, ainda, se fizesse um documento dotal para caracterizar a substituição do concubinato pelo casamento legítimo. Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 198; Vide OLLIS ROBLEDA. Cit. p. 235.

⁹²¹ C.5,27,5; C. 5,77,9; D.27,6,1; Vide OLLIS ROBLEDA. Cit. p.233.

⁹²² BIONDI, Biondo. *Istituzioni*, p. 574. Vide FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*, p. 11.

casamento inferior entre pessoas de condição social diferente, mas do qual resultavam consequências jurídicas⁹²³.

Posteriormente, a nova doutrina o combateu, levando os imperadores cristãos, a partir de Constantino, a reprimir e suprimi-lo, obrigando o concubino a escolher entre a convivência com a concubina e seus filhos ou transformar o concubinato em matrimônio⁹²⁴. Assim, nas palavras de Bonfante, “*per la prima volta il concubinato ha um vero e proprio riconoscimento giuridico e figli di concubina si distinguono dagli spurii o vulgo concepti con l’epiteto de liberi naturales*”⁹²⁵. Na concepção de Fiorella D’Angeli⁹²⁶, dessa forma, pela primeira vez, a relação concubinária estava expressamente contemplada pela legislação, mas no sentido negativo, isto é, como união ilícita, porque extramatrimonial. A intenção dos imperadores cristãos era extinguir essa união, utilizando dois procedimentos: por um lado, buscavam deteriorar a posição da concubina e seus filhos, por outro, facultavam a transformação do concubinato em matrimônio⁹²⁷.

Constantino buscou suprimir o concubinato, contrário à moral cristã, pela transformação dessa união livre em casamento, isto é, em união duradoura entre um homem não casado e sem filhos de justo matrimônio e uma concubina ingênua, desde que a intenção daquele fosse tomá-la como mulher legítima. Como consequência, ocorria a legitimação dos filhos havidos antes, em razão do subsequente casamento dos pais, que passavam a exercer sobre eles a *patria*

⁹²³ SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*, p. 186.

⁹²⁴ Cf. CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1316: Em termos gerais, “essas medidas são frutos de uma tensão entre duas tendências aparentemente antagônicas; de um lado, a manifesta hostilidade pelo concubinato (determinado pelo cristianismo, através da outrina dos Santos Padres, cuja influência se fazia sentir no Ocidente) que conduziu, em primeira linha, a adopção de medidas de natureza puramente repressiva ou destinadas a tornar o concubinato não atractivo e, em segunda linha, a criação e mecanismos tendentes à transformação dessa união de facto em matrimônio e à legitimação dos filhos dela nascidos”. Vide JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.111. Segundo, ainda, CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatus) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1317, a legislação de Constantino referente ao concubinato, não obstante a indiscutível inspiração cristã, talvez não fosse alheia à vda particular e familiar do Imperador que, antes do seu casamento, teve uma concunina, Minervina, de quem teve um filho, Flavius Iulius Crispus, proclamado César em 01 de novembro de 517 e cônsul em 321. Seu filho legítimo Flavius Claudius Constantinus, em 326, seria executado por ordem do próprio Imperador, possivelmente em razão de uma relação adúltera com Fausta, sua madrastra que seeria executada, juntamente com o amante.

⁹²⁵ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 223. Cf. FAYER, Carla. *La familia romana. Parte terza. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p. 29: “*Ostilità verso il concubinato presentano invece gli imperatori cristiani da Constantino in avanti, nel duplice tentativo, secondo la communis opinio, di sopprimelo con misure sfavorevoli nei confronti della concubina e dei suoi figli o di favorirne la trasformazione in un’unione matrimoniale*”.

⁹²⁶ D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 62.

⁹²⁷ Esse movimento começou com Constantino que, na tentativa de combater o concubinato como união extramatrimonial, dentre as medidas desfavoráveis à concubina e sua prole, vetou a adoção dos *naturales liberis* e priorizou o interesse e proteção dos mesmos através da legitimação pelo subsequente casamento dos pais, transformando assim o concubinato em matrimônio legítimo. Vide CID, Nuno de Salter. Cit. p. 108.

*potestas*⁹²⁸. A Igreja, por sua vez tornou-se hostil ao concubinato e a qualquer união extramatrimonial, considerados como pecado, como salienta Carla Fayer:

*“I Padri della Chiesa erano decisamente ostili al concubinato pagano, soprattutto inteso come unione poligâmica, temporanea e risolubile liberamente e che poteva coesistere con il matrimonio, ma pure inteso come unione duratura e monogamica, e lo condannavano come peccato”*⁹²⁹.

Na visão de Biondi⁹³⁰, à medida que se afirmava o caráter sacramental do matrimônio, o dualismo entre matrimônio e concubinato, clara manifestação da antiga liberdade no campo das relações sexuais, era renegado energeticamente pela Igreja. Assim, aquelas razões que poderiam, na prática, contribuir para a propagação do concubinato diante das leis de Augusto, não eram aceitas pela Igreja. Nesse sentido, complementa: *“Qualunque unione o è matrimonio, cioè sacramento, oppure è illecita. Dunque: o matrimonio o peccato”*. Mas a doutrina da própria Igreja não era convergente. O clima criado pela patrística referente ao concubinato não resultou numa adequada tradução nos decretos e cânones conciliares⁹³¹. As constituições apostólicas dispunham que a concubina, se fosse escrava, devia ser abandonada; se fosse uma pessoa livre, devia ser desposada. Graciano atribui a Santo Ambrósio o princípio que considerava adultério qualquer união com mulher que não fosse a própria esposa⁹³².

Outra corrente, no entanto, distinguia o concubinato da concubinagem, que era o concubinato pagão, união temporária que podia coexistir com o matrimônio, mas sempre considerada pecado. Era diferente da relação que apresentava um caráter estável e indissolúvel, ainda que não fosse matrimônio por faltar a bênção nupcial que, naquele tempo, não era elemento essencial para a celebração. Contudo, era considerada uma união lícita, equiparada, sob determinados aspectos, ao matrimônio, nomeadamente pela proteção aos filhos, que não tinham culpa pelo procedimento dos genitores⁹³³. Segundo Biondi, Santo Agostinho combateu o concubinato enquanto união temporária e resolúvel, quando coexistia com o casamento. Porém, justificou a união que apresentava os caracteres fundamentais do matrimônio: estabilidade, indissolubilidade e monogamia⁹³⁴.

⁹²⁸ CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1319.

⁹²⁹ Cf. FAYER, Carla. *La família romana. Parte terza. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p. 28.

⁹³⁰ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano Cristiano*, III, p. 127.

⁹³¹ Vide FAYER, Carla. *La família romana. Parte terza. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p. 28.

⁹³² *Ibidem*.

⁹³³ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano Cristiano*, III, p. 128

⁹³⁴ *Ibidem*.

Nos cânones atribuídos a Santo Hipólito⁹³⁵ estabeleceu-se que o homem não podia repudiar a concubina para esposar outra mulher, estendendo assim ao concubinato o princípio da indissolubilidade do matrimônio. Recomendava-se ao catecúmeno⁹³⁶ que se cassasse segundo a lei e os costumes, ou seja, adotasse o justo matrimônio, descartando o *iniustum matrimonium* e, muito mais, a união concubinária que era sempre reprovável⁹³⁷. Contudo, a licitude do concubinato que apresentava os caracteres fundamentais do matrimônio foi reconhecida abertamente pelo primeiro Concílio de Toledo, realizado em 435, sob os imperadores Arcádio e Honório. Apesar disso, continuou persistindo o pensamento dos primeiros tempos, segundo o qual a união que não fosse matrimônio era considerada pecaminosa⁹³⁸.

Esse pensamento doutrinário cristão de tão grande significado repercutiu-se sobre a legislação, de tal forma que o concubinato disciplinado pelas leis dos imperadores cristãos, diferenciava-se da concepção pagã. Com isso, aproximava-se da situação contemplada e tolerada pela Igreja, repugnando essa relação que, se antes era sinonímia da liberdade, passava a ser considerada fornicção. Essa reação teve início com Constantino, como comprovam vários textos da época⁹³⁹. E assim, o concubinato, no sentido pagão, passou a ser considerado ilícito e, por consequência, sujeito à sanção. *Ad exemplum*, a doação feita à concubina ou a seus filhos, foi revogada em favor dos descendentes, dos ascendentes e colaterais, e, na falta deles, do fisco. A concubina que se recusasse a restituir a doação estava sujeita à tortura. E mais: se aquele a quem se devia a restituição se negasse a recebê-la, em razão de pacto ou juramento, perdê-la-ia para o fisco, acrescida do quádruplo⁹⁴⁰. Nas palavras de Biondi, “*la legislazione successiva*,

⁹³⁵ Trata-se da “*Traditio apostólica*” (218), obra de Santo Hipólito, antipapa e mártir, em que o autor reúne certo número de costumes seguidos pelos cristãos de Roma. Cf. FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*, p. 16: “Segundo a *Traditio*, aos que se apresentam para serem admitidos à preparação do batismo deve-se-lhes perguntar se têm mulher. Se um homem tem mulher ou se uma mulher tem marido, ensina-se-lhes a contentar-se, o marido com a sua mulher e a mulher com o seu marido. Se alguém não vive com mulher, ensinar-se-lhe-á a não fornicar, mas a casar-se segundo a lei ou a permanecer como está”.

⁹³⁶ Catecúmeno: aquele que era instruído e se preparava para o batismo. O vocábulo se origina do grego e significa: “instruído de viva voz”, aquele que está sendo catequizado. No início da era cristã, a maioria que queria se batizar era constituída de adultos e recebia o sacramento durante a noite pascal. Com bastante antecedência os candidatos ao batismo, chamados de catecúmenos, eram gradualmente introduzidos na vida da Igreja por certos ritos que incluíam exorcismos, unções, orações, explicações da Sagrada Escritura etc. O padre Alexander Schememann, no livro consagrado ao batismo da água e do espírito (*Of water and the spirit*), observa que o ofício atual do batismo, relativamente curto, é tudo o que subsistiu de tal preparação, que podia durar de um a três anos”.

⁹³⁷ Vide FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*, p. 16.

⁹³⁸ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, p. 130.

⁹³⁹ C. Theod. 4,6,1; C.5,27,1; C.27,5; Vide FAYER, Carla. *La familia romana*. Parte terza. *Concubinatio. Divorzio. Adulterio*, p. 29; CURA. Antônio A.Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1323.

⁹⁴⁰ BIONDI Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 130

sempre in ordine alle incapacità dei figli e della concubina oscila tra la severità e la mitezza”⁹⁴¹.

Os imperadores Valentiniano I, Valente e Graciano, em 371, buscaram amenizar o rigor da lei de Constantino, permitindo aos pais, através de doação *inter vivos* ou por testamento, destinar aos filhos naturais e à concubina um doze avos dos próprios bens, quando não houvesse filhos legítimos ou genitores, e até um quarto do patrimônio na ausência destes⁹⁴². Em 397, Arcádio e Honório confirmaram e até agravaram a legislação de Constantino, declarando a incapacidade de os filhos da concubina receberem qualquer doação de seus pais. Em 405, os mesmos imperadores revogaram a Constituição de 397 e colocaram em vigor as disposições de Valentiniano, Valente e Graciano, que foram reconfirmadas, em 418, por Teodósio II e Valentiniano III⁹⁴³.

Em 477, uma Constituição de Zenão, acolhida no Código de Justiniano, considerou o caso da mulher ingênua que vivia em concubinato com homem que não era casado, nem tinha prole legítima de anterior matrimônio. A legislação estabeleceu que, nesse caso, ele podia contrair núpcias legítimas com a sua concubina, além de tornar os filhos nascidos dessa união *sui e in potestatis patris*. Concedeu-lhes ainda a possibilidade de serem chamados à sucessão paterna por testamento ou *ab intestato*, juntamente com outros filhos legítimos nascidos antes da transformação do concubinato em matrimônio⁹⁴⁴. Nesse sentido, assinala Biondi:

*“Tale inconstantia deriva non tanto dal consueto alterno prevalere dei criteri di benignità o di rigore, ma soprattutto dal fatto che la legislazione trova più adatto seguire un'altra via per raggiungere lo scopo, che resta quello di debellare il concubinato”*⁹⁴⁵.

Essa *inconstantia iuris*, nas palavras de Carla Fayer⁹⁴⁶, oscilante entre a severidade e a brandura, não constitui surpresa ante os sentimentos opostos que agitavam o ânimo dos imperadores: de um lado, o anátema lançado pelos padres da Igreja contra o concubinato; de

⁹⁴¹ *Ibidem*, p.132.

⁹⁴² *Vide* FAYER, Carla. *La família romana. Parte terza. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p. 36; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.111. Cf. VIEIRA CURA, António A. Cit. p.1322, nota 66. Embora na *inscriptio* dessa constituição constem os nomes dos imperadores Valentiniano I, Valente e Graciano, a mesma é apenas de Valente, porquanto, embora Graciano tivesse sido proclamado *Augustus* em 24 de agosto de 367, ainda não era imperador do Ocidente, o que ocorreu somente com a morte de Valentiniano, em 17 de novembro de 375; a localidade mencionada na *subscriptio* pertencia ao Oriente.

⁹⁴³ C. Theod. 4,68; *Vide* FAYER, Carla. *La família romana. Parte terza. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p. 36; CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1320s e nota 63, p. 1320.

⁹⁴⁴ *Vide* FAYER, Carla. *La família romana. Parte terza. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p. 38

⁹⁴⁵ *Ibidem*, p. 33.

⁹⁴⁶ *Ibidem*, p. 36.

outro, uma situação extremamente difusa e delicada que somente à custa de graves consequências se podia pretender erradicar com tratado. O que inquietava e repugnava a visão cristã, no entanto, era a possibilidade de que, por meio do concubinato, se instalasse a poligamia. Durante o paganismo, uma vez que o concubinato não era ilícito, era possível sua coexistência com o matrimônio. “*Nè era proibito avere una plularità di concubine o di concubini*”, na expressão de Biondi⁹⁴⁷. Contudo, a nova consciência legal passou a reconhecer uma só união lícita: matrimônio ou concubinato. Diante do impasse, tornou-se impossível a coexistência de vários concubinatos, como se verifica na sentença de Constantino, encontrada no Código de Justiniano: “*Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere*”⁹⁴⁸.

Era o princípio da monogamia que se consagrava, juntamente com a estabilidade da união, além de determinados impedimentos que também se estendiam ao concubinato, nomeadamente àqueles pertinentes à idade e ao parentesco, tornando essa relação bem diferente daquela do mundo pagão. Assim, direito eclesiástico e direito romano coincidiam, condenando igualmente a relação pagã, concebida como união não condenada pela lei e que, por isso, podia coexistir com o matrimônio e outras uniões de fato⁹⁴⁹.

O concubinato, na nova concepção, passou a ser considerado uma união quase matrimonial. Porém, quando a Igreja introduziu a bênção nupcial como elemento indispensável para a celebração do casamento, a aceitação do dualismo matrimônio e concubinato deixou de existir. Não se admitia outra união que não fosse a eclesiástica. Nas palavras de Biondi, “*una unione senza la benedizione della Chiesa si considera come concubinato nel senso pagano della parola, cioè unione extramatrimoniale, vietata independentemente della monogamia e dai requisiti*”. E complementa o citado romanista, “*una unione accompagnata della bendizione nuziale è matrimonio, ogni altra è fornicazione*”⁹⁵⁰.

2.11.2.4 Concubinato no direito justinianeu

⁹⁴⁷ Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano Cristiano*, III, p.123. Neste aspecto, o autor discorda do pensamento de PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano, I. Roma: Athenaem, 1928*, p. 377, quando afirma ser um erro acreditar que, nessa época, por concubinato se entendia uma relação monogâmica. Acreditamos, contudo, que talvez Perozzi se refira à nova era sob a inspiração do cristianismo.

⁹⁴⁸ C.5,26,1: A ninguém se lhe conceda licença para ter concubina durante o matrimônio. *Simili modo*, consta em *Pauli sententiae: Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest*. (Ao mesmo tempo que se tem esposa, não se pode ter concubina).

⁹⁴⁹ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 133.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 138.

No direito justiniano, a união concubinária se apresentou, pela primeira vez, juridicamente relevante no sentido positivo. Adquiriu uma característica de quase casamento, em razão dos direitos reconhecidos à concubina e sua prole, bem como pela garantia assegurada aos *liberi naturales* de assumirem essa relação, mercê de institutos como a legitimação como condição de filhos legítimos⁹⁵¹. Justiniano consentiu o *iustum matrimonium* a mulheres de diversas condições, bem como aos legionários de grau inferior e aos colonos. Fez, assim, desaparecer os antigos impedimentos matrimoniais de caráter político-social e diminuiu, dessa forma, as motivações para a existência do concubinato⁹⁵². O imperador, seguindo a conduta de seus predecessores, sob a influência cristã, acentuou o caráter monogâmico e estável do casamento.

Justiniano, de certa forma modificou a concepção do instituto ao tornar possível o concubinato com mulher ingênua e honesta, sem que se incorresse nas penas de *stuprum*, sendo exigida, contudo, a *publica testatio*⁹⁵³. Nas palavras de Bonfante, no direito justiniano, o concubinato podia ser definido: “*la relazione stabile con donna di qualunque condizione e di qualunque rango sociale, ingenua o liberta, senza affectio maritalis, senza honor matrimonii*”⁹⁵⁴. Dentro dessa concepção, que situa o concubinato como uma relação jurídica, distinta do casamento, afloram vários requisitos para a sua validade: o princípio da monogamia (proibia-se ter uma concubina e uma esposa); a proibição de ter duas concubinas; a necessária convivência conjugal; o concubinato sujeitava-se aos mesmos impedimentos matrimoniais relativos ao parentesco e à afinidade. Contudo, a mulher não participava do grau e da dignidade do marido, embora a concubina do *pater* ostentasse o título de *materfamilias*⁹⁵⁵.

É inegável, portanto, corroborando o pensamento de Fiorella D’Angeli,⁹⁵⁶ que se deve ao espírito liberal e grande senso de humanidade de Justiniano, a mudança da concepção da relação concubinária, mercê da revogação de todos os impedimentos matrimoniais derivados da diversidade de condições sociais que, na época clássica, tinham concorrido para a difusão dessa relação. Além disso, aquelas categorias de mulheres com as quais *stuprum non committitur*, indicadas nas leis de Augusto, deixaram de existir. Naquele período, acentua

⁹⁵¹ Vide. DANTE GEMMITI. *Il concubinato nel diritto romano e giustiniano*, p. 31.

⁹⁵² *Ibidem*, p. 32.

⁹⁵³ CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1324.

⁹⁵⁴ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 237. *Simili modo*, PALAZZANI, Laura. Cit. p. 31, afirma que o concubinato romano, mercê da influência do cristianismo, consistia numa ligação estável entre um homem e uma mulher, sem as características próprias da união matrimonial: a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*.

⁹⁵⁵ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, p. 238; SANTOS JUSTO, Antonio dos. *Direito privado romano*, IV, p.112s.

⁹⁵⁶ D’ANGELI, Fiorella. Cit. p. 65.

Vieira Cura⁹⁵⁷, “o concubinato consistia numa união sexual, estável e duradoura, entre um homem e uma mulher (ainda que ingênua e honesta) que apesar de não existir qualquer impedimento matrimonial, surgiu sem *affectio maritalia*, isto é, sem que existisse da parte deles a vontade recíproca (inicial) de se unirem como marido e mulher”. Era necessário, no entanto, “que não houvesse impedimentos à sua constituição, que o homem não fosse casado e tivesse somente uma concubina”.

Desta forma, nas palavras de Santos Justo, “estava aberta a via que conduzia à eliminação do concubinato; por isso não surpreende que tenha sido formalmente abolido por Basílio, o Macedônio e por Leão, o filósofo”⁹⁵⁸.

CAPÍTULO III

O CRISTIANISMO

3.1 Considerações gerais

A história do cristianismo antigo é inseparável da história do império romano, não somente porque nos primeiros quatro séculos de sua existência desenvolveu-se no universo político de Roma, mas também porque, enquanto fenômeno religioso, foi um produto característico do ambiente social, espiritual e religioso que caracterizava o mundo romano⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinatos) no direito romano – (Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. Cit. p. 1326; JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 112.

⁹⁵⁸ Cf. *Prochuron*, 4,26; *N. Leonis*, 91. JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p.113. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Cit. p. 239 (citado pelo autor) relata que em relação ao Ocidente, o concubinato durou até o século XII. Vide MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano, IV*, p. 322.

⁹⁵⁹ Vide TEJA, Ramón. *El cristianismo primitivo en la sociedad romana*. Madrid: Ediciones Istmo, 1990, p. 21.

Juntamente com a filosofia grega e o direito romano, constitui um dos elementos mais relevantes que integraram a cultura ocidental, sendo considerado o principal legado de Roma que sobrevive no mundo moderno. Ao longo de seus dois mil anos de história, tem sido uma religião, como também uma maneira de conceber o mundo e a sociedade⁹⁶⁰. Transcrevem-se a respeito as palavras de Ramon Teja: “*Se comprende así la importancia que tiene el conocer los origenes del cristianismo y de la institución que lo encarna, la Iglesia, en el marco de la historia del Imperio Romano de la que constituye un capítulo de excepcional importancia*”⁹⁶¹.

Segundo Troplong⁹⁶², na análise da influência cristã sobre o direito civil romano, podem-se considerar três grandes fases: a das perseguições⁹⁶³, a dos imperadores convertidos e a dos imperadores dedicados a converter. O desenvolvimento do cristianismo foi sucessivo e, de certa forma, célere, conforme se entende da inferência do autor: perseguido antes de ser dominante, dominador antes de ser universal, senhor das almas antes de fazer-se dono das instituições, tendo sofrido os efeitos da lei natural do progresso das coisas do mundo. Acrescenta que essa influência foi tão rápida e marcante na conquista das consciências que, menos de duzentos anos após a morte de Jesus Cristo, Tertuliano declarava: “Nós existimos desde ontem e, no entanto, formamos a maior parte de vossas cidades, de vossas fortalezas, de vossos municípios, de vossas assembleias, de vossos campos, de vossas tribos, de vossas decúrias, do palácio, do senado e do foro”⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰ *Ibidem*.

⁹⁶¹ Segundo o autor (*ibidem*, p.28), a expansão geográfica do cristianismo foi grandemente favorecida pelas condições políticas criadas pelo império romano e, nomeadamente, pela paz generalizada em toda a região mediterrânea que caracterizou a época dos Antoninos, no século II, facilitando as viagens das pessoas de um extremo a outro do Mar Mediterrâneo. Vide RUIZ FERNANDES, Eduardo. Cit. p.113, nota 6.

⁹⁶² TROPLONG, M. *De la influencia del cristianismo en el derecho civil de los romanos*. Obra traduzida para o espanhol por José Luiz Retortillo, Madrid: Establecimiento Tipografico de Don Ramon Rodriguez, Editor, 1861, p. 06.

⁹⁶³ Cf. TEJA, Ramón. *El cristianismo primitivo en la sociedad romana* (cit. p. 29). No início, as autoridades políticas romanas não constituíram obstáculo à expansão do cristianismo. A perseguição de Nero, em 64, provocou muitos mártires, porém se deveu a uma circunstância conjuntural que permitiu a esse extravagante imperador encontrar um bode expiatório diante das massas rebeladas pelo incêndio de Roma. Somente nos meados do século III, com Décio e Valeriano, e, posteriormente, com Diocleciano, o cristianismo foi objeto de decretos gerais de perseguição. Contudo, nessa época, a nova religião já estava plenamente consolidada e expandida por o todo império.

⁹⁶⁴ *Apolog*. p. 37, *apud* TROPLONG, M. cit. p. 6. RUIZ FERNANDEZ, Eduardo (cit. p. 113), contudo, preconiza: “*Los progresos del cristianismo fueron lentos en sus comienzos. A principios de la época de los Antoninos, la Iglesia Cristiana se encontraba en total oscuridad y los historiadores desconocen sus orígenes*”. Segundo TEJA, Ramón. (*El cristianismo primitivo en la sociedad romana* cit. p. 28), a pregação cristã correu seguindo os passos da diáspora judaica. Nas cidades mais importantes do Mediterrâneo oriental, estavam as mais importantes colônias judias onde se propagava o proselitismo cristão. A Palestina, a Antioquia (Síria) e Alexandria (Egito) foram o ponto de partida da missão cristã. No Ocidente, foram as grandes cidades, os grandes centros comerciais, como Roma e Cartago, que exerceram suas influências sobre os respectivos territórios. Em todos os casos, foi a língua grega que serviu de meio de expressão e difusão, dando um caráter notadamente helênico ao cristianismo dos primeiros tempos. No Ocidente, tudo indica que foi em Cartago onde se generalizou o uso do latim, ao final do século II, que, com o tempo, deu lugar a uma Igreja latina, diferenciada da grega, tendo Roma como centro.

Segundo Miguel Falcão⁹⁶⁵, essa visão de Troplong tornou-se polêmica, considerando-se que ele tomara por referência os últimos juriconsultos clássicos ou, mais precisamente, a obra justinianeia, sem considerar as graves alterações sofridas pela legislação para adaptar-se aos objetivos dos compiladores. Isto resultou em sérios ataques à obra daquele civilista francês por parte dos integrantes da Escola Histórica, a tal ponto que se chegou a negar qualquer influência cristã no direito romano. Coube a Salvatore Riccobono⁹⁶⁶ voltar a reconhecer, em bases seguras, a influência do cristianismo na evolução do direito romano⁹⁶⁷.

A verdade é que os cristãos cultuavam um novo estilo de vida, como que a revelar a existência de um homem novo. Contudo, não formavam uma classe separada da realidade dos outros homens. Viviam lado a lado com eles, não obstante terem outra perspectiva da existência e da fé, como se deflui do discurso a Diogneto⁹⁶⁸:

“Os cristãos, de fato, não se distinguem do resto dos homens, nem por sua terra, nem por sua linguagem, nem por seus costumes, porque nem habitam cidades exclusivamente deles, nem falam língua estranha, nem levam um gênero de vida à parte dos demais. Na verdade, esta doutrina não foi por eles inventada, graças ao talento e à especulação de homens pesquisadores, nem professam, como outros fazem, um ensinamento humano; mas, habitando cidades gregas e bárbaras, em conformidade com a sorte que a cada um coube, adaptando-se ao modo de vestir, de comer, de qualquer outro gênero de vida, nos usos e costumes de cada país, manifestam uma conduta admirável e, como muitos atestam, surpreendente. Habitam suas próprias terras, porém como forasteiros; participam de tudo como cidadãos e tudo suportam como estrangeiros; toda a terra estranha é para eles a pátria e toda pátria, terra estranha. Casam-se como todos; como todos, geram filhos, porém não deixam expostos os nascidos. Amam a todos e por todos são perseguidos”⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵ FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*. Cit. p. 5.

⁹⁶⁶ RICCOBONO, Salvatore. *Cristianesimo nel diritto privato*. In *Revista di Diritto Civile*, 3, 1911, pp. 37-70; *L'influsso del cristianesimo nel diritto romano*. In *Atti del congresso Internazionale di Diritto Romano*. Roma, 1933, II, pp. 61-78.

⁹⁶⁷ Outras obras também contribuíram para referendar o trabalho de Salvatore Riccobono: BAVIERA, G. *Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*. In “*Merlanges Girard*”, 1912, I, pp. 67-121; MARCHI, A. *L'influsso del cristianesimo nel diritto romano*. In “*Studi Senesi*” 13, 1924, p. 61s; ROBERT, M. *Cristianesimo e diritto romano*. Milano, 1935; ALVAREZ SUÁREZ, Ursicino. *Influencia del cristianismo en el derecho privado*. In “*Revista de Derecho Privado*”. 25, 1941, pp. 317-322; GAUDEMET, Jean. *Droit romain et droit canonique em occident aux IV et V siècles*. In “*Actes du Congrès de Droit Canonique*”. Paris, 22-26 abril 1947, pp. 254-267.

⁹⁶⁸ Obra antiquíssima, surgida em Atenas, no séc. II, dirigida a um certo Diogneto, talvez um nome honorífico. Trata da vida dos primeiros cristãos, conforme LOARTE, José Antonio. *El tesoro de los padres. Selección de textos de los santos padres para el cristiano del tercer milenio*. Madrid: Ediciones RIALP S.A. 1998, p. 65. Vide TEJA, Ramón. *El cristianismo primitivo em la sociedade romana*. Cit. p. 94.

⁹⁶⁹ CHEUICHE, Antonio do Carmo. *Cultura e evangelização*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995. Coleção Teologia 5, p. 36. Vide FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais na Roma clássica*. p. 6; Cf. LOARTE, José Antonio (cit. p. 65): os cristãos “*ponem mesa común, pero non lecho. Están em la carne, pero non viven segun la carne. Pasan el tempo en la tierra, pero tienen sua ciudadanía in cielo*”. A respeito, também, assim se expressa CAMPOS, Diogo Leite de. *A invenção do direito matrimonial, I: a instituição do casamento*. In *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, BFD 62. Coimbra: Almedina, 1995, p. 13: “Os cristãos contraem matrimônio segundo as leis das suas cidades; dos seus estatutos pessoais; devem tentar viver o estado de casado de modo diferente dos pagãos, seguindo as exigências da moral cristã; os pastores vigiam a moralidade da vida dos casados, punindo as infrações mais graves. Pouco a pouco, vai-se esboçando uma disciplina ético-jurídica do casamento”.

Esse fenômeno, certamente, ocorreu em razão do caráter humano da nova doutrina, sob os mais diversos aspectos, como observa Cermeno Tapia:

*“El cristianismo a diferencia de las religiones del Imperio, constituía un sistema integral de vida, una postura del hombre frente a los mas variados aspectos de su comportamiento, una forma de actuar en la practica conforme a principios superiores, cuyo fin último era Dios, Ser absoluto, y razón final de la existencia humana”*⁹⁷⁰.

Os primeiros cristãos viviam no meio do povo, compartilhando dos seus ideais e costumes, repartindo os bens entre si e não havia necessitados entre eles. Eram distinguidos por um amor fraternal e pela confiança em Deus, por uma fé que lhes sedimentava e iluminava a conduta no viver em comunidade. E assim, a religião que, *ab initio*, era praticada por um punhado de abnegados que chamavam atenção pela fraternidade, pela solidariedade e pela comunhão de bens (“vede como eles se amam”, diziam os pagãos), conquistou muitos adeptos. Foi perseguida, resultando a perseguição em milhares de mártires. Mas, pelos desígnios de Deus e vontade dos homens, tornou-se a religião oficial do império romano. Essa reviravolta começou quando Constantino⁹⁷¹, através do Édito de Milão,⁹⁷² permitiu a tolerância de cultos.

No entanto, foi Teodósio I, através do Édito de Tessalônica, de 27 de fevereiro de 380⁹⁷³, que elevou o cristianismo a religião oficial do império romano, estabelecendo a integração entre

⁹⁷⁰ CERMENO TAPIA, Gelasio. *Roma. Cristianismo. Persecuciones*. Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Mérida, 1995, p. 8.

⁹⁷¹ Foi a partir de Constantino que as concepções cristãs passaram a influenciar na vida jurídica, através das decisões dos imperadores cristãos referentes ao assessoramento dos eclesiásticos. *Vide FALCÃO, Miguel. Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*, p.7.

⁹⁷² Édito de Milão, promulgado por Constantino em 13 de junho de 313, assegurava a liberdade de culto. A partir de então, o cristianismo deixou de ser uma religião perseguida. Constantino, filho de Constâncio Floro, sucedeu a seu pai, na Gália, em 306. Em 317, empreendeu uma guerra contra Maxêncio, que governava a Itália e África. A vitória na batalha decisiva, segundo os anais cristãos, baseados nos relatos de Lactâncio e Eusébio de Cesareia, foi atribuída ao fato de o imperador ter mandado escrever um anagrama de Cristo nos estandartes das legiões e nos escudos dos soldados. Após essa vitória, tomou diversas medidas em favor dos cristãos, significando o apoio oficial à Igreja e a integração desta às estruturas do Estado romano. Tudo isto aconteceu após uma época de grandes perseguições, nomeadamente a partir de 303, com Deocleciano. *Vide TEJA, Ramón. El cristianismo primitivo em la sociedad romana*. Madrid: Ediciones Istmo, 1990, p. 37s. *Vide nota 963*.

⁹⁷³ C.1,1: “*Cunctos populos, quo clementiae nostrae regit imperium, in tali volumus religione versari, quum divinum Petrum apostolum tradidisse romanis, religio usque adhuc ab ipso insinuata declarat, quamque pontificem Damasum sequi clarete, et Petrum, Alexandriae Episcopum, virum apostolicae sanctitatis, hoc est, ut secundum apostolicam disciplinam evangelicam que doctrinam Patris et Filii et Spiritus Sancti unam Deitate sub pari maiestate et sub Pia Trinitate credamus*”. (Queremos que todos os povos, regidos pelo império de nossa clemência, professem aquela religião que ensinou aos romanos o divino apóstolo Pedro, segundo declara até hoje a própria religião pelo mesmo pregada, que é manifesta e que segue o Pontífice Damásio, e pelo Bispo de Alexandria, varão de apostólica santidade, isto é, que creamos conforme a disciplina apostólica e a doutrina evangélica em um só Deus Pai e Filho e Espírito Santo, com igual Majestade e Piedosa Trindade). *Vide SANTOS, Severino Augusto dos. Direito romano. Tutela impuberum*, p. 92.

o Estado e a Igreja. Em consequência, aos súditos romanos foi imposta a nova fé cristã. Os que não aceitaram foram considerados heréticos. A liberdade religiosa foi substituída por um novo culto: o cristianismo. Então, a história se repetiu e o passado se fez de novo, como está escrito: “o que aconteceu, de novo acontecerá; e o que se fez de novo será feito: debaixo do sol não há nenhuma novidade”⁹⁷⁴.

3.2 Influências sobre o direito romano

Segundo Biondi⁹⁷⁵, o cristianismo proporcionou a grande transformação do Estado romano, influenciando a vida pública e a legislação. Na visão do mesmo autor⁹⁷⁶, o matrimônio era um instituto pleno de elementos ético-religiosos, mesmo na época pagã. Colocando de parte a arcaica *confarreatio*, cujos ritos nupciais não se identificavam com o direito, a célebre definição de Modestino colocou em relevo a “*divini et humani iuris communicatio*”⁹⁷⁷. Esclarece esse ilustre romanista que em vários textos latinos são encontradas referências à religiosidade do matrimônio. A esse respeito, invoca o édito de Diocleciano, de 295, que, ao profligar as núpcias incestuosas, invocou a eterna religião e a piedade com tamanha ênfase que, se não invocasse os deuses imortais e a “*maiestas cunctorum numinum*”, dir-se-ia emanado de um imperador cristão e não do feroz perseguidor do cristianismo⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ Ecl. 1,7-9.

⁹⁷⁵ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 119.

⁹⁷⁶ *Ibidem*, p. 69.

⁹⁷⁷ D.23,2,1: “*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humanae iuris communicatio*”. (Núpcias são a conjunção do homem e da mulher e consórcio para toda a vida, comunicação do direito divino e humano). Na interpretação de BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, III, p. 79, a *coniunctio maris et feminae* colocou em relevo o pressuposto e fim primário do matrimônio canônico, sem reduzi-lo à simples cópula. A *divini et humanae iuris communicatio*, a total comunhão de vida, mercê da qual os cônjuges possam se qualificar *duo in carne una* (Gen. 2,24, *in fine*). O *consortium omnis vitae* faz ressaltar plenamente a indissolubilidade, que é o caráter absoluto e fundamental do matrimônio cristão. No CI, 9,32,4, citado por BIONDI, Biondo (*Il diritto romano cristiano*, p. 69), Gordiano qualifica a mulher como: *socia rei humanae et divinae* (sócia das coisas divinas e humanas).

⁹⁷⁸ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, cit. p. 69; Cf. RUIZ FERNANDEZ, Eduardo (cit. p. 111s): Para se entender o papel do cristianismo no direito romano, faz-se necessário conhecer as diversas fases de sua evolução. No princípio, era uma sociedade desconhecida e perseguida. (A primeira notícia que se tem de sua existência em Roma remonta aos anos 41 a 54, sob o imperador Cláudio). Depois, foi confundido com o judaísmo, cuja perseguição alcançou também os cristãos. Ao final do séc. I e início do II, judaísmo e cristianismo foram considerados confissões distintas. (A pregação apostólica dos cristãos suscitou desordens e polêmicas com os judeus, como atestam os Atos dos Apóstolos 21, 27-28, quando se referem a tumultos ocorridos em razão da pregação de Paulo). A aceitação e expansão da nova doutrina aconteceram lentamente em decorrência das sólidas bases do direito romano enraizadas nos espíritos dos homens, bem como da nítida oposição entre esse direito e o cristianismo tão bem ressaltada por São Jerônimo (*Ep.* 77,3), citado por TEJA, Ramón. *Delito o pecado: Derecho romano y pensamiento cristiano en materia de derecho matrimonial* (siglos III-IV) Universidad de Cantabria (Santander), p. 232: “*Aliae sunt leges caesarum, aliae Christi, aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecepti (...)* *Apud nos, quod non licet feminis aequè non licet viris; et eadem servitur pari conditione censetur*”. (Umam são as leis de César, outras as de Cristo; uma coisa ensinou Papiniano, outra nosso Paulo (...) entre nós o que não

O cristianismo passou a focar o matrimônio sob esse contexto ético-religioso, fundamentado na doutrina de Jesus Cristo, que o elevou à dignidade de sacramento. Assim, o casamento deixou de ser apenas um ato humano, para adquirir a condição de instituição sagrada, no sentido de “*sacramentum magnum*”, na expressão de Paulo de Tarso, o apóstolo dos gentios⁹⁷⁹. Na incipiente vida da Igreja, contudo, esse foi um processo lento e difícil, porém contínuo. Teve início ao final do período de Constantino, com o Concílio de Elvira⁹⁸⁰ e, posteriormente, os ensinamentos de São Basílio⁹⁸¹. Não existia, à época, uma visão unitária a respeito, havendo divergências entre Ocidente e Oriente e até mesmo dentro da própria Igreja Oriental⁹⁸².

A princípio, não se renegou a tradição pagã, no seu fundamento humano e universal, quando não resultava incompatível com a concepção cristã. Os cristãos casavam-se segundo as leis e os costumes dos respectivos países. Porém, não havia distinção: casavam como todos o faziam e como todos geravam filhos, mas não deixavam expostos os nascidos, como atesta o discurso a Diogneto já citado. À Igreja interessava, sobretudo, o cariz sacramental do matrimônio com todas as decorrências, principalmente a indissolubilidade⁹⁸³.

O matrimônio visto por esse viés, verdadeiramente contrastava com a o que ocorria na sociedade romana⁹⁸⁴, embora fosse reconhecida pelo direito a possibilidade da separação dos

está permitido às mulheres tampouco está aos homens, uma mesma servidão, igualdade de condições). *Vide* BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, cit. p. 72. Ao final do século III, o cristianismo tinha triunfado, estendendo sua doutrina por todo o império. Em 306, Constantino, ao assumir o trono, tornou-se o grande aliado dos cristãos, reconhecendo a fé cristã e a liberdade de cultos. Por fim, Teodósio I, através da Constituição *De Cunctos Populus*, de 27 de fevereiro de 380, tornou o cristianismo a religião oficial do império romano. E dessa forma veio abaixo toda a estrutura e direito sagrado da antiga Roma. *Vide* nota 973.

⁹⁷⁹ Carta aos efésios 5,32.

⁹⁸⁰ Primeiro concílio da Igreja cristã, realizado entre os anos 300 e 305. Cf. LIMA, Maurílio César de. *Introdução à história do direito canônico*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 196. Os Concílios de Elvira, (Espanha) e Arles (França), puniam os transgressores da indissolubilidade do matrimônio com a privação da eucaristia. O Concílio de Elvira punia o casamento com hereges e judeus: se fosse realizado, cominava com a privação da comunhão por cinco anos, pena que, segundo o autor, retroagia aos pais. *Vide* nota 1.147.

⁹⁸¹ Segundo BIONDI, Biondo. (*Il diritto romano cristiano*, III, p. 70): não existe autenticidade nas epístolas de São Basílio.

⁹⁸² Cf. TEJA, Ramón. *Delito o pecado: Derecho romano y pensamiento christiano en materia de derecho matrimonial* (siglos III-IV) (cit. p. 237): “*El pensamiento de los autores cristianos de los primeros siglos sobre el matrimonio y la moral matrimonial se presenta como un abanico de posturas y concepciones, con frecuencia limitadas a un momento determinado y a solo autor, muchas veces contradictorias e con frecuencia rapidamente superadas o redimensionadas*”.

⁹⁸³ *Vide* BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p.70. Segundo RUIZ FERNANDEZ, Eduardo (cit. p. 113), o tema que mais acentuou a divergência entre os princípios da Igreja e o direito romano foi a indissolubilidade do matrimônio. Para o direito romano, o vínculo matrimonial durava enquanto existisse a *affectio maritalis* que lhe servia de sustentáculo. Para a doutrina cristã, o casamento constitui um sacramento que se materializa com a união dos cônjuges, de modo indissolúvel. O consentimento dado no momento das núpcias é para sempre.

⁹⁸⁴ Cf. TEJA, Ramón. *Delito o pecado: Derecho romano y pensamiento christiano en materia de derecho matrimonial* (siglos III-IV) (cit. p. 232): O tema matrimônio foi o que mais demonstrou incompatibilidade entre a doutrina cristã e o direito romano. Para os cristãos, o matrimônio era entendido não somente como uma instituição jurídica e social, mas também como união sagrada. Por isto, as questões de moral e direito matrimonial, desde o momento em que os cristãos tornaram-se presentes na sociedade greco-romana, provocaram oposição entre a lei

cônjuges, podendo qualquer deles voltar a casar-se, profligava com a lei de Cristo expressa no evangelho de Marcos: “*Quicumque dimiserit uxorem suam et aliam duxerit, adulterium committit in eam; et si ipsa dimiserit virum suum et alii nupserit, moechatur*”⁹⁸⁵. Idêntico entendimento se encontra em Lucas: “*Omnis, qui dimittit uxorem suam et ducit alteram, moechatur; et, qui dimissam a viro ducit, moechatur*”⁹⁸⁶. Dessa forma, fiel à doutrina cristã apregoada pelos apóstolos, a Igreja privilegiava e enaltecia a santidade da união conjugal, combatendo a dissolução do matrimônio. Mesmo quando as leis do império permitiam o divórcio, o cristão deveria obedecer às leis de Cristo⁹⁸⁷.

Sob essa visão doutrinária, os imperadores cristãos, numa tentativa de pôr fim aos exageros existentes, nomeadamente referentes à facilidade e banalização do divórcio, buscaram adaptar à ordem civil os preceitos da Igreja. Dessa forma, o Estado se tornou propenso a uniformizar o instituto do matrimônio aos cânones da nova religião que, não raro, exigia de todos os imperadores a não emanção de qualquer procedimento que lhe fosse oposto. Isto não significou, no pensamento de Biondi, a subordinação da legislação eclesiástica à civil, inconcebível nessa matéria. Porém, explica como o direito canônico, no Oriente, construiu um movimento próprio na legislação justinianeia, a qual se inspirava na nova corrente espiritual.

Esse elemento representou um fator importante para a fixação e estabilização do direito da Igreja, porquanto o império lhe dava aquele caráter de universalidade, aquela precisão e sanção terrenas que são próprios de suas leis⁹⁸⁸. Esse processo de unificação contribuiu para determinar o reconhecimento, por parte do Estado romano, da legislação eclesiástica referente ao matrimônio, que passou a acontecer, no Ocidente, a partir do séc. V. No Oriente, o imperador Leão, o filósofo (séc IX), foi o primeiro dentre os governantes bizantinos a reconhecer a exclusiva competência da Igreja em matéria matrimonial. Passou a ser preponderância da Igreja, como acentua Biondi:

“In contraposto alla decadenza dell’autorità imperiale in Occidente, ambiente pervaso di spirito religioso in Oriente, di per sè non basterebbero a giustificare tale fenomeno, se in definitivo i due ordinamenti non fossero ridotti ad unità sotto il profilo del diritto della Chiesa: l’ordinamento della Chiesa appariva oramai così conforme

divina e a lei secular, fato que começou a aparecer no final do século II, através do primeiro escritor cristão no Ocidente, Tertuliano.

⁹⁸⁵ Mc. 10,11-12: “Quem repudia sua mulher e se casa com outra comete adultério contra a primeira. E se a mulher repudia o marido e se casa com outro homem, comete adultério”. *Similli modo*, Mt. 5,32: “Todo aquele que rejeita sua mulher a faz tornar-se adúltera, a não ser que se trate de matrimônio falso; e todo aquele que desposar como mulher a rejeitada comete adultério”.

⁹⁸⁶ Lc. 16,18: “Todo aquele que abandonar sua mulher e casar com outra comete adultério; e quem se casar com a mulher rejeitada comete adultério também”.

⁹⁸⁷ Vide FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*, p. 8s.

⁹⁸⁸ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 71.

*a quello dello Stato, che sostanzialmente non doveva sembrare abdicazione rinviare alla giurisdizione ecclesiastica*⁹⁸⁹.

Contudo, as divergências subsistiram, porque o Estado não abandonou a tradicional concepção que considerava o casamento como um fato essencialmente humano. Já a Igreja, *in contrario sensu*, não podia deixar de entendê-lo como sacramento e, portanto, de sua competência⁹⁹⁰. E acrescenta Biondi: “*Questa diversa impostazione determina quel dualismo secolare tra matrimonio civile e matrimonio religioso, che corrisponde al dualismo tra Stato e Chiesa*”⁹⁹¹.

E assim, não obstante essa influência recíproca, o instituto se dividia em dois sistemas que formalmente se ignoravam. Todavia, não se contrapunham, na medida em que se afirmava a plena autonomia do direito da Igreja nesse campo. Já o Estado, por força da tradição, continuava a legislar de forma autônoma e independente. Esse dualismo se originou da diversa concepção do matrimônio: de uma parte, tido como sacramento; de outra, considerado fato humano.⁹⁹² Essa realidade se constatava vivamente quando se tratava, por exemplo, do adultério do marido e do divórcio⁹⁹³. O primeiro foi desconsiderado, enquanto o segundo teve pleno acolhimento pelo direito romano. Ambos, contudo, eram combatidos pela Igreja. O adultério era considerado sacrilégio, visto que afrontava a *caritas* e *sanctitas matrimonii*⁹⁹⁴. Justiniano corroborou e renovou essa nova visão, ao afirmar que, nas relações humanas, nada era mais sagrado que o matrimônio, qualificado como *nexum divinum*. A união extramatrimônio era considerada fornificação⁹⁹⁵.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, p. 71. Segundo o mesmo autor, essa transmutação dos princípios de um para outro ordenamento, que talvez no pensamento do legislador cristão devia concluir-se com a unificação sob o perfil canônico, mormente na época que vai de Constantino a Justiniano, não foi total.

⁹⁹⁰ Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império* (cit. p. 330): “*Il diritto canonico ha del matrimonio una concezione contrattuale e sacramentale. Vi giunge, però, attraverso una elaborazione storica progressiva, nella quale possono essere individuate influenze non solo giuridiche, ma romano-ellenistiche*”.

⁹⁹¹ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 72.

⁹⁹² *Ibidem*, p. 72. Cf. o autor: “*Terra e Cielo sono i due poli intorno a cui, con alterna vivenda, si muove la storia del matrimonio nei paesi cristiani*”.

⁹⁹³ Cf. TEJA, Ramón. *Delito o pecado: Derecho romano y pensamiento cristiano en materia de derecho matrimonial* (siglos III-IV), cit. p. 233: Sobre os temas divórcio e adultério, com base nos evangelhos e nas epístolas de Paulo, incidiram as inovações mais profundas com referência ao direito romano, e de todas as épocas da Antiguidade, bem como o que mais dúvidas e contradições provocou nos pensadores e legisladores cristãos.

⁹⁹⁴ Segundo BIONDI, Biondo. (*Il diritto romano cristiano, III*, p. 75), na lei pós-clássica, o matrimônio tinha uma decisiva imposição cristã que se manifestava até na linguagem: *caritas* e *sanctitatis*. *Sanctitatis* que não se refere ao entendimento da era pagã, mas à nova concepção cristã de sacramento. *Vide* C. Theod. 3,5,3; 5,1,9.

⁹⁹⁵ *Vide* C. 8,47,10pr; Nov. 18,5 (536) e 140 *prae*f. (566); BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p.75.

Segundo Biondi⁹⁹⁶, a jurisprudência romana, como na lei divina, não considerava o matrimônio como um instituto autônomo, mas conjugado com outros, nomeadamente no que se referia à ordem de filiação e doação entre os cônjuges. Não existia, contudo, uma forma ou um rito para o casamento, exceto na obra *De nuptiis*, de Nerácio, citada por Aulo Gélcio (4,4), da qual não resta vestígio. Cita-se também o tratado de Modestino, de certo modo confuso, encontrado num texto do Digesto: *De ritu nuptiarum*⁹⁹⁷. O Código de Justiniano tratou de disciplinar organicamente o instituto, fundamentado na doutrina cristã, através da Novela 22, no ano 536⁹⁹⁸. Segundo Biondi, com quarenta e oito capítulos, era a mais longa de suas leis, constituindo um verdadeiro código matrimonial cristão, contrapondo-se à legislação pagã que, com grande ênfase, foi ab-rogada⁹⁹⁹.

Aquelas características originárias do casamento romano, fundamentado no simples *consensus*, tornaram-se, também, princípio do ordenamento cristão. Isto explica, nas palavras de Biondi, “*come la concezione pagana potè passare nell’ambiente cristiano senza clamorosi rivolgimenti e come la Chiesa potè accogliere senza ripugnanza l’ordinamento pagano*”¹⁰⁰⁰. Certamente, no pensamento do mesmo autor, as diversas concepções de matrimônio, encontradas no direito antigo, dificilmente se prestavam para a inserção na visão cristã do instituto, que gradualmente se afirmava na doutrina e práxis da Igreja¹⁰⁰¹. Mas a nova visão,

⁹⁹⁶ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p.76.

⁹⁹⁷ D.23,2,42: *Semper in coniunctionibus non solum quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit.* (Nas uniões se há de considerar sempre não somente o que seja lícito, mas também o que seja honesto). Cf. TROPLONG, M (cit. p. 114): “*Al aparecer el cristianismo, el matrimonio era el contrato menos solemne; el consentimiento bastaba para perfeccionarlo, sin que alguna cerimonia civil o relegiosa fuese necesaria para asegurar su validez. La comunidad aparente de habitacion y la posesion del estado eran suficientes pruebas de su existencia*”.

⁹⁹⁸ Vide notas 268, cap. II e nota 999, *infra*. Segundo BIONDI, Biondo. *Il diritto romano Cristiano, III*, cit. p. 180s, a Novela 22 não faz mais que repetir as *iustae causae* do repúdio elencadas na Lei de Teodósio (CI 5,17,8). Ainda segundo o autor (*ibidem*, p.181), dentre outras disposições, estabelece que a mulher que tenha repudiado o marido, *sine causa*, não pode contrair novo matrimônio antes de transcorrer cinco anos. O matrimônio, contraído antes do transcurso desse tempo, é considerado ilegítimo. Na análise de alguns de seus capítulos constata-se: Cap I estabelece a validade de todas as disposições anteriores sobre as núpcias; no cap II, refere-se que as núpcias se constiuem pelo mútuo afeto, independente da agregação de instrumentos dotais; o cap. V aborda a opção do marido e da mulher de viver em castidade, possibilitando às partes a dissolução do matrimônio; o cap. VI trata da dissolução do matrimônio em razão de impotência que impede o homem de unir-se a uma mulher e praticar o que por natureza é comum aos varões, possibilitando, ainda, à mulher ou seus pais dissolver a relação e enviar o repúdio, cabendo ao marido a restituição do dote recebido; o cap. VII a borda a dissolução do matrimônio na hipótese de cativo; o cap. VIII faz referência à dissolução do matrimônio do homem ou da mulher condenados às minas, proibindo que um bem nascido se torne escravo em virtude dessa pena, subsistindo nesse caso o matrimônio, como subsistiria entre pessoas livres; o cap. XIII fala da deportação a que foi convertida a antiga interdição da água e do fogo, não dissolvendo o matrimônio. Enfim, são quarenta e oito capítulos que transformam a Novella 22 num verdadeiro código matrimonial.

⁹⁹⁹ Vide BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano, I*, (cit. p. 260). A Nov. 22 constitui um verdadeiro código matrimonial, que o mesmo legislador declara sugerido *Dei clementia*. Outras intervenções de Justiniano atinentes ao casamento são encontradas nas Nov. 74 e 117.

¹⁰⁰⁰ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p.76.

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, p. 77. Segundo ASTOLFI, Riccardo. (*Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império*, cit. p. 330), a primeira definição de matrimônio dada por um escritor cristão coube a Clemente de Alexandria e, provavelmente,

inspirada na doutrina eclesiástica, sofreu modificações. Assim, na Novela 22, Justiniano colocou em evidência o *bonum prolis* que, na doutrina e legislação canonista, constituía o fim teleológico do matrimônio: a procriação. Não aquele fim humano e social, no sentido natural, considerado pelo paganismo para atender objetivos políticos, como estava estabelecido nas leis caducárias de Augusto¹⁰⁰², “*ma (...) uno di quei caratteri del matrimonio assunti dal diritto canonico*”¹⁰⁰³.

Quanto à celebração, o matrimônio romano, durante séculos, nomeadamente sob o paganismo, não estava sujeito a qualquer formalidade¹⁰⁰⁴. Os ritos eram apenas uma prova da sua celebração de acordo com os *mores maiorum* que, no decorrer do tempo, desvaneceram-se. Com o advento do cristianismo, porém, teve início, de maneira tênue, a forma pública, de conformidade com a doutrina canônica¹⁰⁰⁵. Isto remonta, segundo Biondi¹⁰⁰⁶, a Constantino que, em contraponto às *nuptiae furtivae*, fez referência ao matrimônio que “*publice constestatione firmatur*”¹⁰⁰⁷. Também Teodósio e Valentiniano, mesmo admitindo a possibilidade de celebração do matrimônio sem alguma formalidade, utilizaram os termos *pompa, celebritas, solemnitatis, fides amicorum*¹⁰⁰⁸, enquanto Justiniano utilizou *festivitas* e

de origem aristotélica. São João Crisóstomo tinha uma concepção de matrimônio que não parecia alheia à característica mais importante do instituto romano, segundo a qual o matrimônio não era uma mera união de corpos, mas uma relação espiritual materializada na *affectio maritalis*.

¹⁰⁰² A *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* e a *lex Papia Popaea* tinham também por objetivos o *favor matrimonii*, visando à procriação para fins políticos. Tal princípio foi adotado pelo cristianismo na intenção de favorecer um sacramento, como base da sociedade doméstica e meio para a atuação da lei divina sobre o “crescei-vos e multiplicai-vos” bíblico. Vide BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, III, p.78.

¹⁰⁰³ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 77.

¹⁰⁰⁴ Vide notas 332 e 362, cap. II.

¹⁰⁰⁵ Vide C.5,4,22; C. 5,4,23.

¹⁰⁰⁶ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p.81.

¹⁰⁰⁷ C. 5,17,7: *Uxor, quae, in militiam profecto marito, post iterventum annorum quatuor nullum sospitatis eius potuit habere indicium, atque ideo de nuptiis alterius cogitavit, nec tamen ante nupsit, quam libelo ducem super hoc suo voto convenit, non videtur nuptias iniisse furtivas, nec dotis amissionem sustinere, nec capitali poenae esse obnoxiam, quae poste tam magni temporis iugitatem non temere nec clanculo, sed publice contestatione deposita nupsisse firmatur.* (A mulher que teve seu marido enviado para o serviço militar, não tendo depois de quatro anos indício algum da sua existência e por isto pensou em contrair núpcias com outro, porém não casou antes de haver recorrido por libelo ao general sobre esse seu desejo, não se considera que contraiu núpcias furtivas, nem que ocorra a perda do dote, nem que está sujeita à pena capital, porque depois do transcurso de tanto tempo não se casou temerária nem clandestinamente, porquanto publicamente se manifestou). Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 81.

¹⁰⁰⁸ C. 5,4,22: *Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet, ob id desse recte alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.* (Se não houve instrumentos de doações antenuupciais ou de dote e se foi omitido também a pompa e outras celebrações das núpcias, não creio que por esta razão falte validade ao matrimônio, ou que os filhos dele nascidos possa ser cerceado o direito de legítimos, não impedindo nenhuma lei o consórcio entre pessoas iguais por sua honradez); D. 5,4,21. Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 81.

vota¹⁰⁰⁹. E acrescenta o supracitado autor: “È una matéria ancora in fermentazione; la disciplina oscilla tra l’antica libertà e le nuove esigenze che reclamano una forma, la quale non si riesce a precisare”¹⁰¹⁰.

A exigência da publicidade na celebração do matrimônio se fez sentir com a elaboração de um instrumento dotal. Ao tempo de Justiniano, se não tivesse sido realizado pelo dignitário do Estado, deveria ser feito pelo *defensor ecclesiae*, na presença de três ou quatro clérigos, atestando a declaração dos esposos. O documento deveria ser conservado nos arquivos da Igreja e guardado em vasos sagrados¹⁰¹¹. Posteriormente, surgiram as *tabulae nuptiales* ou *tabulae matrimoniales*¹⁰¹².

No que se refere aos requisitos, a lei passou a se inspirar, também, na doutrina eclesiástica. A diversidade de sexo e a puberdade continuaram inalteradas, sendo até reforçadas. Alguns requisitos, por serem conexos com a doutrina pagã, foram eliminados, enquanto outros foram introduzidos ou adaptados. O princípio da monogamia, já consagrado no tempo, foi reafirmado¹⁰¹³. O matrimônio cristão, ao contrário da concepção pagã que estabelecia restrições a determinadas pessoas (*ius conubii*) ou classes sociais (estrangeiros e pessoas de condição social diferente), passou a ter um caráter universal, ficando acessível a todos os fiéis¹⁰¹⁴.

Não obstante os cristãos, obedientes às leis e aos costumes, contraíssem normalmente as justas núpcias, era inadmissível para a nova consciência manter as proibições matrimoniais

¹⁰⁰⁹ C. 5,4,24. *Sancimus, si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto, quod ad dandum, vel ad faciendum, vel non dandum, vel non faciendum concipitur, et sive nuptiarum tempus dixerit, sive nuptias nominaverit, non aliter intelligri conditionem esse adimplendam vel extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas, et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas vel feminis post duodecimum annum accesserit vel maribus post quartum decimum annum completum, sed ex quo vota nuptiarum re ipsa proccerint.* (Mandamos que se alguém houver feito menção de núpcias em um pacto qualquer, através da fórmula de dar, ou fazer, ou para não dar, ou para não fazer, e houver anunciado o tempo das núpcias, ou houver nomeado as núpcias, entenda-se que não de outro modo se há de cumprir ou extinguir a condição, além de verificar-se a mesma festividade das núpcias, e que há de se atender ao tempo em que atingiu a idade nupcial, para as mulheres depois dos doze anos, ou para os homens depois de cumpridos quatorze anos, ou seja, o tempo em que houverem preenchido os requisito núpciais).

¹⁰¹⁰ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 81

¹⁰¹¹ *Vide* Nov. 74,4; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 81.

¹⁰¹² *Ibidem*. Segundo o autor, comumente, na vida prática, as *tabulae matrimoniales* se identificavam com a constituição do dote. Mas serviam, também, ao objetivo de dar forma pública ao matrimônio, cujo interesse era excluir a possibilidade do matrimônio oculto.

¹⁰¹³ A poligamia era proibida energeticamente por uma lei de Teodósio (C. 1,9,7), como reação ao *mos iudaeorum* fundamentado em inúmeros casos bíblicos de poligamia. Uma possível lei de Valentiniano I, admitindo a poligamia para os homens, no entendimento de BIONDI, Biondo, é inverossímil, isto porque uma lei contrária ao matrimônio romano e cristão não poderia ser proveniente de um príncipe como Valentiniano que, na política e na legislação, recebeu muita influência de Santo Ambrósio, que o apontava como modelo de filho. *Vide* BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 84.

¹⁰¹⁴ Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 85s: Dentre as mudanças, uma decisão do papa Calixto I, no início do séc. III, declarava a validade das uniões entre mulher de posição senatorial e liberto. Justino aboliu a proibição do matrimônio entre senador e mulher de teatro. A Nov. 74,4,3 admitiu o casamento de soldados de grau inferior.

das leis de Augusto referentes, nomeadamente, à condição social¹⁰¹⁵. Perante a doutrina cristã, passou-se a considerar que todos os homens são iguais, filhos do mesmo Deus, independentemente de raça, condição ou sexo, como se encontra na carta de Paulo aos gálatas: “*Omnes enim Dei estis per fidem in Christo Iesu. Quicumque enim Christum baptizati estis, Christum induistis: non est iudaeus neque graecus, non est servus neque liber, non est masculis et femina; omnes enim vos unus in Christo Iesu*”¹⁰¹⁶. Não se podia descurar, contudo, a tendenciosa orientação da conveniência de casamento com uma pessoa fiel, conforme consta na carta de Paulo aos coríntios, aconselhando a viúva a casar-se: “(...) *cui vult nubere, tantum in Domino*”¹⁰¹⁷.

Por conta dessa universalidade, segundo Biondi, a doutrina canonista prefere falar de impedimentos, ao invés de requisitos para a sua celebração. A correspondência entre o regime civil e o canônico é ressaltada pela doutrina dos Santos Padres (patrística), como no caso dos impedimentos decorrentes do parentesco e da afinidade, inspirada no direito romano. Ao invés de *conubium*, como capacidade civil para se contrair matrimônio, o legislador utilizou a expressão “*qui secundum praecepta legum coeunt*”, conforme se encontra nas instituições de Justiniano: “*Iustas autem nuptias inter se cives romani contrahuntur, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viropotentes, sive patresfamilias sint sive filiifamilias*”¹⁰¹⁸. A tradicional incapacidade dos latinos e peregrinos desapareceu, mesmo porque, em razão do edito de Caracala (212), quase todos os homens livres do império eram cidadãos romanos. Diante da universalidade sacramental do matrimônio, isto não fazia mais sentido. Por outro lado, contrariamente ao direito romano clássico, a perda da cidadania não dissolvia o casamento¹⁰¹⁹.

Os escravos, entretanto, não foram contemplados com a mudança, porquanto não se tratava de proibição, mas de incapacidade jurídica. Segundo Biondi¹⁰²⁰, a permanência dessa restrição não contrasta com a concepção cristã. Não obstante o preceito paulino (“Em Cristo

¹⁰¹⁵ Vide *Lex Iulia et Papia*, notas 321, 463 e 888, cap. II supra.

¹⁰¹⁶ Gal. 3,26-28: “Porque todos sois filhos de Deus pela fé de todos em Cristo. Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus”. Vide FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais na Roma clássica*, p. 9.

¹⁰¹⁷ 1 Cor. 7,39: “com quem quiser, contanto que seja no Senhor”. O versículo completo está escrito assim: “A mulher está ligada ao marido enquanto ele viver. Mas, se morrer o marido, ela fica livre e poderá casar-se com quem quiser, contanto que seja no Senhor”.

¹⁰¹⁸ I. 1,10: “As justas núpcias as contraem entre si os cidadãos romanos, isto é, os varões púberes e as mulheres núbeis, quer sejam pais de famílias quer sejam filhos de famílias, que se unam conforme os preceitos legais”. Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 85.

¹⁰¹⁹ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p.85.

¹⁰²⁰ *Ibidem*, p.88s.

não existe escravo nem livre”)¹⁰²¹, que leva, em princípio, a não renegar o matrimônio dos escravos, o ensinamento da Igreja, com o tempo, tornou-se contrário a tais uniões. E assim, das constituições dos apóstolos ao Concílio de Niceia (325), das decisões dos papas Júlio I e Leão Magno ao decreto de Graciano¹⁰²², a Igreja foi levada a seguir a lei civil¹⁰²³. O desconhecimento do matrimônio canônico referente aos escravos era uma consequência natural da escravidão que, apesar de atenuada, não era renegada pela Igreja, pois a servidão, existente entre quase todos os povos, era determinada pela guerra e por causas econômicas. Não se tratava, portanto, de incapacidade que, na ordem sobrenatural, não tinha sentido existir, nem estabelecia diferença entre pessoas, mas da situação jurídica dos escravos nas relações humanas (*servus est res*). A esse respeito acrescenta Biondi:

*“Se il matrimonio postula il consenso libero e pieno rivolto a stringere un vincolo perpetuo, se i rapporti coniugali sono stabiliti dalla legge e mai da una volontà estranea, se il vincolo coniugale importa tutta una serie di obblighi personali, che si riassumono nella mutua potestas corporis fino al punto che si parla di ius in corpus perpetuum et exclusivum, come può sorgere giuridicamente un rapporto di tal fatta quando il dominus di uno degli sposi conserva sempre la giuridica facoltà di disporre liberamente della persona del proprio schiavo?”*¹⁰²⁴

Embora a lei não reconhecesse personalidade jurídica aos escravos e, por consequência, o matrimônio celebrado entre eles, várias disposições visavam à proteção desse relacionamento. Constantino, por exemplo, quanto aos escravos, proibiu que o marido se separasse da mulher e os filhos dos genitores¹⁰²⁵. *Simili modo*, uma sentença de Ulpiano, encontrada no Digesto, estabelece a proibição de separar-se os escravos unidos em contubérnio¹⁰²⁶, porquanto a relação

¹⁰²¹ Gal. 3,28: Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus.

¹⁰²² Frei João Graciano, maior compilador das fontes do direito canônico. Monge, mestre em teologia no mosteiro dos Santos Felix e Nabor, da Ordem Camaldulense, em Bolonha, onde publicou sua obra que se tornou clássica: *“Concordia Discordantium Canonum”*, por outros chamada de *“Decretum”* ou *“Corpus Decretorum”*. *“Nova collectio”* e até, *“Corpus Iuris Canonici”*, concluído entre 1139 e 1149. Vide LIMA, Maurílio César de, cit. p. 105; VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore. *Il matrimonio canônico*. 3 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 07. Vide nota 1.158 infra.

¹⁰²³ BIONDI, BIONDO, *Il diritto romano cristiano, III*, p. 88s. Cf. FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica* (p. 15): “A Igreja contudo, mesmo admitindo que o matrimônio não era possível senão entre duas pessoas livres, favoreceu a manumissão do cônjuge escravo, a fim de poder unir-se em núpcias”.

¹⁰²⁴ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p.89.

¹⁰²⁵ C. Theod. 2, 25. Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 90.

¹⁰²⁶ D. 21,1,35: *Plerumque propter morbosa mancipia etiam non morbosa redhibentur, si separari non possint sine magno incommodo, vel ad pietatis rationem offensam, Quid enim, si filio retento parentes redhibere maluerint, vel contra? Quod et in fratribus, et personis contubernio sibi coniunctis observari oportet.* (Muitas vezes por causa de escravos enfermos são redimidos também os que não estão enfermos, se não puderem separar-se sem grande incômodo ou ofensa ao sentimento de piedade. Porque o que sucederia se retido o filho, houvessem preferido redimir os pais ou o contrário? O que deve observar-se também quanto aos irmãos, e as pessoas unidas em contubérnio).

é quase conjugal, já que o *dominus* não goza da faculdade de dissolvê-la como outrora acontecia¹⁰²⁷. Justiniano determinou que, se alguém havia tido como concubina uma escrava, esta, após sua morte, tornava-se livre e os nascidos adquiriam a condição de filhos legítimos¹⁰²⁸.

Apesar de antigas proibições terem desaparecido ou sido atenuadas, surgiram novas restrições em relação ao caráter sacramental do matrimônio. O apóstolo Paulo, na segunda carta aos coríntios, recomenda não contrair casamento com os infiéis, ao proclamar: “Não vos submetais ao mesmo jugo com os infiéis. Que relação pode haver entre justiça e iniquidade? Que união pode haver entre luz e trevas? Que harmonia pode haver entre Cristo e Belial?”¹⁰²⁹ Que relação pode haver entre quem acredita e quem não acredita?”¹⁰³⁰ Porém, nas palavras de Biondi, “*non dichiara illecite tali unioni, tanto vero che sulla loro liceità se fonda il cosiddetto privilegio Paulino*”¹⁰³¹.

A união entre hebreus e cristãos, chamada “*flagilium*”, era proibida e punida com a morte ao tempo de Constâncio¹⁰³². Valentiniano e Valente, por razões religiosas, igualmente estabeleceram a mesma pena para os romanos que se unissem com bárbaros e pagãos¹⁰³³. Constituíam, também, impedimento, sendo considerado como adultério, o matrimônio com pessoas que tivessem feito votos religiosos, ou seja, dedicadas à vida monástica. O matrimônio com vestais (virgens e viúvas sagradas) era punido com a pena capital¹⁰³⁴.

A impotência, no direito pagão, não constituía impedimento para o matrimônio, sendo, no entanto, um dos motivos para o divórcio, como se comprova no Digesto: “*Divortii causa donationes inter virum et uxorem concessae sunt; saepe enim evenit, uti propter sacerdotium*

¹⁰²⁷ Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 90.

¹⁰²⁸ I. 3,6,10; Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 90.

¹⁰²⁹ Belial: sinônimo de satanás.

¹⁰³⁰ 2 Cor. 6,14-16. Mas o apóstolo, em 2Cor.7,12-15, mostra condescendência, ao proclamar a possibilidade dessa convivência. Vide nota 1.149 infra.

¹⁰³¹ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, cit. p. 91. O considerado privilégio paulino está contido em 1 Cor. 7,12-15. Vide infra item 3.4.2.2 Indissolubilidade. ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo império*, cit. p. 329. Segundo TEJA, Ramón. (*El cristianismo primitivo en la sociedad romana*, cit. p. 30), o chamado privilégio paulino foi acolhido no *códex iuris canonici*, o qual permitia ao cônjuge convertido romper a união com aquele que permanecesse infiel e contrair novo matrimônio.

¹⁰³² C.Theod. 16,8,6; Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 91; Cf. ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo imperio* (cit. p. 333): Esta proibição, de natureza religiosa, de contrair matrimônio misto entre hebreus e cristãos é própria do império tardio e de tudo estranha à política de Augusto. O hebreu que esposasse uma cristã podia ser condenado à morte. Constâncio disciplinou a convivência daqueles que, não sendo de religião hebraica, estavam sujeitos a um hebreu. A sujeição podia ser de natureza jurídica: a escravidão. Mas o hebreu não podia comprar para si e fazer-se servir de escravo de religião diversa da sua, sob pena de confisco de seus bens, circuncisão, conversão e mesmo a morte (C. Theod.16,9,2).

¹⁰³³ C. Theod. 3,14,1. Vide ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo imperio*, cit. p. 335; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 93.

¹⁰³⁴ C. Theod. 9,25,2; C. 1,3,5: *Si quis non dicam rapere, sed attentare tantum iungendi matrimonii causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena feriatur*. (Se alguém houver se atrevido não a roubar mas tão somente atentar contra as santíssimas virgens para unir-se em matrimônio seja condenado à pena capital).

vel etiam sterilitatem”¹⁰³⁵. Para o direito cristão, todavia, era causa de impedimento matrimonial, porquanto tornava impossível o objetivo principal do casamento: a procriação. O Código de Justiniano também previa a possibilidade de a mulher ou seus pais repudiarem o marido por causa de impotência, sem risco de perder o dote¹⁰³⁶. Por fim, na Nov. 22,6, a impotência era considerada causa de anulação do casamento e não de repúdio¹⁰³⁷.

Os impedimentos em razão do parentesco e da afinidade, segundo Biondi, tomaram realce na legislação cristã que, por extensão, era mais rigorosa que a pagã e a lei mosaica, configurando delitos e as consequentes ações penais¹⁰³⁸.

O matrimônio entre ascendentes e descendentes era considerado incestuoso, sendo passível da pena de deportação¹⁰³⁹. Na linha colateral, era lícito o matrimônio entre tio e sobrinha que, segundo Gaio, começou a ser usual depois que Cláudio desposou Agripina, filha do seu irmão¹⁰⁴⁰. No que se refere à união entre primos, não existia uniformidade na legislação eclesiástica. Todavia, uma lei de Teodósio, que teve acolhimento da Igreja, proibiu energeticamente esse tipo de união. Justiniano derogou tal proibição¹⁰⁴¹, através de norma legislativa, admitindo a faculdade de realização do casamento entre primos, fossem eles nascidos de dois irmãos ou de um irmão e de uma irmã, como se verifica na sentença:

*“Celebrandis inter consobrinus matrimoniis licentia huius legis salubritate indulta est, ut revocata prisci iuris auctoritate restincte calunniarum fomentis matrimonium inter consobrinus habeatur legitimum, sive ex duobus fratribus sive ex duabus sororibus sive ex fratre et sorore nati sunt, et ex eo matrimoinio editi legitimi et suis patribus sucessores habeantur”*¹⁰⁴².

¹⁰³⁵ D. 24,1,60,1: Estão permitidas entre marido e mulher as doações por causa do divórcio, que muitas vezes sucede por causa do sacerdócio, ou também por esterilidade.

¹⁰³⁶ C.5,27,10; Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 93.

¹⁰³⁷ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 93.

¹⁰³⁸ *Ibidem*, p. 94. Vide D.23,2,68, nota 1039 infra.

¹⁰³⁹ D.23,2,68: *“Iure gentium incestum committit, qui ex gradu adscendentium, vel descendantium uxorem duxerit”*. (Pelo direito das gentes, comete incesto o que houver tomado mulher em grau dos ascendentes e dos descendentes).

¹⁰⁴⁰ GAIO 1,62: *Fratris filiam uxorem ducere licet, idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam fratris sui filiam uxorem duxisset: sororis vero filiam ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur*. (É lícito casar com a filha do irmão; o que começou a ser usual depois que o divino Cláudio desposou Agripina, filha do seu irmão; mas não é lícito casar com a filha da irmã. E isto foi assim disposto pelas constituições imperiais). Constâncio, contudo, considerou essa relação coisa abominável, punida com a pena capital (C. Theod. 3,12,1). Justiniano (I. 10,3) ratificou esta disposição, ao afirmar que não era lícito desposar a filha do irmão.

¹⁰⁴¹ Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, III, p. 95: Tal disposição é exaltada por alguns padres da Igreja (patrística), dentre eles Santo Ambrósio, Santo Agostinho e Paulo Diácono. No direito justinianeu, no entanto, o matrimônio entre primos é permitido, como se comprova nas I.10,4: *Duorum autem fratrum vel sororum liberi vel fratris et sororis iungi possunt*. (Mas podem unir-se os filhos de dois irmãos ou irmãs ou do irmão e da irmã). Essa mudança, segundo o autor em epígrafe, não derivava da vontade do legislador, mas da existência de divergências no âmbito da própria Igreja, sobretudo entre Oriente e Ocidente.

¹⁰⁴² C.5,4,19: *“Tem-se concedido pela bondade desta lei faculdade para que se celebrem matrimônios entre primos-irmãos, de modo que, revogada a a autoridade do antigo direito e extinguido o fomento das calúnias, se considere legítimo o matrimônio entre primos-irmãos e, aos que nascerem dos irmãos, das irmãs, de irmão e irmã, sejam considerados legítimos os nascidos deste matrimônio, e sucessores de seus pais”*.

Quanto à afinidade¹⁰⁴³, na linha reta, ratifica-se a proibição do direito clássico, não podiam casar sogro e nora, genro e sogra, enteado e madrasta, enteada e padraço, porquanto esse vínculo não se extinguia com a dissolução do casamento¹⁰⁴⁴. A legislação cristã foi além da tradição pagã, não permitindo o casamento entre cunhados (viúva do irmão com o cunhado) é vetado por Constancio¹⁰⁴⁵. De acordo com a Nov. 134, de Justiniano, sob a influência canônica, era declarado nulo o casamento da mulher adúltera com o seu cúmplice, como medida impeditiva para evitar a união com o co-réu, após a morte do marido. Na legislação pagã, a mulher, nesse caso, estava proibida de convolar novas núpcias, conforme a *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* e *Iulia de Adulteriis*, que tratavam da incapacidade somente da adúltera¹⁰⁴⁶.

No que se refere ao *consensus do paterfamilias*, requisito imprescindível para o casamento das pessoas *alieni iuris*, independentemente da idade, com o direito cristão, esse requisito passou a ter outro caráter e outra disciplina. O consentimento do *pater* passou a ter o significado de meio de proteção e assistência em favor dos filhos. Assim, diferentemente da concepção da antiga potestade doméstica, que se espraiava sobre todos os descendentes *alieni iuris* enquanto o *paterfamilias* estivesse vivo¹⁰⁴⁷, agora se restringia aos filhos menores. Nesse sentido, assinala Biondi: “*Da una parte si attenua la necessità del consenso fondato sulla patria potestas, dall'altra si richiede il consenso del genitore, come tale, e solo per il figlio minore*”¹⁰⁴⁸. A legislação cristã, com maior propriedade no direito pós-clássico, sob a influência da patrística, transformou o antigo consentimento do *paterfamilias*, calcado na *patria potestas*, num instrumento de conteúdo moral atribuído aos genitores no interesse dos filhos¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴³ D.38,10,4,3: *Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicit abeo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptiae copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accredit, nunque coinngendae affinitatis causa fit ex nuptiis.* (Afins são os cognados do marido e da mulher, chamados assim porque pelas núpcias se unem às cognações que são entre si diversas e a um se aproxima o afim de outra geração; porque a causa de unir-se a afinidade provém das núpcias). Vide SANTOS, Severino Augusto dos. *Direito romano. Tutela impuberum*, p. 69s.

¹⁰⁴⁴ Vide GAIO 1,63; I, 10,7, notas 455 e 459 cap. II.

¹⁰⁴⁵ C. Theod. 3,12,2; Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, cit. p. 95.

¹⁰⁴⁶ Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, cit. p. 97; ASTOLFI, Ricardo. *La Lex Iulia et Papia*, cit. p. 127s; D. 23,2,43,12, nota 466, cap. II.

¹⁰⁴⁷ Vide supra nota 57, cap. I.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*. Segundo o autor, a partir do direito pós-clássico e justinianeu, o consenso como função protetiva se aplicava especialmente às filhas menores. Quando se tratasse da viúva menor de 25 anos, embora emancipada, não podia contrair matrimônio sem a *patris sententia*, como se comprova no C. 5,4,18: *Viduae intra quintum et vicissimum annum degentes, etiamsi emancipationis libertate gaudent, tamen in secundas nuptias sine patris sententia non convenient.* (As viúvas, mesmo que não tenham completado os vinte e cinco anos, mesmo que gozem da liberdade pela emancipação, não convém, sem embargo, contrair as segundas núpcias sem o consentimento do seu *pater*). Vide, também, C. Theod. 3,7,1

¹⁰⁴⁹ Vide BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano, III*, p. 99.

Por fim, pode-se afirmar que o passado se confunde com o presente através de influências recíprocas: direito romano e cristianismo, cristianismo e direito romano, como se vislumbra, em matéria de casamento, nas palavras de Paula Barata Dias:

“O casamento romano é, frequentemente e com justiça, um aspecto evocado para ilustrar a sobrevivência da Antiguidade nos rituais sociais dos nossos dias: anel de noivado, véu da noiva, coroa de flores, união das mãos direitas dos nubentes, cortejo nupcial, banquete, o elevar da noiva sobre a soleira da nova casa... Gestos e objetos que perduraram desde a Antiguidade e que permanecem como uma marca indelével no mundo hodierno”¹⁰⁵⁰.

3.3 Casamento à luz da tradição bíblica

Segundo Rafael NavarroValls¹⁰⁵¹, o modelo matrimonial que se conhece e vigora no Ocidente é atribuído a uma criação do cristianismo, traduzido em normas jurídicas do direito canônico. Mas o próprio autor contesta essa visão, ao afirmar: “*Quiero decir, ante todo y, obviamente, que el matrimonio no es una creación cristiana*”. Fundamenta seu pensamento na sentença de Ulpiano, encontrada no Digesto¹⁰⁵², quando enfatiza que a *coniunctio* que se chama matrimônio é pertinente ao direito natural. Trata-se daquele direito que foi ensinado a todos os seres, não somente ao gênero humano, sendo também comum a todos os animais que nascem na terra e no mar e, também, às aves¹⁰⁵³.

Todavia, não se pode falar do matrimônio cristão sem deixar de se fazer uma digressão histórica à tradição bíblica contida no Antigo e Novo Testamentos. Vários textos tratam do

¹⁰⁵⁰ DIAS, Paula Barata. *A influência do cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na antiguidade tardia*. Universidade de Coimbra: Ágora. Estudos Clássicos em Debate 6 (2004), p. 99. Segundo a autora, essa visão de continuidade concentra-se nos rituais sociais que pouco significam para aquelas origens, porquanto o casamento da Antiguidade clássica pagã e o hodierno passou por muitas transformações, dificultando a identificação entre essas duas épocas. Na contramão dessa visão da autora, pode-se afirmar que a influência do casamento romano vai além dos ritos e detalhes de ornamentação ou adornos pessoais. Está presente na própria definição de justas núpcias, nos requisitos para a sua validade (consentimento, idade, ausência de impedimentos, caráter monogâmico), separação, divórcio, numa prova incontestada de que o passado nunca morre, mas permanece vivo no coração do homem. Destaque-se, a respeito, a colocação de MACHADO, Jonatas. *A (in)definição do casamento no estado constitucional*. Família, consciência, secularização e religião. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 10, “(...) a definição social e legal do casamento depende da visão do mundo que domina num determinado tempo e lugar”.

¹⁰⁵¹ VALLS, Rafael Navarro. *Matrimonio y derecho*. Editorial Tecnos_S. A. Madrid, 1995, p. 07.

¹⁰⁵² D,1,1,3: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nan ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelho, quae in terra, quae in mari nascuntur.*

¹⁰⁵³ Cf. CID, Nuno de Salter. *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 26: “Há textos reveladores da existência e da importância do matrimônio muito anteriores àqueles relatos bíblicos”. Baseado na obra de J.J. Glassner (*Da Samaria à Babilônia*), o autor faz referência a textos das *Leis de Ur-Namma* (cerca de 2112-2095 a.C.); sumérios da III Dinastia de Ur (cerca de 2112-2004 a.C.); *Leis de Lipit-Ishtar* (cerca de 1934-1924 a.C.); as *Leis de Esnunna* (cerca de 1800 a.C.), que previam a realização de um contrato como requisito de validade do casamento e, por fim, ao *Código de Hammurabi* (cerca de 1753 a.C.), que previa a existência de um contrato escrito.

assunto. Inicia-se com o relato da criação, encontrado no Gênesis. Propaga-se na voz dos profetas, no livro dos Salmos, livro dos Reis, Juízes, Crônicas, Eclesiástico, no Cântico dos Cânticos, nos Evangelhos e Cartas apóstólicas.

3.3.1 Gênesis

Para muitos estudiosos, a origem do casamento está descrita no livro do Gênesis, quando da criação do homem, após todas as coisas¹⁰⁵⁴:

*“Faciamus hominem ad imaginem et similitudinem nostram; et praesit piscibus maris et volatibus caeli, et bestiis universique terrae, omni que reptili, quod movetur in terra. (...) Deus masculam et feminam creavit eos. Benedixitque illis Deus, ait: Crescite et multiplicamini, et replete terram et subjicite eam”*¹⁰⁵⁵.

Porém, Deus entendeu que não era bom que o homem estivesse só e deu-lhe uma companheira¹⁰⁵⁶. E assim, Adão, certamente, transmutado em alegria, saindo de sua solidão, entoou o primeiro cântico nupcial: *“Haec nunc os ex ossibus meis et caro de carne mea. Haec vocabitur virago, quoniam de viro sumpta est haec”*¹⁰⁵⁷. E o livro sagrado conclui com uma

¹⁰⁵⁴ Primeiro livro da Bíblia, escrito por Moisés. Narra o princípio de todas as coisas.

¹⁰⁵⁵ Gen. 1,26-28: “Façamos o homem à nossa imagem e semelhança; domine ele os peixes do mar e as aves do céu, os animais selvagens, e toda a terra e todo réptil que se move sobre a terra. (...) Deus criou-os homem e mulher. Então, Deus os abençoou e lhes disse: Crescei e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a”. No entendimento de LANGA, Pedro. (*San Agustín y el progreso de la teología matrimonial*. Toledo, 1984, p. 18), para a filosofia e teologia cristãs, anteriores e mesmo contemporânea a Santo Agostinho (Aurélio Agostinho, 354-430, bispo de Hipona, escritor, filósofo e teólogo cristão), a passagem do Gênesis, *“cresciti et multiplicani”*, não constitui uma fenomenologia matrimonial, porquanto configura a diversidade sexual como obra com a qual Deus quis assegurar a multiplicação dos homens e dos animais. Segundo o mesmo autor, *“ningún legislador del Antiguo Testamento se refiere con semejantes relatos al matrimonio, visto por los demás como hecho humano, como institución natural”*. No pensamento de João Paulo II (*Familiaris consortio*), “a sexualidade, mediante a qual o homem e a mulher se doam um ao outro com atos próprios e exclusivos dos cônjuges, não é em absoluto algo puramente biológico, mas diz respeito ao núcleo íntimo da pessoa humana como tal”. O ambiente que materializa essa doação é instituído pelo matrimônio, pacto de amor conjugal fundamentado numa escolha consciente e livre, mercê da qual homem e mulher formam uma comunidade íntima de vida e de amor. Além dessas fontes do matrimônio cristão, encontradas nos livros sagrados (Velho e Novo Testamentos), encontra-se, também, o *ius naturale* que, na visão de Santo Tomaz de Aquino, é o complexo de princípios criados por Deus na consciência do homem. Cf. VITALI, Enrico; BERLINGÓ, Salvatore, (cit. p. 4): *“Il diritto naturale vincula in forza della ragione, esso obbliga tutti gli uomini, anche se non battezzati, in quanto risponde ad esigenze irrinunciabili della vita societae”*. Exemplos de regras do direito divino natural são aquelas determinadas pelo Código Canônico referentes à idade núbria e à invalidade do matrimônio pelo impedimento da impotência (Cân. 1084).

¹⁰⁵⁶ Gen 2,18.

¹⁰⁵⁷ Gen. 2,23: “Eis agora aqui, (...) o osso de meus ossos e a carne da minha carne. Ela se chamará mulher, porque foi tomada do homem”. Na explicação desse mistério da criação, João Paulo II (*Familiaris consortio*) esclarece: “Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, chamando-o à existência por amor, chamou-o ao mesmo tempo ao amor. (...) Criando-o à sua imagem e conservando-a continuamente no ser, Deus inscreve na humanidade do homem e da mulher a vocação, e, assim, à capacidade e à responsabilidade do amor e da comunhão”. O papa Bento XVI (*Pensamentos sobre a família*. Tradução portuguesa de Ana Sasseti da Mota. Cascais: Príncípia Editora, Ltda, 2010, p. 16), enfatiza esse passo do Gênesis: “A narração bíblica da criação fala da solidão do primeiro homem, Adão, querendo Deus pôr ao seu lado um auxílio. Dentre todas as criaturas, nenhuma pode ser para o

profecia, repetida ao longo do tempo, nas palavras de Marcos e Mateus: “*Propter hoc dimittet homo patrem et matrem suam, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una*”¹⁰⁵⁸. Esta passagem revela a atração do homem e da mulher, exaltando o amor que, na união sexual, tende a reconstruir a unidade exclusiva do matrimônio: “carne da minha carne”, bem como, a natureza procriativa dessa relação¹⁰⁵⁹. Além de fortalecer a monogamia, consagra a indissolubilidade da união, quando estabelece: “*et erunt duo in carne una*”¹⁰⁶⁰.

Esse matrimônio monogâmico, baseado num amor exclusivo e definitivo, corresponde à imagem de um Deus monoteísta. A vocação para o amor faz do homem uma autêntica imagem desse Deus, tornando-o semelhante a Ele, na medida que ama. Dessa relação fundamental entre criatura e criador se origina o vínculo indissolúvel entre espírito e corpo¹⁰⁶¹. Todavia, o que era prenúncio de bênção e harmonia transmudou-se em maldição: a mulher induziu seu consorte à desobediência a Deus e para ambos começou uma trajetória de trabalho, sofrimento e dor que se estendeu para sempre sobre todos os seus descendentes, nas palavras de Deus à mulher: “*Multiplicabo aerumnas tuas et conceptus tuos, in dolorem paries filios, et ad virum tuum erit appetitus tuus, ipse autem dominabitur tui*”¹⁰⁶². Em seguida, disse ao homem:

“*Quia audist vocem uxoris tuae et comedist de ligno, ex quo praeceperam tibi, ne comederes, maledicta humus propter te. In laboribus comedes ex ea cunctis diebus vitae tuae. Spinās et tribulos germinabit tibi, et comedes herbas tarrae; in sudore vultus tuis vesceris pane, donec revertaris ad humum de qua sumptus es, quia pulvis es et in pulverum reverteris*”¹⁰⁶³.

3.3.2 Poligamia bíblica

homem aquela ajuda de que necessita, apesar de ter dado um nome a todos os animais selvagens e a todas as aves, integrando-os assim no contexto de sua vida. Então, de uma costela do homem, Deus plasma a mulher. Agora Adão encontra a ajuda de que necessita: Esta é, realmente, osso dos meus ossos e carne da minha carne.” Cf. o mesmo autor (*ibidem*, p. 17): “Na base desta narração, é possível entrever concepções semelhantes às que aparecem, por exemplo, no mito referido por Platão, segundo o qual o homem originariamente era esférico, porque completo em si mesmo e autosuficiente. Mas, como punição pela sua soberba, foi dividido ao meio por Zeus, de tal modo que, agora, anseia sempre pela sua outra metade e caminha para ela, a fim de reencontrar a sua globalidade. Na narração bíblica, não se fala de punição; porém, há a ideia de que o homem de algum modo esteja incompleto, constitutivamente a caminho, a fim de encontrar no outro a parte que falta para a sua totalidade, isto é, a ideia de que só na comunhão com o outro sexo possa tornar-se completo, está sem dúvida presente”.

¹⁰⁵⁸ Gen. 2,24; Mc. 19,9; Mt,19,3-6: “Por isso o homem deixa o seu pai e sua mãe para se unir à sua mulher, e já não são mais que uma só carne”. *Vide* notas 1.131 e 1.133 *infra*.

¹⁰⁵⁹ *Vide* nota 1055.

¹⁰⁶⁰ Gen. 2,24: Já não são mais que uma só carne”.

¹⁰⁶¹ BENTO XVI, cit. p. 17s.

¹⁰⁶² Gen. 3, 16: “Multiplicarei os sofrimentos de teu parto; darás à luz com dores, teus desejos te impelirão para o teu marido e tu estarás sob o seu domínio”.

¹⁰⁶³ Gen. 3,17-19: “Porque ouviste a voz de tua mulher e comeste o fruto da árvore que eu te havia proibido comer, maldita seja a terra por tua causa. Tirarás dela com trabalhos penosos o teu sustento todos os dias de tua vida. Ela te produzirá espinhos e abrolhos e tu comerás a erva da terra. Comerás o teu pão com o suor do teu rosto, até que voltes à terra de que foste tirado; porque és pó, e em pó te hás de tornar”.

Esse desequilíbrio, decorrente da desobediência do homem, alterou as relações entre a divindade e a humanidade, entre o homem e a mulher. A própria sexualidade se corrompeu. A monogamia e a indissolubilidade, previstas no ato da criação, foram maculadas pela poligamia e pelo divórcio. Os textos bíblicos relatam exemplos de patriarcas que foram polígamos: Abraão era casado com Sara e amasiado com Agar, que lhe deu um filho, Ismael, porque sua mulher era estéril¹⁰⁶⁴. Mas, na velhice de Sara, o Senhor cumpriu uma promessa e realizou um milagre: a concepção e nascimento de Isaac¹⁰⁶⁵. Agar terminou desterrada com seu filho e partiu errante pelo deserto de Bersabeia.¹⁰⁶⁶ Mas Ismael, sob a proteção de Deus, transformou-se numa grande nação¹⁰⁶⁷.

A história se repetiu com Jacó, casado com Raquel, convivendo com Bala, Zelfa e Lia. Porém, Deus compadeceu-se de Raquel que concebeu e teve um filho, José¹⁰⁶⁸. A Bíblia faz referência às mulheres de Esaú: Judite, filha de Beeri, o hiteu, e Basemat, filha de Elon¹⁰⁶⁹. Relata, também, que Lamec, filho de Matusael, da descendência de Caim, tomou como esposas Ada e Sela¹⁰⁷⁰. Gedeão, no período dos juízes, teve setenta filhos, porque tinha várias mulheres e uma concubina, na terra de Siquém, que lhe deu um filho, Abimalec¹⁰⁷¹.

Davi tinha relação adúltera com Betsabé, esposa de Urias, o hiteu.¹⁰⁷² Mandou que ele fosse designado para a batalha, onde o combate fosse mais renhido, para que perecesse. Além de Betsabé, teve várias mulheres: Aquinoão de Jezrael; Abigail de Carmelo; Maaca, filha de Olmai; Agit; Abital e Eglá, ao tempo em que estava em Hebron. Betsué, filha de Amniel, possuiu também várias concubinas, nos trinta e três anos em que reinou em Jerusalém¹⁰⁷³. Quando, para escapar de Absalão, fugiu de Jerusalém, a pé com toda a sua família, deixou dez concubinas para guardar o palácio¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁶⁴ Gen.16,1: “Sarai, mulher de Abrão, não lhe tinha dado filhos; mas, possuindo uma escrava egípcia, chamada Agar, disse a Abrão: Eis que o Senhor me fez estéril; rogo-te que tomes a minha escrava, para ver se ao menos por ela, eu posso ter filhos”. Segundo o Gênesis, Deus mudou o nome de Abrão para Abraão e o de Sarai para Sara e celebrou com ele uma aliança: “Faço aliança contigo e com a tua posteridade, uma aliança eterna, de geração em geração, para que eu seja o teu Deus e o Deus de tua posteridade. Darei a ti e a teus descendentes depois de ti a terra em que moras como peregrino, toda a terra de Canaã, em possessão perpétua, e serei o teu Deus”. O nome de Abraão era Abrão (17,7-8).

¹⁰⁶⁵ Gen.21, 1-7

¹⁰⁶⁶ Gen. 21,14.

¹⁰⁶⁷ Gen. 21,18,

¹⁰⁶⁸ Gen 30, 1-24.

¹⁰⁶⁹ Gen 26,34.

¹⁰⁷⁰ Gen.4, 19.

¹⁰⁷¹ Juízes 8,30-31.

¹⁰⁷² II Sam. 11,1-26.

¹⁰⁷³ I Crônicas, 3, 1-9.

¹⁰⁷⁴ II Sam. 15,16.

O rei Salomão, além da filha do faraó¹⁰⁷⁵, amou muitas mulheres estrangeiras, moabitas, amonitas, edomitas, sidônias e hitéias¹⁰⁷⁶. Teve setecentas esposas de classe principesca e trezentas concubinas¹⁰⁷⁷. Para bem ilustrar, até a rainha de Sabá¹⁰⁷⁸ veio de longe para conhecê-lo. Diante de tanta sabedoria e riqueza, falou estupefata:

*“Verus est sermo, quem audivi in terra mea super rebus tuis et super sapientia tua. Et non credebam narrantibus mihi, donec ipsa veni et vidi oculis meis et probavi quod media pars mihi nuntiata non fuerit; maior est sapientia et bona tua quam rumor, quem audivi”*¹⁰⁷⁹.

Roboão, filho de Salomão, tomou por esposa Maalat, filha de Jerimot, e Abiaí, filha de Eliab, e Maaca, filha de Absalão. Teve dezoito mulheres e sessenta concubinas¹⁰⁸⁰. O Deuteronômio, também, faz registro da poligamia:

*“Si habuerit homo uxores duas, unam dilectam et alteram odiosam, genuerintque ei genuerintque et liberos, et fuerit filius odiosae primogenitus, volueritque substantiam inter filios suos dividere, non poterit filium dilectae facere primogenitum et praeferre filio odiosae”*¹⁰⁸¹.

E, de igual forma, a condena: *“Neque habebit uxores plurimas, ne declinet cor eius, neque argenti et auri immensa pondera”*¹⁰⁸². Torna-se importante, porém, ressaltar que, perante a lei mosaica, o concubinato era considerado uma união não conjugal dissolúvel¹⁰⁸³. Era aceito pela cultura israelita e considerado lícito, na medida em que existisse a intenção procriadora e não tivesse a finalidade somente do prazer. O concubinato era difundido e admitido, conexo com o matrimônio, tornando-se, assim, uma relação consentida¹⁰⁸⁴. Tomando-se como

¹⁰⁷⁵ I Reis, 3,1.

¹⁰⁷⁶ I Reis, 11,1.

¹⁰⁷⁷ I Reis, 11,3.

¹⁰⁷⁸ Os sabeus eram um povo que habitava a sudoeste da Arábia.

¹⁰⁷⁹ I Reis 10,6-7. “É bem verdade o que ouvi a teu respeito e de tua sabedoria, na minha terra. Eu não quis acreditar no que me diziam, antes de vir aqui e ver com os meus próprios olhos. Mas eis que não contavam nem a metade: tua sabedoria e tua opulência são muito maiores do que a fama que havia chegado até mim”.

¹⁰⁸⁰ II Cron. 11,18-21.

¹⁰⁸¹ Deut. 21,15-16: “Se um homem tiver duas mulheres, uma que ele ama, outra que ele desdenha, e lhe tiverem dado filhos, tanto a que é amada como a que é desdenhada, se o filho desta última for o primogênito, esse homem, no dia em que repartir seus bens entre os seus filhos, não poderá dar o direito de primogenitura ao filho da que é amada, em detrimento do primogênito, filho da mulher desdenhada”.

¹⁰⁸² Deut. 17,17: “Não tereis várias mulheres para que vosso coração não se desvie, nem ajunteis grande quantidade de ouro e prata”.

¹⁰⁸³ A união matrimonial era também considerada dissolúvel na cultura hebraica.

¹⁰⁸⁴ Vide PALAZZANI, Laura. *Diritto naturale ed etica matrimoniale in Christian Thomasius*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1964, p. 17s. Tomando como referência a criação do homem e da mulher, relatada no Gênesis, os hebreus conheceram o princípio da união monogâmica, deixando transparecer uma tendência para esse tipo de união. Cf. DIAS, Paula Barata (Cit. p. 102). “O objetivo da fertilidade sobrepõe-se, numa sociedade que não obstaculiza à poligamia. Mas, segundo a autora, “as uniões de Davi com Betsabé e a de Salomão com numerosas estrangeiras são condenadas. A primeira porque se trata de um adultério agravado pela morte de Urias; a segunda

referência os relatos encontrados no Antigo Testamento, verifica-se que a poligamia não era diretamente proibida, constituindo uma *práxis* usual utilizada por patriarcas, juízes e pelo povo. Ao lado da esposa podia existir outra mulher ou concubina¹⁰⁸⁵.

Pode-se, portanto, afirmar que o concubinato poligâmico foi tolerado no Velho Testamento, embora distinto do matrimônio. Com a lei mosaica, é introduzida a proibição de cometer adultério, como se encontra no Deuteronômio: “*Si inventus fuerit vir dormiens cum uxore alterius, uterque morietur, id est adulter et adultera; et auferes malum de Israel*”¹⁰⁸⁶. Há também a proibição de desejar a mulher alheia. Embora a poligamia fosse admitida ou não fosse explicitamente revogada, o direito judaico admitia que um homem, casado ou não, tivesse ao seu lado uma mulher, desde que não fosse casada. Tal união era considerada lícita, não constituindo adultério¹⁰⁸⁷. Se, ao contrário, um homem se unisse com uma mulher escrava unida com outro homem era punido. Era também admitido o divórcio, podendo o homem repudiar a

porque é porta de entrada para a idolatria. Contudo, a monogamia, inspirada em Adão e Eva, fundamentada em Gen. 2,24, é privilegiada: “Por isso o homem deixa seu pai e sua mãe para se unir à sua mulher”. *Vide* nota 1.060 supra.

¹⁰⁸⁵ A razão da existência do concubinato e da poligamia, além do desejo da progenitura, talvez fosse explicada por uma questão econômica. A concubina era menos onerosa e mais servil que a esposa. Suscitava menos rivalidade nos conflitos entre as mulheres. Muitos patriarcas tinham concubinas, simultaneamente com a esposa. Sobretudo nos casos em que esta fosse estéril (*Vide* nota 1.064 supra). A prática do concubinato respondia às exigências e aos trabalhos domésticos, além de necessária para uma prole numerosa. Mas a concubina não participava da dignidade do marido (*honor matrimonii*, dos romanos). Era uma figura intermediária entre a mulher e a escrava. Embora pudesse ter uma origem obscura, era atribuído à concubina um *status* superior à escrava e à estrangeira. Era-lhe reconhecido o direito de coabitar com aquele que a havia escolhido, ainda que tal liame pudesse ser facilmente dissolvido por sua condição precária, sujeita aos caprichos e aos poderes do patrão e de sua mulher. É ilustrativo o passo do Gen.16,4-6: Abrão aproximou-se de Agar e ela concebeu. Agar, vendo que tinha concebido, começou a desprezar a sua senhora. Então Sarai disse a Abrão: “Caia sobre ti o ultraje que me é feito! Dei-te minha escrava, e ela, desde que concebeu, olha-me com desprezo. O Senhor seja juiz entre mim e ti. Abrão respondeu-lhe: “Tua escrava está em teu poder, faze dela o que quiseres”. E Sarai maltratou-a de tal forma que ela teve de fugir”. Para dimensionar a tristeza de Agar, transcreve-se o canto do poeta: “(.) Agar, sofrendo tanto, nem o leite do pranto tem que dar para Ismael” (CASTRO ALVES, Antonio de. *Poesias completas*. 18 ed. Rio de Janeiro: Ediouro S.A., 1995, p. 136).

¹⁰⁸⁶ Deut. 22,22: “Se se encontrar um homem dormindo com uma mulher casada, todos os dois deverão morrer: o homem que dormiu com a mulher, e esta da mesma forma. Assim, tirarás o mal do meio de Israel”.

¹⁰⁸⁷ *Vide* PALAZZANI, Laura, cit. p. 21. Segundo os textos sagrados, o casamento entre os antigos judeus era tanto monogâmico como poligâmico. Porém, não era o único meio para a continuidade da raça. Existia ainda o costume do levirato, como se encontra no Deuteronômio (25,5-10): “Se alguns irmãos habitarem juntos, e um deles morrer sem deixar filhos, a mulher do defunto não se casará fora com um estrangeiro: seu cunhado a desposará e se aproximará dela, observando o costume do levirato. Ao primeiro filho que ela tiver se porá o nome do irmão morto, a fim de que seu nome não se extinga em Israel. Porém, se lhe repugnar receber a mulher do seu irmão, essa mulher irá ter com os anciãos à porta da cidade e lhes dirá: meu cunhado recusa perpetuar o nome do seu irmão em Israel e não quer observar o costume do levirato, recebendo-me por mulher. Eles o farão logo comparecer e o interrogarão. Se persistir em declarar que não a quer desposar, sua cunhada se aproximará dele em presença dos anciãos, tirar-lhe-á a sandália do pé e lhe cuspirá no rosto, dizendo: eis o que se faz ao homem que recusa levantar a casa do seu irmão! E a família desse homem se chamará em Israel a família do descalçado”. Cf. HENING, Michel B. *Marriage and christian home*. St. Nectarios Press, Seattle, WA – USA, 1987. O costume do levirato apareceu nos primórdios da humanidade, estando registrado no livro do Gênesis (38,6-8): “Judá escolheu para Her, seu primogênito, uma mulher chamada Tamar. Her, porém, o primogênito de Judá, era mau aos olhos do Senhor, e o Senhor o feriu de morte. Então Judá disse a Onã: “Vai, toma a mulher do teu irmão, cumpre teu dever de levirato e suscita uma posteridade a teu irmão”.

própria mulher quando tivesse cometido qualquer ato desonroso. Não obstante essa tolerância entre concubinato e matrimônio, esclarece Laura Palazzani:

“Che l’atteggiamento di tolleranza nei confronti del concubinato nella cultura ebraica delle origini non significava una equiparazione tra unioni matrimoniali e non matrimoniali (che potevano essere anche compresenti): il concubinato era chiaramente distinto del matrimonio; non solo, il concubinato aveva una dignità secondaria rispetto all’unionone coniugale”¹⁰⁸⁸.

A tolerância era, sobretudo, uma aceitação da união entre sujeitos de condição social diversa. O matrimônio não estava fundamentado somente na expressão do consentimento e na manifestação da intenção, mas numa série de ritos celebrados na festa nupcial. A exclusão da concubina nessa celebração era motivada por razões de inferioridade social. O concubinato constituía uma espécie de alternativa ao matrimônio por causa de diferença social. Contudo, embora fosse distinto sob o aspecto social e jurídico, do ponto de vista substancial, eram quase idênticos, se for levado em conta o fato de que a união concubinária se justificava pelo fim procriativo, considerado a finalidade intrínseca do matrimônio¹⁰⁸⁹.

3.3.3 Visão dos profetas e dos livros sagrados

A continuação da raça humana, uma prole numerosa e o fenômeno da progenitura¹⁰⁹⁰ eram de suma importância para os antigos judeus. Talvez por isto as relações eram tanto monogâmicas como poligâmicas, além do costume do levirato¹⁰⁹¹ e do concubinato. Mas a promiscuidade sexual não era aprovada por Deus, que a pouco e pouco revelou aos homens seus mandamentos¹⁰⁹². Aquelas relações que desvirtuaram o princípio da criação descritas, *ab initio*, no Gênesis (“*Quam ob rem relinquet vir patrem suum et matrem et adhaerebit uxori suae; et erunt in carnem unam*”¹⁰⁹³), gradativamente foram abominadas pela voz dos profetas de Israel. Eles passaram a enaltecer o casamento como um ideal de vida, estabelecendo uma

¹⁰⁸⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁹⁰ Ex. 13, 1-2: “O Senhor disse a Moisés: Consagrar-me-ás todo primogênito entre os israelitas, tanto homem como animal, ele será meu”. O primeiro filho homem era o sucessor do chefe da casa, característica da família patriarcal que existiu entre muitos povos.

¹⁰⁹¹ Deut. 25, 5-10. (*vide* nota 1.087 *supra*); Gen. 38,8.

¹⁰⁹² Ex. 20,14: “*Non moechaberis*” (Não cometerás adultério); 20,17: “*Non desiderabis uxorem eius*”. (Não cobiçarás a mulher do teu próximo”).

¹⁰⁹³ Gen. 2, 24: “Por isso o homem deixa o seu pai e sua mãe para se unir à sua mulher, e já não são mais que uma só carne”. *Vide* notas 1.058 e 1.060 *supra*.

comparação com o amor e a fidelidade de Deus para com o seu povo, evocando o princípio da monogamia original.

Oséias, foi o primeiro a usar essa imagem de um Deus que não se vinga e perdoa, não obstante a desilusão que lhe causara sua mulher infiel: *“Et sponsabo te mihi in sempiternum; et sponsabo te mihi in iustitis et iudicio et in misericordia et miserationibus. Et sponsabo te mihi in fide et cognosces dominum”*¹⁰⁹⁴. Malaquias proclama a santidade da relação e apresenta o matrimônio como aliança. Diante do mau comportamento do seu povo, Deus fala da infidelidade:

*“Numquid non pater unus omnium nostrum? Numquid non Deus unus creavit nos? Quare ergo dolum facit unusquisque nostrum cum fratre suo, violans pactum patrum nostrorum?”*¹⁰⁹⁵
*Quia Dominus testificatus est inter te ex uxorem adulescentiae tuae, cui tu factus es infidelis, et haec particeps tua et uxor foederis tui. Nonne unitatem fecit carnis et spiritus? Et quid unitas quaerit nisi semen a Deo? Custodite ergo spiritum vestrum; et uxori adulescentiae tuae noli esse infidelis”*¹⁰⁹⁶.

Ezequiel fala da jovem para quem havia chegado o tempo de amar:

*“Et transivi per te et vidi te; et ecce tempus tuum, tempus amantium. Et expandi amictum meum super te et operui ignominiam tuam; et iuravi tibi et ingressus sum pactum tecum, ait Dominus Deus, et facta es mea”*¹⁰⁹⁷.

Isaías, numa alegoria às dificuldades da caminhada no deserto e da chegada à nova terra da promessa, recorda o pacto de Deus com o seu povo que não será abandonado:

“Noli timere, quia non confunderis, neque erubescas, quia non te pudebit; nam confusconis adulescentiae tuae oblivisceras et opprobrii viduitatis tuae non recordaberis amplius. Qui enim fecit te, erit sponsus tuus. (...) Ad punctum in modico dereliqui te et in miserationibus magnis conragabo te. (...) Montes denim recedent,

¹⁰⁹⁴ Os. 2,21-22: “Desposar-te-ei para sempre, desposar-te-ei conforme a justiça e o direito, com benevolência e ternura. Desposar-te-ei com fidelidade e conhecerás o Senhor”. Deflui-se do relato do mesmo capítulo que o profeta teve seu casamento fracassado, porquanto sua mulher prostituiu-se. Mesmo assim, ele proclama seu amor à esposa infiel: (3,1: “O Senhor me disse: ama de novo a uma mulher que foi amada de seu amigo, e que foi adúltera, pois é assim que o Senhor ama os filhos de Israel, embora se voltem para outros deuses”).

¹⁰⁹⁵ Ml. 2,10: “Acaso não é um mesmo pai de todos nós? Não foi um mesmo Deus que nos criou? Por que razão somos pérfidos uns para com os outros? Violando o pacto de nossos pais?”

¹⁰⁹⁶ Ml. 2,14-15: “O Senhor foi testemunha entre ti e a esposa de tua juventude. Foste-lhe infiel, sendo ela a tua companheira e a esposa de tua aliança. Por ventura não fez ele um só ser com carne e sopro de vida? E para que pende este ser único, senão para uma posteridade concedida por Deus? Tende, pois, cuidado de vós mesmos, e que ninguém seja infiel à esposa de sua juventude”.

¹⁰⁹⁷ Ez, 16,8: “Passando junto de ti, verifiquei que já havia chegado o teu tempo, o tempo dos amores. Estendi sobre ti o pano do meu manto, cobri tua nudez; depois fiz contigo uma aliança, ligando-me a ti pelo juramento e tu me pertencestes”.

*et colles movebuntur,
misericórdia autem mea non recedit a te,
et foedus pacis meae non movebitur,
dixit miserator tuus Dominus*¹⁰⁹⁸.

Jeremias, ao fazer referência ao tema Iahweh-Esposo, evoca ternamente a mocidade e o amor:

*“Vade et clama in auribus Ierusalem dicens:
Haec dicit Dominus:
Recordatus sum tui, caritatis adulescentiae tuae
et amoris desponsationis tuae,
quando secuta es me in deserto,
in terra, quae non seminatur”*¹⁰⁹⁹.

Quando esse povo se torna infiel, profere forte reprimenda:

*“O generato, vos videte verbum domini:
Numquid solitudo factus sum Israeli
aut terra tenebrarum?
Quare ergo dixit populus meus: Reccessimus,
non veniemus ultra ad te?
Numquid obliviscitur virgo ornamenti sui,
sponsa fasciae pectoratis suae?
Populus vero meus oblitus est mei
diebus innumeris”*¹¹⁰⁰.

O livro dos Provérbios anuncia:

*“(…) quia intrabit sapientia cor tuum,
et scientia animae tuae placebit (…)
Ut eruas a muliere aliena
et ab extranea, quae mollit sermones suos
et relinquit ducem pubertatis suae
et pacti Dei sui obleta est”*¹¹⁰¹.

O Eclesiástico enfatiza:

“Mulieris bonae beatus vir:

¹⁰⁹⁸ Is. 54,4-5; 7; 10: “Não temas, não serás desapontada. Não te sintas perturbada, não terás do que envergonhar-te, porque vais esquecer-te da vileza de tua mocidade, já não te lembrarás do opróbrio de tua viuvez, pois o teu esposo é o teu criador” (...) Por um momento eu te havia abandonado, mas com profunda afeição eu te recebo de novo. (...) Mesmo que as montanhas oscilassem e as colinas se abalassem, jamais meu amor te abandonará, jamais meu pacto de paz vacilará, diz o Senhor que se compadeceu de ti”.

¹⁰⁹⁹ Jer. 2,2: “Vai e clama aos ouvidos de Jerusalém estas palavras – oráculo do Senhor: Lembro-me de tua afeição quando eras jovem, de teu amor de noivado, no tempo em que me seguias ao deserto, em uma terra que não semeastes”.

¹¹⁰⁰ Jer. 2,31-32: “Que raça que sois! Considerai o que diz o Senhor: Tenho eu sido para Israel um deserto, ou uma terra envolta em trevas? Por que clama o meu povo: “Eis que somos nossos senhores, e não voltaremos mais para vós? Esquece a jovem seus ornatos, ou a noiva seu cinto? Meu povo, porém, esqueceu-me, desde dias sem conta”.

¹¹⁰¹ Prov. 2,10; 16-17: “Quando a sabedoria entrar no teu coração e o saber deleitar a tua alma (...), ela te preservará da mulher alheia, da estranha que emprega palavras lisonjeiras, que abandona o esposo de sua juventude e se esquece da aliança de seu Deus”.

*Numerus enim dierum illius duplex.
Mulier fortis oblecat virum suum
Et annos vitae illius in pace implebit*¹¹⁰².

Consta, ainda, nos Provérbios:

*“Mulierem fortem quis inveniet? Procul et de ultimis finibus pretium eius. Confidit in ea cor viri sui, et spoliis non indigebit. Reddet ei bonum, et non malum, omnibus diebus vitae suae. Quaesivit lanam et linum, et operata est consilio manum suarum. Facta est quasi navis institoris, de longe portans panem suum. Et de nocte surrexit, deditque praedam domesticis suis, et cibaria ancillis suis. Consideravit agrum, et emit cum; et de fructu manuum suam plantavit vineam. Accinxit fortitudine lumbos suos, et roboravit brachium suum. (...) Manum suam aperuit inopi, et palmas suas extendit ad pauperem. Non timebit domui suae a frigoribus nivis: omnes enim domestici eius vestiti sunt duplicibus. (...) Nobilis in portis vir eius, quando sederit cum senatoribus terrae. (...) Os suum aperuit sapientiae, et lex clementiae in lingua eius. Consideravit semitas domus suae, et panem otiosa non comedit. Surrexerunt filii eius, et beatissimam praedicaverunt: vir eius, et laudavit eam. Multae filiae congregaverunt divitias: tu supergressa es universas. Falax gratia, et vana est pulchritudo: mulier timens Dominum, ipsa laudabitur. Date ei de fructu manuum suarum, et laudent eam in portis opera eius*¹¹⁰³.

O Cântico dos Cânticos exalta o amor humano e o amor de Iahveh:

*“Osculetur me osculo oris sui!
Nam meliores sunt amores tui vino:
In fragrantiam unguentorum tuorum optimorum.
Oleum effusum nomen tuum;
Ideo adolescentiae dilexerunt te.
Trahe me post te. Curramus!
Introducta me rex in cellaria sua;
exsulemus et laetemur in te
memores amorum tuorum super vinum;
recte diligent te”*¹¹⁰⁴.

¹¹⁰² Eclo. 26,1: “Feliz o homem que tem uma boa mulher, pois se duplicará o número de seus anos. A mulher forte faz a alegria de seu marido, e derramará paz nos anos de sua vida”.

¹¹⁰³ Prov. 31,10-31: “Uma mulher virtuosa, quem a achará? Seu valor excede a tudo o que vem de longe, dos últimos confins da terra. Nela confia o coração do seu marido e jamais lhe faltará o ganho. Ela lhe proporcionará o bem e nunca o mal, em todos os dias de sua vida. Buscou a lã e o linho, e fez trabalhos com a indústria de suas mãos. É como o navio do mercador que traz de longe o seu pão. Levanta-se quando ainda é noite, e distribui o alimento por seus domésticos e os víveres por suas criadas. Procurou um campo e comprou-o e plantou uma vinha com o ganho de suas mãos. Cingiu os seus rins de fortaleza e tornou fortes os seus braços. (...) Abriu a sua mão aos necessitados e estendeu seus braços para o pobre. Não receará para a sua família os rigores do frio e da neve, porque todos os seus domésticos têm roupa em duplo. (...) Seu marido será ilustre quando se assentar às portas da cidade, com os anciãos da terra. (...) A fortaleza e o decore são os seus adornos, e risonha verá o seu último dia. Abriu sua boca com sabedoria, e a lei da clemência está em sua língua. Examinou as veredas de sua casa e não comeu o pão da ociosidade. Levantaram-se os seus filhos e proclamaram-na ditosíssima. Seu marido a enalteceu também, dizendo: muitas filhas ajuntaram riquezas, tu excedeste a todas. A graça é enganadora e a formosura é vã; mas a mulher temente ao Senhor, essa é a que será louvada. Dai-lhe o fruto de suas mãos; e as suas obras a elogiem às portas da cidade”.

¹¹⁰⁴ Cant. 1,2-4: “Beija-me com os beijos de tua boca! Porque teus amores são mais deliciosos que o vinho, E suave é a fragrância de teus perfumes; o teu nome é como um perfume derramado: por isto amam-te os jovens. Arrasta-me após ti; corramos! O rei introduziu-me nos seus aposentos. Exultaremos de alegria e de júbilo em ti. Tuas carícias nos inebriarão mais que o vinho. Quanta razão há de te amar!” Cf. DIAS, Paula Barata, cit. p. 102: “O Cântico dos Cânticos celebra o amor conjugal de uma forma poética tão intensa que ultrapassa o interesse da preservação da espécie ou da ajuda mútua, e por isso ainda hoje é considerado um hino de exaltação da entrega amorosa humana”.

Os valores o matrimônio e da família são ainda ressaltados em outros textos da literatura sagrada:

No livro dos Salmos:

*“Uxor tua sicut fructifera
in lateribus domus tuae.
Filii tui sicut novellae olivarum
in circuitu mensae tuae.
Ecce sic benedicetur homo,
qui timet Dominum.
Benedicat tibi Dominus ex Sion,
et videas bona Ierusalem
omnibus diebus vitae tuae;
et videas filios filiorum tuorum.
Pax super Israel”¹¹⁰⁵.*

No Eclesiástico:

*“Qui docet filium suum fructum habebit in illo
et in medio domesticorum in illo gloriabitur.
Qui docet filium suum, in zelum mittet inimicorum
Et in medio amicorum gloriabitur in illo”¹¹⁰⁶.*

Nos Provérbios: *“Audi fili mi, disciplinam patris tui et ne reicias legem matris tuae”¹¹⁰⁷.*

3.4 Casamento sob a ótica cristã

3.4.1 Significado

A história bíblica, antes de tudo expressa uma história de amor, da aliança de Deus com o homem, do amor e da união entre o homem e a mulher que faz do matrimônio símbolo da salvação, instituído no momento da criação, antes de qualquer história humana¹¹⁰⁸. A crença em um Deus monoteísta assemelha-se ao matrimônio monogâmico baseado no amor exclusivo e definitivo. A vocação para o amor faz do homem imagem de Deus, tornando-o semelhante ao divino, à medida que ama.

¹¹⁰⁵ Sl. 127, 3-6: “Tua mulher será em teu lar como uma vinha fecunda. Teus filhos em torno à tua mesa serão como brotos de oliveira. Assim será abençoado aquele que teme ao Senhor. De Sião te abençoe o Senhor para que em todos os dias de tua vida gozes da prosperidade de Jerusalém, e para que possas ver os filhos de teus filhos. Reine a paz em Israel”.

¹¹⁰⁶ Eclo. 30, 2-3: “Aquele que dá ensinamentos a seu filho será louvado e nele mesmo se gloriará entre seus amigos. Aquele que educa o filho torna o seu inimigo invejoso e entre seus amigos será honrado por causa dele

¹¹⁰⁷ Pr. 1,8: Ouve, meu filho, a instrução do teu pai e não desprezes o ensinamento de tua mãe”.

¹¹⁰⁸ VALLS, Rafael Navarro. *Matrimonio y derecho*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995, p. 07s.

Dessa relação fundamental entre criatura e criador aflora o vínculo indissolúvel entre espírito e corpo. Por isto o matrimônio cristão é tido como sacramento e sinal da salvação. Está fundamentado num pacto de amizade e cooperação entre duas pessoas, reunidas por um interesse comum. São indivíduos com semelhante constituição genética e biológica, formando um par perfeito, tendo por objetivos: a felicidade e a multiplicação da espécie humana¹¹⁰⁹; a criação de uma santa descendência, o afastamento da fornicação ou impureza¹¹¹⁰. No sentido figurado, de inspiração bíblica, a união conjugal é imagem da união de Deus com Israel e de Cristo com a Igreja, na ideia de submissão e obediência, como apregoa o apóstolo dos gentios em sua carta aos efésios:

*“Subiecti invicem in timore Christi.
Mulieres viris suis sicut Domino, quoniam vir caput est mulieris, sicut Christus caput est ecclesiae ipse salvator corporis. Sed ut ecclesia subiecta est Christus, ita et mulieres viris in omnibus.
Viri diligite uxores, sicut et Christus dilexit ecclesiam et seipsum tradit pro ea, ut illam santificaret mundans lavabro aquae in verbo”*¹¹¹¹..

Tomaz de Aquino, na suma contra os gentios, assim se expressa:

*“Quia igitur per coniunctionem maris et feminae Christi et Ecclesiae coniunctio designatur, oportet quod figura significato respondeat. Coniunctio autem Christi et Ecclesiae est unius ad unam perpetuo habendam: est enim una Ecclesia, secundum illud Cant. 6,8: Una est columba mea, perfecta mea; nec unquam Christus a sua Ecclesia separabitur, dicit enim ipse Matth ult: Ecce, ego vobiscum sum usque ad consummationem saeculi; et ulterius: semper cum Domino erimus”*¹¹¹².

O cristianismo, como já foi afirmado anteriormente, não refutou ou renegou a tradição pagã do matrimônio no seu fundamento humano e universal, mas somente naquilo que resultou

¹¹⁰⁹ Gen 1,28: “Deus os abençoou: Frutificai, disse ele, e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a”; 9,1: “Deus abençoou Noé e seus filhos: Sede fecundos, disse-lhes ele, multiplicai-vos e enchei a terra”.

¹¹¹⁰ Icor. 6,12 “O corpo, porém, não é para impureza, mas para o Senhor e o Senhor para o corpo” (...); 19: “Fugi da fornicção. Qualquer outro pecado que o homem comete é fora do corpo, mas o impuro peca contra seu próprio corpo”.

¹¹¹¹ Ef. 5, 21-26: “Sujeitai-vos uns aos outros no temor de Cristo. As mulheres sejam submissas a seus maridos, como ao Senhor. Pois o marido é o chefe da mulher, como Cristo é o chefe da Igreja, seu corpo, da qual ele é o Salvador. Ora, assim como a Igreja é submissa a Cristo, assim também o sejam em tudo as mulheres a seus maridos. Maridos, amai as vossas esposas, como Cristo amou a Igreja e se entregou por ela, para santificá-la, purificando-a pela água do batismo com a palavra, para apresentá-la a si mesmo toda gloriosa, sem mácula, sem ruga, sem qualquer outro defeito semelhante, mas santa e irrepreensível”.

¹¹¹² *Suma contra os gentios*. Livro IV. Tradução de D. Odilão Moura O.S.B. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 874: “Como pela união do homem com a mulher é significada a união de Cristo com a Igreja, é necessário que nele o sinal também corresponda ao assinalado. Ora, união de Cristo com a Igreja é de um com uma e para sempre, pois há uma só Igreja, conforme se lê nos Cânticos: “Uma só é a minha pomba, a minha perfeita” (Ct. 6,8). Ademais, Cristo jamais separar-se-á da Igreja, como se lê no Evangelho em Mateus: “Eis que estarei convosco até a consumação dos séculos” (Mt. 28,24).

incompatível com a concepção cristã. A definição de Modestino (“*Nuptiae sunt comiunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini e humani iuris comunicatio*”)¹¹¹³ revela o caráter comunitário do casamento que é absorvido e elevado ao máximo pelo cristianismo, ao concebê-lo como sacramento. Para o paganismo ou para o cristianismo, o sentido comunitário do matrimônio se materializa não somente em ser um contrato, mas em expressar um significado de colaboração, de vida em comum, sentimentos, interação mútua de um homem e de uma mulher para realização de um objetivo comum.

Desta forma, a visão do direito da Igreja sobre o matrimônio é eminentemente antropológica e secundariamente teológica, porquanto não tem uma concepção própria do matrimônio, mas do homem ao qual se adequa seu modelo matrimonial¹¹¹⁴. Para a Igreja interessa, nomeadamente, o caráter sacramental do matrimônio com todas as nuances que dele decorrem¹¹¹⁵. Nesse sentido, avocou para si a competência para disciplinar o instituto, sob os aspectos dos impedimentos matrimoniais, da fidelidade entre os cônjuges, da indissolubilidade, da monogamia e do concubinato. É a moral e a ética cristãs que predominam. Todavia, Diogo Leite de Campos pondera:

“O matrimônio cristão (...) não é (...) o que terá existido até ao século V. É, antes, o produto de séculos de trabalho de construção, social e individual, definido em textos produzidos entre o século XI e o século XVI e que ainda hoje simbolizam o matrimônio, quer para os que o atacam, quer para os que o defendem”¹¹¹⁶.

Foi a partir do Concílio de Trento¹¹¹⁷ que o casamento alcançou sua mais completa estruturação. Foi elevado à categoria de sacramento indissolúvel, porquanto realizado pelo próprio Deus¹¹¹⁸. O divórcio passou a ser considerado contrário à natureza e à constituição da

¹¹¹³ D.23,2,1. *Vide* nota 342, cap. II.

¹¹¹⁴ VALLS, Rafael Navarro, cit. p. 08. Não obstante a controvérsia por parte de alguns doutrinadores, o Código Canônico vigente (promulgado por João Paulo II, em 25 de janeiro de 1983) afirma a inseparabilidade entre matrimônio e sacramento, declarando no cân. 1055, § 2. “Entre batizados não pode haver contrato matrimonial que não seja, por isso mesmo, sacramento”.

¹¹¹⁵ BIONDO, Biondi. *Il diritto romano cristiano, III*, cit. p. 70.

¹¹¹⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. *A invenção do direito matrimonial*. Separata do Vol LXII (1986) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 03. Segundo esclarece (*ibidem*. p. 8), nos primeiros séculos, nomeadamente antes do reconhecimento do cristianismo, o matrimônio cristão não existiu. “A sua invenção teve de ultrapassar duas séries de obstáculos: o peso da tradição do judaísmo e a vacuidade das normas do Novo Testamento sobre a matéria”.

¹¹¹⁷ O Concílio de Trento foi realizado no período de 1545 a 1563, convocado pelo papa Paulo III para assegurar a unidade da fé e a disciplina eclesiástica, no contexto da contrarreforma protestante

¹¹¹⁸ A sacramentalidade da união é conteúdo da carta de São Paulo aos efésios (5,32): “*Magnum est mysterium hoc, ego autem dico de Christo et Ecclesia*”. (“Este mistério é grande, quero dizer, com referência a Cristo e à Igreja”). O catecismo da Igreja Católica, aprovado pela Carta Apóstólica “*Laetamur magnopere*”, de João Paulo II (Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1997/São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 438), na secção 1601, assim se expressa: “A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão de vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os

família, sendo somente tolerado em relação aos infiéis, porque, nesse caso, a união não era considerada sagrada. Os antigos esponsais voltaram a ser uma condição para as núpcias. Além disso, foi ressaltada a questão dos impedimentos como justificativa para a anulação ou anulabilidade do ato. Para tanto, foi adotado o modelo tridentino, estabelecendo o caráter sacramental do casamento e a competência exclusiva da Igreja, representada por seus ministros, sacerdotes e párocos, para a sua celebração¹¹¹⁹.

3.4.2 Características

3.4.2.1 Monogamia

Sobre a matéria enfatiza o papa Bento XVI:

“A imagem do Deus monoteísta corresponde ao matrimônio monogâmico. O matrimônio baseado num amor exclusivo e definitivo torna-se o ícone do relacionamento de Deus com o seu povo e, vice-versa, o modo de Deus amar torna-se a medida do amor humano”¹¹²⁰.

O cristianismo resgatou o princípio da monogamia, consagrado no Gênesis,¹¹²¹ conforme se defluiu dos textos sagrados que compõem o Novo Testamento. Quanto ao concubinato, a Igreja teve dois posicionamentos. No início, parece ter adotado uma postura caracterizada por uma certa tolerância nas relações concubinárias, socialmente difusas e reconhecidas¹¹²² no mundo pagão. Posteriormente, os esforços de diferenciação e originalidade da moral cristã começaram a se evidenciar nas tentativas da Igreja oriental de eliminar ou conter

batizados, à dignidade de sacramento por Cristo Senhor”. Cf. FORNÉS, Juan. *Derecho matrimonial canónico*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 22. A doutrina dogmática da sacramentalidade do matrimônio tem antecedentes no II Concílio de Lion (1274) e no Decreto de Eugenio IV aos armênios, adotado no Concílio de Florença (1439-1441). Contudo, foi definida em 1563 pelo Concílio de Trento. Após esse concílio, o magistério foi repetido em outros documentos, dentre eles: *Syllabus*, de Pio IX; Encíclicas: *Arcanum Divinae Sapientiae*, de Leão XIII; *Casti Connubii*, de Pio XI; *Gaudium et Spes*, de Paulo VI, e *Familiaris Consortio*, de João Paulo II. Cf. HORTAL, Jesús. *O que Deus uniu. Lições de direito matrimonial canónico*. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 30. A doutrina da Igreja Católica reconhece no matrimônio entre batizados (católicos ou não) uma nova dimensão: a sacramentalidade. Desde os primevos da humanidade, o matrimônio encerra em si esse cariz sacramental que se materializa na doação mútua e ilimitada dos cônjuges, imagem do próprio amor divino. Nessa concepção, os profetas da Antiga Lei usaram o simbolismo do matrimônio para ilustrar a aliança de Javé com o seu povo. No Novo Testamento, essa visão alcança sua plenitude, ao fazer do matrimônio entre cristãos não apenas um simbolismo da união de Cristo com a sua Igreja, mas “um sinal sensível e eficaz da graça salvífica”.

¹¹¹⁹ VILAÇA, Álvaro. *Estatuto da Família de Fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas 2002, p. 60s.

¹¹²⁰ BENTO XVI, cit. p. 18.

¹¹²¹ Gen. 2,24.

¹¹²² Considere-se que a Igreja nasceu no mundo romano e sofreu influências do mundo germânico e, inevitavelmente, sua doutrina ressentia-se da práxis jurídica desses povos. Cf. PALAZZANI, Laura, cit. p. 43: “*La Chiesa medievale non vietava dunque esplicitamente il concubinato, nella misura in cui si presentava come unione monogâmica, ma puniva al contempo con sanzioni severe il concubinato adulterino, ossia la relazione extra-matrimoniale continuata tra un uomo sposato e una donna*”.

o concubinato entre livres e escravos, elevando à dignidade de matrimônio também as uniões entre os não livres (juridicamente reconhecidas). À Igreja coube a difícil tarefa de aceitar essa situação social existente e, ao mesmo tempo, transmitir o conteúdo da doutrina cristã, tornando-se exemplo e testemunha para o comportamento social. Dessa forma, começou a estender o matrimônio para todos, sob o princípio da igualdade entre os homens¹¹²³.

Isto constituiu um passo muito importante, procurando evitar o concubinato causado por motivação social, ou seja, a união entre pessoas de condição inferior, bem como a união entre cidadãos e estrangeiros. Não havendo distinção alguma entre escravos e livres, cidadãos e não cidadãos, sob a ética cristã, não podia haver discriminação entre a concubina e a mulher¹¹²⁴. A concubina era comparada a uma esposa legítima. Isto não significava, porém, que a Igreja comparasse o concubinato ao matrimônio. Os dois institutos eram distintos. Só o concubinato de indivíduos de posição social diversa era aceito pela Igreja, tornando essa diversidade irrelevante para o reconhecimento e a validade da união. Isto colocou a Igreja em contradição com o direito civil que não reconhecia a regularidade matrimonial de tais uniões. Mas a tolerância eclesiástica nas relações de concubinato ocorria somente quando o matrimônio não podia ser realizado por motivo social e na perspectiva de que tal união se transformasse em matrimônio autêntico.

A legitimação do concubinato não se referia somente à superação da diversidade social, mas também à subordinação a determinados requisitos de ordem moral e teológica. Dentre os principais elementos da doutrina cristã sobre o matrimônio, à luz dos textos sagrados, estão a monogamia e a indissolubilidade. Para a Igreja, não interessava a condição social das pessoas, mas a singularidade e a indissolubilidade da união, expressas na intenção dos cônjuges¹¹²⁵.

A partir do séc. V, visando a combater diretamente o concubinato, a Igreja se limitou a enfatizar a diferença referente ao matrimônio legitimamente constituído. Com isso, buscava facilitar e incentivar a mudança de *status*, regularizando o concubinato. O Concílio de Toledo¹¹²⁶ corroborou as condições imprescindíveis para a licitude do concubinato: a monogamia e a duração da união não-matrimonial. Distinguiu-se o caso de um homem casado, tendo concubina, passível de excomunhão, da situação do homem solteiro que tinha uma

¹¹²³ Princípio da igualdade propalado pelo apóstolo Paulo: “Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus” (Gal. 3,28). Diferentemente, no direito romano, o matrimônio se revestia de uma incoerente dignidade a ponto de serem excluídos os escravos e até certas pessoas livres, consideradas vis pelo seu humilde nascimento, ou pela vida mundana que levavam. *Vide* nota 463, 464, cap. II.

¹¹²⁴ *Vide* PALAZZANI, Laura, cit. p. 48s.

¹¹²⁵ *Ibidem*.

¹¹²⁶ Primeiro Concílio realizado no séc. V, na cidade de Toledo, capital do reino visigótico.

concubina por esposa, não excomungado. Em suma, o concubinato, embora distinto do matrimônio, era admitido na medida em que correspondia aos requisitos da exclusividade e da estabilidade.

A Igreja medieval não vetava explicitamente o concubinato, na medida em que se apresentava como uma união monogâmica, mas punia, ao mesmo tempo, com sanções severas o concubinato adúltero, ou seja, a relação extramatrimonial continuada entre um homem casado e uma mulher¹¹²⁷. A partir do momento em que foi atribuída à Igreja a competência jurisdicional eclesiástica em questão matrimonial, distinta da civil, ela não teve mais motivos para suportar o concubinato, mas contrariamente, havia boas razões para explicitar ainda mais claramente a sua concepção¹¹²⁸.

Segundo Laura Palazzani¹¹²⁹, a partir do séc. XI iniciaram-se as primeiras tentativas na direção da luta espiritual contra o concubinato, com a intervenção de Gregório VII, que previa uma primeira punição das relações concubinárias. Contudo, só no séc. XIII adotou-se uma proibição explícita ao instituto, nos pronunciamentos eclesiásticos, primeiramente com a proibição do concubinato entre os clérigos. Posteriormente, já no início da idade moderna, a Igreja iniciou um posicionamento intransigente também contra o concubinato dos leigos¹¹³⁰. Não somente as uniões de fato, não juridicamente legítimas, eram consideradas nulas; a nulidade visava dissociar as situações de fato das situações de direito.

3.4.2.2 Indissolubilidade

A indissolubilidade e o caráter sagrado do casamento cristão são exaltados por Cristo: “*Quod Deus coniunxit, homo non separet*”¹¹³¹. Profliga, desta forma, a lei e a tradição antigas que admitiam o repúdio e o divórcio, como se constata nos textos que se seguem: “*Quicumque dimiserit uxorem suam, det illi libellum repudii*”. *Ego autem dico vobis: “Omnis, qui dimiserit*

¹¹²⁷ Vide PALAZZANI, Laura, cit. p. 49. Cf. DIAS, Paula Barata, cit. p. 114: Antes de o império ter-se tornado oficialmente cristão, com Teodósio em 392, a Igreja reconhecia a dignidade do concubinato, por ser a única forma possível de união para grande parte da população, mas desde que essa relação fosse monogâmica e indissolúvel.

¹¹²⁸ PALAZZANI, Laura, cit. p. 47

¹¹²⁹ *Ibidem*. p. 48.

¹¹³⁰ Segundo a autora, “*tale lotta già in qualche misura iniziata nel momento in cui nel IV concilio Lateranense (1215) si ordinava la pubblicizzazione del consenso e delle celebrazioni matrimoniali, con l’obbligo della presenza del prete: la definizione dei requisiti di validità del matrimonio, formali e sacramentali, consentiva una distinzione tra matrimoni legittimi e matrimoni segreti e clandestine.*” (*Ibidem*, p. 48).

¹¹³¹ Mt. 19,6: “Não separe o homem o que Deus uniu”.

*uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari; et, qui dimissam duxerit, adulterat*¹¹³². Em outro passo, acrescenta:

*“Et accesserunt ad eum pharisaei tentantes eum et dicentes:
Licet homini dimittere uxorem suam quacumque ex causa?
Qui respondens ait: Non legistes quia, qui creavit ab initio, masculum et feminam
fecit eos; et dixit: Propter hoc dimittet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori
suae, et erunt duo in carne una?
Itaque iam non sunt duo sed una caro. Quod ergo Deus coniunxit homo non separet.
Dicunt illi: Quid ergo Moyses mandavit dari libellum repudiij et dimittere?
Ait illis: Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras; ab
initio autem non sic fuit”*¹¹³³.

Esta é a visão cristã do casamento, consagrada por Cristo.

O apóstolo Paulo, na primeira carta aos coríntios, avoca e firma o cariz sagrado e indissolúvel do matrimônio: *“Mulier alligata est, quanto tempore vir eius vivit”*¹¹³⁴. Na carta aos efésios, faz referência aos direitos e deveres entre os cônjuges, destacando:

*“Ita et viri debent diligere uxores suas ut corpora sua. Qui suam uxorem diligit seipsum diligit; nemo enim unquam carnem suam odio habuit, sed nutrit et fovet eam sicut et Christus ecclesiam, quia membra sumus corporis eius. Propter hoc relinquet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una”*¹¹³⁵.

¹¹³² Mt. 5,31-32: “Todo aquele que rejeitar sua mulher dê-lhe carta de divórcio. Eu, porém, vos digo: todo aquele que rejeita sua mulher a faz tornar-se adúltera, a não ser que se trate de matrimônio falso” (Rom. 7,2-3). Em outra versão desse passo (“a não ser que se trate de matrimônio falso”) encontra-se “(...) a não ser em caso de adultério”.

¹¹³³ Mt. 19, 3-5: “Os fariseus vieram perguntar-lhe para pô-lo à prova: É permitido a um homem rejeitar sua mulher por um motivo qualquer? Respondeu-lhes Jesus: Não lestes que o Criador, no começo, fez o homem e a mulher? E disse: Por isso, o homem deixará seu pai e sua mãe e se unirá a sua mulher e os dois formarão uma só carne. Assim, já não são dois, mas uma só carne. Portanto, não separe o homem o que Deus uniu. Disseram-lhe eles: Por que, então, Moisés ordenou dar um documento de divórcio, ao rejeitá-la? Jesus respondeu: É por causa da dureza de vosso coração que Moisés havia tolerado o repúdio das mulheres; mas no começo não era assim”. (No mesmo sentido, *vide* Mc. 10, 2-6).

¹¹³⁴ 1cor. 7,39: “A mulher está ligada ao marido enquanto ele viver”.

¹¹³⁵ Ef. 5, 28-31: “Assim os maridos devem amar as suas mulheres, como a seu próprio corpo. Quem ama a sua mulher ama-se a si mesmo. Certamente, ninguém jamais aborreceu a sua própria carne; ao contrário, cada qual a alimenta e a trata como Cristo faz a sua Igreja porque somos membros do seu corpo. Por isso o homem deixará pai e mãe e se unirá a sua mulher, e os dois constituirão uma só carne” (*Idem* rom 7, 2-3). O apóstolo, na sua mensagem, estabelece uma relação de quase igualdade no que concerne aos direitos e deveres entre os cônjuges. Contudo, se numa primeira análise essa relação pode parecer injusta, é porque as condições sociais e jurídicas da época, entre o homem e a mulher, não tinham alcançado a mesma dimensão. Leve-se em conta, no entanto, que, perante a visão cristã, ela estava presente, como se comprova em gal. 3,28: “Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus”. *Vide* DIAS, Paula Barata, cit. p. 104. Na interpretação de FABER, Eva Maria. (*Doutrina católica dos sacramentos*. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 252), Paulo busca elaborar regras de convivência doméstica, contendo exortações para os integrantes de uma comunidade familiar, sob a luz da fé. Procura, assim, estabelecer uma paridade no relacionamento homem-mulher, sem romper inteiramente a concepção de que a esposa precisa ser submissa ao marido. Mas, o marido é também comprometido, de tal forma que essa subordinação resta integrada numa relação de doação mútua. Numa visão, de certa forma díspare, não se pode deixar de registrar a dubiedade na mensagem do apóstolo Paulo, considerando que em, 1cor. 11,3, ele verbera: “*Volo autem vos scire quod omnis viri caput Christus est, caput autem mulieris vir, caput vero Christi Deus.*” (“Mas quero que saibas que o senhor de todo homem é Cristo, senhor das mulheres é o homem, senhor de Cristo é Deus).

Se o apóstolo não chegou a expressar a paridade jurídica entre os esposos é porque prevaleceu a visão da época, consagrada na superioridade do homem sobre a mulher. Na primeira carta aos coríntios, afirma: “*His autem, qui matrimonii iuncti sunt, praecipio, no ego sed Dominus, uxorem a viro non discedere. Quod si discessent, maneat innupta aut viro suo reconcilietur et virum uxorem non dimittere*”¹¹³⁶.

A ideia paulina do matrimônio é totalmente alheia à concepção da sociedade pagã da época, em que matrimônio e divórcio, nas palavras de Rosa Mentxaka, “*constituían las dos caras de la misma moneda*”¹¹³⁷. No mundo romano, pessoas de sexo diferente que tivessem reconhecido o *connubium* (cidadãos romanos e os latinos *veteres*), quando atingiam a idade da puberdade, mediante o *consensus* do *paterfamilias* (se fossem *alieni iuris*) ou por própria vontade (se fossem *sui iuris*), podiam unir-se em *iustae nuptiae* ou *iustum matrimonium*¹¹³⁸. Tornavam-se, assim, legítimos os filhos nascidos dessa união, mercê da qual a mulher se convertia em *uxor*, *materfamilias* e *matrona*; o homem, em marido e cada um deles em cônjuge.

Observe-se que esse matrimônio não era contrato, nem sacramento. Surgia da convivência de duas pessoas de sexo distinto, com a vontade de serem consideradas socialmente como marido e mulher, a qual era sustentada pela *affectio maritalis*¹¹³⁹. O matrimônio se extinguia com a morte de um dos cônjuges, com a perda do *status* jurídico (*capitis deminutio*), com o divórcio ou repúdio, decisão unilateral que punha fim à vida em comum¹¹⁴⁰.

Esta concepção era alheia ao judeu Paulo. Para o judaísmo-rabínico, o matrimônio era um dever que devia se cumprir ao chegar aos vinte anos¹¹⁴¹. O celibato era considerado um pecado. O matrimônio materializava-se em dois momentos: primeiramente vêm os esposais; depois o rito propriamente nupcial. Os bens conjugais eram estabelecidos num contrato matrimonial. O divórcio era possível, mas geralmente acontecia por iniciativa do marido. A poligamia e o concubinato eram legítimos¹¹⁴².

¹¹³⁶ I cor. 7, 10-11: “Aos casados mando, não eu, mas o Senhor que a mulher não se separe do marido. E se ela estiver separada, que fique sem casar, ou que se reconcilie com seu marido. Igualmente, o marido não repudie sua mulher”. Segundo TABORDA, Francisco. (*Matrimônio, aliança – reino*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 55), nesse passo, Paulo “acentua a dimensão da graça do matrimônio como do celibato. O matrimônio é graça, é vocação, é carisma. Por isso mesmo, os cônjuges não se devem separar, mas tentar sempre a reconciliação”.

¹¹³⁷ MENTXAKA, Rosa. *Aproximación a la situación de la mujer em el cristianismo primitivo*. In Mulher, algumas histórias e instituciones de derecho romano; Madrid: Dykinson S.L., 2013, p. 67s.

¹¹³⁸ Vide pressupostos, item 2.4.2 Consentimento, cap. II.

¹¹³⁹ D.24,1,32,13. (nota 421, cap. II); JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano, IV*, p. 65.65; MENTXAKA, Rosa, cit. p. 68.

¹¹⁴⁰ MENTXAKA, Rosa, cit. p. 68.

¹¹⁴¹ Os rabinos alertavam que viver sem mulher, filhos e amigos, seria equivalente a uma existência sem bênção. Quem se negasse ao casamento estaria transgredindo um mandamento divino. Vide BRAKEMEIR, Gottfried. *A primeira carta do apóstolo Paulo à comunidade de Corinto*. Um comentário exegético-teológico. São Leopoldo: Editora Sinodal, 2008, p. 91.

¹¹⁴² MENTXAKA, Rosa, cit. p. 69.

Segundo Rosa Mentxaka¹¹⁴³, partindo do preceito bíblico “crescei e multiplicai-vos”, pode-se afirmar que o apóstolo Paulo concebeu o matrimônio como um mal necessário em que deviam ter cabimento as relações sexuais objetivando a procriação. O apóstolo, contudo, preferia o celibato, como se constata na primeira carta aos coríntios:

*“Volo autem omnes homines esse sicut meipsum; sed unusquisque proprium habet donum ex Deo: alius quidem sic, alius vero sic. Dico autem innuptis et viduis: bonum est illis sic maneant, sicut et ego; quod si non se continent, nubant. Melius est enim nubere quam uri”*¹¹⁴⁴.

Nessa passagem, é enaltecida a supremacia do celibato como *modus vivendi* do cristão, por excelência. O apóstolo considera a continência sexual e a virgindade como uma condição superior da vida cristã. Aconselha o casamento, no entanto, como remédio contra o adultério e a concupiscência¹¹⁴⁵. É uma reação contra a corrupção moral da sociedade da época, na expressão de Diogo Leite de Campos¹¹⁴⁶. O cristianismo, segundo o autor, acentuava a pureza e o domínio de si mesmo. Era o surgimento do homem novo, o cristão, liberado das ligações carnis por amor ao Reino dos Céus. No entanto, as dificuldades de conseguir um ideal

¹¹⁴³ *Ibidem*, p. 69.

¹¹⁴⁴ 1cor. 7,7-9: “Pois quereria que todos fossem como eu; mas cada um tem de Deus um dom particular: uns este, outros aquele. Aos solteiros e às viúvas, digo que lhe é bom se permanecerem assim, como eu. Mas, se não podem guardar a continência, casem-se. É melhor casar do que abrasar-se”. Nessa expressão de Paulo, aflora o primado da virgindade como um traço permanente do cristianismo primitivo. *Vide* CAMPOS, Diogo Leite de. Cit. p. 11. Apesar da opção anunciada pelo apóstolo, há dúvidas quanto ao seu estado civil. Segundo CASALEGNO, Alberto. (*O evangelho do amor fiel*. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 11) é difícil afirmar se o apóstolo era viúvo ou casado. Provavelmente, segundo a tradição, ele fosse solteiro e consagrado a Deus. BRAKEMEIR, Gottfried (cit. p. 70) afirma que houve quem sustentasse a hipótese de Paulo ter sido viúvo, considerando que, no judaísmo, o casamento era obrigatório para o homem entre dezoito e vinte anos. Suas cartas não fazem alusão ao seu casamento. Supõe-se que, antes de sua conversão ao cristianismo, no caminho de Damasco, já teria sofrido a perda da esposa.

¹¹⁴⁵ Apesar de preferir o estado de solteiro, o apóstolo é realista o suficiente para não transformar o celibato em lei. Assim como rejeitara a libertinagem, assim, também, a distancia do rigorismo em assuntos de ética sexual. Sabe que a repressão da sexualidade favorece a “porneia”, a imoralidade, a impudicícia. Por isso, todo homem deve ter a sua esposa e toda mulher o seu marido. *Vide* BRAKEMEIR, Gottfried, cit. p. 88; CARPIN, Attilio. *Il sacramento del matrimonio nella teologia medievale. Da Isidoro de Siviglia a Tommaso D’Aquino*. Bolonha: Editorial Studio Domenicano, 1991, p. 09. A continência, porém, não constitui um preceito, mas um convite, não vem imposta como necessária, mas como opção voluntária, conforme se deflui de 1cor. 7,25-27: “*De virginibus autem praeceptum Domini non habeo; consilium autem do, tamquam misericordiam consecutus a domino, ut sim fidelis. Existimo ergo hoc bonum esse propter instantem necessitatem, quoniam bonum est homini sic esse. Alligatus es uxori? Noli quaerere solutionem. Solutus es ab exore? Noli quaerere uxorem*”. (“Quanto às pessoas virgens, não tenho mandamento do Senhor; porém dou o meu conselho, como homem que recebeu da misericórdia do Senhor a graça de ser digno de confiança. Julgo, pois, em razão das dificuldades presentes, ser conveniente ficar assim como está. Estás casado? Não procures desligar-te. Não estás casado? Não procures mulher”). A respeito, São João Crisóstomo (citado por CAMPOS, Diogo Leite de. *Ibidem*, p.12) revela as incertezas reinantes sobre o matrimônio: “O casamento é bom: sustenta o fraco e torna firmes os seus passos. Mas este apoio é inútil ao homem forte e robusto, e longe de ser necessário, só faria semear sobre o seu caminho mil obstáculos que entrariam a sua marcha e diminuiriam o seu mérito”.

¹¹⁴⁶ CAMPOS, Diogo Leite de, cit. p. 20.

ascético¹¹⁴⁷ levaram o apóstolo a aceitar a instituição matrimonial com algumas contradições referentes a sua extinção. Todavia, em alguns casos, considerava que o vínculo era

¹¹⁴⁷ No Evangelho de Mateus (19,10-12), numa das poucas referências de Cristo sobre o casamento, ele ressaltou o celibato e a virgindade, quando, após expor a doutrina da indissolubilidade do casamento, foi contestado pelos discípulos que disseram: “Se tal é a condição do homem a respeito da mulher, é melhor não se casar”. A que ele respondeu: “Nem todos são capazes de compreender o sentido desta palavra, mas somente aqueles a quem foi dado. Porque há eunucos que o são desde o ventre de suas mães, há eunucos tornados tais pelas mãos dos homens e há eunucos que a si mesmo se fizeram eunucos por amor do Reino dos Céus. Quem puder compreender, compreenda”. O celibato constitui um parâmetro mais elevado e sublime sobre o qual nem todos têm compreensão. Vide DIAS, Paula Barata, cit. p. 105. Cf. a autora (*ibidem*, p. 120s): Essa visão de Paulo sobre a continência sexual e a virgindade considerava o casamento um estado inferior ao celibato. Ganhou impulso no passar do tempo (a partir de século IV) com a expansão do cristianismo. Até mesmo aos casados aconselhou-se a abstinência sexual após a procriação mínima necessária para assegurar a transmissão da propriedade. Segundo CAMPOS, Diogo Leite de, (cit. p.10), essa percepção foi transmitida aos cristãos pelo judaísmo, quando as ordens ascéticas existentes ao tempo de Jesus (essênios e terapeutas) aconselhavam evitar o casamento, ou mantê-lo somente por três anos, tempo necessário para continuar a raça eleita. Após esse período, deveria haver o retorno à vida ascética. Diante dessas nuances religiosa-filosóficas e suas influências no perpassar do tempo, verifica-se que, a partir do séc. IV, a vida ascética ou monástica, escolhida voluntariamente pelo casal, era aconselhada. Esta opção foi seguida por muitos cristãos: casados, viúvos, solteiros e até crianças, numa busca incessante da perfeição, contrariando o *modus vivendi* secular por uma aspiração espiritual, cujas *conditiones* eram a castidade e a renúncia aos bens. No bojo dessa realidade, o celibato estendeu-se aos sacerdotes cristãos, não obstante a existência de uma tolerância matrimonial. Porém, no século XI, o papa Gregório VII, ao combater a simonia (transferência de títulos eclesiásticos aos descendentes) e ao nicolaísmo (não cumprimento da castidade por parte do clero), proibiu definitivamente o casamento dos sacerdotes. Segundo CARBONERO Y SOL, Leon. (*Tratado teórico-prático del matrimonio*. Sevilla, 1864, p. 10), o Concílio de Elvira, celebrado no ano de 305, proibiu o casamento das virgens consagradas a Deus e considerava como adúlteras as que abandonavam sua profissão por incontinência. É importante ressaltar que a virgindade e o celibato não deixaram de ser o ideal de perfeição cristã. A respeito, assim se expressa a Encíclica *Familiaris Consortio*, de João Paulo II: “A virgindade e o celibato pelo Reino de Deus não só não contradizem a dignidade do matrimônio, mas a pressupõem e confirmam. O matrimônio e a virgindade são os dois modos de exprimir e de viver o único Mistério da Aliança de Deus com o seu povo”. *Simili modo*, o catecismo da Igreja Católica, na secção 1618, resalta que o vínculo com Cristo está em primeiro plano, tendo primazia sobre todos os vínculos familiares ou sociais. Faz referência a homens e mulheres que, desde o início da Igreja, renunciaram ao matrimônio para seguir o Cordeiro por toda parte, ocupando-se das coisas do Senhor. Isto ajuda a entender as palavras do Cristo (Mt. 19,12) acima citadas: “Há eunucos que o são desde o ventre de suas mães. (...) Há eunucos que a si mesmo se fizeram por amor do Reino dos Céus”. Corroborando esta assertiva, a secção 1619 do catecismo da Igreja Católica enfatiza: “A virgindade pelo Reino dos Céus é um desdobramento da graça batismal, um poderoso sinal da preeminência do vínculo com Cristo, da ardente expectativa de seu regresso, um sinal que também lembra que o matrimônio é uma realidade da figura deste mundo que passa”. São João Crisóstomo (*La virginidad*. X: PG 48, 540), citado na referida encíclica, afirma: “*Qui matrimonium damnat, is virginitatis etiam gloriam carpit; qui laudat, is virginitatem admirabiliorem augustioremque reddit. Nam quod deterioris comparatione bonum videtur, id haud sane admodum bonum est; quod autem omnium sententia bonis melius, id excellens bonum est*”. (Quem condena o matrimônio priva a virgindade da sua glória; pelo contrário, quem o louva, louva a virgindade mais admirável e esplendente. O que parece um bem apenas quando comparado ao mal, não é pois um grande bem; mas o que é melhor do que aquilo que todos consideram bom, é certamente um bem em grau excelente.” Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. (Cit. p. 22): “Pertence a João Crisóstomo e Clemente de Alexandria o mérito de uma análise mais profunda do sentido e dos méritos do casamento em relação com a virgindade. Para o primeiro, o casamento não é um obstáculo à salvação ou à prática dos deveres religiosos, pois, caso contrário, Deus não o teria instituído”. O objetivo para que foi criado foi o *crescite et multiplicami*, mas o pecado concorreu para que se transformasse em remédio contra a concupiscência. Segundo o autor, porém, “são os escritos de Tertuliano que marcam o extremo da desvalorização do casamento (...), não por si mesmo, mas na comparação com a virgindade”, contudo, sem condená-lo ou considerá-lo um mal. (Vide A. D’Alés. *La Théologie de Tertullien*. Paris, 1905, p. 370s, citado pelo autor). A respeito, SICARI, Antonio. (*Matrimonio e vergenità nella rivelazione*. Milano: Editoriale JACA Book SpA, 1977, p. 10), esclarece: “*Matrimonio e vergenità sono dunque due modi per vivere l’unica vocazione battesimale di salvezza e di santità, che ha in Cristo e nella Chiesa il suo fondamento, e nel dono dell’amore la sua espressione concreta. In ambedue si realiza la salvezza e la santità attraverso l’esercizio e l’espansione dell’amore, nella donazione reciproca (matrimonio), o nella donazione per gli altri (vergenità)*. Segundo o autor (*ibidem*, p. 23), a virgindade é um valor afirmado na Igreja apostólica e já alardeado pelos apologistas Tertuliano e Justino, como demonstração de alta moralidade cristã.

indissolúvel, como se deflui de sua primeira carta aos coríntios, anteriormente citada: “Aos casados mando (não eu, mas o Senhor) que a mulher não se separe do marido. E, se ela estiver separada, que fique sem se casar, ou que se reconcilie com seu marido. Igualmente, o marido não repudie sua mulher”¹¹⁴⁸. Não obstante, o apóstolo admitia a dissolução do matrimônio, quando se tratasse de união entre cristão e pagão. É o chamado privilégio paulino encontrado na segunda carta aos coríntios:

“Ceteris autem ego dico, non Dominus: Si qui frater uxorem habet infidelem, et haec consentit habitare cum illo, non dimittat illam; et si qua mulier habet virum infidelem, et hic consentit habitare cum illa, non dimittat virum. Sanctificatus est enim vir infidelis in muliere, et sanctificata est mulier infidelis in fratre. Alioquim filii vestri immundi essent; nunc autem sancti sunt. Quod si infidelis discedit, discedat. Non est enim servituti subiectus frater aut soror in eiusmodi; in pacem autem vocavit nos Deus”¹¹⁴⁹.

O apóstolo aceita o segundo casamento em caso de viuvez¹¹⁵⁰ ou de uniões mistas, isto é, entre um cônjuge cristão e outro pagão¹¹⁵¹. Nessa visão de Paulo, ao se permitir ao cônjuge pagão dissolver o matrimônio com o cônjuge cristão, a indissolubilidade deixa de ser um valor absoluto. Não obstante, vai se impor com o tempo, superando dúvidas e contrastes¹¹⁵². Santo

¹¹⁴⁸ Icor.7,10-11 (*vide* nota 1136 supra). A comunidade cristã tem ciência de que o divórcio conflita com a vontade divina. Porém, tanto o direito judaico (Dt. 24,1s), quanto o direito grego e o romano permitiam o divórcio. O apóstolo exorta as mulheres a não se separar dos maridos, bem como os homens a não se separar das esposas. É o princípio da partidade jurídica: o que é obrigação para a mulher, também, o é para o homem. *Vide* BRAKEMEIR, Gottfried, cit. p. 92.

¹¹⁴⁹ 2cor.7, 12-15: “Aos outros eu digo, não o Senhor: Se algum irmão tem esposa que não é cristã, e ela concorda em viverem juntos, não se divorcie dela. E se alguma mulher tem marido que não seja cristão, e ela concorda em viverem juntos, não se divorcie dele. Pois o marido não cristão é santificado pela esposa cristã; e a esposa não cristã é santificada pelo marido cristão. Se assim não fosse, os seus filhos seriam impuros, quando na realidade são consagrados a Deus. Se o não cristão quiser separar-se que se separe. Nesse caso, o irmão ou a irmã não estão vinculados, pois foi para viver em paz que Deus nos chamou”. Desse passo pode-se inferir que o matrimônio celebrado entre duas pessoas, uma batizada e outra não batizada na Igreja Católica, também é único e indissolúvel à luz do direito divino e humano. O matrimônio realizado entre infiéis, ou seja, entre não batizados ou entre cristão batizado em uma instituição não católica, é indissolúvel nos limites do direito natural. Entretanto, no que se refere ao direito humano, é reconhecido pelo direito civil. Ressalte-se, também, que o matrimônio celebrado entre cristãos não católicos é regulado por direito próprio da comunidade eclesial separada da Igreja Católica. *Vide* ABATE, A. *Il matrimonio nella nuova legislazione canônica*. Brescia, 1985, p. 28. Citado por VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 19.

¹¹⁵⁰ 1 cor. 7,8-9: “Aos solteiros e às viúvas, digo que lhes é bom se permanecerem assim, como eu. Mas, se não podem guardar a continência, casem-se. É melhor casar do que abrasar-se”.

¹¹⁵¹ 1 cor. 7,15 (*vide* nota 1149 supra).

¹¹⁵² Pode parecer tratar-se de uma exceção à regra da indissolubilidade do matrimônio. No entanto, para os doutrinadores não o é, fundamentados na razão de que os cônjuges não estão na mesma condição de vivenciar o matrimônio cristão. O Código de Direito Canônico, no seu cân. 1.143, § 1, estabelece: *Matrimonium initum a duobus non baptizatis solvitur ex privilegio paulino in favorem fidei partis quae baptismum recepit, ipso facto quo novum matrimonium ab eadem parte contrahitur, dummodo pars non baptizata discedat. § 2. Discedere censetur pars non baptizata, si nolit cum parte baptizata cohabitare vel cohabitare pacifice sine contumelia Creatoris, nisi haec post baptismum receptum iustam illi dederit descendendi causam*. (O matrimônio celebrado entre dois não batizados dissolve-se pelo privilégio paulino, em favor da fé da parte que recebeu o batismo, pelo próprio fato de esta parte contrair novo matrimônio, contanto que a parte não batizada se afaste. § 2. Considera-se que a parte não batizada se afasta, se não quer coabitar com a parte batizada, ou se não quer coabitar com ela pacificamente sem ofensa ao Criador, a não ser que esta, após receber o batismo, lhe tenha dado motivo para se afastar).

Agostinho considera a indissolubilidade do matrimônio como o “bem do sacramento” com estas palavras: “Por sacramento, pois, se entende que o matrimônio seja indissolúvel e que o repudiado ou a repudiada não se una a outrem, nem sequer por causa dos filhos”¹¹⁵³.

A indissolubilidade é característica do matrimônio e princípio fundamental do cristianismo, numa tradição apostólica mantida no perpassar do tempo, não obstante uma cultura atual que rejeita e ridiculariza o empenho de fidelidade dos esposos¹¹⁵⁴. A tradição cristã considera que o divórcio é contra a natureza, como se verifica na concepção de João Crisóstomo: “*Contra naturam, quia una caro dissecatur*”¹¹⁵⁵. Esta, sempre, foi a diretriz da Igreja Católica acerca do matrimônio cristão.

3.5 Doutrina eclesiástica sobre o casamento

Abelardo Lobo¹¹⁵⁶ afirma que a legislação da Igreja está disseminada em dois universos: o direito eclesiástico, referente ao direito público e o direito canônico, de caráter privado¹¹⁵⁷. Em sua análise, estabelece três períodos da evolução do direito canônico: o *ius antiquum*, que vai do nascimento de Cristo até o decreto de Graciano, em 1150¹¹⁵⁸; o *ius novum*, que vai do

¹¹⁵³ S. Agost. *De Gen. Ad litt.* Liv. IX, c.7, n. 12, citado na Encíclica *Casti conubii*, do papa Pio XI.

¹¹⁵⁴ *Familiaris consortio*. Cf. NOUGARÈDE, M. *Jurisprudence du mariage et du divorce*. Paris: Le Normant, imprimeur-libraire, 1817, p. 01: “*L’indissoluté du mariage derive ainsí de ses effets nécessaires. (...) La loi qui rend le mariage indissoluble dérive de sa nature, car il doit former une communauté de toute la vie, une union indivisible pendant la vie entière des époux. Le mariage a été avec ce caractère par l’intelligence suprême d’où émanent toutes les lois naturelles*”. Esta visão é consagrada pelo *ius roimanum*, nos conceitos de Modestino: “*(...)consortium omnis vitae*” (Tit. II, *de ritu nuptiarum*. D.23,2,1), e de Ulpiano: “*(...) coniunctio individuum vitae continens*” (I, 1,9,1). Vide notas 342 e 343, respectivamente, cap. II.

¹¹⁵⁵ CRISÓSTOMO, João. *Homiliae in Mathaeum*. LXII,2. Pg. 98,597: “Contra a natureza que uma só carne se divida em duas”. *Simili modo* se expressa Santo Ambrósio de Milão (*Expositio Evangelii secundum Lucam*, 1,30. Ed. Corpus Christianorum. Série Latina. XIV, Turnnoht, 1957, p. 21): “*Carnem suam icindit, dividit corpus*” (“Uma incisão na própria carne, uma divisão de corpos”).

¹¹⁵⁶ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Vol III. Rio de Janeiro: Tip. Álvaro Pinto, 1931, p. 75.

¹¹⁵⁷ Cf. S.E.M. Le Cardinal Gousset. *Exposition des principes du droit canonique*. Paris: Jacques Lecoffre et cie. Libraires editeurs, 1859, p. 4. “*Le droit canon, ce qui est la même chose, le droit canonique, est ainsi appelé du mot grec kanôn, qui signifie règle; il comprend les saintes canons, les décrets, les constitutions apostoliques; en un mot, toutes les lois de l’Église qui régulent la discipline du peuple Chrétien*”. É o direito sagrado (*ius sacrum*). O direito eclesiástico (*ius ecclesiasticum*), o direito pontifício (*ius ponteficium*). Cf. ainda o autor (*ibidem*): “*On distingue le droit canonique public et le droit canonique privé. Le droit public ecclésiastique est celui qui règle et fixe la constitution et la hiérarchie de l’Église*”. É o direito divino, do domínio da teologia dogmática. “*Le droit canonique privé est ainsi appelé, parce qu’il règle les devoirs et les intérêts de chaque fidèle en particulier*”. Esta concepção tem analogia nas I. 1,4: “*Publicum est quod ad statum rei romanae spectat. Privatum est quod ad singulorum utilitatem pertinet*”. Vide URIONABARRENECHEA, Pedro Maria Garin. *Legislación de la Iglesia Católica. Teología-Derecho y drecho matrimonial canónico*. Universidad de Deusto. Bilbao. p. 47; VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 45.

¹¹⁵⁸ Cf. S.E.M. Le Cardinal Gousset, cit. p. 18. O decreto de Graciano é assim chamado em razão do nome de quem o redigiu, um monge beneditino de Bologna, Itália, cuja obra se intitulava: “*Corcodantia discordantium canonum*”; Cf. LIMA, Maurílio Cesar de. *Introdução à história do direito canónico*. São Paulo: Edições Loyola, 204, p. 105: Frei João Graciano foi o maior compilador das fontes do direito canônico. Sua obra clássica *Concordia Discordantium Canonum*, escrita provavelmente em 1140, é chamada, também, de *Decretum* ou *Corpus Decretorum*, *Nova Collectio* e até *Corpus Iuris Canonici*. O decreto estava distribuído em três partes. A primeira

Decreto de Graciano até o Concílio de Trento, em 1565¹¹⁵⁹; e o *ius novissimum*, que vai do Concílio de Trento ao tempo coevo.

As primeiras normas de disciplina e orientação foram as escrituras sagradas: os evangelhos, os atos dos apóstolos, as epístolas, nomeadamente as de Paulo. Assim, as leis da Igreja foram-se formando com o tempo, diante da necessidade de se criar uma estrutura que pudesse solidificá-la. Contudo, a primeira iniciativa concreta remete aos decretais de Gregório IX, em 1234. Mas foi Gregório XIII que, em 1580, editou o *Corpus Iuris Canonici*, reorganizado e atualizado pelos papas Pio IX, Leão XIII e Pio X. Por fim, Bento XV, através da constituição “*Providentissima Mater Ecclesia*”, de 27 de maio de 1917, promulgou outra legislação: o primeiro Código de Direito Canônico¹¹⁶⁰.

A legislação eclesiástica redundante tornou-se abrangente no vencer dos anos. Surgiram os códigos canônicos referentes às igrejas orientais de ritos bizantino, sírio, copta, maronita e

continha 101 *distinctiones*, envolvendo a introdução e a designação das noções de direito em geral, incluindo o direito natural, o direito positivo-humano, consuetudinário, os decretais dos sumos pontífices, da autoridade dos Santos Padres, do direito romano e civil. Além disso, abordava a vida dos clérigos, sua ordenação, seus direitos civis, graus hierárquicos, prerrogativas, requisitos para a ordenação presbiterial, designação para o episcopado, qualidades para ser confirmado, cartas demissórias, interstícios, sustento e promoção dos clérigos. Versava, também, sobre o canto gregoriano, assistência aos pobres e às viúvas, aos oprimidos e o relacionamento entre os poderes civis e eclesiásticos. A segunda parte trata dos assuntos eclesiásticos, subdividida em 36 *causae*, desdobradas em várias *quaestiones*, distribuídas em *cânones*. A terceira parte, conhecida por *De consecratione*, trata da consagração das igrejas e das ordens eclesiásticas. A obra de Graciano é considerada o “monumento jurídico do século”. Segundo GRIVOT, Débora Cristina Holembach. (cit. p. 414), “a fundação do direito da Igreja pode ser atribuída ao fabuloso trabalho de harmonização feito pelo monge italiano Graciano, denominado *Concordantia Discordantium Canonum*, que era uma coletânea de mais de 3800 textos com comentários.” Segundo LIMA LOPES, José Reinaldo de. (*O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 84), o texto foi reconhecido com autoridade intelectual e doutrinária. Seu autor foi capaz de, através do método escolástico, organizar, hierarquizar e expressar os princípios pelos quais se eliminavam as antinomias dos cânones. Para URIONABARRENECHEA, Pedro Maria Garin. (cit. p. 110), “a *Juan Graciano*, se le debe que el derecho canônico se transforme en ciência”. RODRIGUES D’ARAÚJO, Manoel do Monte. (*Elementos do direito ecclesiastico público e particular*. Tomo II. Rio de Janeiro: Livraria Antonio Gonçalves, 1858, p. XIV), em sentido contrário, aponta contradição no decreto de Graciano, ao revelar: “Decreto, excelente a tantos respeitos, teve grandes faltas. Citão-se (*sic*) as que lhe descobrio (*sic*) o Arcebispo Antonio Agostinho, que se ocupou particularmente d’esta matéria, e que diz: “Graciano errou muitas vezes nos nomes dos homens, das cidades, províncias, concílios, e em outros. Muitas vezes são falsas as inscrições e se diz ser dos concílios o que é dos Pontífices; e cousas que são de um Bispo inferior atribuem-se ao Pontífice Romano ou do Concílio Geral ou de Concílio Provincial. Citão-se (*sic*) muitas palavras de S. Gregorio, S. Ambrosio, S. Agostinho e S. Jeronymo, que, ou não existem, ou são falsas. (...) D’aqui a necessidade de emendar e corrigir o Decreto, o empenho e o trabalho, que n’isto se pôz, especialmente da parte da Santa Sé. Esta nomeou comissões de pessoas doudas e a última d’ellas fez as emendas que Gregorio 13º aprovou e mandou guardar, elogiando o Decreto, por Bulla de 1582”.

¹¹⁵⁹ Cf. PALAZZANI, Laura, (cit. p.47): Foi nesse período, entre os séc. XI e XVI, que o direito canônico conheceu um alto grau de desenvolvimento. “*La Chiesa acquisiva competenza legislativa e giurisdizionale in materia matrimoniale, riconosciuta dai poteri civili*. GAUDEMET, Jean. (*Il matrimonio in Occidenti*, p. 101s), citado pela autora, afirma que esse período vai do Império Carolíngio, atravessa o Renascimento e alcança a Reforma.

¹¹⁶⁰ O Código de Direito Canônico de 1917 foi um marco que fixou a vida da Igreja durante sessenta e seis anos (até a promulgação do código de 1983). Estabeleceu como fundamento quase exclusivo o direito da Igreja (exceto o das Igrejas orientais), o direito litúrgico e o direito concordatário. Sua elaboração durou quinze anos. Buscou suas fontes, nomeadamente, no que de melhor havia no *Corpus Iuris* (1580) e na seleção de outras coleções. Vide LIMA, Maurílio Cesar de. *Introdução à história do direito canônico*, cit. p. 161.

caldeu, promulgados por Pio XII (1943) e revogados por João Paulo II (1990), que promulgou o Código de Cânones dessas igrejas, com a constituição apostólica *Sacri Canones*¹¹⁶¹.

3.5.1 Concílio de Trento (1542-1563)

No Concílio de Trento¹¹⁶², ocorreu a verdadeira renovação do direito canônico¹¹⁶³. Surgiu no bojo da reforma religiosa e teve por objetivo corrigir ou aperfeiçoar as normas do 5º Concílio de Latrão (1512-1517)¹¹⁶⁴.

Esse concílio fez parte da reação católica contra a reforma protestante. Convocado pelo papa Paulo III, através da bula papal *Laetare Hierusalem*, de 1544, foi concluído sob o papa Pio IV, que o proclamou através da bula *Benedictus Deus*, de 12 de dezembro de 1563. Além de buscar dirimir as dúvidas suscitadas pela reforma protestante, estabeleceu o dogma católico, promulgou cânones para que se corrigissem e se precavessem desvios disciplinares. A visão dogmática, encontrada nas regras do Concílio de Trento, significava que o crente não podia contestá-las, como bem expressa Gousset¹¹⁶⁵, primeiramente numa indagação: “*Les décrets du*

¹¹⁶¹ LIMA, Maurílio César, c it. p. 175.

¹¹⁶² XX Concílio Ecumênico 1545-1563), convocado em 1542 pelo papa Paulo III (1534-1549) contra os inovadores do séc. XVI. Tinha por objetivo extirpar heresias e reformar os costumes. Cf. LIMA, Maurílio César de. *Introdução à história do direito canônico*, cit. p. 264: O concílio teve grande significado para a Igreja, dirimindo teses dogmáticas e legislando sobre matérias disciplinares, de onde se originou sua notoriedade a ponto de ser chamado direito tridentino. Vide SESBOUÉ, Bernard, BOURGEOIS, Henri, TIHON, Paul. *Os sinais da salvação. (séculos XII-XX)*. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 208s. Cf. GLISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 573: A reforma protestante atingiu profundamente a autoridade da Igreja. Em referência ao casamento, os reformadores agiram efetivamente: Lutero, em 1530, publicou a obra: “*Von Ebesachen*” (Do casamento), um verdadeiro manifesto contrário à doutrina canônica clássica. Calvino, na sua obra “*Institution de la religion chrétienne*”, publicada em 1536, criticou violentamente a teoria da Igreja sobre o casamento, denunciando os males oriundos das uniões clandestinas. Ainda, segundo o autor, a indissolubilidade absoluta, criticada por Montaigne, Bodin e Erasmo, foi contestada por Martinho Lutero. O Concílio de Trento foi uma reação da Igreja, tomando medidas importantes para modificar sua concepção sobre o casamento, conforme se constata nas decisões conciliares, citadas no texto desta tese. Importante ressaltar que, depois do Concílio de Trento, a cristandade ficou definitivamente dividida: a Igreja Católica Romana e a Igreja Protestante, nas suas diversas denominações (valdenses, anabatistas, luteranos, presbiterianos, calvinistas, pentecostais, adventistas e outros), além de uma terceira via da igreja cristã, a Ortodoxa Grega.

¹¹⁶³ O direito canônico começou a se materializar nos séculos XIII e XIV. É o ordenamento jurídico da *Mater Ecclesia una, sancta, catholica et apostolica*, o conjunto de normas ou regras jurídicas que dizem respeito à vida da Igreja cristã no que tange à sua organização e relação com seus crentes ou seguidores. É chamado, também, de *ius divinum, ius sacrum* ou *ius pontificium*. De conformidade com o Dicionário de Derecho Canonico (Madrid: Tecnos, 1989, tradução de Jesús Hortal. São Paulo: Loyola, 1997), “o direito canônico é (...) um meio que, baseado no direito divino natural e positivo, organiza racionalmente todos os elementos eclesiais, segundo a justiça, para que a Igreja possa cumprir mais eficazmente os fins que o seu divino Fundador lhe confiou e que estão definitivamente ordenados para a salvação dos homens. Vide nota 1229 infra.

¹¹⁶⁴ O 5º Concílio de Latrão foi convocado pelo papa Leão X (1513-1521), com o objetivo de estabelecer a união entre os príncipes cristãos diante do perigo turco que ameaçava a Europa e a cristandade. Vide LIMA, Maurílio Cesar de, cit. p. 133.

¹¹⁶⁵ S.E.M. Le cardinal Gousset, cit. p. 384.

concilie de Trente en matière de discipline sont'ils obligatoires dans toute l'Église? (...) les lois générales de l'Église obligent tous les fidèles qu'elles concernent; on ne peut les violer sans se rendre coupable devant pieu, sans être rebelle à l'Église, rebelle à Jésus-Christ, rebelle à celui qui l'envoyé pour le salut du monde".

Assim, todos estavam obrigados, em consciência, a observar as decisões e normas do concílio, confirmadas pelo sucessor do príncipe dos apóstolos, representante e chefe do corpo da Igreja, que se propunha universal. Pelo decreto *Tametsi*, de 1563, o concílio buscou instituir medidas importantes para modificar a concepção existente sobre o casamento, considerando-o um contrato e estabelecendo certas formalidades para sua validade¹¹⁶⁶. Considerou nulos os casamentos clandestinos, considerando que o matrimônio deve ser realizado *in facie ecclesiae*.

As decisões conciliares buscaram confirmar as regras da doutrina cristã, que estavam dispersas e desordenadas, dentre elas as referentes ao matrimônio. Uma delas estabelecia o vínculo perpétuo e indissolúvel¹¹⁶⁷ do matrimônio revelado nas palavras de Adão: "*Haec nunc os ex ossibus meis et caro de carne mea*"¹¹⁶⁸. Tal sentença foi complementada e corroborada, posteriormente, por Cristo, quando, referindo-se às últimas palavras, proclamou: "*Itaque iam non sunt duo sed una caro*"¹¹⁶⁹. Foram também confirmadas pelo apóstolo Paulo: "*Propter hoc relinquet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una*"¹¹⁷⁰. Reiterou-se, assim, a estabilidade, de há muito declarada por Adão, bem como a unidade indissolúvel do vínculo que santifica os esposos. Dessa forma, o próprio Cristo foi instituidor desse santo sacramento, como ensina o apóstolo Paulo: "*Viri, diligite uxores, sicut et Christus*

¹¹⁶⁶ Segundo TABORDA, Francisco. (cit. p. 72 e 76), o decreto *Tametsi* determinou que a forma canônica fosse condição de validade para o matrimônio entre cristãos, estabelecendo a nulidade dos casamentos clandestinos. Segundo GLISSEN, John (cit. p. 573), dentre as formalidades, destacavam-se: publicação, antes do casamento, dos proclamas pelo cura da paróquia de cada um dos cônjuges, em dias de festa e durante a missa solene, por três vezes consecutivas; celebração do ato pelo cura da paróquia de um dos cônjuges, na presença de duas testemunhas, a qual não incluía necessariamente a bênção, pois essa era recusada às viúvas que voltassem a casar. Ainda segundo o autor (*ibidem*), a aplicação do decreto variou entre países. Seus critérios foram facilmente acolhidos em Portugal, Espanha, Itália e na Bélgica, até o edito de D. José II (1784). Na França, o rei, inicialmente, recusou-se a aplicá-lo Posteriormente, com a *ordonnance* de Blois, de 1579, acolheu-o quase textualmente, estabelecendo, contudo, que o casamento deveria ser celebrado na presença de quatro testemunhas, depois da publicação de três proclamas, além de o cura ser obrigado a registrar o ato em livro próprio. VITALI, Enrico e BERLINGÒ, Salvatore (cit. p. 123) corroboram a assertiva de que o decreto *Tametsi* não entrou em vigor imediatamente em todo lugar, em razão de ser acompanhado de uma cláusula de vigência após trinta dias de sua publicação em cada paróquia. Por razões políticas de cada país, principalmente do norte da Europa, a publicação não foi possível. Isto motivou a elaboração, sob o pontificado de Pio X, do decreto *Ne temere*, de 02 de agosto de 1907, que entrou em vigor trinta dias em toda a Igreja latina, exceto na Alemanha.

¹¹⁶⁷A indissolubilidade do matrimônio cristão foi uma das principais preocupações da Igreja antiga, contrariamente à percepção do direito romano e hebreu. Vide LIMA, Maurílio César de, cit. p.196.

¹¹⁶⁸ Gen. 2,23: "Isto é o osso de meus ossos, a carne da minha carne".

¹¹⁶⁹ Mt. 19, 6: "Portanto, já não são duas carnes, mas uma só carne".

¹¹⁷⁰ Ef. 5,31: Pelo que deixará o homem a seu pai e a sua mãe e unir-se-á com sua mulher e serão os dois uma só carne.

dilexit ecclesiam et seipsum tradidit pro ea”¹¹⁷¹. E acrescenta: “*Mysterium hoc magnum est; ego autem dico de Christo et ecclesia*”¹¹⁷².

Considerando que o matrimônio na lei evangélica excede pela graça de Cristo os antigos matrimônios, os santos padres, os concílios e toda a tradição da Igreja ensinaram que ele deve ser enumerado entre os sacramentos da Nova Lei¹¹⁷³. O concílio de Trento trouxe à luz as principais heresias e erros dos cismáticos, para que o seu pernicioso sistema não continuasse a contagiar outros. Para tanto, estabeleceu contra os hereges e seus erros vários anátemas, destacando-se os seguintes:

Sobre o casamento, como sacramento:

“Se alguém disser que o matrimônio não é verdadeiro e propriamente um dos sete sacramentos da Lei Evangélica, instituído por Nosso Senhor Jesus Cristo, e [disser] que foi inventado pelos homens na Igreja e que não confere graça, seja excomungado”¹¹⁷⁴.

Sobre a poligamia:

“Se alguém disser que é lícito aos cristãos ter ao mesmo tempo muitas mulheres, e que isto não é proibido por nenhuma lei divina¹¹⁷⁵, seja excomungado”¹¹⁷⁶.

Sobre o impedimento em razão do parentesco:

“Se alguém disser que só aqueles graus de consanguinidade e de afinidade que se declaram no Levítico¹¹⁷⁷, podem impedir de contrair matrimônio e dirimi-lo depois de contraído; ou que a Igreja não pode dispensar de alguns desses impedimentos ou estabelecer outros [graus] que impeçam e dirimam, seja excomungado”¹¹⁷⁸.

Sobre a competência para estabelecer impedimentos matrimoniais:

“Se alguém disser que a igreja não pôde estabelecer impedimentos dirimentes do matrimônio, e que errou ao estabelecê-los, seja excomungado”¹¹⁷⁹.

¹¹⁷¹ Ef. 5,25: “Homens, amai vossas mulheres como Cristo amou a Igreja e se entregou a si próprio por ela”.

¹¹⁷² Ef. 5, 32: “Este sacramento é grande; digo-o, porém, em Cristo e na Igreja”. Cf. TABORDA, Francisco, cit. p. 62: O “grande mistério” está em que, na palavra sobre a unidade do casal humano na ordem da criação, há uma alusão profética à unidade de Cristo e da Igreja.

¹¹⁷³ Cân. 970: “Contra esta doutrina se levantaram furiosos neste século certos homens ímpios, que não só tiveram opiniões erradas sobre este sacramento venerável, mas ainda, como costumam, introduziram a liberdade da carne sob pretexto de Evangelho, afirmando, por escrito e oralmente, muitas doutrinas alheias ao sentir da Igreja Católica, à tradição, aprovada desde o tempo dos apóstolos, e isto não sem grande dano dos fiéis de Cristo”.

¹¹⁷⁴ Can. 971.

¹¹⁷⁵ Mt. 19, 4 ss 9.

¹¹⁷⁶ Cân. 972.

¹¹⁷⁷ Lv 18, 6 ss.

¹¹⁷⁸ 973. Cân. 3.

¹¹⁷⁹ 974. Cân. 4.

Sobre a dissolução do matrimônio:

“Se alguém disser que o vínculo do matrimônio pode ser dissolvido pelo cônjuge por motivo de heresia, de modesta coabitação ou de ausência afetada, seja excomungado”¹¹⁸⁰.

“Se alguém disser que o matrimônio contraído mas não consumado não se dirime pela solene profissão religiosa de um dos esposos, seja excomungado”¹¹⁸¹.

“Se alguém disser que a Igreja erra quando ensinou e ensina que, segundo a doutrina evangélica e apostólica¹¹⁸², o vínculo do matrimônio não pode ser dissolvido pelo adultério dum dos cônjuges e que nenhum dos dois, nem mesmo o inocente que não deu motivo ao adultério, pode contrair outro matrimônio em vida do outro cônjuge, e que comete adultério tanto aquele que, repudiada a adúltera, casa com outra, como aquela que, abandonado o marido, casa com outro, seja excomungado”¹¹⁸³.

“Se alguém disser que a Igreja erra, quando determina que por muitos motivos se pode fazer [licitamente] separação entre os consortes quanto ao tálamo e coabitação, por tempo certo ou incerto, seja excomungado”¹¹⁸⁴.

Sobre o celibato e a castidade de religiosos:

“Se alguém disser que os clérigos constituídos em ordens sacras e os regulares que professam solenemente castidade, podem contrair validamente matrimônio, não obstante a lei eclesiástica ou o voto, e que o contrário disto outra coisa não é senão condenar o Matrimônio; e que podem contrair matrimônio todos os que não sentem ter o dom da castidade, ainda que o tenham prometido, seja excomungado. Pois Deus não nega este dom a quem piamente lho pede, nem consente que sejamos tentados acima das nossas forças”¹¹⁸⁵.

“Se alguém disser que o estado conjugal se deve antepor ao estado da virgindade ou celibato, e que não é melhor nem mais beato permanecer no estado de virgindade e celibato do que contrair matrimônio ¹¹⁸⁶, seja excomungado”¹¹⁸⁷.

Sobre solenidade e competência dos juízes eclesiásticos:

“Se alguém disser que a proibição da solenidade dos desponsórios em certos tempos do ano é uma superstição tirânica derivada das superstições pagãs; ou

¹¹⁸⁰ 975. Can. 5

¹¹⁸¹ 976. Cân. 6.

¹¹⁸² Mc 10; 1 Cor 7.

¹¹⁸³ 977. Cân. 7. Essa condenação foi assim formulada para não ofender os gregos, que, na *praxis*, seguiam o contrário, embora na doutrina concordassem com a Igreja. Referindo-se a este cânon, diz Pio XI, na encíclica *Casti connubii* (Documentos pontifícios. Vozes nº 4, p. 39s): “Do fato de a Igreja não ter errado nesta doutrina, e por isso mesmo que é absolutamente certo o vínculo do matrimônio não pode ser dissolvido nem mesmo pelo adultério, segue-se com evidência que muito menos valor têm todas as outras razões, aliás mais fracas, que costumam apresentar-se a favor do divórcio, as quais, por conseguinte, não devem ter-se em conta alguma”.

¹¹⁸⁴ 978. Cân. 8. Sobre a indissolubilidade, *vide* encíclicas *Gaudium et spes*, *Casti connubii*, *Familiaris consortio*.

¹¹⁸⁵ 1 cor 10, 13.

¹¹⁸⁶ Mt .19, 11 s; 1 cor 7, 25 s 38. 40.

¹¹⁸⁷ 980. Cân. 10.

condenar as bênçãos e outras cerimônias que a Igreja usa neles, seja excomungado”¹¹⁸⁸.
“Se alguém disser que as causas matrimoniais não são da competência dos juízes eclesiásticos, seja excomungado”¹¹⁸⁹.

3.5.2 Evolução posterior

3.5.2.1 Encíclicas papais

3.5.2.1.1 *Arcanum divinae sapientiae*

Essa encíclica tem como tema principal a família¹¹⁹⁰, referindo-se à verdadeira origem do matrimônio. Deplora a atitude dos detratores da fé cristã que desconhecem a doutrina da Igreja sobre o assunto e o esforço que fazem para manchar a memória de todos os séculos. Contudo, jamais conseguiram alcançar êxito nem obscurecer a força e a luz da verdade. Faz referência à criação do homem, formado por Deus do limo da terra, do sopro divino em seu rosto que lhe deu o alento de vida; da companheira que lhe foi dada, tirada admiravelmente de sua costela, enquanto dormia.

Desta forma, o providentíssimo Deus criou o casal de cônjuges como princípio natural de todos os homens que, mediante sucessivas procriações, se conservou por todos os tempos. Aquela união do homem e da mulher, para responder aos sapientíssimos desígnios de Deus, é manifestação, desde o princípio, da unidade e perpetuidade dessa relação. A encíclica proclama a confirmação desse fato, à luz do evangelho, pela autoridade divina de Jesus Cristo. Ele atestou aos judeus e aos apóstolos que o matrimônio, em razão de sua constituição, somente pode ocorrer entre duas pessoas: o homem e a mulher. Formando uma só carne, estão de tal forma atados pela vontade divina, que esse nó não pode ser desatado por vontade humana, conforme as palavras de Cristo: “Por isso, o homem deixará seu pai e sua mãe e se unirá à sua mulher; e os dois formarão uma só carne. Portanto, não separe o homem o que Deus uniu” (Mt.19,5-6).

A encíclica deplora que essa forma de matrimônio, tão excelente e superior, a pouco e pouco, tenha-se corrompido e desaparecido entre os povos. Até mesmo entre os hebreus, tornou-se obscurecida, prevalecendo entre eles o costume de que era lícito o homem ter mais de uma mulher. Tal fato levou Moisés, em razão da dureza de seus corações, a permitir a faculdade do repúdio, abrindo-se, assim, a porta dos divórcios. Ressalta que todas as nações parecem ter esquecido a noção e a verdadeira origem do matrimônio. Através de ritos solenes

¹¹⁸⁸ 981. Cân. 11.

¹¹⁸⁹ 982. Cân. 12.

¹¹⁹⁰ *Arcanum divinae sapientiae*. Encíclica de Leão XIII (1878-1903), promulgada em 10 de fevereiro de 1880.

instituídos ao alvedrio dos legisladores, conferiram às mulheres o justo título de esposas ou a torpe condição de concubinas.

A poligamia, a poliandria e o divórcio são apontados como outros sinais dessa degradação. Os direitos e deveres dos cônjuges mostram-se desiguais, considerando que o marido adquiria o domínio da mulher e muitas vezes a despedia sem motivo justo. A sensualidade indomável e desenfreada campeava impunemente nos lupanares. Nessa ambiência de licenciosidade, nada era mais miserável que a esposa, considerada como um mero instrumento para a luxúria ou para gerar filhos. De forma degradante se compravam e se vendiam as mulheres. Elas iam casar, como se fossem coisas materiais, concedendo-se, por vezes, ao marido o poder de castigar a esposa com o último suplício. A família gerada de tais uniões era incluída entre os bens do Estado e ficava sob o poder do pai, a quem a lei facultava, a seu arbítrio, propor e promover os casamentos dos filhos e até mesmo exercer sobre eles a monstruosa potestade de vida e de morte.

Proclama que esses vícios, arbitrariedades e ignomínias que maculavam e desvirtuavam o matrimônio foram rechaçados por Jesus Cristo, restaurador da dignidade humana, aperfeiçoador da lei mosaica. Dedicou especial atenção ao matrimônio, dignificando-o com sua presença nas bodas de Caná da Galileia, quando fez o seu primeiro milagre: a transformação de água em vinho¹¹⁹¹. E assim, o matrimônio, com princípios de nova santidade, teve restituída sua nobreza original, reprovando os costumes dos hebreus que abusavam da pluralidade de mulheres e da faculdade do repúdio.

Anuncia essa verdade, transmitida e ensinada aos homens, no perpassar do tempo, através dos santos padres, dos concílios e da tradição da Igreja universal: que Cristo elevou o matrimônio à dignidade de sacramento, tornando, concomitantemente, os cônjuges protegidos e auxiliados pela graça celestial. Evoca o vínculo da caridade que deve existir entre marido e mulher, tão presente na admoestação do apóstolo Paulo: “Maridos, amai vossas mulheres como Cristo amou a sua Igreja e se entregou por ela, para santificá-la. (...) Assim, os maridos devem amar as suas mulheres, como a seu próprio corpo”¹¹⁹².

Atribui, também, à sociedade conjugal uma nobre e grandiosa finalidade, além da propagação do gênero humano: formar a prole da Igreja, como cidadãos adoradores de Deus, educando os filhos para o culto e a religião do verdadeiro Deus e de Cristo. Define os deveres e direitos dos cônjuges, conclamando-os a estarem, mutuamente, sempre disponíveis ao amor e à felicidade e a uma solícita e constante ajuda.

¹¹⁹¹ Jo. 2,1-12.

¹¹⁹² Ef. 5, 25-26; 28.

Confirma a doutrina paulina, segundo a qual o marido é o chefe da família e a cabeça da mulher. Posto que é carne de sua carne e osso de seus ossos, deve submeter-se e obedecer a ele, não como escrava, mas como companheira. Exorta para que, na obediência prestada, não faltem honestidade e dignidade, tanto a quem manda como a quem obedece. Considera que o homem é a imagem de Cristo e a mulher é a imagem da Igreja. Segundo o apóstolo Paulo, “como a Igreja é submissa a Cristo, assim também o sejam em tudo as mulheres a seus maridos”¹¹⁹³. Os filhos devem submeter-se a seus pais e honrá-los. Os pais, sua vez, devem consagrar todos os cuidados e pensamentos à proteção de seus filhos, nomeadamente, a educá-los na virtude: “Pais, não exaspereis vossos filhos. Pelo contrário, criai-os na educação e doutrina do Senhor”¹¹⁹⁴.

Afirma o poder da Igreja a quem Cristo confiou toda a disciplina matrimonial, para que a exercesse em todo tempo e lugar. Essa potestade deve ser exercida de tal forma que não possa parecer como própria, obtida por concessão dos homens, mas recebida de Deus. Nesse sentido, alerta para a vigilância que deve ser exercida para se conservar a santidade do matrimônio, de modo que se mantenha incólume. Fala da existência de casamentos dissolutos, sempre condenados pela doutrina da Igreja. Condena os que atacaram o matrimônio cristão: os agnósticos, os maniqueus, os sansimonianos, os comunistas. Corroborar a existência de um único direito do matrimônio para todos, suprimindo a antiga restrição entre escravos e livres, assegurando a igualdade entre marido e mulher, citando São Jerônimo: “O que não é lícito às mulheres, tampouco é lícito aos maridos, uma mesma obrigação tem a mesma condição para os dois”¹¹⁹⁵.

Assegura a dignidade e a inviolabilidade da mulher, proibindo ao marido castigar a adúltera com a morte e violar libidinosamente ou impudicamente a fidelidade jurada. Enfatiza que a Igreja deve limitar, quando for conveniente, o poder dos pais, a fim de não colocarem restrições à liberdade de os filhos contraírem casamento. Proíbe as uniões entre parentes e de determinados graus, e afins, com o objetivo de que o amor sobrenatural dos cônjuges se expanda. Combate o erro, a violência e a fraude na realização dos casamentos e protege a honestidade da união, a segurança das pessoas, o decoro do matrimônio e a integridade da religião. A encíclica trata, por fim, da tentativa de negação do poder da Igreja, do caráter religioso do casamento, da necessidade de separar contrato e casamento, dos princípios do naturalismo, dos frutos do matrimônio cristão, da ausência do matrimônio, dos males do

¹¹⁹³ *Idem.* 5,23-24.

¹¹⁹⁴ *Idem.* 6,4.

¹¹⁹⁵ SÃO JERÔNIMO. *Opera t.* 1 col. 455.

divórcio e da conduta da Igreja frente ao divórcio. Aponta os caminhos ao poder civil e eclesiástico para a solução desses problemas.

3.5.2.1.2 *Casti connubii*

Nessa encíclica, o papa Pio XI se dirige “aos veneráveis irmãos patriarcas, primazes, arcebispos, bispos e a outros ordinários em paz e comunhão com a Sé Apostólica, acerca do matrimônio cristão em face das atuais condições, exigências, erros e vícios da família e da sociedade”. O papa tratou dessa doutrina e da universal tradição da Igreja, na sua encíclica ao enfatizar:

“Matrimonium non humanitus institutum neque instauratum esse, sed divinitus; non ab hominibus, sed ab ipso auctore naturae Deo atque eiusdem naturae restitutore Christo Domino legibus esse communitum, confirmatum, elevatum; quae proinde leges nullis hominum placitis, nulli ne ipsorum quidem coniugum contrario convento obnoxiae esse possint. Haec Sacrarum Litterarum est doctrina (Gen.1,27-28; 2,22-23; Mt. 19,3s; Ef.5,23s), haec constans atque universa Ecclesiae traditio, haec sollemnis Sacrae Tridentinae Synodi denitio, quae perpetuum indissolubilemque matrimonii nexum eiusdemque unitatem ac funitatem a Deo auctore manare ipsis Sacrae Scripturae verbis praedicat atque confirmat”¹¹⁹⁶.

Aborda a grandeza do matrimônio, princípio e fundamento da sociedade conjugal e até de toda a sociedade humana. Ressalta a santidade do matrimônio cristão, instituído como sacramento pela Nova Lei. Deplora a ignorância e o esquecimento dessa realidade, diante de uma moralidade nova e fortemente perversa, permeada de princípios falsos. Nessa visão, destaca a natureza do matrimônio como união sagrada, a sua dignidade, as vantagens e benefícios que dele dimanam para a família e para a própria sociedade humana. Enfatiza os gravíssimos erros cometidos contra a doutrina evangélica, os vícios contrários à vida conjugal e aponta os caminhos que devem ser seguidos, tomando como referência a encíclica de Leão XIII, “*Arcanum divinae sapientiae*”.

¹¹⁹⁶ “O matrimônio não foi instituído nem restaurado pelos homens, mas por Deus; não foi pelos homens, mas pelo restaurador da própria natureza, Cristo Nosso Senhor, que o matrimônio foi resguardado por lei, confirmado e elevado; por isso essas leis não podem depender em nada das vontades humanas nem sujeitar-se a nenhuma convenção contrária dos próprios esposos. É esta a doutrina da Sagrada Escritura (Gen.1,27-28; 2, 22-23; Mt. 19,3s; Ef. 5,23s), é esta a constante e universal tradição da Igreja, esta a definição solene do Sagrado Concílio de Trento, que, tomando as próprias palavras da Sagrada Escritura, proclama e confirma que a perpetuidade e a indissolubilidade do matrimônio, bem como a sua unidade e imutabilidade, provêm de Deus, seu autor”. (Conc. Trid. Sess. 24). Cf. FORNÉS, Juan. (Cit. p. 38). A indissolubilidade, como um dos elementos essenciais do matrimônio, juntamente com a unidade, é o vínculo que une o homem e a mulher durante toda a vida. Várias passagens da Sagrada Escritura e o exame dos testemunhos da tradição dos padres da Igreja atestam que a indissolubilidade é uma característica do vínculo matrimonial. Vide CROUZEL, H. *La indissolubilidad del matrimonio en los padres de la Iglesia*. In *El Vinculo Matrimonial*. Madrid, 1978, pp. 61-116.

Ao abordar os elevados princípios do matrimônio, esclarece que ele não foi instituído, tampouco restaurado pelos homens, mas por Jesus Cristo, restaurador da própria natureza. Por isto, independe das vontades humanas, não estando vinculado a nenhuma convenção contrária, mesmo dos próprios cônjuges. Mas, embora o matrimônio, em razão de sua natureza, seja instituição divina, a vontade humana é fator imprescindível, que se expressa na forma do consentimento livre e recíproco dos cônjuges, fato que nenhum poder humano pode suprir. Tal fundamento distingue essa relação das uniões humanas irregulares, realizadas fora de qualquer vínculo verdadeiro e honesto por vontades destituídas dos princípios religiosos.

Graças ao matrimônio se juntam e se fundem as almas, antes e mais estreitamente que os corpos. Portanto, o matrimônio não constitui um afeto passageiro dos espíritos e dos sentidos, mas uma determinação firme e deliberada das vontades. Desta união das almas surge um vínculo sagrado e inviolável, estabelecido por Deus. Esta é a singular natureza desse vínculo, que o distingue totalmente de todas as relações que têm entre si os animais. Privados de razão e vontade livre, governam-se unicamente pelo instinto cego da natureza. Tais relações são semelhantes às uniões livres dos homens que, carecendo de um vínculo verdadeiro e honesto da vontade, não encontram amparo nas leis divinas. Dessa visão se desprende que a autoridade legítima da Igreja tem o direito e também o dever de reprimir e punir as uniões torpes ou escandalosas que se opõem à razão e à natureza. E cita a encíclica *Rerum novarum*, de Leão XIII:

“In deligendo genere vitae non est dubium, quin in potestate sit arbitrioque singulorum alterutrum malle: aut Iesu Christi sectari de virginitate consilium, aut maritali se vinclo obligare. Ius coniugii naturale et primigenum homini adimere, causamve nuptiarum praecipuam, Dei auctoritate initio constitutam, quoquo modo circumscribere lex hominum nulla potest: Crescite et multiplicamini»”(Gen.1,28)¹¹⁹⁷.

Considera que o sagrado consórcio do casamento é constituído simultaneamente pela vontade divina e humana. De Deus provêm a instituição, os fins, as leis, os bens do matrimônio. Do homem, com a ajuda e cooperação de Deus, depende a existência do matrimônio particular, pela generosa doação de uma pessoa a outra, por toda a vida, com os deveres e com os benefícios estabelecidos por Deus. Ressalta quão imensos são os bens concedidos por Deus ao verdadeiro matrimônio, citando as palavras do preclaríssimo doutor da Igreja, Santo Agostinho:

¹¹⁹⁷ “Na escolha do gênero de vida, não há dúvida de que todos têm liberdade plena e inteira ou de seguir o conselho de Jesus Cristo relativo à virgindade, ou de se ligar pelo vínculo matrimonial. Nenhuma lei humana poderia tirar do homem o direito natural e primordial do casamento, ou limitar de qualquer modo aquilo que é a própria causa da união conjugal, estabelecida desde o princípio pela autoridade de Deus: crescei-vos e multiplicai-vos”.

“*Haec omnia bona sunt; propter quae nuptiae bonae sunt: proles, fides, sacramentum*”¹¹⁹⁸. São elementos reveladores de uma síntese profunda de toda a doutrina cristã sobre o casamento, assim considerada pelo mesmo santo:

*“In fide attenditur ne praeter vinculum coniugale cum altero vel altera concumbatur; in prole, ut amanter suscipiatur, benigne nutriatur, religiose educetur; in sacramento autem, ut coniugium non separetur, et dimissa aut dimissa, nec causa prolis, alteri coniungatur. Haec est tamquam regula nuptiarum, qua vel naturae decoratur fecunditas vel incontinentiae regitur privatae”*¹¹⁹⁹.

Considera a prole como o primeiro dos bens do matrimônio e lembra que o próprio Criador do gênero humano quis valer-se benignamente dos homens como cooperadores na propagação da vida. Deixou esse ensinamento quando instituiu o matrimônio de nossos primeiros pais, no paraíso, e por eles os futuros cônjuges: “Crescei-vos, multiplicai-vos e povoai a terra” (Gen. 1,28). Essa verdade é deduzida por Santo Agostinho de uma passagem da carta de São Paulo a Timóteo, quando diz: “*Generationis itaque causa fieri nuptias, Apostolus ita testis est: Volo, inquit, iuniores nubere. Et quasi ei diceretur: Utquid?, continuo subiecit: Filios procreare, matres familias esse*”¹²⁰⁰.

É grande esse benefício de Deus. Para se aquilatar a excelência do matrimônio, basta considerar a dignidade do homem e a sublimidade do seu fim. Em razão da preeminência de sua natureza racional, o homem supera todas as outras criaturas do universo. Além disso, Deus quis que as gerações humanas não somente vivam e povoem a terra, mas também que sejam seus adoradores, conheçam-no e o amem e, finalmente, alcancem o céu. Essa admirável elevação que Deus faz do homem à ordem sobrenatural supera tudo o que os olhos viram, os ouvidos escutam e o coração do homem pôde conhecer¹²⁰¹. Daí se conclui quão grande é o

¹¹⁹⁸ SANTO AGOSTINHO. (*De bono coniug.* Cap 24, nº 32): “São todos esses bens por causa dos quais as núpcias são boas: prole, fidelidade, sacramento”. Vide ROCHA, Hylton Miranda. *Pelos caminhos de Santo Agostinho*, cit. p.217.

¹¹⁹⁹ *De Gen. Ad litt.* 9,7,12. “Na fidelidade tem-se em vista que, fora do vínculo conjugal, não haja com outro ou com outra união: na prole, que esta se acolha amorosamente, se sustente com solicitude, se eduque religiosamente; com o sacramento, enfim, que não se rompa a vida comum, e que aquele ou aquela que se separa não se junte a outrem nem mesmo por causa dos filhos. É esta como que a regra das núpcias, na qual se enobrece a fecundidade da incontinência”. Segundo FORNÉS, Juan. (cit. p. 42), os bens do matrimônio atendem a uma preocupação moral contida numa precisa descrição ontológica do matrimônio. São as condições que determinam sua bondade, não que resultem extrinsecamente do matrimônio, mas que são inerentes à obra do autor da natureza, o Criador. Esses bens, acolhidos pela tradição teológica e canônica (decreto de Graciano, cap; XXVII, q 2, c. 10; Tomaz de Aquino. *Suppl.* 65, a.1: Concílio de Florença; *Casti connubii*, de Pio XI), constituem o fundamento de todo o sistema matrimonial canônico e passaram a ser chamados “elementos essenciais do matrimônio”.

¹²⁰⁰ 1Tim. 5,14; SANTO AGOSTINHO (*De bono conj.* 24,32): “Que a procriação dos filhos seja a razão do matrimônio o apóstolo testemunha-o nestes termos: eu quero que os jovens se casem. E, como se lhe dissessem: mas por quê? Logo acrescenta: para procriarem filhos, para serem pais e mães de família.

¹²⁰¹ 1cor. 2,9.

dom da bondade divina. Conclui-se também que o mais precioso fruto do matrimônio são os filhos que vêm a este mundo pela onipotência de Deus e com a cooperação dos cônjuges¹²⁰².

O bem dos filhos não termina com a procriação. É necessário que se assegure o segundo bem, que consiste na devida educação dos filhos¹²⁰³. Assim exigem Deus e a natureza. Esse direito e obrigação de educar a prole pertencem, em primeiro lugar, àqueles que começaram, com a geração dos filhos, a obra da natureza, proibindo-se que exponham a obra começada a uma ruína, deixando-a imperfeita. É o matrimônio que exige, da melhor forma, essa adequada educação dos filhos. Estando os pais unidos pelo vínculo indissolúvel, exige-se que sempre se ajudem e se auxiliem mutuamente.

O segundo bem do casamento, mencionado por Santo Agostinho, é a fidelidade. Consiste na mútua lealdade dos cônjuges e no cumprimento do vínculo matrimonial, sancionado por lei divina. Essa fidelidade exige, em primeiro lugar, a absoluta unidade do matrimônio, configurada por Deus no casamento dos primeiros pais, quando quis que ocorresse somente entre um homem e uma mulher. Não obstante, o mesmo Criador, por algum tempo, tenha mitigado ou atenuado essa primitiva lei, a norma do evangelho, sem deixar dúvida alguma, restituiu integralmente aquela primeira e perfeita unidade, derogando toda exceção, como demonstram as palavras de Cristo, a doutrina e práticas constantes da Igreja. Nesse sentido, a encíclica em análise invoca o Concílio de Trento, declarando que, por esse vínculo, unem-se tão somente duas pessoas, que segundo as palavras do Cristo, “*itaque iam non sunt duo, sed una caro*”¹²⁰⁴.

Em sua doutrina, Cristo proibiu qualquer forma de poligamia e poliandria simultâneas ou sucessivas. Mais do que isso, proibiu qualquer outro ato desonesto externo, como até mesmo pensamentos e desejos voluntários de tais coisas, a fim de preservar inviolado e absoluto o

¹²⁰² SANTO AGOSTINHO (*De genesi ad litteram*, lib 9, cap. 7) faz uma exortação para que os filhos sejam recebidos com amor, criados com benignidade e educados religiosamente. Vide FORNÉS, Juan, cit. p. 42.

¹²⁰³ Esses deveres, da geração e educação dos filhos, não somente visam à ordem natural, mas também ao crescimento da própria Igreja, como ensina o Concílio de Florença: “a Igreja cresce corporalmente pelo matrimônio”. FORNÉS, Juan. (cit. p. 24); VITALI, Enrico; BERLINGÓ, Salvatore. (cit. p. 19), fundamentados nos ensinamentos de Santo Agostinho, afirmam que o bem dos filhos (*proles*) consiste no direito de tê-los e educá-los, bem como no dever de reconhecer no outro cônjuge o direito sobre o seu próprio corpo, materializado na prática de atos idôneos à procriação. A respeito assim se expressa a Encíclica *Gaudium et spes*, de 07 de dezembro de 1965, do papa Paulo VI): “Por sua própria índole, a instituição matrimonial e o amor conjugal estão ordenados para a procriação e educação dos filhos, 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, o bem dos filhos, a inteira fidelidade e a indissolubilidade da sua união”.

¹²⁰⁴ Conc. Trento, sess. 23: “Não são, pois, já duas, mas uma só carne”. Cf. VITALI, Enrico; BERLINGÓ, Salvatore (cit. p. 19): O bem da fé (*fides*) ou fidelidade é o direito de cada cônjuge de reivindicar a exclusividade de obrigações conjugais da outra parte na vivência fiel dos deveres matrimoniais.

sagrado santuário da família: “*Ego autem dico vobis quia omnis qui viderit mulierem ad concupiscendum eam, iam moechatus est eam in corde suo*”¹²⁰⁵. Estas palavras de Cristo não podem ser anuladas nem mesmo com o consentimento mútuo das partes, porquanto manifestam uma lei natural e divina que a vontade dos homens jamais pode quebrantar nem desviar. As relações entre os cônjuges devem estar adornadas pela castidade, para que o benefício da fidelidade resplandeça com o devido decoro. Dessa forma, os cônjuges devem se conduzir em todas as coisas conforme a lei de divina e natural, procurando cumprir, com grande reverência, a obra de Deus.

As relações matrimoniais estão fundamentadas numa hierarquia doméstica, mas que não nega nem exclui da mulher a liberdade a que tem pleno direito, seja pela nobreza da personalidade humana, seja pela nobilíssima função de esposa, mãe e companheira. Portanto, ela não está sujeita à submissão a todos os caprichos do marido, contraditórios à própria razão ou dignidade de esposa. Não pode ser comparada às pessoas incapazes que, por falta de maturidade, de juízo ou de experiência das coisas humanas, se lhes proíbe o exercício de seus direitos.

Proíbe-se, contudo, que a cabeça da família se separe do coração em detrimento de todo o corpo. Isso deixaria o casamento próximo da ruína. Afinal, se o homem é a cabeça, a mulher é o coração; se ele tem o primado do governo, ela deve reivindicar para si, como coisa que lhe pertence, o primado do amor. Nisto se constitui a hierarquia doméstica, chamada hierarquia do amor, que envolve tanto a primazia do homem sobre a mulher e os filhos, como a diligente submissão da mulher, recomendada pelo apóstolo Paulo: “*Mulieres, viris suis subditae sint sicut Domino; quoniam vir caput est mulieris, sicut Christus caput est Ecclesiae*”¹²⁰⁶.

O nível dessa submissão da mulher ao marido pode variar segundo as várias condições das pessoas, dos lugares e do tempo. Por exemplo, se o homem descuidar de seus deveres na órbita familiar, deve a mulher fazer suas vezes na direção da família, não sendo lícito, porém, em qualquer tempo e lugar, destruir a estrutura familiar, estabelecida e confirmada por Deus. Para ilustrar essa ordem, faz-se alusão à encíclica “*Arcanum divinae sapientiae*”¹²⁰⁷, de Leão XIII:

“Vir est familiae princeps et caput mulieris; quae tamen, quia caro est de carne illius, et os de ossibus eius, subiciatur pareatque viro, in morem non

¹²⁰⁵ Mc. 5,28: “Mas eu vos digo: todo aquele que lançar um olhar de cobiça para uma mulher, já adulterou com ela no seu coração.

¹²⁰⁶ Ef. 5,22-23: “Mulheres, sejam submissas a seus maridos, como ao Senhor, pois o marido é o chefe da mulher, como Cristo é o chefe da Igreja”.

¹²⁰⁷ Vide nota 1190.

*ancillae, sed sociae; ut scilicet oboedientiae praestitae nec honestas nec dignitas absit. In eo autem qui praeest, et in hac quae paret, cum imaginem uterque referant alter Christi, altera Ecclesiae, divina caritas esto perpetua moderatrix officii*¹²⁰⁸.

O terceiro bem do casamento, ainda conforme Santo Agostinho, é o fato de ser um sacramento¹²⁰⁹, que complementa os dois primeiros. Esta palavra significa tanto a indissolubilidade do vínculo como a elevação e consagração que Jesus fez do matrimônio, tornando-o um signo eficaz da graça. Esse fundamento está nas palavras de Cristo, materializadas no evangelho de Lucas: “*Omnis, qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, moechatur: et qui dimissam a viro ducit, moechatur*”¹²¹⁰. A indissolubilidade consiste no que Santo Agostinho chama de bem do sacramento, nestas palavras: “*In sacramento autem [attenditur], ut coniugium non separetur, et dimissus aut dimissa, nec causa prolis, alteri coniungatur*”¹²¹¹.

A encíclica conclama que os cônjuges não se sintam “presos”, mas “adornados” pelo liame nupcial. Inspirados e fortalecidos nesse vínculo sagrado, devem lutar para que sua união conjugal contenha a força e o significado do sacramento. Pelo seu espírito e conduta de vida devem ser sempre a imagem permanente daquela fecunda união de Cristo com a sua Igreja, que constitui o mistério venerável da perfeita caridade. Enfatiza, por fim, que, nesses três bens do matrimônio (prole, fé e sacramento), pode-se admirar a sabedoria, a santidade e a benignidade divinas que propiciam não somente a dignidade e a felicidade dos cônjuges, mas também a conservação e propagação do gênero humano através da sagrada união conjugal.

¹²⁰⁸ “O marido é o chefe da família e a cabeça da mulher; e esta, portanto, porque é carne de sua carne e osso dos seus ossos, não deve sujeitar-se a obedecer ao marido como escrava, mas como companheira. Isto é de tal modo que a sujeição que lhe presta não seja destituída de decoro nem de dignidade. Naquele que governa e naquela que obedece, reproduzindo nela a imagem de Cristo e da Igreja, seja, pois, a caridade divina a perpétua reguladora de seus deveres”.

¹²⁰⁹ O sinal sacramental é a união do homem e da mulher que, para existir, exige o batismo dos dois cônjuges. Se um ou nenhum dos dois for batizado, o matrimônio não é sacramento. *Vide* FORNÉS, Juan, cit. p. 38. Para VITALI, Enrico e BERLINGÒ, Salvatore (cit. p. 17), o bem do sacramento consiste na indissolubilidade do vínculo.

¹²¹⁰ Luc. 16,18: “Todo o que abandonar sua mulher e casar com outra, comete adultério; e quem se casar com a mulher rejeitada, comete adultério também”.

¹²¹¹ SANTO AGOSTINHO (*De gen. Ad litt.* 9,7,12): “Como sacramento, pois, se entende que o matrimônio é indissolúvel e que o repudiado ou repudiada não se unia a outro, nem mesmo por razão de filhos”. Segundo a Encíclica, esta indissolubilidade embora não exista em cada casamento na mesma dimensão, é inerente a todo matrimônio verdadeiro que se fundamenta nas palavras de Cristo: “*não separe o homem o que Deus uniu*”, inspiradas naquele momento da união entre Adão e Eva, posteriormente estabelecidas pelo Cristo como protótipo de todo matrimônio, não obstante esse preceito ter sido mitigado pela lei mosaica em razão da dureza dos corações do povo hebreu, conforme se encontra em Mateus 19, 3-9. Numa visão ainda mais abrangente, a encíclica estende essa visão até os casamentos que existem sem sacramento, como aqueles celebrados entre os infiéis, porquanto entende que neles, certamente, deve existir aquele vínculo perpétuo, desde a origem, inerente ao matrimônio que não está submetido a nenhuma lei civil.

3.5.2.1.3 *Familiaris consortio*

A encíclica “*Familiaris consortio*”, de João Paulo II, dirigida ao episcopado, ao clero e aos fiéis de toda a Igreja Católica, proclama em relação à família:

*“Familiaris consortio aetate nostra, ut aliud fortasse institutum nullum, mutationibus amplis, praegravibus, velocibus societatis et cultus humani implicatur. Multae quidem familiae, in hac rerum condicione versantes, fideles manent illis bonis, quae funclamentum instituti familiaris efficiunt. Aliae vero incertae sunt ac turbatae ratione habita officiorum, quibus obstringuntur, aut etiam dubitantes et paene ignarae supremae significationis et veritatis vitae coniugalis familiarisque. Aliae demum variis condicionibus iniustitia notatis impediuntur ne primaria iura sua tueantur”*¹²¹².

Refere-se ao matrimônio como único espaço em que é possível a plena doação, através da união, mercê da qual o homem e a mulher realizam a íntima comunhão de vida e amor.

*“Locus ubi haec donatio accidere potest ex omni sua veritate, matrimonium est sive amoris coniugalis foedus vel conscia ac lib era electio, qua vir ac mulier in se recipiunt vitae amorisque communitatem intimam, a Deo ipso raestitutam, quae hac tantum ratione germanam suam ostendit significationem. Coniugale institutum non est illegitimus quidam interventus societatis vel auctoritatis neque exterior formae impositio, verum interior necessitas ipsius foederis amoris coniugalis, qui palam affirmatur tamquam unicus et peculiaris omnino ut ex fidelitate erga Dei conditoris consilium vivatur. Haec fidelitas tantum abest ut personae libertatem restinguat ut tuto eam clefendat ab omni subiectiva et relativa ratione eamque Sapientiae creatricls reddat participem*¹²¹³.

Considera o matrimônio e a família um dos bens mais preciosos da humanidade. Por isto, a Igreja, através de sua voz, quer oferecer ajuda a quem conhece o valor e a sublimidade do matrimônio e procura vivê-lo fielmente; quer também ajudar a quem, na ansiedade e na

¹²¹² “A família nos tempos de hoje, tanto e talvez mais que outras instituições, tem sido posta em questão pelas amplas, profundas e rápidas transformações da sociedade e da cultura. Muitas famílias vivem esta situação na fidelidade àqueles valores que constituem o fundamento do instituto familiar. Outras tornaram-se incertas e perdidas frente a seus deveres, ou ainda mais, duvidosas e quase esquecidas do significado último e da verdade da vida conjugal e familiar. Outras, por fim, estão impedidas por variadas situações de injustiça de realizarem os seus direitos fundamentais”.

¹²¹³ “O lugar único que torna possível esta doação, segundo a sua verdade total, é o matrimônio, ou seja, o pacto de amor conjugal ou escolha consciente e livre, com a qual o homem e a mulher recebem a comunidade íntima de vida e de amor, querida pelo próprio Deus que só a esta luz manifesta o seu verdadeiro significado. A instituição matrimonial não é uma ingerência indevida da sociedade ou da autoridade, nem a imposição extrínseca de uma forma, mas uma exigência interior do pacto de amor conjugal que publicamente se afirma como único e exclusivo, para que seja vivida assim a plena fidelidade ao desígnio de Deus Criador. Longe de mortificar a liberdade da pessoa, esta fidelidade põe-na em segurança em relação ao subjetivismo e relativismo, tornando-a participante da Sabedoria Criadora.

incerteza, anda à procura da verdade e a quem está impedido de viver livremente seu próprio projeto familiar.

Considera o matrimônio como comunhão entre Deus e os homens, conteúdo fundamental da revelação e da experiência da fé de Israel. Encontra sua significativa expressão na aliança que se estabelece entre o homem e a mulher, quando mutuamente declaram seu amor. Segundo compara, o mesmo pecado que pode atentar contra o pacto conjugal corresponde à imagem da infidelidade do povo com o seu Deus: a idolatria é prostituição; a infidelidade é adultério; a desobediência às leis é o abandono do amor esponsal do Senhor. Porém, a infidelidade de Israel não destrói a fidelidade eterna do Senhor e, por isso, o amor sempre fiel a Deus se expressa como exemplo das relações de amor fiel que deve existir entre os esposos. O texto expressa a beleza e a magnitude da vida conjugal em Cristo, citando Tertuliano:

“Un de sufficiamus ad enarrandum felicitatem eius matrimonii, quod Ecclesia conciliat, et confirmat oblatio, et obsignat benedictio, angeli renuntiant, Pater rato habet? (...) Quale iugum fidelium duorum unius spei, unius disciplinae, eiusdem servitutis! Ambo fratres, ambo conservi, nulla spiritus carnisve discretio. At quin vere duo in carne una; ubi caro una, unus et spiritus”¹²¹⁴.

Destaca o matrimônio como um símbolo real da salvação, sublinhando que os cônjuges são um para outro e para os filhos testemunhas dessa salvação, da qual o sacramento lhes faz participantes. Considera o matrimônio, segundo os desígnios de Deus, o alicerce da comunidade ampliada da família, uma vez que essa união e o amor conjugal estão orientados à procriação e à educação dos filhos, onde encontram sua consagração. Numa realidade mais profunda, enfatiza o amor como essencialmente um dom. Assim, o amor conjugal induz os cônjuges a se tornarem uma só carne (Gen. 2,24), tornando-os capazes da máxima e recíproca doação, mercê da qual se convertem em colaboradores de Deus no dom da vida e na formação do novo homem.

Assim, uma vez que se completam numa doação recíproca, doam-se para além de si mesmos através dos filhos. Estes são reflexos vivos do seu amor, sinal permanente da unidade conjugal e síntese viva e indissociável da missão do pai e da mãe, que recebem de Deus uma nova responsabilidade: tornarem-se para os filhos um sinal visível do amor divino. Nas palavras de Paulo, em sua carta aos efésios, “*ex quo omnis paternitas in caelis et in terra nominatur*”¹²¹⁵.

¹²¹⁴ *Ad uxorem*, II, VIII, 6-8: CCL. I, 193: “Donde me será dado expor a felicidade do matrimônio unido pela Igreja, confirmado pela oblação eucarística, selado pela bênção, que os anjos anunciam e o Pai ratifica? (...) Qual jugo aquele de dois fiéis numa única esperança, numa única observância, numa única servidão! São irmãos e servem conjuntamente sem divisão tanto ao espírito, quanto à carne. Mas, são verdadeiramente dois numa só carne e donde a carne é única, único é o espírito”.

¹²¹⁵ Ef. 3,15: “(...) ao qual deve a sua existência toda família no céu e na terra”. A encíclica enfatiza que mesmo quando a procriação não é possível, no caso da esterilidade, por exemplo, nem por isto a vida conjugal perde o seu

Enfatiza que a comunhão conjugal se caracteriza não somente pela unidade, mas também pela indissolubilidade. É, portanto, dever fundamental da Igreja proclamar essa doutrina a todos aqueles que, nos dias hodiernos, consideram difícil e, quiçá, impossível ligar-se a uma pessoa por toda a vida. Proclamá-la a quantos são arrastados por uma cultura que rejeita a indissolubilidade matrimonial e que ridiculariza abertamente o compromisso de fidelidade dos cônjuges. Estruturada na doação pessoal e total dos cônjuges, necessária para o bem da prole, a indissolubilidade do matrimônio encontra sua verdade no desígnio manifestado por Deus em sua revelação.

Deus concede a indissolubilidade do matrimônio como fruto, sinal e exigência do amor absolutamente fiel que tem pelo homem e que Cristo tem por sua Igreja. Assim, Cristo renova o desígnio primitivo que o Criador escreveu no coração do homem e da mulher. Na celebração do sacramento do matrimônio, oferece “um coração novo”, que torna possível aos cônjuges superar a “dureza dos corações”, fazendo-os compartilhar o amor pleno e definitivo de Cristo, numa nova e eterna aliança. O dom do sacramento do matrimônio é, simultaneamente, vocação e mandamento para os esposos cristãos permanecerem sempre fiéis entre si, superando toda dificuldade, em generosa obediência à Vontade do Senhor: “*Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet*”¹²¹⁶. Assim, considera que dar testemunho do inestimável valor da indissolubilidade e fidelidade matrimonial constitui um dos deveres mais preciosos e urgentes dos casais cristãos de nosso tempo.

A encíclica aborda, ainda, os seguintes temas: os deveres da família cristã; a formação de uma comunidade de pessoas, tendo o amor como princípio e força de comunhão; a unidade indivisível da comunhão conjugal; os direitos e obrigações da mulher; a mulher e a sociedade; ofensas à dignidade da mulher; o homem, esposo e pai; os direitos da criança; os anciãos na família. Aponta a Igreja como mãe e mestra dos casais em dificuldade. Como mestra, não se cansa de proclamar a base moral que deve guiar a transmissão responsável da vida, da qual não é autora nem juiz. Contudo, em obediência à verdade que é Cristo, cuja imagem se reflete na natureza e na dignidade da pessoa humana, interpreta a base moral, propondo-a a todos os homens de boa vontade, sem descuidar das exigências de radicalidade e perfeição. Como mãe, acolhe inúmeros casais que enfrentam dificuldades na condução desse importante tema da vida moral. Busca conhecer sua situação, muitas, vezes difícil e árdua, porquanto atormentada por problemas de todos os matizes, tanto individuais como sociais.

significado, porquanto dá ocasião aos cônjuges a outras alternativas importantes à vida da pessoa humana, como a adoção e diversas obras educativas, ajudando outras famílias, às crianças pobres e menos afortunadas.

¹²¹⁶ Mt. 19,6: “(...) não separe o homem o que Deus uniu”.

Como conclusão, a encíclica conclama os pais e mães de família; os jovens, que são o futuro e a esperança da Igreja e do mundo; os irmãos de episcopado e do sacerdócio; os religiosos e religiosas, almas consagradas ao Senhor; os homens de sentimentos retos. Por fim, conclama a todos que se preocupam com o futuro da família, a serem responsáveis pela instituição familiar do terceiro milênio, testemunhando aos casais a realidade última do amor de Deus.

3.5.2.1.4 Catecismo da Igreja

Assim dispõe sobre a indissolubilidade do matrimônio ¹²¹⁷:

Secção 1610: *Conscientia moralis relate ad matrimonii unitatem et indissolubilitatem sub Legis veteris paedagogia est aucta. Patriarcharum et regum polygamia nondum expresse reiicitur. Tamen Lex Moysi tradita tendit ad mulierem contra arbitrium dominatus viri defendendam, quamvis et ipsa etiam secum ferat, iuxta Domini verbum, vestigia duritiae cordis viri, propter quam Moyses mulieris permisit repudium*¹²¹⁸.

Secção 1611: *Prophetae, Foedus Dei cum Israel sub coniugalis amoris exclusivi et fidelis perspicientes imagine, populi electi praeparaverunt conscientiam ad profundiore unicittatis et indissolubilitatis matrimonii intelligentiam. Libri Ruth atque Thobis testimonia commoventia praebent de alto matrimonii sensu, de fidelitate et teneritudine coniugum. Traditio in Cantico Canticorum expressionem semper vidit singularem amoris humani, quatenus hic repercussio est amoris Dei, amoris qui « fortis est ut mors » et quem « aquae multae non potuerunt extinguere*¹²¹⁹.

Secção 1612: *Nuptiale Foedus inter Deum et Eius populum Israel Novum et aeternum praeparaverat Foedus, in quo Filius Dei, Se incarnans Suamque*

¹²¹⁷ Catechismus Catholicae Ecclesiae. Litterae Apostolica "Laetamur Magnopere".

In: http://www.vatican.va/archive/catechism_lt.htm.p. 440ss."

¹²¹⁸ Catechismus Catholicae Ecclesiae. Secção 1610: "A consciência moral concernente à unidade e à indissolubilidade do matrimônio desenvolveu-se sob a pedagogia da lei antiga. A poligamia dos patriarcas e dos reis ainda não fora explicitamente rejeitada. Entretanto, a lei dada a Moisés visava a proteger a mulher contra o arbítrio e a dominação pelo homem, apesar de também trazer, segundo a palavra do Senhor, os traços da "dureza do coração" do homem, em razão da qual Moisés permitiu o repúdio da mulher".

¹²¹⁹ Secção 1611: "Examinando a aliança de Deus com Israel sob a imagem de um amor conjugal exclusivo e fiel, os profetas prepararam a consciência do povo eleito para uma compreensão mais profunda da unicidade e indissolubilidade do matrimônio. Os livros de Rute e de Tobias dão testemunhos comoventes do elevado sentido do casamento, da fidelidade e da ternura dos esposos. A tradição sempre viu no Cântico dos Cânticos uma expressão única do amor humano, visto que é reflexo do amor de Deus, amor "forte como a morte", que "as águas da torrente jamais poderão apagar". Cf. VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore. cit. p. 19: "L'unità del matrimonio consiste nell'unicittà ed esclusività del vincolo, nel senso che un solo uomo può essere unito con una sola donna". Não são admitidas, portanto, a poligamia, tampouco a poliandria, nem sendo possível, obviamente, contrair novas núpcias enquanto subsistir a primeira união. Acrescentam os mesmos autores (*ibidem*): "L'indissolubilità consiste nella unità projetada nel tempo, ossia nella perpetuità del matrimonio. Isto significa que o matrimônio, validamente contratado, não pode ser dissolvido pela vontade de um dos cônjuges ou de qualquer autoridade humana.

*donans vitam, totum genus humanum ab Ipso salvatum quodammodo Sibi coniunxit, sic « nuptias Agni » praeparans*¹²²⁰.

Secção 1613: *Iesus, in Suae vitae publicae limine, Suum primum signum ob matris Suae petitionem in quodam matrimonii festo est operatus. Ecclesia magni fecit Iesu praesentiam in nuptiis Canae. Ibi confirmationem perspicit bonitatis matrimonii ibique annuntiari matrimonium exinde signum efficax praesentiae Christi esse futurum*¹²²¹.

Secção 1614: *Iesus, in praedicatione Sua, sine ambiguitate docuit originalem sensum unionis viri et mulieris, qualem ab initio eam voluit Creator: permissio, a Moyse concessa, propriam repudiandi uxorem, cordis duritiae erat concessio;*²⁵⁶ *matrimonialis viri et mulieris coniunctio indissolubilis est: Deus Ipse eam perfecit: « Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet (Mt. 19,6)*¹²²².

Secção 1643: *Coniugalis amor secum infert universalitatem, in quam ingrediuntur omnes partes ipsius personae — postulationes corporis et instinctus, vires sensuum et affectuum, desideria spiritus et voluntatis —; spectat ille ad unitatem quam maxime personalem, quae videlicet ultra communionem in una carne sola nihil aliud efficit nisi cor unum et animam unam; poscit vero indissolubilitatem ac fidelitatem extremae illius donationis mutuae et patet fecunditati. Paucis verbis de communibus agitur proprietatibus naturalis cuiuslibet amoris coniugalis, atqui nova cum significatione, quae non tantum purificat eas et confirmat, sed etiam tantopere extollit ut fiant declaratio bonorum proprie christianorum*¹²²³.

Secção 1644: *Coniugum amor, sua ipsa natura, unitatem et indissolubilitatem exigit eorum communitatis personalis quae totam eorum amplectitur vitam: « Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet » (Mt. 19,6). Coniuges « adiguntur ad crescendo continenter in communione sua per cotidianam fidelitatem erga matrimoniale promissum mutuae plenae donationis ». Haec humana communio confirmatur, purificatur et perficitur communionem in Iesu Christo, a Matrimonii sacramento donata. Ipsa per fidei communis vitam et per Eucharistiam in communi receptam profundior fit*¹²²⁴.

¹²²⁰ Secção 1612. “A aliança nupcial entre Deus e seu povo Israel havia preparado a nova e eterna aliança da qual o Filho de Deus, encarnando-se e entregando sua vida, uniu-se e, de certa maneira, com toda a humanidade salva por ele, preparando, assim, as núpcias do cordeiro.

¹²²¹ Secção 1613: “No limiar de sua vida pública, Jesus opera seu primeiro sinal a pedido de sua mãe por ocasião de uma festa de casamento. A Igreja atribui grande importância à presença de Jesus nas núpcias de Caná. Vê nela a confirmação de que o casamento é uma realidade boa e o anúncio de, daí em diante, ser ele um sinal eficaz da presença de Cristo”.

¹²²² Secção 1614: “Em sua pregação, Jesus ensinou, sem equívoco, o sentido original da união do homem e da mulher, conforme quis o Criador desde o começo. A permissão de repudiar a própria mulher, concedida por Moisés, era uma concessão devida à dureza do coração; a união matrimonial do homem e da mulher é indissolúvel, pois Deus mesmo a ratificou: “O que Deus uniu o homem não deve separar” (Mt 19,6)

¹²²³ Secção 1643: “O amor conjugal comporta uma totalidade na qual entram todos os componentes da pessoa: apelo do corpo e do instinto, força do sentimento e da afetividade, aspiração do espírito e da vontade. O amor conjugal dirige-se a uma unidade profundamente pessoal, aquela que, para além da união numa só carne, não conduz senão a um só coração e a uma só alma; ele exige a indissolubilidade e a fidelidade da doação recíproca definitiva e abre-se à fecundidade. Numa palavra, trata-se das características normais de todo amor conjugal natural, mas com um significado novo que não só as purifica e as consolida, mas eleva-as, a ponto de torná-las a expressão dos valores propriamente cristãos.”

¹²²⁴ Secção 1644: “O amor dos esposos exige, por sua própria natureza, a unidade e a indissolubilidade da comunidade de pessoas que engloba toda a sua vida: “De modo que já não são dois, mas uma só carne” (Mt. 19,6). “Eles são chamados a crescer continuamente nesta comunhão por meio da fidelidade cotidiana à promessa matrimonial do dom total recíproco.” Esta comunhão humana é confirmada, purificada e aperfeiçoada pela

Secção 1645: *Aequali etiam dignitate personali cum mulieris tum viri agnoscenda in mutua atque plena dilectione, unitas Matrimonii a Domino confirmata luculenter apparet. Polygamia huic aequali dignitati est contraria atque coniugali amori qui unicus est et exclusivus*¹²²⁵.

Secção 1647: *Profundissimum motivum in fidelitate Dei ad Eius Foedus invenitur, Christi ad Ecclesiam. Per Matrimonii sacramentum, coniuges apti fiunt qui hanc repraesentent fidelitatem eamque testentur. Per sacramentum, indissolubilitas Matrimonii novum et profundioem accipit sensum*¹²²⁶.

Secção 2364: *Ab utroque coniugum constituitur « intima communitas vitae et amoris coniugalis, [quae]a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur ». Uterque, alter alteri, se donat definitive et totaliter. Amplius duo non sunt, sed unam iam constituunt carnem. Foedus libere a coniugibus contractum eis imponit obligationem illud unum et indissolubile conservandi. «Quod [...] Deus coniunxit, homo non separet » (Mc. 10,9)*¹²²⁷.

Corroborando essa visão doutrinária, João Paulo II anota:

*“Ecclesiae munus est doctrinam de indissolubilitate matrimonii graviter denuo confirmare — quae admodum Patres Synodi fecerunt — iis qui hisce temporibus difficile esse arbitrantur aut nullo prorsus pacto fieri posse ut in totius vitae cursum se cum una tantum persona coniungant, et iis qui huiusmodi cultus forma rapiuntur, quae indissolubilitatem matrimonii respuit et coniugum officium fidelitatem servandi aperte deridet; oportet laetum iterum nuntium definitivae naturae illius coniugalis amoris extolli, qui in Christo Domino ut in fund amen to innititur atque ab eo firmatur”*¹²²⁸.

3.6 O matrimônio à luz do Código de Direito Canônico vigente

comunhão em Jesus Cristo, concedida pelo sacramento do matrimônio. É aprofundada pela vida da fé comum e pela Eucaristia recebida pelos dois”.

¹²²⁵ Secção 1645: "A unidade do matrimônio é também claramente confirmada pelo Senhor mediante a igual dignidade do homem e da mulher como pessoas, a qual deve ser reconhecida no amor mútuo e perfeito." A poligamia é contrária a essa igual dignidade e ao amor conjugal, que é único e exclusivo”.

¹²²⁶ Secção 1647: “O motivo mais profundo se encontra na fidelidade de Deus à sua aliança, de Cristo à sua Igreja. Pelo sacramento do matrimônio, os esposos se habilitam a representar esta fidelidade e a testemunhá-la. Pelo sacramento, a indissolubilidade de casamento recebe um novo e mais profundo sentido”. Segundo TABORDA, Francisco. (*Matrimônio. Aliança-Reino*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 92), “afirmar a sacramentalidade do matrimônio é afirmar que o amor da aliança de Cristo com a Igreja tem no matrimônio um símbolo e, ao mesmo tempo, nele se realiza, de forma que o matrimônio se torna um sinal eficaz da unidade entre Deus e a humanidade em Cristo.

¹²²⁷ Secção 2364: “O casal de cônjuges forma uma íntima comunhão de vida e de amor que o Criador fundou e dotou com suas leis. Ela é instaurada pelo pacto conjugal, ou seja, o consentimento pessoal irrevogável. Os dois se doam definitivamente e totalmente um ao outro. Não são mais dois, mas formam doravante uma só carne. A aliança contraída livremente pelos esposos lhes impõe a obrigação de a manter una e indissolúvel. "O que Deus uniu o homem não separe" (Mc. 10,9).

¹²²⁸ JOÃO PAULO II. *Familiaris consortio*. “É dever fundamental da Igreja reafirmar vigorosamente (...) a doutrina da indissolubilidade do matrimônio a quantos, nos nossos dias, consideram difícil ou mesmo impossível ligar-se a uma pessoa por toda a vida e a quantos, subvertidos por uma cultura que rejeita a indissolubilidade matrimonial e que ridiculariza abertamente o empenho e fidelidade dos esposos, é necessário reafirmar o alegre anúncio da forma definitiva daquele amor conjugal, que tem em Jesus Cristo o fundamento e vigor”. In: http://vatican.va/holy_father/john_pauli_II_apost_exhortations/doc

O primeiro Código de Direito Canônico¹²²⁹ foi promulgado por Bento XV (1914-1922), em 27 de maio de 1917, dia de Pentecostes, com a constituição *Providentissima Mater Ecclesia*. Sob os influxos do Concílio Ecumênico Vaticano II, convocado por João XXIII (1959-1963), o Código de 1917 foi modificado por Paulo VI, acolhendo as decisões conciliares sobre os sacramentos da ordem e do matrimônio, bem como sobre os ritos da sagrada liturgia, da organização da cúria romana e das normas para a eleição papal. Esse código foi revogado por João Paulo II, que, em 1983, promulgou o novo Código de Direito Canônico, absorvendo as legislações posteriores, sem descurar das decisões do Concílio Vaticano II. Trata do casamento no título VII, nos cânones 1055 a 1165. Estabelece as bases doutrinárias e pressupostos para a validade do casamento católico.

3.6.1 Definição

A *priori*, faz-se de bom alvitre entender certos significados do matrimônio. O vocábulo é usado para designar indistintamente duas realidades diferentes, não obstante ligadas entre si por uma relação de causa e efeito: a celebração, ato mercê do qual o casal se aceita mutuamente em aliança indivisível; a sociedade conjugal ou comunidade de vida formada pelo marido e pela mulher. Para tanto, são utilizadas as expressões latinas “*in fieri*” e “*in facto esse*” para se fazer alusão aos dois momentos do matrimônio: causal, na primeira; circunstancial e existencial, na segunda. Por isto, diz-se que o matrimônio, no sentido próprio, é a comunidade ou sociedade conjugal (*matrimonium in facto esse*), matrimônio propriamente dito, a sociedade de toda a vida, na concepção do cânone 1055. Por fim, “*matrimonium in fieri*” é a própria celebração¹²³⁰.

¹²²⁹ O direito canônico é o conjunto de regras que regulam a vida da Igreja e desta para com os seus crentes. Presumidamente tem origem divina (*ius divinum*: textos sagrados e tradição cristã) e na vontade da Igreja ou dos homens (*ius humanum*: normas conciliares e algumas legislações da *Sancta Ecclesia*). Segundo HORTAL, Jesús. (*O que Deus uniu. Lições de direito matrimonial canônico*, cit. p. 14), a legislação matrimonial da Igreja Católica desenvolveu-se no perpassar do tempo, de maneira lenta e progressiva. Em 1917 foi promulgado o 1º Código de Direito Canônico que absorveu toda uma vivência milenária. A partir do Concílio Ecumênico Vaticano II (1962-1969), esse código foi sendo modificado, até que, em 25 de janeiro de 1983, o papa João Paulo II promulgou o código vigente, que trata do matrimônio nos cânones 1055-1165. Vide LIMA, Maurílio Cesar de, cit. p. 276s.

¹²³⁰ FORNÉS, Juan, cit. p.15s. *Simili modo*, VITALI, Enrico e BERLINGÒ, Salvatore (cit. p. 12), esclarecem que, tradicionalmente, os canonistas fazem distinção entre matrimônio “*in fieri*” e o matrimônio “*in facto esse*”. O primeiro é o pacto nupcial ocorrido no momento de sua celebração. O segundo expressa a realidade que se caracteriza na sua permanência. Cf. GIACCHI, O. *Il consenso nel matrimonio cananico*. Milano, 1973, p. 51, citado por VITALI, Enrico e BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 13: “*Per ben comprendere quale sia l’essenza del matrimonio canônico, occorre guardare non al solo atto, che si perfeziona e si esaurisce all’istante, cioè nel momento stesso della celebrazione, ma anche al rapporto, che dell’atto è la proiezione e lo svolgimento nel tempo*”. No mesmo sentido, vide TABORDA, Francisco, cit. p. 69s; HORTAL, Jesús. *O que Deus uniu. Lições de direito matrimonial canônico*, cit. p.18.

Guilherme Braga da Cruz¹²³¹ resume o assunto de forma lapidar: “o contrato matrimonial em si mesmo considerado, o ato de casar, é chamado pelos canonistas “*matrimonium in fieri*. A troca de sentimento entre os nubentes, ou seja, o “estado de casado”, *matrimonium in facto esse*”. O Código Canônico qualifica o matrimônio como um contrato consensual que se aperfeiçoa com o consentimento recíproco dos contraentes. A respeito, anotam Vitali e Berlingò: “*Il matrimonio canonico ha natura contrattuale, poiché si perfeziona con lo scambio dei consensi degli sposi*”. Contudo, além da vontade livre e plena dos contraentes, são necessários outros requisitos para o complemento do contrato negocial, bem como para a validade do ato: a capacidade das partes e a forma estabelecida para a celebração. No cânone 1055, § 1, encontram-se a definição e os fins do matrimônio:

“Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, índole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizados evectum est”¹²³².

¹²³¹ BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *Obras esparsas*. Vol IV. Estudos Doutrinários e Sociais. Por ordem da Universidade de Coimbra, 1985, p. 174.

¹²³² Cân. 1055: “A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenada ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole entre batizados, foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento”. Na interpretação de HORTAL, Jesus, cit. p. 478, o casamento é qualificado neste cânone como aliança (*foedus*) ou “contrato e quando celebrado entre batizados, ele se torna “sacramento”. Deste cânone se deflui, pois, que o matrimônio é uma instituição pré-cristã, elevada por Cristo à dignidade de sacramento. Por isto, é monógamo e indissolúvel, num simbolismo comparado com a união entre Cristo e a Igreja (*Vide* nota 1171). Cf. FORNÉS, Juan. (cit. p. 16): Vê-se que a definição de *iustae nuptiae* do *ius romanum* é acolhida ou adaptada. Segundo o mesmo autor (*ibidem* p. 24), a sacramentalidade se projeta nos cônjuges porque produz *ex opere operato* um aumento da graça santificante, em razão de os sujeitos se unirem como cristãos, membros do corpo místico de Cristo, não somente como irmãos. Projeta-se, também, no vínculo que não é meramente natural, mas sagrado, como ressalta a encíclica *Gaudium spes*, ao acolher uma tradição dos primevos da Igreja. Cf. CARPIN, Attilio. (cit. p. 13): “*Il matrimonio viene definito sacramento in rapporto a Christo e alla Chiesa, poiché come la Chiesa non può essere abbandonata da Cristo, così la moglie dal marito*” (Ef. 5,31-32). *Vide* VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 9. A definição que mais frequentemente aparece nas fontes legislativas e na literatura jurídica e teológica é a de Justiniano, encontrada nas I.1,9,1: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens*”. (*Vide* nota 342). Destaca-se, também, a definição de Modestino, expressa no D.23,2,1: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et femina, consortio omnis vitae, divinae et humanae iuris communicatio*”. (*Vide* nota 343). Ainda conforme o citado autor, a definição de Modestino, utilizada pela doutrina clássica, tem a característica de nunca aparecer isoladamente, mas sempre conjugada com a de Justiniano. Alguns autores utilizam-nas com o mesmo significado. Outros utilizam a definição de Modestino como explicação do último verso da definição de Justiniano. Foi o teólogo Pedro Lombardo (*Sententiarum libri quatuor*, lib. IV dist. 27, cap. 2) que reformou ou adaptou a definição de Justiniano, posteriormente seguida por teólogos e canonistas: “*Igitur nuptiae vel matrimonium coniunctio maritalis inter legitimas personas, individuum vitae consuetudinem retinens*. (As núpcias ou o matrimônio são a união do homem e da mulher, entre pessoas legítimas, que retêm uma comunidade indivisível de vida). Segundo MACHADO, Jonatas. (cit. p. 12), a concepção de casamento como união entre um homem e uma mulher está profundamente enraizada na cultura ocidental, não obstante ser anterior a ela. Assim, o pensamento judaico-cristão não tem a exclusividade sobre a união heterossexual monogâmica, como se comprova nos relatos do Antigo Testamento. HORTAL, Jesús. *O que Deus uniu. Lições de direito matrimonial canônico*, cit. p. 16, afirma que o Código de 1917 não oferecia um conceito doutrinário de matrimônio. A doutrina canonista recorreu às definições dos juristas romanos clássicos, dentre elas, a de Modestino que, inclusive, é citada textualmente na Encíclica *Casti connubii*, de Pio XI.

Na interpretação desse cânon, assim se expressa J. Hortal:

“O ato é qualificado nesse canon como “aliança! (foedus) ou “contrato”, que, no caso do casamento entre batizados, ele se torna “sacramento”. (...). A comunidade de vida conjugal se instaura pelo “consentimento pessoal e irrevogável”. Esse é, exatamente, o conceito de contrato que a canonística emprega: o livre acordo entre as partes”¹²³³.

Ainda conforme o autor, o contrato matrimonial tem características próprias. Daí que, quando se faz referência ao “matrimônio-ato” (*matrimonium in fieri*, na terminologia tradicional), diz-se que “é um contrato consensual, bilateral, formal, entre partes juridicamente hábeis (necessariamente homem e mulher), cujo conteúdo essencial está determinado pela própria lei natural, previamente à aceitação livre dos contraentes”¹²³⁴. A respeito, assim se expressa Braga da Cruz¹²³⁵:

“Dizer que o matrimônio é um contrato equivale a afirmar que ele é um acordo de vontades, entre duas pessoas de sexo diferente, com vista a constituição duma família legítima. É dizer que o matrimônio, ao ser elevado por Cristo à dignidade de sacramento, não deixou de ser um contrato como sempre foi. Equivale a afirmar que, à luz da doutrina cristã, o sacramento do matrimônio consiste na troca de consentimento entre os cônjuges, ou, por outras palavras, que os nubentes são os próprios ministros do sacramento do matrimônio, através da promessa que fazem de se aceitarem mutuamente como marido e mulher. Considera-se, portanto, o matrimônio sob o seu duplo aspecto, de contrato e sacramento, ressaltando-se, contudo, que a diferença entre um e outro é a colação da graça divina. É sacramento e é contrato, como expressa a definição: *Viri et mulieris conjunctio maritalis, inter legitimas personas, individuum vitae consuetudinem continens*”¹²³⁶.

Simili modo, Leon Carbonero¹²³⁷ enfatiza que “*el matrimonio es en su origen un contrato natural, en virtud del cual el hombre y la mujer se comprometen á vivir juntos por el resto de sua vida*”. Para o autor, essa visão não é apanágio do cristianismo, esclarecendo:

“*El matrimonio de todos los hombres, antes de la venida de Jesucristo, era, como lo es hoy entre todos los infieles, un contrato natural e civil que sed contraia segun las leys del pais, mediante el consentimiento legitimo entre personas libres. Dios es autor dcel matrimonio, como contrato natural, pues lo instituyó en el paraiso terrenal donde despues que formó á Eva e la presentó á Adan dijo a ambos “cresced y multiplicaos”*”.

¹²³³ HORTAL, Jesús. *Notas e comentários ao Código Canônico*, cit. Can. 1055, p. 478.

¹²³⁴ *Ibidem*, p. 478s. Nesse sentido, vide HORTAL, Jesús. *O que Deus uniu. Lições de Direito Matrimonial Canônico*, cit. 19.

¹²³⁵ BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *Obras esparsas*, cit. p. 174.

¹²³⁶ Vide nota 244. Cf. CARBONERO Y SOL, Leon. (cit. p. 60): A Igreja em dois momentos definiu o casamento como contrato: no Concílio de Florença, em decreto dirigido aos armênios; no Concílio Tridentino, cân. 4, Sess. 24. O mesmo vai acontecer, *a posteriori*, nos Códigos de Direito Canônico de 1917 e 1983.

¹²³⁷ *Ibidem*, p. 29.

Para o cristianismo, o matrimônio verdadeiro é um sacramento instaurado por Cristo: “*Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet*”¹²³⁸. É chamado pelo apóstolo Paulo, na carta aos efésios, de “*mysterium hoc magnum est*”¹²³⁹. A respeito assim se expressam Vitali e Berlingò:

*“Nell’Antico Testamento, il matrimonio stava a simboleggiare l’alleanza tra Dio ed il suo popolo. Nel Nuovo Testamento esso mantiene la sua valenza simbolica: ora viene a rappresentare l’unione mistica tra Cristo e la sua Chiesa e diventa, nella prospettiva della redenzione, strumento di salvezza, ossia sacramento”*¹²⁴⁰.

3.6.2 Consentimento

Segundo Vitali e Berlingò¹²⁴¹, “*dal punto di vista della struttura, l’elemento centrale e imprescindibile del matrimonio è costituito dal consenso, ossia dallo scambio o incontro delle volontà delle parti*”. Portanto, o consentimento deve ser expresso por sujeitos capazes, isto é, habilitados a externar sua vontade validamente. Aflora como elemento substancial da união, como prevê o cân. 1057, § 1:

*“Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet”*¹²⁴²; e o § 2: *Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo vir et mulier irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium”*¹²⁴³.

¹²³⁸ Mt. 29,6: Não separe o homem o que Deus uniu”.

¹²³⁹ Ef. 5,32: “Este mistério é grande”.

¹²⁴⁰ VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 8. Sobre a relação entre contrato e sacramento vide AYMANS, W. *Il matrimonio-sacramento: alleanza istituita da Dio e forma di attuazione della vita della Chiesa*. In *Diritto canonico e comunione ecclesiale*. Torino, 1993, p. 189-221.

¹²⁴¹ VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 07; PÉREZ, Tomás de Rincón, cit. p. 73.

¹²⁴² Can. 1057, § 1. “É o consentimento das partes legitimamente manifestado entre pessoas juridicamente hábeis que faz o matrimônio; esse consentimento não pode ser suprido por nenhum poder humano”. A falta de consentimento constitui um impedimento absoluto para o casamento. É resultante de circunstâncias que são óbices à validade do ato, não admitindo restrições de quaisquer espécies porque o *consensus* é essencial para a validade da união. Vide NOUGARÉDE, M, cit. p. 14.

¹²⁴³ Can. 1057, § 2: “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”. Sobre o consentimento esclarece o cân 1095. São incapazes de contrair matrimônio: 1º os que não têm suficiente uso da razão; 2º os que tem grave falta de discricção de juízo a respeito dos direitos e obrigações essenciais do matrimônio, que se devem mutuamente dar e receber; 3º os que não são capazes de assumir as obrigações essenciais do matrimônio por causas de natureza psíquica. O código trata dos esponsais no cân. 1062, § 1: *Matrimonii promissio sive unilateralis sive bilateralis, quam sponsalia vocant, regitur iure particulari, quod ab Episcoporum conferentia, habita ratione consuetudinum et legum civilium, si quae sint, statutum fuit*. (A promessa de matrimônio, tanto unilateral como bilateral, denominada esponsais, rege-se pelo direito particular estabelecido pela Conferência dos Bispos, levando-se em conta os costumes e as leis civis se as houver). Ainda sobre o consentimento, assim se expressa o catecismo da Igreja Católica, secção 1625: “Os protagonistas da aliança matrimonial são um homem e uma mulher batizados, livres para contrair matrimônio e que expressam livremente seu consentimento. “Ser livre” quer dizer: não sofrer

A natureza sacramental do matrimônio está estritamente vinculada à sua indissolubilidade, não somente no sentido de que o consentimento prestado pelos cônjuges é irrevogável, mas de que também não é permitida liberdade de escolha referente à natureza, à qualidade e no exercício de direitos e deveres derivados da relação matrimonial¹²⁴⁴.

Segundo preceitua, a faculdade de contrair matrimônio constitui um direito natural de que ninguém pode ser privado contra a sua vontade, exceto se não possuir as capacidades naturais ou estiver impedido por um estado de vida, que espontaneamente assumiu, com a obrigação conjunta do celibato. Tal preceito está expresso no cân. 1058: “*Omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur*”¹²⁴⁵.

Preceitua o cân. 1057, § 2: “*Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium*”¹²⁴⁶. Esse requisito encontra origem no *ius romanum*, sistema jurídico que conviveu com o cristianismo nos primeiros séculos da evolução histórica deste. Nesse aspecto, o direito canônico consagra a necessidade do consentimento, acolhendo o vetusto aforismo romano: “*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*”¹²⁴⁷. Segundo Juan Fornés¹²⁴⁸, para o cristianismo, contudo, o consentimento não é uma causa inicial ou uma situação de fato, mas uma obrigação permanente e indissolúvel. A patrística, *ab initio*, teve diferentes entendimentos, sobretudo no campo teológico e sacramental. Foi na Idade Média que se originou a célebre polêmica acerca da teoria da cópula e da teoria do consentimento, quando surgiram, também, as concepções do “matrimônio rato” e matrimônio rato e consumado.

Para a escola de Bolonha, representada por Graciano, os requisitos necessários para o matrimônio eram o consentimento e a *pactio coniugalis*, sendo imprescindível a cópula. Já a escola de Paris, personificada por Pedro Lombardo, sustentava a tese de que o consentimento

constrangimento; não ser impedido por uma lei natural ou eclesiástica”. Secção 1627: “O consentimento é um ato humano pelo qual os cônjuges se doam e se recebem mutuamente (...)”.

¹²⁴⁴ VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 10. Sobre contrato e sacramento *vide* HERVADA, J. *La inseparabilidad entre contrato y sacramento en el matrimonio*. In *Vetera et nova questiones de derecho canonico y afines* (1958-1991), I. Panplona, 1991, p. 797s.

¹²⁴⁵ Cân. 1058: “Podem contrair matrimônio todos os que não são proibidos pelo direito”. Nesse sentido, assim anota NOUGARÈDE, M. (cit. p. 12): “*Toute personne peut contracter mariage quand il n'existe pas un empêchement fondé sur les lois naturelles ou positives*”.

¹²⁴⁶ Cân. 1057, § 2: “O consentimento matrimonial é o ato de vontade pelo qual um homem e uma mulher, por aliança irrevogável, se entregam e se recebem”.

¹²⁴⁷ D.50,17,34. *Vide* nota 420, cap. II.

¹²⁴⁸ FORNÉS, Juan, cit. p. 97. *Simili modo*, TABORDA, Francisco (cit. p. 77) anota que, na Idade Média, discutia-se o que constitui o casamento: o consenso ou o coito. Nessa discussão está a origem da concepção de matrimônio ratificado e consumado. A doutrina de que só o matrimônio ratificado e consumado é absolutamente indissolúvel (cân 1141) e de que o matrimônio ratificado e não-consumado pode ser dissolvido pelo papa (cân. 1142) tem sua origem no compromisso estabelecido entre as duas teorias, do consenso e do coito.

era necessário e suficiente para fazer nascer o vínculo conjugal¹²⁴⁹. Nesse aspecto, destacaram-se, dentre outros, Hincmar de Reims, Hugo de São Victor, Graciano e Pedro Lombardo¹²⁵⁰. Hincmar “*es el primer autor que recoge con mayor precisión la llamada teoria de la copula*”. Para ele, a celebração das núpcias produz um vínculo entre os contraentes. Porém, não é sacramento até que o matrimônio seja consumado¹²⁵¹.

Hugo de São Victor, no século XII, destacou-se como contundente defensor da teoria do consentimento, sintetizando que havia verdadeiro matrimônio e verdadeiro sacramento, ainda se não houvesse seguido a cópula. Segundo assinalava, o termo *desposatio* não correspondia ao *consensus*, mas à promessa de futuro consentimento. Segundo Diogo Leite Campos¹²⁵², Hugo de São Victor “rompe com a tradição agostiniana, ao fazer assentar o casamento na união, na comunhão, que se estabelece entre os cônjuges”. Nessa união, estão materializados os três bens: *proles*, *fides* e *sacramentum*, característicos da doutrina agostiniana. Todavia, releva a cópula, ao considerar que a *fides* impede as relações sexuais ilícitas e a *spes prolis* consagra a obrigação da licitude das relações. Considera a primazia do *sacramentum*, como realidade essencial da união conjugal¹²⁵³.

Graciano¹²⁵⁴, no seu “*Decretum*”, manifesta a melhor fundamentação. Segundo Juan Fornés¹²⁵⁵, foi ele quem mais contribuiu para a difusão da “teoria da cópula”, ao indicar que o matrimônio se inicia com a *desposatio*, porém se aperfeiçoa com a *commixtio*. Para ele, “o casamento é imperfeito sem a cópula carnal; o simples consentimento dos cônjuges nada mais é que o início do estado de casado”, anota Campos¹²⁵⁶.

¹²⁴⁹ PÉREZ, Tomás de Rincón, cit. p. 72; TABORDA, Francisco, cit. p. 77, nota 26.

¹²⁵⁰ Outros teólogos versaram sobre o assunto: Santo Alberto Magno, São Boaventura, Santo Tomás de Aquino. Vide CAMPOS, Diogo Leite de, cit. p. 105.

¹²⁵¹ HINCMAR DE REIMS. *De nuptiis syephani et filiae regimundi comitês*. (Pl. 125, cols 619s), citado por FORNÉS, Juan. (cit. p. 97). Cf. VITALI, Enrico; BERLINGÓ, Salvatore. (cit. p. 10): “*Nonostante l’indissolubilità sai una qualità intrinseca del matrimonio canônico, soltanto il matrimonium ratum et consumatum, sorto come sacramento en che abbia dato luogo alla copula carnale, è assolutamente indissolube*. Sobre a indissolubilidade do matrimônio canônico, vide BONET, P.A e GULLO, C. Città del Vaticano, 2002, pp 207-220; ALBERT, G. Casselati. *Indissolubilità e unità nell’ Istituto naturale de matrimonio canônico*. Padova, 1984; PETRÀ, B. *Il matrimonio può morire? Studi sulla pastorale dei divorziati risponsati*. Bologna, 1995.

¹²⁵² CAMPOS, Diogo Leite de, cit. p. 100.

¹²⁵³ *Ibidem*, p. 100.

¹²⁵⁴ GRACIANO. *Decretum*, C. XXVII, q. 2, c. 34. Vide FORNÉS, Juan, cit. p. 98. Segundo TABORDA, Francisco. (cit. p. 77), Graciano seguia o princípio do direito germânico de que o direito se estabelece pela posse da coisa em questão. É a opinião da escola de Bolonha, ligada a Graciano, mas com possível origem em Hincmar de Reims (806-882).

¹²⁵⁵ FORNÉS, Juan, cit. P. 98s.

¹²⁵⁶ CAMPOS, Diogo Leite de, cit. p. 101.

Contemporâneo de Graciano, Pedro Lombardo foi o sistematizador definitivo da teoria consensual¹²⁵⁷. Firmou uma teoria que se tornaria clássica para as doutrinas teológica e jurídica, ao distinguir uma dupla união entre Cristo e a Igreja: uma espiritual, pela caridade; outra, material, que se explica na união de Cristo com a Igreja pela eucaristia. A partir dessa dupla união, segundo o *magister sententiarum*, o consentimento significa a união espiritual de Cristo e da Igreja que se materializa na caridade. A união de sexos significa o liame que se produz de conformidade com a natureza. Sua visão tornou-se mais explícita quando, posteriormente, escrevendo a Isidoro de Servilha, ao papa Nicolau I, a João Crisóstomo e a Ambrosio, anotava que “o consentimento, isto é, o pacto conjugal faz o matrimônio, e desde então há matrimônio, embora não tenha sido precedido ou seguido da cópula”.

Segundo Juan Fornés¹²⁵⁸, a solução veio posteriormente através de decisões dos grandes pontífices legisladores, Alexandre III¹²⁵⁹ e Inocêncio III¹²⁶⁰. O primeiro ressalta que pelo consentimento se produz o matrimônio. Se dois casados não consumaram o matrimônio e depois um deles celebra outra união e a consuma, seria válido o primeiro e não o segundo. Contudo, configura-se matrimônio quando nos esponsais de futuro ocorre cópula. É a “teoria da cópula”, baseada numa presunção *iuris tantum*, entendendo-se que a cópula é expressão de um autêntico *consensus maritalis*. Já Inocêncio III apresentou a solução definitiva, porquanto a partir dele fixou-se a tese de que o contrato matrimonial aperfeiçoa-se tão somente pelo consentimento. Dessa forma, entre o matrimônio consumado e o não-consumado, não há

¹²⁵⁷ LOMBARDO, Pedro. *Sententiarum libri quattuor*. Lib IV, dists 26-28. Vide FORNÉS, Juan, cit. p. 98. Segundo TABORDA, Francisco (cit. p. 77), Pedro Lombardo é o mais célebre representante da escola de Paris, que tem como precursor Hugo de São Vitor.

¹²⁵⁸ FORNÉS, Juan, cit. p. 100.

¹²⁵⁹ Cf. CORREA, Iran. *Biografia dos papas*. Vol. XVI. São Paulo: Editora das Américas, 1952. p. 345. Alexandre III (1159-1181, considerado por Voltaire “um dos homens mais beneméritos da Idade Média, ressuscitou os direitos dos povos e reprimiu os crimes dos reis”. Chamava-se Rolando Bandinelli, de Siena, destacando-se como insígne jurista e teólogo. Foi professor na escola de Bolonha, duas vezes legado de Adriano IV, cardeal de São Marcos e chanceler da Igreja. Adversário de Frederico Barba Roxa que contestou sua eleição, apoiando um antipapa, Otaviano. Depois de muitos embates e lutas, o imperador foi submetido, humilhado e perdoado. Celebrou o 11º Concílio Ecumênico; o 3º Concílio Lateranense, com mais de trezentos bispos de todo o mundo. Morreu em 3 de agosto de 1181. Segundo TABORDA, Francisco (cit. p. 77), Alexandre III, antes de ser papa, seguia a corrente da escola de Paris.

¹²⁶⁰ *Ibidem*, p. 357. Cardeal Lotario Conti, escolhido papa, por unanimidade, aos 38 anos de idade. Formado em Teologia em Paris e em Direito por Bolonha. Reformou a corte pontifícia, favoreceu as classes média e pobre. Impôs-se em Roma. Submeteu João Sem Terra, da Inglaterra, possibilitando a elaboração da Magna Carta. Na Espanha, desfez o casamento de Afonso IX com uma parenta; negou o divórcio a Pedro II, de Aragão, e auxiliou a vitória de Navas de Tolosa (1212), na qual os reis cristãos quebrantaram, para sempre, o poderio árabe. No Oriente, viu, com indignação, a 4ª Cruzada transformar-se na ambiciosa conquista de Constantinopla (1204) e, com tristeza, perder-se a imprudente Cruzada das Crianças. Combateu heresias. Aprovou as empresas dos grandes santos Domingos de Gusmão e Francisco de Assis, colunas da Igreja. Celebrou o 12º Concílio Ecumênico, 4º Lateranense, com mil e duzentos conciliares. Morreu em Perúgia, em junho de 1216.

diferença, pois ambos se referem à essência do ato. A única distinção está no significado sacramental, na linha do que havia ressaltado Pedro Lombardo.

Após essas decisões pontifícias firmou-se o princípio da consensualidade o qual seria acolhido por sucessivas confirmações doutrinárias e legais. O Concílio de Florença (1438-1445) declarou que a causa eficiente do matrimônio é o mútuo consentimento, expressado verbalmente ou, se os contraentes não puderem falar, por sinais convincentes¹²⁶¹. O Concílio de Trento¹²⁶² estabeleceu que o consentimento deveria ocorrer diante de testemunhas qualificadas e duas testemunhas comuns, com o objetivo de evitar os matrimônios clandestinos¹²⁶³. Os vícios de consentimento (o medo, o erro e o dolo) tornam nulo o matrimônio.

O medo pode ser definido como uma inquietação mental, produzida pela ameaça de um perigo iminente ou futuro. De acordo com a doutrina jurídica, materializa-se pela concorrência de dois elementos: um objetivo, a *vis causa*; outro subjetivo, a efetiva ameaça ou coação. Está tipificado no cân. 1103, *in verbis*: “*Invalidum est matrimonium initum ob vim vel metum gravem ab extrínseco, etiam haud consulto incussum, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium*”¹²⁶⁴.

Conforme a doutrina canonista, o medo deve ser grave, produzido por causa externa, ser antecedente ao matrimônio e indeclinável. É considerado pela legislação como causa de nulidade do matrimônio, não somente pela injúria cometida contra as pessoas e mesmo a instituição matrimônio, mas também porque atenta contra a liberdade dos contraentes, a *libertas matrimonii*, consagrada pelas fontes históricas¹²⁶⁵. O medo pode fazer surgir a simulação que parece tornar verdadeiro um consentimento que não existe. Portanto, é a manifestação de um pseudoconsentimento, porque sem o *animus* de o realizar. Não há a *voluntas* contratual. Diante dessa circunstância, o matrimônio é nulo, em razão do defeito de ausência de consentimento.

O erro é a falsa noção da realidade, conforme assinala Juan Fornés: “*Em términos generales, puede decirse que se produce un error cuando se hace un juicio equivocado sobre una realidad - una cosa, un hecho, una norma de conducta, una persona*”¹²⁶⁶. Na percepção

¹²⁶¹ FORNES, Juan, cit. p. 102.

¹²⁶² Vide nota 1162.

¹²⁶³ À luz do cân. 1057, o consentimento deve ser legitimamente manifestado “entre pessoas juridicamente hábeis (...) e não pode ser suprido por nenhum poder humano”.

¹²⁶⁴ Cân. 1103: “É inválido o matrimônio contraído por violência, ou medo grave proveniente de causa externa, ainda que inculcado não propositadamente, para se livrar do qual alguém seja forçado a escolher o matrimônio”.

¹²⁶⁵ FORNÉS, Juan, cit. p. 136ss.

¹²⁶⁶ *Ibidem*, p. 110. Sobre o erro, vide MANS, J. *El error de cualidad en el matrimonio ante la reforma del Código de Derecho Canónico*. Barcelona, 1964; DELGADO, G. *Error y matrimonio canónico*. Pamplona, 1975.

de Leon Carbonero¹²⁶⁷, o erro é um vício da inteligência quando concebe uma coisa no lugar de outra. A vontade conduzida pela força do erro perde a espontaneidade que constitui a essência do ato, deixando de ser livre, clara e plena.

O dolo também vicia o consentimento e torna nulo o matrimônio. É constituído pela vontade deliberada de induzir ao erro. Não basta, contudo, o engano perpetrado para obter o consentimento, exigindo-se que ocorra precisamente para obter-se o consentimento matrimonial e não para outra finalidade. Segundo a doutrina canonista, é um típico vício de consentimento. Está presente no cân. 1098: “*Qui matrimonium in dolo deceptus, ad obtinendum consensum contraxit, circa aliquam alterius partis qualitatem, quae suapte natura consortium vitae conjugalis graviter perturbare potest, invalide contrahit*”¹²⁶⁸. Quando o casamento é contraído com falhas na condição essencial (consentimento) ou contendo um dos impedimentos considerados dirimentes, bem como realizado sem a forma canônica da celebração, é considerado como se não tivesse existido¹²⁶⁹.

3.6.3 Impedimentos matrimoniais

No pensamento de Enrico Vitali e Salvatore Berlingó¹²⁷⁰, “*in generale, gli impedimenti al matrimonio canonico sono circostanze di fatto, formalmente recepite in norme giuridiche, di diritto divino o di diritto umano, che ostacolano la valida celebrazione di un matrimonio*”. São os elementos que constituem óbices ou proibição, por parte da pessoa, para a validade ou licitude do matrimônio. Em outras palavras, são limitações ao exercício do *ius connubii*, tipificadas pelo legislador. Esses impedimentos podem ser considerados sob alguns aspectos principais que igualmente os distinguem: as leis naturais ou divinas, as leis civis e as leis eclesíásticas¹²⁷¹.

¹²⁶⁷ CARBONERO Y SOL, Leon, cit. p. 21.

¹²⁶⁸ Cân. 1098: “Quem contrai matrimônio, enganado por dolo perpetrado para obter o consentimento matrimonial, a despeito de alguma qualidade da outra parte, e essa qualidade, por sua natureza, possa perturbar gravemente o consórcio da vida conjugal, contrai invalidamente”.

¹²⁶⁹ Cf. Código Canônico, nos cânones 1108 a 1133, trata da forma de celebração do matrimônio. No cân. 1108, § 1, estabelece: “*Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram loci Ordinario aut parochi aut sacerdote vel diacono delegato qui assistant, nec non coram duobus testibus, secundum tamen regulas expressas in canonibus qui sequuntur, et salvis exceptionibus de quibus in cann. 144, 1112, § 1, 116 et 1127, § 1-2*”. (Somente são válidos os matrimônios contraídos perante o ordinário local ou o pároco, ou um sacerdote ou diácono delegado por qualquer um dos dois como assistente, e além disso perante duas testemunhas, de acordo porém com as normas estabelecidas nos cânones seguintes, e salvas as exceções contidas nos cânones 144, 1112, § 1, 1116 e 1127§ 1 e 2).

¹²⁷⁰ VITALI, Enrico; SALVATORE, Berlingò, cit. p. 27s.

¹²⁷¹ *Ibidem*, p. 32. São os impedimentos das fontes normativas, “*si distinguo gli impedimenti di diritto divino o rivelato da quelle di diritto umano o ecclesiastico.*”

O direito canônico os classifica em dirimentes¹²⁷² e específicos. Os primeiros são aqueles que inabilitam o indivíduo a contrair matrimônio válido, como preceitua o cân. 1073: “*Impedimentum dirimens personam inhabilem reddit ad matrimonium valide contrahendum*”. São proibições legais, fundadas em circunstâncias pessoais de caráter objetivo, constituindo um obstáculo à celebração válida do matrimônio. Ocorrem nos seguintes casos: idade, impotência absoluta, disparidade de culto, vínculo (princípio da monogamia), ordens sacras e voto, rapto, crime, parentesco e afinidade¹²⁷³.

A idade nupcial é dezesseis anos para o homem e de quatorze para a mulher, segundo prevê o cân. 1083, § 1: *Vir ante decimum sextum aetatis annum completum, mulier ante decimum quartum item completum, matrimonium validum inire non possunt*¹²⁷⁴. Por sua vez, a impotência dirime o matrimônio pela própria natureza das coisas, por isto nunca pode ser dispensada. Trata-se da impotência *coeundi*, do homem ou da mulher, como se constata no cân. 1084, §1: *Impotentia coeundi antecedens et perpetua, sive ex parte viri sive ex parte mulieris, sive absoluta sive relativa, matrimonium ex ipsa eius natura dirimit*¹²⁷⁵. A impotência, portanto, consiste na incapacidade do homem ou da mulher de realizar o ato sexual, mercê do qual os cônjuges se unem, tornando-se uma só carne no momento da consumação do matrimônio. Convém frisar que o matrimônio é tido como juridicamente consumado quando se realiza, pelos cônjuges, a ação humana idônea a constituir a *causa generandi*, ou seja, a cópula perfeita¹²⁷⁶.

Em sentido contrário, a esterilidade não proíbe nem dirime o matrimônio. É possível considerar-se válido um matrimônio contratato por um cônjuge estéril, impossibilitado de ter

¹²⁷² Impedimento dirimente é a existência de uma causa física ou do direito natural, ou de direito positivo eclesiástico, que anula o matrimônio. CARBONERO Y SOL, Leon, cit. p.19.

¹²⁷³ HORTAL, Jesús. *Comentários ao Código Canônico*. p. 482.

¹²⁷⁴ Cân. 1083, § 1: “O homem antes dos dezesseis anos completos e a mulher antes do catorze também completos não podem contrair matrimônio válido”. A idade para a celebração lícita do matrimônio, no entanto, poderá ser superior à prevista nesse cânone, desde que estabelecida pela conferência dos bispos, como prevê o cân. 1083, § 2. Cf. FORNÉS, Juan. (cit. p. 64): “*Este canon afecta específicamente a la madurez biológica, ya que de la madurez psíquica tratan les correspondientes cânones del capítulo del consentimiento*”. Ainda de acordo com FORNÉS, Juan (*ibidem*), esta concepção pode ser considerada diferente nos países, levando em consideração as circunstâncias ambientais e culturais específicas. É importante acrescentar que existe unanimidade em todas as legislações sobre a causa que gera a nulidade da união matrimonial dos impúberes, que não pode ser firmada em razão de uma ou ambas as partes não possuírem o discernimento ou maturidade jurídica necessária para externar um consentimento válido.

¹²⁷⁵ Cân. 1084, § 1: A impotência para copular, antecedente e perpétua, absoluta ou relativa, por parte do homem ou da mulher, dirime o matrimônio por sua própria natureza. Segundo FORNÉS, Juan (cit. p. 69), é um impedimento de direito divino-natural e infringe as propriedades matrimoniais, especialmente a unidade, estabelecidas em Gen. 2,24; Mt. 19,6; Mc. 10,12; Lc. 16,18; 1cor. 7,4-10, Ef. 5,32 e Rom. 7,3. Na interpretação desse cânone, HORTAL, Jesús. (cit. p. 491), esclarece que a palavra *coeundi* foi acrescentada ao código vigente para distinguir claramente a impotência que dirime o matrimônio da esterilidade ou impotência *generandi*, que não proíbe, tampouco dirime o matrimônio. Vide CARBONERO Y SOL, Leon, cit. p. 45; VITALI, Enrico; SALVATORE, Berlingò, cit. p. 41.

¹²⁷⁶ VITALI, Enrico; SALVATORE, Berlingò, cit. p. 38

filhos, não obstante a *procreatio prolis* constituir um dos fins do matrimônio¹²⁷⁷. Contudo, o ato será nulo, quando a esterilidade é praticada com dolo para obter o consentimento matrimonial da outra parte. Ou então quando essa condição perturbar gravemente o consórcio da vida conjugal, tornando o casamento inválido¹²⁷⁸. Para que se materialize, essa incapacidade deverá ser antecedente e perpétua, isto é, anterior à celebração matrimonial e não adquirida *a posteriori*; quando incurável por meios lícitos e não perigosos à vida ou prejudicial à saúde. No caso de dúvida, no entanto, a *cura legis* recomenda no cân 1084, § 2: “*Si impedimentum impotentiae dubium sit, sive dubio iuris sive dubio facit, matrimonium non est impediendum nec, stante dubio, nullum declarandum*”¹²⁷⁹.

Dentre outros impedimentos, consagra o princípio do vínculo ou da monogamia, no cân 1085, § 1: “*Invalide matrimonium attentat qui vinculo tenetur prioris matrimonii, quamquam non consummati*”¹²⁸⁰. Consta, também, como impedimento a disparidade de cultos referente às uniões mistas, como preconiza o cân. 1086, § 1: “*Matrimonium inter duas personas, quarum altera sit baptizata in Ecclesia catholica vel in eandem recepta nec acti formali ab ea defecerit,*

¹²⁷⁷ *Ibidem*, p. 38.

¹²⁷⁸ Cân. 1098.

¹²⁷⁹ Cân 1084, § 2: Se o impedimento de impotência for duvidoso, por dúvida quer de direito quer de fato, não se deve impedir o matrimônio nem, permanecendo a dúvida, declará-lo nulo. VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 38.

¹²⁸⁰ Cân. 1085, § 1: Tenta invalidamente contrair matrimônio quem está ligado pelo vínculo de matrimônio anterior, mesmo que este matrimônio não tenha sido consumado.

et altera non baptizata invalidum est”¹²⁸¹. Para Leon Carbonero¹²⁸², “*la diferencia de culto ó religion entre un fiel y una infiel, ó entre uno bautizado y outro que no lo este, ha sido siempre considerada por la Iglesia como uno impedimento para los fieles contraigan matrimonio con los infieles*”.

O não batizado se encontra numa situação jurídica subjetiva: a condição de infiel. Tal condição, em princípio, resulta incompatível com o matrimônio canônico, porquanto fundamentada numa razão: o perigo para a fé do cônjuge católico e dos filhos. A fé é considerada um bem superior, um direito-dever a ser tutelado por exigência do direito divino. Este foi o motivo que moveu o legislador a estabelecer o impedimento matrimonial. Contudo, considerando que o *ius connubii* é um direito fundamental também do não-batizado, o casamento poderá ser realizado mediante determinadas condicionantes que situam o impedimento no plano do direito humano¹²⁸³. A respeito dos matrimônios mistos, assim se expressou João Paulo II:

“In multis ex his coniux non baptizatus aliam profitetur religionem; quae in hac in re sentit, ea sunt reverenter observanda secundum Concilii Oecumenici Vaticani Secundi Declarationem Nostra aetate de Ecclesiae habitudine ad religiones non christianas.

¹²⁸¹ Cân. 1086, § 1: 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”. São chamados “matrimônios mistos”, na determinação do cân. 1124, aqueles celebrados entre duas pessoas batizadas, sendo uma na Igreja Católica e outra pertencente a uma igreja ou comunidade eclesial que não esteja em plena comunhão com a Igreja. Poderá ocorrer somente com a autorização da autoridade competente, mediante a existência de algumas condições: declaração da parte católica de estar preparada para afastar os perigos de defecção da fé e o compromisso de que toda a prole seja batizada e educada no catolicismo; informação à parte não católica da existência desse compromisso e obrigação; instrução às partes a respeito dos fins e propriedades essenciais do matrimônio, que nenhum dos contraentes pode excluir (cân. 1125). O catecismo da Igreja Católica, nas secções 1633 a 1637, faz referência aos casamentos mistos e à disparidade de culto, que se apresenta com muita frequência em muitos países. Não obstante alertar que tal situação exige particular atenção dos cônjuges e dos pastores, preconiza que essa diferença de confissão não constitui obstáculo insuperável para o casamento, desde que ponham em comum o que cada um deles aprendeu em sua comunidade e compreendam um e outro a maneira de vivenciar sua fidelidade a Cristo. Reconhece, no entanto, as dificuldades dos casamentos mistos, constituindo uma questão ainda não resolvida, em razão do risco da desunião no seio do próprio lar. Contudo, o apóstolo Paulo (1cor.7,14) aponta uma missão particular para o cônjuge cristão: “(...) porque o marido que não tem fé é santificado por sua mulher; assim como a mulher que não tem fé é santificada pelo marido que recebeu a fé. Do contrário, os vossos filhos seriam impuros, quando, na realidade, são santos. Mas, se o pagão quer separar-se, que se separe; em tal caso, nem o irmão nem a irmã estão ligados. Deus vos chamou a viver em paz”. Cf. TABORDA, Francisco (cit. p.55): “No caso do matrimônio misto, o evangelho aceito por um cônjuge não deve tampouco ser ocasião de separação, mas promessa de possível santificação comum pela mera presença do cônjuge cristão. O evangelho não pode ser pretexto de separação. Por outro lado, é preciso respeitar o cônjuge que não crê”. Segundo VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore (cit. p. 46s), essa circunstância pode tornar-se um problema quando se tratar do matrimônio entre católico e muçulmano, pela dificuldade de a Igreja Católica conceder dispensa para a sua celebração, em razão de no Alcorão somente ao homem muçulmano é permitido o matrimônio com a mulher cristã ou hebreia. À mulher muçulmana é absolutamente proibido o matrimônio com um cristão ou um hebreu.

¹²⁸² CARBONERO Y SOL, Leon, cit. p. 114.

¹²⁸³ FORNÉS, Juan, cit. p. 75.

*Verumtamen in haud paucis eiusmodi matrimoniis, maxime intra societates saeculari nota insignes, coniux non baptizatus nullam prorsus religionem profitetur. Ad haec quod attinet conubia, necesse est ut Conferentiae episcopales et episcopi singuli congruentibus consiliis pastoralibus utantur eo pertinentibus ut defensionem fidei coniugis catholici ac tuitioni liberae exercitationis eiusdem fidei prospiciatur, praesertim quod ad officium spectat faciendi, quantum potest, ut filii baptizentur et secundum religionem catholicam educentur. Praeterea coniux quoquo modo adiuvandus est ad implendum officium intra familiam ipsam sincerum testimonium fidei vitaeque catholicae perhibendi*¹²⁸⁴.

Ordens sacras e voto expressam o impedimento que se refere ao celibato eclesiástico inferido em diversas passagens da Sagrada Escritura. Tem origem numa tradição que remonta ao séc. IV e que foi confirmada reiteradas vezes pelo magistério da Igreja¹²⁸⁵. O matrimônio realizado por pessoas consagradas pelo celibato é, portanto, considerado inválido, como previsto no cân. 1087: “*Invalide matrimonium attentant, qui in sacris ordinibus sunt constituti*”¹²⁸⁶. O cân. 1088 tem conexão com o anterior ao tornar inválido o matrimônio de pessoas ligadas por voto público perpétuo de castidade em instituição religiosa¹²⁸⁷. Este

¹²⁸⁴ Cf. JOÃO PAULO II, encíclica *Familiaris consortio*, nº 78: “Em muitos casos, o cônjuge não batizado professa uma outra religião e as suas convicções devem ser tratadas com respeito, segundo os princípios da Declaração *Nostra Aetate* do Concílio Ecumênico Vaticano II sobre as relações com as religiões não cristãs; mas em muitos outros, particularmente nas sociedades secularizadas, a pessoa não batizada não professa religião alguma. Para estes matrimônios é necessário que as Conferências episcopais e cada bispo tomem medidas pastorais adequadas, a fim de garantir a defesa da fé do cônjuge católico e o seu livre exercício, principalmente no que se refere ao dever de fazer quanto estiver ao seu alcance para que os filhos sejam batizados e educados catolicamente. O cônjuge católico deve ser, além disso, apoiado em todos os modos no empenhamento de oferecer à própria família um genuíno testemunho de fé e de vida católica”. Vide papa Paulo VI. *Matrimonia mixta*, 31 março 1970; *Matrimônio entre confissões*; *Causas matrimoniais*, 28 mar 1971, sobre normas do processo matrimonial.

¹²⁸⁵ Constituição dogmática *Lumen gentium*, nº 29; *Dec. Presbyterorum ordinis*, nº 16; *Dec. Optantam totius*, nº 10; Enc. *Sacerdotalis caelibatus*, de Paulo VI; Sacerdócio ministerial, II, Sínodo dos Bispos, de 1971; Carta novo incipiente, de João Paulo II. *Ad universos ecclesiae sacerdotes*. Cf. FORNÉS, Juan, cit. p. 76. Segundo NOUGARÈDE, M. (cit. p. 29), “*Cet empêchement n’émanoit pas du droit naturel. La loi canonique qui l’avoit introduit étoit néanmoins fondée sur de graves motifs, sur la sainteté du sacerdoce, et principalement sur les devoirs qu’il impose*”.

¹²⁸⁶ Cân. 1087: Tentam invalidamente o matrimônio os que recebem ordens sagradas. O cân. 1088 torna mais abrangente essa proibição, ao estabelecer: “*Invalide matrimonium attentant, qui voto publico perpetuo castitatis in instituto religioso adstricti sunt*”. (Tentam invalidamente o matrimônio os que estão ligados por voto público perpétuo de castidade num instituto religioso). As ordens sacras, *ex vi* do cân. 1009, são o episcopado, o presbiterado e o diaconato. Cf. VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore (cit. p. 47): “*L’impedimento riguarda, quindi, esclusivamente coloro che hanno ricevuto validamente il diaconato, il presbiterato ovvero l’episcopato*”, como preceitua o cân. 1009 do Código Canônico, em razão do celibato previsto no cân. 277, § 1: *Clerici obligatione tenentur servandi perfectam perpetuamque propter Regum Coelorum continentiam, ideoque ad coelibatum adstringuntur, quod est peculiare Dei donum, quo quidem sacri ministri indiviso corde Christo facilius adhaerere possunt atque Dei hominumque servitio liberius sese dedicare valente*. (Os clérigos são obrigados a observar a continência perfeita e perpétua por causa do Reino dos Céus; por isso, são obrigados ao celibato, que é um dom especial de Deus, pelo qual os ministros sagrados podem mais facilmente unir-se a Cristo de coração indiviso e dedicar-se mais livremente ao serviço de Deus e dos homens). Ressalte-se, contudo, que este impedimento é o que suscita maiores controvérsias no seio da própria Igreja, mesmo porque, nos primevos, não existia uma explícita proibição de os ministros contraírem matrimônio.

¹²⁸⁷ Esta é uma tradição da Igreja. Desde os primeiros séculos, os presbíteros e diáconos viviam no celibato, o que leva a crer que praticavam a continência. Surgiram controvérsias na Idade Média, quando se discutiu se o matrimônio contraído pelos ordenados *in sacris* era nulo ou somente ilícito. Esse fato motivou o Concílio de Latrão

impedimento é referente a quem ingressou em instituto religioso, ou seja, uma instituição de vida comunitária cujos membros se propuseram, mediante votos públicos e perpétuos, professados de conformidade com estatuto próprio da instituição, de observar os preceitos evangélicos de pobreza, castidade e obediência, dando testemunho público de desprendimento das coisas mundanas.

O rapto é considerado impedimento. Segundo Juan Fornés¹²⁸⁸, tem origem no Concílio de Trento. Está, assim, regulado no cân. 1089: *Inter virum et mulierem abductam vel saltem retentam intuitu matrimonii cum ea contrahendi, nullum matrimonium consistere potest, nisi postea mulier a raptore separata et in loco tuto ac libero constituta, matrimonium sponte eligat*¹²⁸⁹. É um impedimento decorrente de um fato delituoso que tem como pressuposto a proteção da liberdade da mulher, a qual não deve ser induzida a realizar um negócio jurídico tão significativo e desafiante como o matrimônio sob uma condição de coação física.

O crime é outro importante impedimento. Quem, com a intenção de contrair matrimônio com outra pessoa, causa a morte do cônjuge desta ou do seu próprio cônjuge, tenta invalidamente o matrimônio. É o ditame do cân. 1090, § 1: *“Qui intuitu matrimonii cum certa persona ineundi, huius coniugi vel proprio coniugi mortem intulerit, invalide hoc matrimonium atentat”*. Simili modo, tentam, também, invalidamente o matrimônio entre si aqueles que, por mútua cooperação física ou moral, causaram a morte do cônjuge (cân. 1090, § 2)¹²⁹⁰. Acrescente-se ainda o impedimento de honestidade pública. É chamado também quase-afinidade, em razão de sua similitude. Surge na relação do matrimônio inválido, após a convivência comum, ou do concubinato notório e público, bem como entre o homem e os consanguíneos da mulher e vice-versa¹²⁹¹. Sobre ele esclarece Leon Carbonero¹²⁹²: *“Se llama*

(1123), no papado de Calixto II, a proclamar a nulidade de tais matrimônios. Essa doutrina foi contestada pela Reforma Protestante, por Lutero. O Concílio de Trento, no entanto, a confirmou, condenando a incontinência protestante. Vide CARBONERO Y SOL, Leon, cit. p. 109. Sobre o impedimento de castidade, vide PALLEGRINO, P. *L'impedimento dei vincoli religiosi nel matrimonio canonico*. Torino, 2000, p. 78-105.

¹²⁸⁸ FORNÉS, Juan, cit. p. 82; CARBONERO Y SOL, Leon, cit. p. 34.

¹²⁸⁹ Cân. 1089: “Entre um homem e uma mulher arrebatada violentamente ou retida com intuito de casamento, não pode existir matrimônio, a não ser que depois a mulher, separada do raptor e colocada num lugar seguro, escolha espontaneamente o matrimônio”. Não existe impedimento se a mulher consentiu no rapto. Segundo FORNÉS, Juan (cit. p. 82), para a materialização desse impedimento deve se tratar de um homem raptor e de uma mulher raptada, não o contrário. O ato pode consistir tanto na condução ou traslado da mulher, contra a sua vontade, a outro lugar, como a detenção violenta, além do elemento intelectual: *intuitu matrimonii*.

¹²⁹⁰ O delito deve ser consumado e não somente tentado, além de ser praticado com a finalidade específica de contrair matrimônio e o sujeito desse impedimento deve ser católico. VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 51.

¹²⁹¹ FORNÉS, Juan, cit. p. 90. Cf. NOUGARÈDE, M. (cit. p. 14): *“L'honneteté publique est le principe des empêchemens relatifs; ele n'est pas moins essentielle que le consentement, et forme même le premier objet de l'institution du mariage”*.

¹²⁹² CARBONERO Y SOL, Leon, cit. p. 84.

pública honestidade, ó cuasi afinidade, al parentesco que se contrae por los esponsales válidos, y por el matrimonio rato e cconsumado”.

O parentesco é impedimento constante nos cân. 1091 a 1094. É o impedimento da consanguinidade que Vitali e Berlingò assim o definem: *“Per consanguinettà si intende il vincolo che lega, in liena retta, le persone che descendono l’una dall’altra. In linea obliqua o collaterale, le persone che non descendono l’una dall’altra, ma hanno uno stipite in commune”*¹²⁹³. Segundo Juan Fornés¹²⁹⁴, esse impedimento tem por escopo tutelar a família, para que as mais íntimas relações que ocorrem naturalmente no ambiente doméstico não ultrapassem seus próprios limites. São considerados impedimentos de direito divino-natural, no caso dos ascendentes com os descendentes, legítimos ou naturais, como sentenciam o cân. 1091, § 1: *“In linea recta consanguinitatis matrimonium irritum est inter omnes ascendentes et descendentes legítimos tum naturales”*¹²⁹⁵. Na linha colateral, à luz do § 2 do mesmo cânone, o impedimento vai até o 4º grau, inclusive. Tem aparência com o impedimento precedente, contudo não é igualmente limitado. Os impedimentos referentes ao parentesco não derivam somente da honestidade pública. Eles se originam de causas mais graves, ou seja, o liame ou vínculo da consanguinidade. Na expressão de M. Nougarede, *“le mariage ne seroit pas seulement déshonnéte, il seroit puni par les lois comme impie et incestueux”*¹²⁹⁶.

O parentesco legal é também motivo de impedimento. É o resultante da *adoptio*, como prevê o cân. 110: *“Filii, qui ad normam legis civilis adoptati sint, habentur ut filii eius vel eorum qui eos adoptaverint”*¹²⁹⁷. Por consequência, aplica-se a regra do cân. 1094: *“Matrimonium inter se valide contrahere nequeunt qui cognatione kegali ex adoptione orta, in linea recta aut in secundum grado lineae collateralis, coniuncti sunt”*¹²⁹⁸. As relações de afinidade constituem, também, impedimento matrimonial. É o liame que vincula um cônjuge aos parentes do outro cônjuge. Podem ocorrer, também, na linha reta (sogra, sogro, genro e nora) e na linha colateral (cunhados). Resultam, portanto, de uma outra relação necessária que o casamento faz aflorar entre um esposo e os parentes do outro. É chamada “afinidade ou parentesco por aliança”, porque as duas famílias, antes separadas, aproximam-se e se unem pelo

¹²⁹³ VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 51s.

¹²⁹⁴ FORNÉS, Juan, cit. p. 88.

¹²⁹⁵ Cân. 1091, § 1: Na linha reta de consanguinidade, é nulo o matrimônio entre todos os ascendentes e descendentes, tanto legítimos como naturais.

¹²⁹⁶ NOUGARÈDE, M. (cit. p. 89).

¹²⁹⁷ Cân. 110: “Os filhos que tenham sido adotados de acordo com a lei civil são considerados filhos daquele ou daquela que os adotaram”.

¹²⁹⁸ Cân. 1094: “Não podem contrair validamente matrimônio entre si os que estão ligados por parentesco legal surgido de adoção, em linha reta ou no segundo grau da linha colateral”. Vide FORNÉS, Juan, cit. p. 93.

matrimônio de um dos seus membros¹²⁹⁹. A afinidade na linha reta torna nulo o matrimônio em qualquer grau, *ex vi* do cân. 1092.

3.6.4 Da presunção de validade ou “favor matrimônio”

O “favor matrimônio” é considerado como princípio geral, tendo como fundamento a presunção em favor da validade dos atos jurídicos, estabelecida pelo cân. 124, § 2: “*Actus iuridicus quoad sua elementa externa rite positus praesumitur validus*”¹³⁰⁰. Está também fundamentado na necessidade de tutelar o sacramento, evitando sua administração inválida¹³⁰¹. Está previsto no cân. 1060: “*Matrimonium gaudet favore iuris; quare in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur*”¹³⁰².

3.6.5 Da forma de celebração

3.6.5.1 Antecedentes

Nos primeiros séculos não existia uma forma ou ritos específicos para a celebração do matrimônio. No século II (ano 110) Santo Inácio, bispo de Antioquia, aconselhava que o casamento tivesse a aprovação episcopal, porém sem referência a ritos. Os cristãos casavam-se de acordo com os costumes judaicos e, até, de outras culturas, como propala o Discurso de

¹²⁹⁹ NOUGARÈDE, M. (cit. p. 96). Nesse contexto, aplica-se o princípio do *ius romanum*: “*Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit, namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis*” (D.38,10,4,3): (Afins são os cognados do marido e da mulher, chamados assim porque pelas núpcias se unem as cognações que são entre si diversas e a um se aproxima o afim de outra cognação, porque a causa de unir-se a afinidade provém das núpcias).

¹³⁰⁰ Cân. 124, § 2: Um ato jurídico, realizado de modo devido no que se refere a seus elementos externos, presume-se válido.

¹³⁰¹ HORTAL, Jesús. *Comentarios do Código Canônico*. Cân. 1060 (p. 480). Segundo TABORDA, Francisco (cit. p. 72), o decreto *Tametsi*, ao institucionalizar a cerimônia religiosa, fê-lo para combater os casamentos clandestinos, não pela necessidade do ato litúrgico, mas para que o matrimônio fosse sacramento.

¹³⁰² Cân. 1060: O matrimônio goza do favor do direito; portanto, em caso de dúvida, deve-se estar pela validade do matrimônio, enquanto não se prova o contrário. Segundo FORNÉS, Juan. (cit. p.45), esses princípios constituem uma expressão do legislador, como interpretação subsidiária do disposto nos cânones 17 e 19 do Código Canônico. Cân. 17: As leis eclesíásticas devem ser entendidas segundo o sentido próprio das palavras, considerado no texto e no contexto; mas se o sentido continua duvidoso e obscuro, deve-se recorrer aos lugares paralelos, se os houver, à finalidade e às circunstâncias da lei, bem como à mente do legislador. Cân. 19: Se a respeito de determinada matéria falta uma prescrição expressa da lei, universal ou particular, ou um costume, a causa, a não ser que seja penal, deve ser dirimida, levando-se em conta as leis dadas em casos semelhantes, os princípios gerais do direito aplicados com equidade canônica, a jurisprudência e a praxe da Cúria Romana, a opinião comum e constante dos doutores”. Segundo VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore (cit. p. 21), a única condição para que possa aplicar-se o princípio “*favor matrimonii*” é que o negócio seja considerado, ao menos, como fato jurídico e não se possa validar a conformidade do ordenamento, no sentido de que o princípio em exame é um vínculo que possa ser reconhecido ou se deve decidir pela sua nulidade ou pela sua validade.

Diogneto¹³⁰³. A partir do século V, surgem indícios da existência de uma bênção sacerdotal em nome da Igreja. A pouco e pouco desenvolveram-se alguns ritos simbólicos, originários de costumes bíblicos e até de outras culturas, como a romana: anéis, coroas, vestido e véu da noiva, junção das mãos (*dextrarum iunctio*), prendas, esponsais e arras esponsalícias. Surgiram, também, textos para que a cerimônia tivesse um sentido verdadeiramente cristão e eclesial. Dessa forma, originaram-se as divesas liturgias no Ocidente e no Oriente. Contudo foi a partir do Concílio de Trento, com a promulgação do Decreto *Tametsi*, de 1563¹³⁰⁴, que passou a ser necessária a bênção do sacerdote como *conditio* para a validade do matrimônio.

3.6.5.2 Forma canônica atual

O Concílio Vaticano II estabeleceu orientações para um novo ritual para a celebração do matrimônio, relacionando-o com a palavra sagrada e a eucaristia. Permitiu, ainda, às conferências episcopais fazerem adaptações próprias¹³⁰⁵.

O Catecismo da Igreja, na secç. 1621 estabelece:

“No rito latino, a celebração do matrimônio entre dois fiéis católicos, normalmente ocorre dentro da Santa Missa, em vista do vínculo de todos os sacramentos com o mistério pascal do Cristo. Na Eucaristia se realiza o memorial da nova aliança, na qual Cristo se uniu para sempre à Igreja, sua esposa bem-amada, para a qual se entregou”.

Daí a conveniência de que os cônjuges recebam a Eucaristia, para confirmar a promessa de doação de um ao outro, ligando-se à oferenda do próprio Cristo com sua Igreja, que se torna presente no Sacrifício Eucarístico. E assim, comungando no mesmo corpo e no mesmo sangue de Cristo, eles se tornam um.

Segundo Jesús Hortal¹³⁰⁶, forma canônica do matrimônio é o conjunto “dos requisitos extrínsecos que a legislação canônica exige para que o matrimônio seja válido”. Dela se distingue a “forma essencial”, sem a qual não pode existir o matrimônio, que é a manifestação inequívoca do consentimento. Não deve ser confundida com a “forma litúrgica”, ou seja, com os ritos e cerimônias que acompanham a forma canônica, exigidos para a sua liceidade. A forma canônica do matrimônio foi instituída pelo decreto *Tametsi* do Concílio de Trento, mas que não

¹³⁰³ Vide nota 968.

¹³⁰⁴ VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 122. Vide nota 1166.

¹³⁰⁵ Vide ARIAL, Arras. *Dicionário elementar da liturgia*.

In: http://www.portal.ecclesia.pt/ecclesiaout/liturgia_site/dicionari

¹³⁰⁶ HORTAL, Jesús, cit. p. 500. Vide VITALI, Enrico e BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 122.

era observada em todo o mundo. Somente com o decreto *Ne Temere*, de 02 de agosto de 1907, promulgado pela Sagrada Congregação do Santo Ofício, ela se tornou universal. Contudo, o Concílio Vaticano II introduziu algumas modificações referentes aos matrimônios mistos¹³⁰⁷. A forma jurídica está regulada pelo cân. 1108, § 1:

*“Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram loci Ordinario aut parocho aut sacerdote vel diacono ab alterutro delegato qui assistant, necnon coram duobus testibus, secundum tamen regulas expressas in canonibus qui sequuntur, et salvis exceptionibus de quibus in cann. 144, 112, § 1, 1116 et 1127, §§ 1-2”*¹³⁰⁸.

A forma jurídica da celebração passou por três fases fundamentais. A primeira foi até o Concílio de Trento; a segunda, teve início a partir da determinação conciliar estabelecida pelo referido conclave, através do decreto *Tametsi*, de 1563; a terceira surgiu com as modificações introduzidas pelo decreto *Ne Temere*, de Pio X, em 1907. Esta última fase constava do Código Canônico de 1917 e, com novas modificações, passou a integrar o código vigente¹³⁰⁹.

¹³⁰⁷ *Ibidem*. VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 123.

¹³⁰⁸ Cân. 1108: “Somente são válidos os matrimônios contraídos perante o ordinário local ou o pároco, ou um assistente, ou um sacerdote ou diácono delegado por qualquer um dos dois como assistente, e além disso perante duas testemunhas, de acordo, porém, com as normas estabelecidas nos cânones seguintes, e salvas as exceções contidas nos cânones 144, 1112, § 1, 1116 e 1127, §§ 1-2”. Os cânones citados assim dispõem: Cân. 144: No erro comum de fato ou de direito, bem como na dúvida positiva e provável, seja por direito, seja de fato, a Igreja supre, para o foro tanto externo como interno, o poder executivo de regime. 1112, § 1: Onde faltam sacerdotes e diáconos, o bispo diocesano, com o prévio voto favorável da conferência dos bispos e obtida a licença da Santa Sé, pode delegar leigos para assistirem aos matrimônios. 1116, § 1: Se não é possível, sem grave incômodo, ser o assistente competente de acordo com o direito, ou não sendo possível ir a ele, os que pretendem contrair verdadeiro matrimônio podem contraí-lo válida e licitamente só perante as testemunhas: 1º em perigo de morte; 2º fora de perigo de morte, contanto que prudentemente se preveja que esse estado de coisas vai durar por um mês. § 2: Em ambos os casos, se houver outro sacerdote ou diácono que possa estar presente, deve ser chamado, e ele deve estar presente à celebração juntamente com as testemunhas, salva a validade do matrimônio só perante as testemunhas. 1127, § 1: No que se refere à forma a ser empregada nos matrimônios mistos, observem-se as prescrições do cân. 1108; mas, se a parte católica contrai matrimônio com outra parte não católica de rito oriental, a forma canônica deve ser observada só para liceidade; para a validade, porém, requer-se a intervenção de um ministro sagrado. Sobre a forma jurídica do matrimônio, Vide GISMONDI, P. *La elebrazione dcel matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonicqa sino al concilio tridentini*. Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e Storia del diritto, 1948, VI, Milano, 1951; *L’attuazione doutrinaria e pratica delle norme tridentine sulla forma del matrimonio*. In Revista It. Scienc Giurid. 1952-1954, pp. 283s; WARGNON, H. *La forme ordinaire du mariage canonique*. In La Chiesa dopo il Concilio II,2. Milano, 1072, pp. 1381s; FORNES, Juan, cit. p. 159.

¹³⁰⁹ Segundo FORNÉS, Juan (cit. p. 160), até o Concílio de Trento não havia uma forma *ad valitatem* para a celebração do matrimônio. Era fundamental a existência do consentimento dos contraentes. Daí a validade dos matrimônios clandestinos que não eram contraídos publicamente ou *in facie Ecclesiae*. Não obstante serem proibidos pela Igreja, não se podia negar sua licitude e eram, portanto, válidos, porquanto fundados no *consensus* das partes. Isto podia acarretar, porém, ocorrência de conflitos, diante da possibilidade da existência de dois matrimônios contraídos pela mesma pessoa, um oculto ou clandestino e outro público ou *in facie Ecclesiae*. Com o advento do Concílio de Trento, mais precisamente com o decreto *Tametsi*, de 1563, foi estabelecida uma forma determinada para a celebração do matrimônio válido, cujas razões estavam na conveniência e seguridade jurídicas, como constava no preâmbulo do referido documento. O decreto *Ne Temere*, de 02 de agosto de 1907, de Pio X, sanaria as dificuldades apresentadas, trazendo algumas inovações.

Com base na forma canônica de celebração, o código vigente preconiza que somente são válidos os matrimônios celebrados perante um ministro eclesiástico (pároco, sacerdote ou diácono delegado por qualquer dos dois como assistente)¹³¹⁰, além de duas testemunhas (cân. 1108)¹³¹¹. Após a celebração, o matrimônio deverá ser registrado, o mais rápido possível, no Livro de Casamentos, constando os nomes dos cônjuges, do assistente, das testemunhas, o lugar e a data da celebração (cân. 1121, § 1.). Deverá também ser registrado nos livros de batizados em que o batismo dos cônjuges está registrado (cân. 1122, § 1)¹³¹².

3.6.6 Efeitos do matrimônio

Entre seus efeitos, o matrimônio estabelece que nasce entre os cônjuges um vínculo perpétuo (cân. 1134). Alerta-se para o gravíssimo dever dos pais na educação dos filhos nas dimensões física, social e cultural, como também moral e religiosa. (cân.1136). Considera legítimos os filhos nascidos do matrimônio válido (cân. 1137)¹³¹³. No cân. 1138, § 1, consagra o princípio romano da paternidade: “*Pater is est, quem iustae nuptiae demonstrat (...)*”¹³¹⁴. Reconhece também a presunção de legitimidade dos filhos nascidos até cento e oitenta dias depois da data da celebração do matrimônio, ou dentro de trezentos dias subsequentes à sua dissolução (cân. 1138, § 2). Reconhece, além disso, a legitimação dos filhos ilegítimos pelo subsequente matrimônio dos pais, válido ou putativo, ou por rescrito da Santa Sé (cân. 1139).

3.6.7 Convalidação do matrimônio

¹³¹⁰ Cân.1112, § 1: Onde não houver sacerdote ou diácono, o bispo diocesano, com prévio voto favorável da conferência dos bispos, e mediante licença da Santa Sé, pode delegar leigos para assistirem aos matrimônios.

¹³¹¹ Cân. 1116, § 1: Se não for possível, sem grave incômodo, a presença do assistente conforme o direito, ou não sendo possível ir a ele, os pretendentes ao matrimônio poderão contraí-lo validamente e licitamente só perante as testemunhas, nos seguintes casos: perigo de morte; fora de perigo de morte, desde que prudentemente se preveja que essa situação vai durar por um mês; em ambos os casos, se houver outro sacerdote ou diácono presente, juntamente com as testemunhas.

¹³¹² Cân. 1123: No caso de matrimônio validado no foro externo, ou quando declarado nulo ou legitimamente dissolvido sem ser por morte, deve ser registrado no Livro de Casamentos e de Batizados pelo pároco da celebração.

¹³¹³ Cf. VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore (cit. p. 134): “*La legge canônica distingue tra figli legittimi ed illegittimi. Sono legittimi i figli nati o concepiti da matrimonio valido o putativo (cân. 1137), illegittimi tutti gli altri.* Segundo os autores, para ser filho legítimo, são necessários quatro requisitos: a) que os genitores estejam unidos em matrimônio; b) que o marido seja o pai; c) que a mulher seja a mãe; que o filho tenha nascido na constância do matrimônio. HORTAL, Jesus, nos comentários ao Código Canônico, 12 ed. revista e ampliada com a legislação complementar da CNBB (cit. p. 513), esclarece que, atualmente, a legitimidade ou ilegitimidade de nascimento são irrelevantes no direito canônico comum, não existindo mais a irregularidade dos ilegítimos. Pode, contudo ter algumas consequências no direito particular referente, por exemplo, aos institutos de vida consagrada.

¹³¹⁴ D. 2,4,5. Vide notas 46, 47, 48 e 68, cap. I.

Pode ocorrer que um matrimônio celebrado seja inválido, em razão de existência de impedimento dirimente, por vício de consentimento ou pela não observância da forma de celebração. Se os cônjuges entenderem, entretanto, de resgatar o vínculo matrimonial, a Igreja coloca à disposição deles um instrumento eficaz para o saneamento desse óbice: a convalidação. Está regulamentada nos cânones 1156-1160. Consiste na revalidação de um matrimônio considerado nulo, em razão da existência de impedimentos ocultos, desde que eles deixem de existir naturalmente ou por dispensa. Para que possa ocorrer, faz-se necessária a existência de alguns pressupostos: aparência de matrimônio; extinção ou cessação da causa de nulidade; continuidade do consentimento da outra parte¹³¹⁵.

A aparência de matrimônio é decorrente de ter ele sido celebrado de conformidade com a forma jurídica, ou seja, a forma *ad valitatem* exigida pela legislação canônica. A cessação da causa de nulidade ocorre quando do desaparecimento do fato que originou o impedimento, a idade, por exemplo. A dispensa do impedimento está disposta no cân 1161, § 1, do Código Canônico, que dispõe:

*“Matrimonii irriti sanato in radice est eiusdem, sine renovatione consensus, convalidatio, a competenti auctoritate concessa, secumferens dispensationem ab impedimento, si adsit, atque a forma canônica, si servata non fuerit, necnon retroactionem effectuum canonicorum ad praeteritum”*¹³¹⁶.

3.6.8 Da separação e dissolução do vínculo.

O código canônico, no capítulo IX, trata da separação dos cônjuges, estabelecida em dois artigos: o primeiro relativo à dissolução do vínculo; o segundo referente à separação conjugal com a permanência do vínculo. Em consonância com a lei natural, a doutrina da Igreja ensina que o matrimônio sacramental, validamente contraído e consumado, só pode ser dissolvido pela morte. Jamais poderá ser anulado. A indissolubilidade é uma das propriedades essenciais do matrimônio canônico. Está fundamentada numa regra do direito divino positivo, sancionada por Jesus Cristo, na sentença: *“Quod ergo Deus coniunxit homo non separet”*¹³¹⁷. Nenhum poder humano, público (Igreja) ou privado (vontade das partes) pode rescindir o

¹³¹⁵ Cân. 1158, § 1-2. Vide FORNÉS, Juan, cit. p. 187s; VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 142s.

¹³¹⁶ Cân. 1161, §1: O saneamento radical de um matrimônio nulo é sua convalidação, sem renovação de consentimento, concedida pela autoridade competente, trazendo consigo a dispensa do impedimento, se o houver, e também da forma canônica, se não tiver sido observada, como ainda a retrotração dos efeitos canônicos do passado.

¹³¹⁷ Mt. 19,6: Não separe o homem o que Deus uniu.

vínculo matrimonial¹³¹⁸. Pode acontecer, às vezes, que, não obstante as aparências, nunca tenha havido matrimônio, ante a ocorrência de uma das seguintes hipóteses: em razão de algum vício de ou falha de consentimento dos nubentes¹³¹⁹; em razão da existência de impedimentos dirimentes¹³²⁰; por falta da forma canônica na celebração¹³²¹.

A indissolubilidade da união é ressaltada no cân. 1056: “*Essentiales matrimonii proprietates sunt unitas et indissolubitas, quae in matrimonio christiano ratione sacramenti peculiarem obtinent firmitatem*”¹³²². É reafirmada no cân. 1141: “*Matrimonium ratum et consumatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest*”¹³²³. Ela constitui uma característica do vínculo conjugal, presente, desde os primórdios, na consciência e na vida dos cristãos, como asseguram vários textos do evangelho: Mt. 19,6; 19,3-5; Mc.10,2-6¹³²⁴. Segundo Jesús Hortal¹³²⁵, significa a impossibilidade da dissolução do vínculo conjugal, exceto por morte de um dos contraentes. A indissolubilidade se completa com a unidade, que é a impossibilidade de uma pessoa ficar ligada, simultaneamente por dois vínculos conjugais, constituindo a bigamia. Elas constituem as propriedades essenciais do matrimônio, firmadas pelo direito divino e humano. A regulamentação dessa matéria encontra-se no art. 1º do cap. IX do vigente Código Canônico, que trata da dissolução do vínculo e no art. 2º do

¹³¹⁸ VITALI, Enrico. BERLINGÒ, Salvatore, cit. p. 136.

¹³¹⁹ BITTENCOURT, Estevão. *Nulidade do casamento*. Revista Pergunte e Responderemos, nº 373, junho de 1993. p. 242-259. São falhas de consentimento: incapacidade para consentir (cân. 1095); ignorância (cân. 1095); erro (cân. 1097-1099); simulação (cân. 1101); violência ou medo (cân. 1103); condição não cumprida (cân. 1102).

¹³²⁰ São impedimentos dirimentes: idade (cân. 1083); impotência (cân.1084); vínculo (cân. 1085); disparidade de culto (cân. 1086); ordem sacra (cân.1087); profissão religiosa perpétua (cân. 1088); raptos (cân.1089); crime (cân. 1090); consaguinidade ou parentesco (cân. 1091); afinidade (cân. 1092); honestidade pública (cân. 1093); parentesco legal por adoção (cân. 1094).

¹³²¹ Cân. 1108 – 1123.

¹³²² Cân. 1056: “As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que no matrimônio cristão recebem firmeza especial em virtude do sacramento”. A indissolubilidade e a unidade confundem-se, são inseparáveis e se projetam para sempre nesta vida, buscando a perfeição inerente à dignidade da pessoa humana, encontrando limite somente na morte. É a consolidação das fontes divinas, tanto do antigo quanto do novo testamento: “(...) *erunt in carnem una* (Gen. 2,24), *vide nota 1.060*; “*Quod Deus coniungit, homo non separet* (Mt. 19,6), *vide nota 1.131*. FORNÉS, Juan, cit. p.36. Cf. VITALI, Enrico e BERLINGÒ, Salvatore (cit. p. 18): “*L’unità del matrimonio consiste nell’unicità ed esclusività del vincolo, nel senso che un solo uomo può essere unito in matrimonio con una sola donna (ed ovviamente vice-versa)*”. O contrário seria a poligamia. Prossegue o mesmo autor (*ibidem*) “(...) *L’indissolubilità consiste nella unità proiettata nel tempo, ossia, nella perpetuità del matrimonio*”.

¹³²³ Cân. 1141: “O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte”. Cf. CURA, António A. Vieira. *O dever de consciência dos casados catolicamente de não pedirem o divórcio nos tribunais civis*. Família, consciência, secularização e religião. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 227: “Infelizmente a dissolução de casamento de católicos por divórcio é tão frequente como a de casamentos civis”. O autor aponta o individualismo e a concepção egoística da felicidade, características dos tempos atuais, como fatores determinantes para que, facilmente, o compromisso solene assumido pelos cônjuges seja esquecido. E, assim, o dever moral de não pedirem a dissolução do matrimônio reluta contra a realidade divorcista que permeia a sociedade, facilitada por uma legislação “inspirada por um patente *favor divortii*”.

¹³²⁴ Vide notas 1131 e 1133 supra.

¹³²⁵ HORTAL, Jesús. *O que Deus uniu. Lições de direito matrimonial canônico*, cit. p. 29.

mesmo capítulo, que versa sobre a separação, permanecendo o vínculo ou separação propriamente dita.

Segundo Juan Fornés¹³²⁶, há de se distinguir três noções especialmente importantes: nulidade do matrimônio¹³²⁷; dissolução do matrimônio; separação conjugal. A nulidade indica que o vínculo conjugal não se formou e, portanto, não existe, em razão de impedimento, vícios de consentimento, ou, ainda, por defeito da forma essencial ou estrutural, não tendo gerado, por consequência, os direitos e deveres conjugais. A nulidade é declarada após o devido processo legal, nos termos dos cânones 1671 a 1691. O Código Canônico confirma a indissolubilidade da união (cân. 1141)¹³²⁸ e possibilita a dissolução nos seguintes casos:

a) Matrimônio não consumado¹³²⁹ entre batizados, ou entre uma das partes batizada e outra não. A competência do ato é do sumo pontífice, por justa causa, a pedido de ambas as partes ou de uma delas, mesmo que a outra se oponha (cân.1142).

b) Matrimônio celebrado entre duas pessoas não-batizadas. Dissolve-se pelo privilégio paulino¹³³⁰ (1cor. 7, 12-15) em favor da fé da parte que recebeu o batismo ou pelo próprio fato de esta parte contrair novo matrimônio¹³³¹, desde que o não-batizado se afaste (cân. 1143, § 1)¹³³².

O cân. 1148, § 1, trata do privilégio petrino, ou da fé¹³³³, de certa forma uma extensão do privilégio paulino. Poderá ocorrer quando o não-batizado, tendo recebido o batismo na Igreja Católica, tiver, simultaneamente, várias esposas não-batizadas. Sendo-lhe impossível ficar com a primeira, poderá ficar com qualquer uma delas, deixando as outras. O mesmo poderá acontecer com a mulher não-batizada que tenha, ao mesmo tempo, vários maridos não-

¹³²⁶ FORNÉS, Juan, cit. p. 195s.

¹³²⁷ Sobre nulidade do matrimônio e do procedimento dos tribunais eclesiásticos *in causa*, vide Encíclica *Dignitas Connubii*, elaborada pelo Pontifício Conselho de Textos Legislativos, com a colaboração da Congregação para a Doutrina da Fé, da Congregação para o Culto Divino e a Disciplina dos Sacramentos, do Tribunal da Assinatura Apostólica e Tribunal da Rota Romana, no pontificado de João Paulo II, publicada em 25 de janeiro de 2005

¹³²⁸ Vide nota 1323.

¹³²⁹ À luz do cân. 1061, § 1, matrimônio não consumado é aquele que os cônjuges, entre si, não realizaram, de modo humano, o ato conjugal apto por si para a geração da prole.

¹³³⁰ Vide notas 1.149 e 1.152. Cf. VITALI, Enrico; BERLINGÒ, Salvatore (cit. p. 139): “*Per privilegio paolino possono essere sciolti i matrimoni validamente celebrati tra non battezzati (infideli), anche se consumati, quando ricorrono tre condizioni: a) uno dei due coniugi si converte alla fede cristiana e riceve il battesimo; b) l’altro, rimasto infedele, si separa dal coniuge convertito, cioè, si rifiuta di coabitare con lo stesso pacifico, sine contumelia Creatoris (cân. 1143); c) interpellato dall’Ordinario del luogo, di regola dopo il battesimo del coniuge convertito, per comunicare se anche egli voglia ricevere il battesimo o, almeno, voglia coabitare pacificamente con la parte battezzata, si astiene dal rispondere, oppure risponde negativamente*”.

¹³³¹ Cf. cân. 1144. Para que a parte batizada possa contrair novo matrimônio, a não-batizada deve ser interpelada se não quer, também, receber o batismo; ou se quer coabitar pacificamente com a parte batizada, sem ofensa ao Criador. A interpelação deverá ser feita pelo ordinário local da parte batizada (cân. 1145, § 1).

¹³³² À luz do cân. 1143, § 2, considera-se o não afastamento da parte não-batizada quando não quiser coabitar pacificamente sem ofensa ao Criador, a não ser que esta tenha dado motivo para o afastamento a parte batizada.

¹³³³ O privilégio petrino tem especial aplicação nos países muçulmanos onde vigora a poligamia.

batizados¹³³⁴. Na dissolução, existe o vínculo conjugal, todavia há uma ruptura ocasionada pela morte de um dos cônjuges ou em certos casos excepcionalíssimos contemplados pelo ordenamento jurídico canônico¹³³⁵.

Mesmo no caso de separação conjugal, o vínculo também existe, porém ocorre uma suspensão de direitos e deveres conjugais, sem ruptura da relação. É um insituto típico do direito canônico, adotado e consolidado pelo cristianismo. Está regulado nos cânones 1151-1155. Não se trata de perda ou extinção do liame, mas de uma suspensão de seus efeitos ou do seu exercício¹³³⁶. Conforme Jesús Hortal¹³³⁷, “o adultério é reconhecido como causa de separação perpétua, mas deve tratar-se de um adultério verdadeiro, formal, certo, não consentido, nem perdoado, nem compensado pelo cônjuge inocente”. Segundo acrescenta, outras causas não dão lugar à separação perpétua, mas apenas temporária, enquanto durar (cân. 1153). A separação, portanto, poderá ser perpétua ou temporal. A única causa que dá origem à primeira é o adultério. A respeito, assim dispõe o cân 1152, § 1:

*“Licet enixe commendetur ut coniux caritate christiana motus et boni familiae sollicitus, veniam non abnuat comparti adulterae atque vitam coniugalem non disrumpat, si tamen eiusdem culpam expresse aut tacite non condoverit, ius ipsi est solvendi coniugalem convictum, nisi in adulterium consenserit aut eidem causam dederit aut ipse quoque adulterium commiserit”*¹³³⁸.

¹³³⁴ Cf. HORTAL, Jesús (cit. p. 516). Nesses casos, trata-se de matrimônios contraídos na infidelidade de ambos os cônjuges, havendo a conversão e o batismo posterior de um deles, resultando dificuldades sérias para a convivência comum. Essas dificuldades não provêm de culpa do cônjuge não-batizado, mas de circunstâncias que lhe são alheias: a poligamia anterior ao batismo. O mesmo ocorre, conforme cân. 1149, quando o não-batizado, após receber o batismo na Igreja Católica, em razão de cativo ou perseguição, não puder restabelecer a coabitação com o cônjuge não-batizado. Poderá contrair novo matrimônio, mesmo que a outra parte, nesse ínterim, tenha recebido o batismo. Importante esclarecer que a Igreja não pode dissolver um matrimônio sacramental válido contraído e consumado pelo princípio do cân. 1141: “*nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest*”. Vide nota 1323.

¹³³⁵ FORNES, Fornés, cit. p. 195s.

¹³³⁶ *Ibidem*, p. 196.

¹³³⁷ HORTAL, Jesús, cit. p. 519.

¹³³⁸ Cân. 1152, § 1: Embora se recomende vivamente que o cônjuge, movido pela caridade cristã e pela solicitude do bem da família, não negue o perdão ao outro cônjuge adúltero e não interrompa a vida conjugal, se não tiver expressa ou tacitamente perdoado sua culpa, ele tem o direito de dissolver a convivência conjugal, a não ser que tenha consentido no adultério, lhe tenha dado causa ou tenha também cometido adultério”.

CAPÍTULO IV

O CASAMENTO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

4.1 Considerações gerais

Este capítulo versa sobre o casamento no direito civil brasileiro atual, no que concerne às influências absorvidas do direito romano e do direito canônico. Estabelece, portanto, uma correlação com o tema da tese: *Iustae nuptiae vel matrimonium*: direito romano, cristianismo e reflexos sobre o direito civil brasileiro.

Através do tempo, o casamento constituiu uma das formas mais expressivas de relacionamento, no seu significado humano mais sublime: a identidade de duas pessoas, homem e mulher, que se unem na concretização de um sonho, movidos pelo sentimento do amor¹³³⁹. Existiu em todas as épocas, entre todos os povos, como anota M. Nougarede: “*Les lois du mariage ont toujours occupé le premier rang dans le droit civil, parce que cette société primitive est l’origine et le fondement de toutes les sociétés politiques*”¹³⁴⁰.

Na concepção do autor do projeto do Código Civil português, Antônio Seabra, o casamento é um contrato natural, civil e religioso. Natural porque, para o negar, seria necessário negar a distinção dos sexos, de cuja conjunção depende a reprodução do gênero humano; civil

¹³³⁹ Esse sentimento é materializado, de forma magistral, nos versos do poeta brasileiro Vinicius de Moraes: “De tudo ao meu amor serei atento / Antes, com tal zelo, e sempre, e tanto / Que mesmo em face do maior encanto / Dele se encante mais meu pensamento. / Quero vivê-lo em cada vão momento / E em seu louvor hei de espalhar meu canto / E rir meu riso e derramar meu pranto / Ao seu pesar ou seu contentamento, / E assim, quando mais tarde me procure / Quem sabe a morte, angústia de quem vive / Quem sabe a solidão, fim de quem ama / Eu possa me dizer do amor (que tive): Que não seja imortal, posto que é chama / Mas que seja infinito enquanto dure”. (MORAES, Vinicius. *Nova antologia poeta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 40.

¹³⁴⁰ NOUGARÈDE, M. *Jurisprudence du mariage et du divorce*. Paris: Le Mormant, Imprimeur-Libraire, 1817, p. 01.

porque dele resultam a base e o princípio da existência social, sua ordem, bem-estar, direitos e obrigações, assegurados pela autoridade pública. Religioso porque a lei da Igreja abençoa e santifica¹³⁴¹.

As concepções e nuances do matrimônio pagão e cristão refletiram-se no direito civil brasileiro atual, nomeadamente, na concepção, nos requisitos para a sua validade, nos impedimentos que o tornam nulo ou anulável e no cariz monogâmico¹³⁴². Dentre os diversos objetivos atribuídos ao casamento, destaca-se como principal o art. 1.511 do Código Civil brasileiro: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”¹³⁴³. Essa comunhão de vida é impulsionada pelo amor e afeição existentes entre os cônjuges, fundamentada na igualdade e solidariedade recíprocas. Na análise da matéria, à luz do atual ordenamento jurídico civil, constatar-se-á a influência romanista e cristã, destacando-se no citado diploma legal: a monogamia (art.1.521); a idade núbil (art. 1.517); o consentimento e a denegação do consentimento (arts.1.517, *in fine*, e 1.519); os impedimentos matrimoniais (arts. 1.521 e 1.523); a invalidade do casamento (art.1.548); a dissolução da sociedade conjugal (art. 1.571). Será apreciado, também, de forma breve, a união estável (art. 1.723) e o concubinato (art. 1.727).

Como foi visto, o cristianismo elevou o casamento à dignidade de sacramento, considerando-o realizado sob as bênçãos divinas, constituindo uma entidade espiritual e indissolúvel. Assim, durante séculos, foi considerado de natureza religiosa, sendo privativo da Igreja Católica. Todavia, a liberdade de crença e a diversidade de cultos concorreram para a sua secularização¹³⁴⁴. O vínculo dessa união que, sob o primado da religião cristã, foi considerado indissolúvel, deixou de sê-lo no direito brasileiro, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977 e da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que instituiu o divórcio no Brasil.

Na *terra brasilis*, durante a colônia e o império, o casamento realizava-se de conformidade com as leis e costumes lusitanos. E assim, durante todo o período colonial e monárquico, a Igreja Católica monopolizou-o, sob a inspiração das regras do Concílio de

¹³⁴¹ SEABRA, Antônio. *Dois palavras sobre o casamento*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1866, p. 7.

¹³⁴² *Vide* cap. II e III.

¹³⁴³ Esse artigo corrobora a isonomia entre marido e mulher, estabelecida no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal. O art. 226, § 5º, ratifica essa igualdade ao estabelecer: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O código anterior (1916), sob o influxo do *ius romanum*, consagrava o princípio patriarcal, no qual o homem exercia o papel de chefe da família e a mulher sequer era dotada de plena capacidade civil. *Vide* AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* *O novo Código Civil: livro IV, do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 6.

¹³⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. vol. 6, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39; LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102.

Trento¹³⁴⁵ e das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia¹³⁴⁶. Até o advento da República, em 1889, a única forma de casamento era o religioso. Deixou de sê-lo a partir da República, quando da separação entre a Igreja e o Estado (Dec. n° 119-A/1890). Os não católicos não tinham acesso ao matrimônio. O casamento civil somente surgiu em 1891 (Dec. n° 181/1890)¹³⁴⁷. A partir da República, portanto, o casamento foi secularizado, de modo que sua regulamentação deixou de ser privilégio da religião oficial. Passou a vigorar, então, o casamento civil, mesmo que sua celebração fosse religiosa¹³⁴⁸.

A família legítima se fundamentava no casamento indissolúvel, consagrado em todas as constituições brasileiras, exceto a de 1988. Não havia outra forma de convivência legal, senão pelos sagrados laços do matrimônio determinados pela *Sancta Ecclesia* e pela lei civil. A única forma de modificar o vínculo, com a separação dos cônjuges e o encerramento do regime de bens era o desquite. Porém, esse instituto não extinguiu o casamento e, por consequência, impedia novas núpcias, de acordo com o princípio da monogamia. Essa situação, consolidada pelo Código Civil de 1916, foi de difícil assimilação pelo clero e pela população caracteristicamente católica¹³⁴⁹.

Generalizou-se o duplo casamento (civil e religioso), quando a Constituição de 1934 estabeleceu que o casamento religioso teria efeito civil, desde que os nubentes promovessem o

¹³⁴⁵ Sobre o Concílio de Trento *vide* item 3.4.1 e nota 1162, cap. III.

¹³⁴⁶ Sobre as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, *vide* notas 1519 e 1520 *infra*.

¹³⁴⁷ Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 143. Segundo a autora, quando da edição do Código Civil de 1916, era tamanha a sacralização da família que o casamento era o único meio de constituí-la.

¹³⁴⁸ LOBO, Paulo, cit. p. 100. Segundo o autor, o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, do governo provisório, trouxe no seu bojo a separação entre o Estado e a Igreja. A mesma legislação negou qualquer efeito do casamento religioso, chegando a proibi-lo, punindo, com prisão de seis meses, o membro de confissão religiosa que o fizesse. Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1891, no seu art. 72, § 4º, estabelecia: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. A Constituição de 1934 (art. 46) corrigiu essa extravagância. Mesmo admitindo a primeira constituição republicana que a celebração pudesse acontecer perante ministro de qualquer confissão religiosa, exigia a devida habilitação perante a autoridade civil com inscrição no registro público, porque a natureza do casamento era civil. Cf. MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Parte especial, tomo VII. Direito da personalidade. Direito de família: direito matrimonial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 208: “No Brasil, o casamento foi introduzido como medida política associada às tendências republicanas. Na população continuou a ser usado o casamento religioso, estabelecendo-se, com raríssimas exceções, a dualidade de atos. Todas as pessoas casavam duas vezes, uma no civil e outra no religioso. A Constituição de 1934 veio a permitir o casamento religioso com efeitos civis. A de 1937 deixou toda a matéria à legislação ordinária. Era indiferente ao modo da celebração. Podia ser adotado, tão só, o casamento civil, ou as duas formas, ou somente o religioso. A Constituição de 1946 voltou à de 1934. A Constituição de 1988 dirimiu as divergências ao estabelecer, no art. 226, § 1º: “O casamento é civil e gratuita a sua celebração”. § 2º: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”. *Vide* MIRANDA, Pontes, cit. p. 208; DINIZ, Maria Helena, cit. p. 50s. Cf. GAGLIANO, Pablo Storze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol VI. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011, cit. p. 123: “O casamento apenas religioso traduz uma união informal sob a visão exclusivamente jurídica, não sendo oficialmente reconhecido. Nada impede, contudo, que ele possa configurar uma união estável”.

¹³⁴⁹ O Código Civil de 1916, em seu art. 317, assim disciplinava a matéria: “A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I – Adultério; II – Tentativa de morte; III – Sevícia ou injúria grave; IV – Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos”.

devido processo da habilitação perante o oficial de registro, na forma da lei¹³⁵⁰. A referida habilitação poderia ocorrer posteriormente ao casamento religioso, com a apresentação dos documentos legalmente exigidos¹³⁵¹. As constituições posteriores corroboraram esse modelo.

O rito dos esponsais, vigente no direito romano e no casamento cristão, atravessou a fronteira longeva do tempo e deixou resquícios no ordenamento jurídico civil brasileiro, sob a forma de “noivado ou promessa recíproca, que fazem homem e mulher de futuramente se casarem”¹³⁵². Embora a legislação não trate expressamente da matéria, essa exigência existe, por exemplo, quando da pretensão indenizatória por danos causados pelo nubente culpado¹³⁵³. Ressalte-se, contudo, que, diferentemente dos tempos antigos, os esponsais não constituem, hoje, uma exigência. Ela se exauriu diante do conceito de liberdade matrimonial que torna a promessa de casamento em algo simbólico, por não ser obrigatória, podendo ser rompida a qualquer momento pelos noivos¹³⁵⁴.

As formalidades para a realização do casamento existentes no direito romano e, de forma mais elementar, no direito canônico, estão refletidas no ordenamento civil pátrio, especialmente nas condições de habilitação para o ato. Não se pode olvidar que o matrimônio sempre foi o fundamento da sociedade doméstica, ontem, hoje e, certamente, *per omnia*

¹³⁵⁰ Art. 1.515 do CC: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração”. Estabelece o art. 1.516: “O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil. § 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de 90 (noventa) dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação. § 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532. § 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil”.

¹³⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo, cit. p. 44.

¹³⁵² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5. Direito de família. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43s.

¹³⁵³ No ordenamento jurídico brasileiro antigo (Lei de 06 de outubro de 1784), os esponsais tinham natureza contratual, exigindo-se para sua realização escritura pública. Sua inadimplência ficava sujeita à indenização de perdas e danos. A Lei de Casamento Civil de 1890 e o Código Civil de 1916 não tratavam da matéria. O mesmo acontece com o Código Civil atual. Segundo DINIZ, Maria Helena (cit. p. 44), contudo, o rompimento dos esponsais pode acarretar uma responsabilidade extracontratual, cabendo uma ação de indenização por ruptura injustificada. Por analogia, é o que se pode inferir do art. 186 do CC: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Segundo esclarece MIRANDA, Pontes (cit. p. 200), os esponsais foram excluídos como instituição de direito de família, mas ocupam lugar no direito das obrigações, sob a forma de contratos esponsalícios que, em certos casos, permite “a indenização por ato ilícito, com base na promessa de casamento”. *Simili modo* acrescenta NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. V. 5: Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42: “Embora não constituam negócio jurídico, os fatos que gravitam em torno da promessa de casamento podem caracterizar ato ilícito e, como tal, ensejar ação de perdas e danos morais e materiais. Conforme as circunstâncias do rompimento do noivado, é possível que a hipótese reúna os elementos necessários à caracterização do ilícito civil, à luz do disposto no art. 180 da lei civil”.

¹³⁵⁴ DINIZ, Maria Helena, cit. p. 44.

saecula. O conceito romano, de certa forma, é diverso da concepção moderna, assemelhando-se mais à visão cristã que se confunde com a definição de Justiniano, encontrada nas Instituições¹³⁵⁵.

No direito romano clássico, tratava-se de uma relação social reconhecida pelo direito, com caráter duradouro, em razão da consistência e continuidade da vida comum de marido e mulher. Nesse sentido, a definição de Pietro Bonfante é esclarecedora: “*La convivenza dell’uomo e della donna sotto l’autorità del marito com intencione effettiva, continua di essere marito e moglie*”¹³⁵⁶. Para ele, dois requisitos revelam essa convivência e intenção: a *individuum vitae consuetudo* e a *affectio maritalis* ou *uxoris*. Esses requisitos representam o espírito e a essência do matrimônio, sendo determinantes e indicativos de uma vontade duradoura¹³⁵⁷. Contudo, o matrimônio hodierno, à luz do direito civil, passou a ser uma relação artificial, não obstante, também, ser um vínculo estabelecido pelo consentimento, celebrado de forma solene entre o homem e a mulher. Quando estabelecido, esse vínculo produz consequências jurídicas, porque se materializa num aspecto contratual, mas já não tem o caráter de indissolubilidade de outrora.

4.2 Definições de casamento

A ideia básica de casamento, comum a todas as épocas, igual para todos os povos, reside na união entre o homem e a mulher, objetivando a procriação para a realização do projeto da sobrevivência da raça humana. Outras características dão significado a essa relação: o amor, a amizade, o sexo, a convivência, o auxílio mútuo, o companheirismo, enfim, todas essas nuances que ajudam a viver e espantam a solidão. A exemplo da maioria das codificações, o Código Civil brasileiro não apresenta qualquer conceituação de casamento, referindo-se tão somente à indicação de seus fins¹³⁵⁸. Esse fato é comum a outras legislações, como afirmam os civilistas portugueses Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira:

¹³⁵⁵ Vide nota 1364 infra.

¹³⁵⁶ BONFANTE, Pietro, cit. p. 187.

¹³⁵⁷ *Ibidem*, p. 188.

¹³⁵⁸ Vide GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O casamento no direito brasileiro. Aspectos diante da nova Constituição Federal (1988)*. Boletim da Faculdade de Direito, vol LXX. Coimbra, 1994. Segundo DINIZ, Maria Helena (cit. p. 36s), dentre os fins do casamento, destacam-se: a instituição da família matrimonial, a procriação e educação dos filhos, a legalização das relações sexuais, a prestação do auxílio mútuo, o estabelecimento de deveres patrimoniais e a atribuição do nome ao cônjuge. Para os canonistas, a finalidade do casamento é a *procreatio et educativo prolis, mutuum adjutorium, remedium concupiscentiae*. É importante ressaltar que todas as definições, literalmente, justificam o preceito original do casamento indicado pela religião, ao fazerem referência aos primevos da história humana: “*Propter hoc dimittet homo patrem et matrem suam, et adhaerebit uxori sua*” (Gen. 2,24; Mc. 19,9; Mt. 19, 3-6). Vide notas 1058, 1131 e 1133, cap III. Cf. M. NOUGARÉDE, cit. p. 5: “*C’est pourquoi le mari quitte son père et sa mère pour s’attacher à son épouse.*” (Mt. 19, 6).

“Poucas legislações definem o casamento. P. ex., nem no código francês, nem no espanhol, nem no italiano nem no alemão encontramos uma definição do acto matrimonial. E a verdade é que esta omissão não costuma ser censurada pela doutrina. As características do casamento – diz-se – são de tal modo conhecidas que não será possível confundi-lo com uma união de facto”¹³⁵⁹.

Para a doutrina pátria, no entanto, dentre as definições mais antigas, ainda na vigência do vínculo da indissolubilidade, duas são consideradas clássicas. A primeira é de Lafayete Rodrigues: “O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”¹³⁶⁰.

A segunda é de Clóvis Beviláqua:

“O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer”¹³⁶¹.

Expressiva, também, é a definição de Pontes de Miranda, contida na 1ª edição do livro “Direito de família”:

“O casamento é contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer”¹³⁶².

O próprio autor, contudo, por entender a complexidade da definição, termina por simplificá-la: “Casamento é o contrato de direito de família que regula a vida em comum (não só a união sexual) entre marido e mulher”¹³⁶³. Segundo Maria Helena Diniz, “o casamento é o

¹³⁵⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família*, vol. I - *Introdução. Direito matrimonial*. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 166.

¹³⁶⁰ PEREIRA, Lafayete Rodrigues. *Direitos de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 34.

¹³⁶¹ BEVILÁQUA, Clovis. *Direito de família*. Campinas: Red. Livros, 2001, p. 87. Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo (cit. p. 115): Alguns doutrinadores adotam uma linha não contratual para o casamento. Por exemplo, Roberto Ruggiero (*Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 112s) e NADER, Paulo (cit. p. 37) consideram o casamento um negócio jurídico. Outros, como Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39), consideram o casamento uma instituição social. Outros, ainda, como Orlando Gomes, Clóvis Beviláqua, Silvio Rodrigues e Caio Mário da Silva Pereira, entendem que o casamento é um contrato especial de direito de família. Acrescente-se, contudo, que seja como negócio jurídico, contrato especial ou instituição, o casamento alcança a essência de seu objetivo, ao estabelecer a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, nos termos do art. 1.511 do Código Civil brasileiro. A respeito, *vide* NADER, Paulo, cit. p. 51s.

¹³⁶² MIRANDA, Pontes, cit. p.210.

¹³⁶³ *Ibidem*.

vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”¹³⁶⁴. Para Roberto Lisboa, “casamento é a união solene entre sujeitos de sexos diversos entre si, para constituição de uma família e a satisfação de seus interesses personalíssimos, bem como de sua eventual prole”¹³⁶⁵.

De sua parte, Silvio Venosa¹³⁶⁶ faz referências às definições de *nuptiae* encontradas no *ius romanum*¹³⁶⁷. Além disso, transcreve os conceitos de Guillermo Borda (a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida)¹³⁶⁸, de Washington de Barros Monteiro (a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos)¹³⁶⁹ e de Sílvio Rodrigues (O casamento é o contrato do direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestar em mútua assistência)¹³⁷⁰. Sintetizando todas as definições, anota Paulo Lobo¹³⁷¹: “O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.

¹³⁶⁴ DINIZ, Maria Helena, cit. p. 35. A autora ressalta as definições de Modestino e de Justiniano como as mais célebres dentre todas, respectivamente: (D.23,2,1: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*); (I.1,9,1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam consuetudinem vitae continens*). *Simili modo*, a maioria dos civilistas pátrios corrobora a doutrina romanista, ao afirmar: “O fundamento básico do casamento, da vida conjugal (...) é a afeição entre os cônjuges (...) e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida”. Assim, a ruptura dessa união (...), com o divórcio, por exemplo, é “uma decorrência da extinção da *affectio maritalis*, uma vez que a comunhão espiritual e material de vida entre marido e mulher (...) não pode ser mantida ou reconstruída”. As definições de casamento, desde o direito romano, contiveram conteúdo filosófico ou religioso. Mas se desfiguraram no perpassar do tempo com a evolução dos costumes, desaparecendo a referência ao direito divino e à perenidade materializada no *consortium omnis vitae* da definição de Modestino. *Vide* D. 23,2,1 (nota 342, cap. II).

¹³⁶⁵ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 5. *Direito de família sucessões*. 5 ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43.

¹³⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo, cit. p. 39.

¹³⁶⁷ D. 23,2,1; I. 1,9.1. (notas 342 e 343, cap. II)

¹³⁶⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

¹³⁶⁹ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: familia*. Vol. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 45.

¹³⁷⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Direito de família*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

¹³⁷¹ LOBO, Paulo, cit. p. 99.

As definições, em todas as épocas, consagram o casamento como a união permanente de pessoas de sexo diferente¹³⁷², sob os eflúvios da *affectio maritalis*¹³⁷³ e da *honor matrimonii*, tendo por fim a procriação, a ajuda mútua e a educação da prole¹³⁷⁴. Como já assinalado, a doutrina romanista considerava o casamento como um estado civil das pessoas, realizado, no início, sob a inspiração da religião, mas sem forma legal prevista. Contudo, no direito civil

¹³⁷² Não obstante o surgimento de casos esporádicos, já aceitos juridicamente, a diversidade de sexo é *conditio sine qua non* para o casamento, como o é para a união estável. É o que se deflui do Código Civil brasileiro, nos seguintes dispositivos: art. 1.514. “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”; art. 1.517. “O homem e a mulher com 16 anos podem casar (...)”; art. 1.565. “Pelo casamento, homem e mulher assumem, mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos familiares”. Por fim, o art. 1.723 considera como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família. *Simili modo*, prescreve a CF, art. 226, § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Não obstante as definições clássicas e a legislação sobre o casamento, ressaltando a diversidade de sexo, vivencia-se, na atualidade, uma tendência para o reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo, chamada “casamento homoafetivo”. Já existem decisões judiciais sobre o assunto, embora não exista ainda qualquer alteração legislativa. No presente trabalho, essa vertente não é abordada, mesmo porque ele trata do matrimônio na sua forma tradicional e histórica, como preconizada no direito romano, na visão bíblica e, posteriormente, na doutrina cristã. Cumpre ressaltar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece que a união homoafetiva deve ser equiparada à união estável para todos os efeitos, inclusive para a conversão em casamento, aplicando-se o art. 1.726 do CC. *Vide* TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando, cit. p. 64. Segundo FIÚZA, César (cit. p. 991), no Brasil, a lei não regulamenta os casos de casamentos inexistentes, não obstante a doutrina e a jurisprudência terem se manifestado no sentido de seu reconhecimento. O autor anota que três são os casos de casamento inexistentes à luz da doutrina e jurisprudência tradicionais: a) o casamento entre pessoas do mesmo sexo; b) o celebrado, apesar do silêncio ou negativa expressa de uma das partes; c) aquele realizado sem a observação da forma prescrita em lei (art. 1.535 do CC). *Simili modo*, DINIZ, Maria Helena (cit. p. 52), anota: “O casamento tem como pilar o pressuposto fático da diversidade de sexo (CC, arts. 1.514, 1.517 e 1.565; CF, art. 226, § 5º). Se duas pessoas do mesmo sexo (...) convolverem núpcias, ter-se-á um casamento inexistente, uma farsa. Absurdo seria admitir que o matrimônio de duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial. Igualmente será inexistente, se não houver celebração (CC, arts. 1.533 a 1.535), bem como na falta de consentimento”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 265. Em sentido contrário ao entendimento dos doutrinadores que, na interpretação da lei, entendem o casamento como a união entre pessoas de sexo diferente, a autora anota que nem a Constituição nem o Código Civil propõem a diversidade sexual como condição para a realização do casamento. Num contraditório ao pensamento da autora, pode-se acrescentar que a legislação não contempla essa perspectiva, tanto que o casamento homossexual é tido como inexistente. Casos esporádicos, porém, fruto da deformação histórica de alguns magistrados, registram essa relação como união estável. Mas esse *modus procedendi* não é regra nem exceção, é aberração.

¹³⁷³ *Affectio maritalis*. Elemento interior, psicológico, mítico talvez, que induz homem e mulher a se unirem num só sentimento. Consiste na vontade dos contraentes em se tornarem cônjuges.

¹³⁷⁴ Segundo MONTEIRO, Washington de Barros, (cit. p. 41), na concepção supraindividualista da doutrina primitiva, calcada em Santo Agostinho, os objetivos do casamento eram *proles, fides et sacramentum*. Procriação é o objetivo principal do casamento, com base na fidelidade entre os cônjuges. Sacramento é “o instrumento da graça, fazendo da união conjugal um veículo para a santificação”. Em nossos dias, contudo, ainda segundo o autor, a procriação, embora possa ser o objetivo para muitos, não alcança todos os casais. E ressalta a impossibilidade desse fim no casamento *in extremis vitae momentis* e no de pessoas em idade avançada, quando a capacidade *generandis* não acontece mais. A mútua assistência, prevista no art. 231, III, do Código Civil de 1916 e mantida no art. 1.566, III, do Código vigente, é o principal instrumento para que os cônjuges alcancem o bem comum”. GONÇALVES, Carlos Alberto (cit. p. 38), fazendo referência a GONÇALVES, Cunha (*Direitos de família e direito das sucessões*, p. 19), enfatiza que, embora os cônjuges normalmente tenham por objetivo a procriação, tal não ocorre, *ad exemplum*, no casamento *in articulo mortis* que pode dissolver-se logo depois de celebrado. O mesmo ocorre com pessoas de idade avançada ou por questão de saúde, não tendo condição de procriar.

atual, o casamento está incorporado na teoria dos contratos, com a exigência da solenidade de sua celebração e efeitos jurídicos decorrentes¹³⁷⁵.

4.3 Características

Dentre as características do casamento hodierno, destacam-se: a liberdade de escolha dos nubentes, que tem como pressuposto a diversidade de sexos e a solenidade da celebração; o consentimento dos nubentes, revelado pela publicidade e validade do ato; a dissolubilidade da união; a plena e exclusiva comunhão de vida, fundamentada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges; a monogamia¹³⁷⁶. Sintetizando, pode-se dizer, repetindo César Fiúza, que “o casamento é ato formal, plurilateral, *intuitu personae*, dissolúvel, realizado entre pessoas de sexo diferente”¹³⁷⁷.

4.4 Requisitos ou capacidade para contrair casamento

Para que o casamento se constitua regularmente, sempre existiram algumas formalidades que, nos tempos antigos, eram verdadeiros rituais¹³⁷⁸. Os atuais requisitos são: idade, consentimento e ausência de impedimentos.

4.4.1 Idade

A plena capacidade civil é alcançada aos dezoito anos, quando homem e mulher tornam-se aptos a assumir direitos e obrigações na ordem jurídica. A idade núbil, contudo, foi fixada pelo legislador de 2002 aos dezesseis anos. Atingida essa idade, o matrimônio pode ser celebrado, mediante a autorização dos pais ou de seus representantes legais, conforme estatui o art. 1.517 do CC: “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se

¹³⁷⁵ Cf. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho privado, vol.II: derechos reales, de familia e sucesorio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012, p. 181 (citado por LOBO, Paulo, p. 99). Segundo ele a natureza contratual do casamento foi consagrada pelos canonistas, por razões teológicas. Acrescenta que foram os ideólogos da Revolução Francesa, inspirados no liberalismo, que propalaram a natureza contratual.

¹³⁷⁶ A monogamia é princípio prevalente no *ius romanum* e também no direito pátrio, conforme prescreve o CC, art. 1.521. Não podem casar: (...) VI – as pessoas casadas. Vide LISBOA, Roberto Senise, cit. p. 47s.

¹³⁷⁷ FIÚZA, César, *Direito civil: curso completo*. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 965. Segundo o autor, o casamento é um ato formal, porque sua celebração é solene (se houver sido omitido algum requisito de formalidade, o ato é considerado inexistente); plurilateral, porquanto exige a participação de vontades que não se contrariem, mas sejam direcionadas para a consecução de um objetivo comum; *intuitu personae*, porque fundamentado na confiança e na afetividade dos cônjuges; dissolúvel, porque pode ser dissolvido por ato contrário, o divórcio; por fim, deve ser celebrado entre pessoas de sexo diverso. Vide NADER, Paulo, cit. p. 52s.

¹³⁷⁸ Vide nota 239, cap. II.

autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioria civil ¹³⁷⁹.

É possível, no entanto, o casamento de menores de dezesseis anos, nos termos do art. 1.520 do Código Civil: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”¹³⁸⁰. Segundo Dias, em nenhuma dessas hipóteses, contudo, “encontra-se justificativa para autorizar um menor, geralmente uma mulher (ou menina), de 16 anos a casar”. Acrescenta que tal fato faz parte de um passado em que a sacralização do matrimônio era do interesse da família, sobrepujando a vontade do Estado em punir a prática de um crime.

Essas duas hipóteses antes previstas no Código Penal brasileiro foram revogadas¹³⁸¹, porém não significa que o delito deixou de existir. A respeito da extinção da punibilidade, Pablo Storze¹³⁸² observa que ela ocorreu em razão de alteração na lei penal brasileira. Antes, o Código Penal (Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940) estabelecia, no seu art. 108, VII, a extinção da punibilidade quando do “casamento do agente com a ofendida”, ou na hipótese do casamento da ofendida com um terceiro, como acrescenta a Lei n° 6.416/77. A Lei n° 7.209/84 modificou a redação, estabelecendo, no seu art. 107, (...) “VII: – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos capítulos I, II e III do título VI da parte especial deste Código; VIII – pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração”.

A Lei n° 11.106/2005 revogou os citados incisos do art. 107, estabelecendo um novo tipo penal: o estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal vigente¹³⁸³. Na

¹³⁷⁹ Segundo LOBO, Paulo (cit. p. 105), essa disposição legal tem o objetivo de restringir a união de pessoas, ainda em desenvolvimento, que passariam a assumir a condição de adultos. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1134: “A ausência do consentimento é causa de nulidade do casamento (CC, 1.550, II). Não prejudica o ato, contudo: a) se os nubentes já tinham atingido a idade núbil e se os pais ou assistentes legais do menor assistiram à celebração, ou manifestaram, de algum modo, aprovação ao ato (CC, 1.555, § 2º; b) se do casamento resultar gravidez (CC, 1.551)”. É importante, também, ressaltar que, por dispositivo do art. 1.518 do CC, até a celebração do ato, os pais ou responsáveis podem revogar a autorização. A autorização poderá ser conjunta ou somente dada por um deles, na impossibilidade do outro. Quando ocorrer divergência dos pais, poderá ser necessária a autorização judicial. Ressalte-se, também, a regra do art. 1.519 do CC, quanto à denegação do consentimento: “A denegação do consentimento, quando injusta, poderá ser suprida pelo juiz”. *Vide Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 a. C.), D. 23,2,19, citada na nota 425, cap. II.

¹³⁸⁰ O menor que não atingiu a idade civil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, como prevê o art. 1.551 do CC: “Não se anulará o casamento dos menores de 16 (dezesseis) anos de que resultou gravidez”. *Vide* NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Cit. p. 1136; AMIM, Andréa Rodrigues *et al.* cit. p. 10.

¹³⁸¹ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 153.

¹³⁸² GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 166s.

¹³⁸³ Código Penal. Estupro de vulnerável. Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Pena – Reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

visão de Paulo Storze, constitui “a prática de um grave delito” que se materializa através de ação penal pública incondicional, projetando-se incabível a autorização para o casamento¹³⁸⁴. No mesmo sentido, assinala Dias: “Admitir o casamento do réu com a vítima como forma de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal nada mais significa do que cancelar o estupro, absolvendo o autor de um crime hediondo, agravado por ser a vítima uma adolescente”¹³⁸⁵. No entanto, calcado em antecedentes que possam caracterizar a existência de um relacionamento sério entre as partes envolvidas, bem como na anuência dos genitores, o juiz pode decidir pela prevalência da tese da atipicidade do fato delituoso, possibilitando a autorização para o casamento¹³⁸⁶.

No caso de gravidez, não seria coerente autorizar o casamento, conforme o entendimento de Dias¹³⁸⁷. Segundo esclarece, a gravidez resultante de relacionamento sexual ou artificial não deveria autorizar o casamento de menor de dezesseis anos. Nem mesmo para a legitimação dos filhos, é cabível essa autorização, porquanto inexistente prole ilegítima. Argumenta ainda que, para uma jovem menor de dezesseis anos contrair casamento, basta engravidar. Fora dessa hipótese não é possível o casamento ser autorizado, nem judicialmente. Isto termina por constituir uma perversa realidade: o fato de a menor de dezesseis anos passar a conviver uma união estável, sendo, de certa forma, vulnerável.

4.4.2 Consentimento

No direito hodierno, como o foi, a partir de certo momento, em muitos ordenamentos jurídicos do mundo de antanho, o casamento é um instituto que se origina no acordo de vontade entre o homem e a mulher púberes, manifestado formal e publicamente. Portanto, o consentimento dos nubentes é considerado o elemento principal do casamento, devendo ser

¹³⁸⁴ GAGLIANO, Paulo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 163.

¹³⁸⁵ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 153.

¹³⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 167. A respeito, o STF, em julgamento de recurso extraordinário, assim decidiu: “Penal. Recurso extraordinário. Estupro. Posterior convivência entre autor e vítima. Extinção da punibilidade com base no art. 107, VII, do Código Penal. Incoerência, no caso concreto. Absoluta incapacidade de autodeterminação da vítima. Recurso desprovido. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio com a vítima – a menor impúbere violentada – com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei 11.106/2005 – embora seja inaplicável ao caso por ser posterior aos fatos – mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido” (RE 418376/MS – Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 9-2-2006. Tribunal pleno. *Vide* GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 169.

¹³⁸⁷ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 153s.

manifestado de forma inequívoca no momento da celebração¹³⁸⁸. Significa a anuência de ambos os cônjuges, se tiverem atingido a maioridade, da qual, por força da lei, resultam os efeitos do matrimônio¹³⁸⁹. Se forem menores de dezoito anos, deverá acontecer o consentimento dos pais ou representantes legais¹³⁹⁰. No caso de denegação do consentimento pelos pais ou representantes legais, sem fundamentação numa causa justa, esse requisito poderá ser suprido pelo juiz.¹³⁹¹

4.4.3 Ausência de impedimentos

“Devido à natureza jurídica e ao caráter moral do casamento, a lei estabelece uma série de requisitos sem cujo preenchimento não pode ele ser contraído”, como ensina Pontes de Miranda¹³⁹². Impedimento é todo fato jurídico que possa obstacular a validade, a eficácia ou a regularidade do casamento¹³⁹³. Na anotação de Andréa Rodrigues Amin, “são causas obstativas da realização do casamento determinando sua invalidade, caso desrespeitadas”¹³⁹⁴. Não se confundem com os pressupostos. A pessoa impedida de casar, segundo Silvio Venosa, “não está incapacitada de fazê-lo, como regra geral; não pode apenas contrair casamento com certas pessoas”¹³⁹⁵. Os impedimentos são de duas categorias. A primeira diz respeito aos impedimentos dirimentes, isto é, aos impeditivos da realização válida do casamento. Se

¹³⁸⁸ MONTEIRO, Washington de Barros, cit. p.39.

¹³⁸⁹ *Ibidem*; LOBO, Paulo, cit. p.104.

¹³⁹⁰ *Vide* nota 1379 supra.

¹³⁹¹ Art. 1.519 do Código Civil. *Ide Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*. *Vide* D.23,2,19 (nota 425, cap. II).

¹³⁹² MIRANDA, Pontes, cit. p. 213.

¹³⁹³ *Vide* LISBOA, Roberto Senise, cit. p. 66. Segundo VENOSA, Silvio de Salvo (*Direito civil. Direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas 2003, p. 77), “os impedimentos estampam requisitos para os nubentes, proibindo que se casem se não estiverem legitimados. Se, a despeito das proibições, os consortes contraírem casamento, o ordenamento jurídico reage com graduações, com a nulidade do ato, sua anulabilidade ou a imposição de sanção de outra natureza”. *Vide* RODRIGUES, Silvio, cit. p. 37.

¹³⁹⁴ AMIN, Andréa Rodrigues *et al*, cit. p. 23. Cf. DINIZ, Maria Helena, cit. p. 64: “Impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para o casamento. Impede, portanto, a realização de casamento válido. Se alguém que carece de alguma das condições exigidas pela lei contrair matrimônio proibido, a norma fulminará de nulidade tal união”. *Vide* PERERIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 79s.

¹³⁹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo, cit. p. 78. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.137: “A ausência de qualquer dos requisitos essenciais exigidos pela lei para que possa haver o casamento caracteriza impedimento (ou, especificamente, impedimentos matrimoniais)”. Segundo TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (cit. p. 39), não se podem confundir impedimentos matrimoniais com incapacidade para o casamento. Os impedimentos alcançam somente determinadas pessoas em determinadas situações, como preconiza o mandamento proibitivo do art. 1.521 do Código Civil (casamento entre ascendentes e descendentes, por exemplo). A incapacidade impede que alguém contraia núpcias com qualquer pessoa, *verbi gratia*, os menores que não atingiram a idade nupcial, ou seja, 16 anos para o homem e para a mulher, estabelecida pelo art. 1.517 do Código Civil. *Vide* DINIZ, Maria Helena, cit. p. 65. Registre-se que os casos de incapacidade matrimonial são os mesmos de incapacidade absoluta que estão estabelecidos no art. 3º do Código Civil vigente: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de 16 anos; II – os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

ocorrerem, tornam o ato inválido (o incesto, a bigamia, o homicídio, previstos no art. 1.521 do CC). A segunda refere-se aos impedimentos meramente impedientes¹³⁹⁶. Se ocorrerem, impedem a realização do casamento; porém, se já tiverem ocorrido, o ato será válido. São chamados de “causas suspensivas”, previstas no art. 1.523 do CC, analisadas mais adiante. A respeito dos impedimentos dirimentes, dispõe o Código Civil brasileiro:

Art. 1521. Não podem casar:

- I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II – os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V – o adotado com o filho do adotante;
- VI – as pessoas casadas;
- VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte¹³⁹⁷.

No caso do inciso I, trata-se de impedimento relativo à consanguinidade e à adoção, isto é, ao parentesco *aut natura aut iure*, na expressão do direito romano. Na linha reta, permanece *ad infinitum*. As núpcias celebradas por pessoas nessa situação são consideradas incestuosas. Além de ter fundamento na moral, esse tipo de impedimento evita a ocorrência de problemas congênitos ou eugênicos, tão comuns em tais casos¹³⁹⁸. Nesse aspecto, conforme anota Paulo Lobo¹³⁹⁹, envolve razões de natureza sanitária, diante da evidência de malformações físicas e mentais dos nascidos desses relacionamentos. Na mesma visão, observa Pablo Storze:

“A natureza é dotada de uma inegável ordem lógica, e uniões desse jaez agridem-na frontalmente, não escapando incólume de consequências graves, muitas vezes trágicas, como a transmissão de doenças hereditárias de caráter recessivo. Seria o

¹³⁹⁶ Vide FIÚZA, César, cit. p. 971. No sistema do Código de Civil de 1916, os impedimentos estavam classificados em a) Dirimentes absolutos ou públicos (art. 183, I a VIII). Proíbem a realização do casamento, não podem ser dirimidos pela vontade das partes, tampouco por decisão judicial. Se violados, tornam o casamento nulo. b) Relativos ou privados (art. 183, IX a XII). Podem ser supridos quando cumpridas certas condições, (*verbi gratia*, consentimento dos pais, tutor ou curador para os sujeitos ao poder familiar, tutela ou curatela); Quando violados resultam na anulabilidade do ato, arguida pelos interessados ou autoridades legitimadas. c) Impedimentos proibitivos ou impedientes (art. 183, XIII a XVI). Sua prática não acarreta a nulidade do casamento, aplicando-se apenas uma sanção a quem os desatenda. Essa classificação tem origem nos cânones 1.073 e 1.094 do Código de Direito Canônico. Vide NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria, cit. p. 1.136; LOBO, Paulo, cit. p. 107. Vide também AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* cit. p. 23; GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 216s.

¹³⁹⁷ Art. 1.521. I – VII. Nos incisos I, II, III, IV e V estão previstos os impedimentos referentes ao parentesco, à afinidade e à adoção, respectivamente.

¹³⁹⁸ Conforme Enciclopédia Saraiva de Direito, 1977, p. 242, eugenia significa: o conjunto de princípios científicos destinados à procriação hígida. Vide TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando, cit. p. 45.

¹³⁹⁹ LOBO, Paulo, cit. p. 109.

retorno ao estado de barbárie, um dia vivenciado, mas de muito tempo abandonado pela humanidade”¹⁴⁰⁰.

A proibição do incesto, no entendimento de Dias, “é o primeiro interdito do homem, a primeira de qualquer organização social e jurídica. Marca a passagem do estado de natureza para a cultura, sendo um princípio fundamental e fundante de todas as culturas do mundo ocidental”¹⁴⁰¹.

O inciso II refere-se à afinidade na linha reta, ou seja, entre sogro e nora, sogra e genro, padastro e enteada, madrasta e enteado. Essa afinidade constitui impedimento matrimonial¹⁴⁰², ainda que tenha havido a dissolução do casamento ou da união estável, como prevê o art. 1.595, § 2º: “Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”¹⁴⁰³. Essa restrição visa a salvaguardar valores familiares. Segundo Paulo Storze, busca o equilíbrio e a manutenção da própria tessitura psicológica dos integrantes da família, em consonância com o papel exercido por cada indivíduo, nomeadamente pela circunstância de os afins em linha reta “ocuparem posições próximas à de pai ou mãe, de filho ou filha”¹⁴⁰⁴.

Os incisos II e V tratam da adoção que, ao estabelecer o parentesco civil, também constitui impedimento¹⁴⁰⁵. É a aplicação do vetusto princípio “*adoptio enim naturam imitatur*, encontrado nas Instituições de Justiniano¹⁴⁰⁶. Por consequência, não podem convolar núpcias o adotante com quem foi cônjuge do adotado; tampouco o adotado com o filho do adotante, por serem irmãos¹⁴⁰⁷. A razão é também de ordem moral, porquanto não há qualquer impedimento de natureza biológica¹⁴⁰⁸.

O inciso IV refere-se ao parentesco na linha colateral, estabelecendo que não podem casar “os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive”¹⁴⁰⁹. É a *cura legis*, cujo objetivo é também evitar problemas de natureza eugênica.

¹⁴⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 222. Cândido de Oliveira (*apud* DINIZ, Maria Helena, cit. p. 68, nota 99) aponta um duplo motivo para a proibição do incesto: “Segundo a fisiologia, nas uniões entre parentes, a raça enfraquece, os filhos são muitas vezes surdos, loucos, epiléticos ou idiotas quando sobrevivem. A mistura de sangue é, pois, regra fisiológica que cumpre ser observada. Por outro lado, entre parentes próximos a existência é muitas vezes íntima; a vida de família os reúne debaixo do mesmo teto, a perspectiva de um casamento possível traria a desordem no centro familiar”.

¹⁴⁰¹ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 271.

¹⁴⁰² Art. 1.521, II.

¹⁴⁰³ Essa proibição tem fundamento na moral, por consequência nunca se extingue, nem por morte ou divórcio.

¹⁴⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 223.

¹⁴⁰⁵ Art. 1.521, III.

¹⁴⁰⁶ I. 1,11,4.

¹⁴⁰⁷ Art. 1.521, III e V. Essa proibição fundamenta-se no princípio segundo o qual a adoção confere a condição de filho ao adotado, quebrantando todos os vínculos com sua família de sangue. A Constituição Federal, no seu art. 227, § 6º, estabelece a paridade jurídica entre os filhos, havidos ou não da relação conjugal.

¹⁴⁰⁸ LOBO, Paulo, cit. p. 109; GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 220.

¹⁴⁰⁹ O Decreto-Lei nº 3.200/41 apresenta uma exceção a essa proibição do art. 1.521, IV, ao permitir a realização do casamento entre colaterais de terceiro grau (tio e sobrinha, tia e sobrinho) se não houver risco à prole, constatado

O casamento de irmãos seria uma aberração que afrontaria a ética familiar e, por extensão, a lei natural, constituiria um vínculo incestuoso, moralmente danoso e reprovável, além de psicologicamente traumático¹⁴¹⁰. Esse impedimento é uma forma extensiva do incesto, estabelecida no inciso I do art. 1.521 do CC. Estava previsto no direito romano, quando estabelecia o impedimento de núpcias entre colaterais até o terceiro grau. Depois, passou a constituir uma exceção, por motivo do casamento do imperador Cláudio com sua sobrinha Agripina¹⁴¹¹. Impedidas, de igual forma, estão as pessoas casadas, na forma do art. 1.521, VI¹⁴¹². É o princípio da monogamia, que somente desaparece com a dissolução do matrimônio pela morte ou pelo divórcio. A bigamia é crime estatuído no Código Penal¹⁴¹³.

O art. 1.521, VII, contém no seu bojo um *impedimentum criminis*, ao preconizar que não podem casar “o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”. Segundo Roberto Gonçalves, embora não tenha feito

por junta formada por dois profissionais médicos. Dessa forma, o decreto-lei afasta o impedimento moral, devendo a junta médica atestar quanto ao impedimento científico. *Vide* TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando, cit. p. 46; DIAS, Maria Berenice, cit. p.155. Para LOBO, Paulo (cit. p. 110), a norma do Dec. 3.200 fazia sentido quando a sociedade era pouco urbanizada e de rígido controle das escolhas matrimoniais pelos pais, que definiam com quem os filhos, especialmente as filhas, deviam casar, incluindo os parentes próximos. MIRANDA, Pontes de. (*Tratado de direito privado*. Vol 7, p. 223), citado pelo autor, considerava “uma acertada medida, pois muito se abusava, com sérias desvantagens para a descendência dessas uniões fisiologicamente condenadas”. Cf. AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* cit. p. 27: “O impedimento matrimonial entre colaterais de terceiro grau constitui a única hipótese de dispensa com previsão na legislação patria”. O Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, assim dispõe sobre a matéria: “Art. 2º Os colaterais do terceiro grau, que pretendam casar-se, ou seus representantes legais, se forem menores, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspeição, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do casamento. § 1º Se os dois médicos divergirem quanto à conveniência do matrimônio, poderão os nubentes, conjuntamente, requerer ao juiz que nomeie terceiro, como desempatedor. § 2º Sempre que, a critério do juiz, não for possível a nomeação de dois médicos idôneos, poderá ele incumbir do exame um só médico, cujo parecer será conclusivo. § 3º O exame médico será feito extrajudicialmente, sem qualquer formalidade, mediante simples apresentação do requerimento despachado pelo juiz. § 4º Poderá o exame médico concluir não apenas pela declaração da possibilidade ou da restrita inconveniência do casamento, mas ainda pelo reconhecimento de sua viabilidade em época ulterior, uma vez feito, por um dos nubentes ou por ambos, o necessário tratamento de saúde. Nessa última hipótese, provando a realização do tratamento, poderão os interessados pedir ao juiz que determine novo exame médico, na forma do presente artigo”.

¹⁴¹⁰ GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 226; DIAS, Maria Berenice, cit. p. 292.

¹⁴¹¹ *Vide* GAIO 1,62, nota 453, cap. II.

¹⁴¹² Art. 1.521. VI. Esse impedimento, contudo, não se aplica à concretização da união estável, quando a pessoa casada já tiver interrompido, de fato, ou juridicamente, o casamento, como prevê no art. 1.723, § 1º: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou juridicamente”. Segundo NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (cit. p. 1.137), se não tiver ocorrido separação judicial ou de fato no anterior casamento do impedido, nem união estável entre eles haverá, mas apenas concubinato, como preceitua o art. 1.727 do CC: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

¹⁴¹³ Art. 235 do Código Penal: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento. Pena: reclusão de 2 a 6 anos”. § 1º. Aquele que não está casado, contrair casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º. Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”.

nenhuma distinção, o dispositivo abrange somente o homicídio doloso. No crime culposos, não existe o *animus*, a intenção determinada para a prática da ilicitude¹⁴¹⁴.

Qualquer desses impedimentos poderá ser oposto por qualquer pessoa, até o momento da celebração do casamento, na forma do artigo 1.522 do CC¹⁴¹⁵. Daí a necessidade e a utilidade dos proclamas, na fase da habilitação. Após o casamento, somente os interessados, além do Ministério Público, poderão ajuizar a ação de impedimento. Se comprovado, resultará na nulidade do ato, na forma do art. 1.549 do Código Civil: “A decretação de nulidade de casamento (...) pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”.

Em consequência dos impedimentos, o art. 1.548 do Código Civil estabelece: “É nulo o casamento contraído: I- (...); II – por infringência de impedimentos”. Contudo, mesmo nulo e retroagindo a nulidade à data de sua celebração (art. 1.563 do CC)¹⁴¹⁶, o casamento produz efeitos jurídicos até ser declarado nulo ou anulado. Significa que não prejudica a aquisição de direitos para o cônjuge de boa-fé e os filhos, até o trânsito em julgado da sentença que o anulou. É o preceito do art. 1.561 do CC:

Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

4.5 Causas suspensivas

Além dos impedimentos, a lei apresenta causas suspensivas, ou seja, circunstâncias capazes de suspender a realização do casamento, se arguidas tempestivamente por pessoas legitimadas a fazê-lo¹⁴¹⁷. Flávio Tartuce e Fernando Simão esclarecem que tais circunstâncias

¹⁴¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, cit. p. 63; TARTUCE, FLÁVIO; SIMÃO, José Fernando, cit. p. 47s; DINIZ, Maria Helena, cit. p. 75.

¹⁴¹⁵ Art. 1.522: “Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração, por qualquer pessoa capaz. Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro tiver conhecimento da existência de algum impedimento será obrigado a declará-lo”.

¹⁴¹⁶ Art. 1.563. “A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data de sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitado em julgado”.

¹⁴¹⁷ *Ibidem*. p. 67. O CC, no seu art. 1.524, estabelece: “As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins”. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (cit. p. 51) esclarecem que somente os parentes citados no art. 1.524 podem arguir essas causas suspensivas, porquanto elas incidem em situações de interesse particular. Consequentemente, não poderão ser declaradas de ofício por juiz ou

não geram nulidade absoluta ou relativa do casamento. Contudo, impõem sanções aos nubentes, geralmente quanto ao regime de separação total legal ou obrigatória (CC art. 1.641)¹⁴¹⁸ e a suspensão do casamento (CC art. 1.524)¹⁴¹⁹. Para DIAS¹⁴²⁰, essas causas seriam mais propriamente denominadas de restritivas, em razão de que na prática não provocam a suspensão do casamento, mas uma restrição de ordem econômica. Elas, portanto, não desfazem o casamento, isto é, não tornam a relação nula ou anulável, mas acarretam sanções previstas em lei, objetivando o interesse da prole, evitando a confusão de patrimônios no caso de segundas núpcias¹⁴²¹ e a *turbatio sanguinis* no caso de dúvidas quanto à paternidade. Assim, nos termos do art. 1.523, não devem casar:

I – O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros¹⁴²².

II – a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal¹⁴²³.

oficial de registro civil. Acrescente-se, ainda, que, ao contrário da proibição contida no art. 1.521, expressa na locução “não podem casar”, as causas suspensivas estabelecem: “não devem casar”. A primeira é uma norma imperativa que não admite contrariedade, sob pena de antijuridicidade, preservando inalienáveis interesses referentes ao parentesco e às pessoas. Cf. FIÚZA, César (cit. p. 973): Já os impedimentos dirimentes, preconizados no art. 1.521 do CC, podem se opostos por qualquer pessoa, ou de ofício pelo oficial do registro. O Ministério Público, bem como o juiz, deverão pronunciar-se de ofício, porquanto a eles cabe, respectivamente, proferir parecer e homologar a habilitação para o casamento.

¹⁴¹⁸ Art. 1.641. “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.

¹⁴¹⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando, cit. p. 48. Segundo os autores, isto significa que, havendo casamento, se não forem alegadas as causas suspensivas, o ato é válido. Contudo, o regime de bens é ineficaz, considerando-se que se aplicam as regras de separação de bens.

¹⁴²⁰ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 156.

¹⁴²¹ DINIZ, Maria Helena, cit. p. 76.

¹⁴²² Se essa cláusula for infringida, não provoca nulidade ou anulabilidade do casamento. Mas será necessária a celebração compulsória de novas núpcias, sob o regime de separação de bens. Se comprovadamente não houve prejuízo a terceiro, a causa poderá ser suspensa pelo magistrado. Na visão de GONÇALVES, Carlos Roberto (cit. p. 67), essas causas têm por finalidade preservar interesses de terceiros, “em geral da prole (herdeiros) do leito anterior (evitando a confusão de patrimônio e de sangue)”, bem como do ex-cônjuge, do tutelado ou curatelado. Vide AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* cit. p. 31; GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 304.

¹⁴²³ Essa proibição tem por objetivo evitar dúvida sobre a paternidade (*turbatio sanguinis* ou *confusio sanguinis*, dos romanos) que presumidamente poderá ocorrer com o nascimento de um filho dentro de cento e oitenta dias de convivência conjugal, até trezentos dias da dissolução do casamento por morte ou divórcio, conforme estabelece o art. 1.597 do Código Civil. Além disso, engloba novos processos de fecundação: artificial homóloga, embriões e inseminação heteróloga. Segundo NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (cit. p. 1.183), com o avanço da ciência, a contagem dos dias já não tem o mesmo significado probante existente em outras épocas, para fazer presumir a paternidade do marido com relação ao filho de sua mulher. Existem, na atualidade, métodos científicos capazes de elucidar a questão (o exame de DNA, por exemplo).

O inciso III do art. 1.523 prescreve que o divorciado não deve casar, enquanto não for homologada ou decidida a partilha dos bens do casal¹⁴²⁴. O objetivo desse impedimento é evitar a confusão patrimonial da antiga com a nova sociedade conjugal. Por fim, objetivando a proteção do patrimônio do tutelado ou curatelado, o inciso IV estabelece que não devem casar: o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas”¹⁴²⁵.

4.6 Habilitação para o casamento

De acordo com o art. 1.526 do Código Civil, a habilitação será feita perante oficial do registro civil, com a audiência do Ministério Público. Em conformidade com o parágrafo único, caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz. Como se observa, o casamento é precedido de um verdadeiro ritual, a exemplo do que aconteceu em todas as épocas. A primeira fase inicia-se com a habilitação. Trata-se de um conjunto de medidas administrativas estabelecidas pela lei (Código Civil e Lei dos Registros Públicos) imprescindíveis para a validade do processo matrimonial. Faz-se através de um procedimento perante o oficial de registro civil competente que analisará se os noivos não são impedidos para o casamento. Deverá ocorrer segundo as regras dos arts. 1.525 e 1.532 do Código Civil e arts. 67 e 69 da Lei dos Registros Públicos.

4.7 Celebração e registro do casamento

Dispõe o art. 1.514 do Código Civil que o casamento civil se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. A celebração é ato público e revestido de solenidade. Ocorrerá em dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o

¹⁴²⁴ O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, como preceitua o art. 1.581 do CC. Contudo, um novo casamento do divorciado não poderá ser celebrado sem que se ponha termo ao condomínio dos bens do casal divorciado.

¹⁴²⁵ A prestação de contas deverá ser feita perante o juízo da tutela ou curatela, como prevê o Código Civil, nos arts. 1.755 a 1.762 e 1.781. Segundo TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (cit. p. 51), a razão dessa causa suspensiva é de ordem moral, pela suposição de que o tutor ou curador poderia induzir o tutelado ou curatelado a erro, diante de uma relação de confiança. Porém, uma vez demonstrada a inocorrência da hipótese de prejuízo para a pessoa sob tutela ou curatela, desaparece a causa suspensiva e o casamento poderá ser realizado por qualquer regime de bens (art. 1.523, parágrafo único, do CC).

ato (art. 1.533 do CC)¹⁴²⁶. Deverá ocorrer a portas abertas, mesmo quando realizada em casa particular, com a presença dos noivos e de duas testemunhas. Serão necessárias quatro, se um dos nubentes for analfabeto ou não puder assinar (art. 1.534 do CC)¹⁴²⁷. É, portanto, um ato formal, público, solene, envolvendo os noivos, que devem expressar, livre e conscientemente, suas vontades, bem como as testemunhas e a autoridade judicial ou religiosa.

Interpelados pelo celebrante se é da vontade de ambos convolar núpcias, os noivos deverão responder em voz alta: “sim” ou “não”, não cabendo aceitação condicional. Se a resposta for negativa, a celebração será suspensa, podendo o que discordou retratar-se até vinte quatro horas depois, quando nova cerimônia poderá ser realizada¹⁴²⁸. Na forma do art. 1.538, a celebração do casamento será imediatamente suspensa, se algum dos contraentes:

- I – recusar a solene afirmação da sua vontade;
- II – declarar que esta não é livre e espontânea;
- III – manifestar-se arrependido.

Exteriorizado o “sim”, o celebrante pronunciará a fórmula prevista no do art. 1.535, parágrafo único: “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”¹⁴²⁹.

O ato deverá ser lavrado no livro de registro de casamentos. Esse documento, uma espécie de ata do casamento, deverá ser assinado pelos cônjuges e pelo celebrante. Nele devem constar: nome, profissão, data de nascimento e endereço dos cônjuges, de seus pais e das

¹⁴²⁶ Art. 1.533. “Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531”.

¹⁴²⁷ Art. 1.534. “A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda a publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos 2 (duas) testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular. § 1º Quando o casamento for em edifício particular, ficará este de portas abertas durante o ato. § 2º Serão 4 (quatro) as testemunhas na hipótese do parágrafo anterior e se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever”. A respeito do simbolismo matrimonial, anota MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito civil*. Parte especial, tomo VII, p. 311: “Na antiguidade o casamento revestia-se de formas sacerdotais, de velhos simbolismos hereditários. Essas sobrevivências etnológicas podem ser apreciadas na celebração do casamento romano e canônico, e rodeiam ainda hoje, em nossos costumes, o próprio casamento civil”.

¹⁴²⁸ No ato, um dos nubentes poderá ser representado por procurador, na forma do art. 1.542 do CC: “O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais”. O procurador poderá ser homem ou mulher que declarará a vontade do mandante de casar com a outra parte.

¹⁴²⁹ O oficial da celebração é o juiz de paz, na forma do art. 98, II, da Constituição brasileira: “Justiça de paz (...) composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência, para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”. Cf. AMIN, Andréa Rodrigues *et al.*, cit. p. 47: “O juiz de paz é hierárquica e funcionalmente subordinado ao juiz de direito competente territorialmente para a matéria de registro civil. É um agente honorífico, não integrante da carreira da magistratura, exercendo a função de auxiliar da justiça por delegação, sem caráter jurisdicional. Nada impede, contudo, que o juiz de direito, nos casos que entender, presida pessoalmente a celebração do ato”.

testemunhas; a data da publicação dos proclamas; a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro e o regime de bens do casamento (art. 1.536 do CC). Esse registro dará origem à certidão de casamento. A publicidade é da natureza do ato, uma vez que interessa ao poder público que a comunidade tenha ciência de quem se casa, em razão das consequências decorrentes da mudança de estado para os contraentes e perante terceiros¹⁴³⁰. Os noivos poderão optar pela celebração religiosa, nos termos do cap. VII (Do registro do casamento religioso para efeitos civis) da Lei 6.015/73, que dispõe:

Art. 71. Os nubentes habilitados para o casamento poderão pedir ao oficial que lhes forneça a respectiva certidão, para se casarem perante autoridade ou ministro religioso, nela mencionando o prazo legal de validade da habilitação.

Art. 72. O termo ou assento do casamento religioso, subscrito pela autoridade ou ministro que o celebrar, pelos nubentes e por duas testemunhas, conterà os requisitos do artigo 71, exceto o 5º.

Art. 73. No prazo de trinta dias a contar da realização, o celebrante ou qualquer interessado poderá, apresentando o assento ou termo do casamento religioso, requerer-lhe o registro ao oficial do cartório que expediu a certidão.

§ 1º O assento ou termo conterà a data da celebração, o lugar, o culto religioso, o nome do celebrante, sua qualidade, o cartório que expediu a habilitação, sua data, os nomes, profissões, residências, nacionalidades das testemunhas que o assinarem e os nomes dos contraentes.

§ 2º Anotada a entrada do requerimento, o oficial fará o registro no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 3º A autoridade ou ministro celebrante arquivará a certidão de habilitação que lhe foi apresentada, devendo, nela, anotar a data da celebração do casamento.

Art. 74. O casamento religioso, celebrado sem a prévia habilitação, perante o oficial de registro público, poderá ser registrado desde que apresentados pelos nubentes, com o requerimento de registro, a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo Código Civil, suprindo eles eventual falta de requisitos nos termos da celebração.

Parágrafo único. Processada a habilitação com a publicação dos editais e certificada a inexistência de impedimentos, o oficial fará o registro do casamento religioso, de acordo com a prova do ato e os dados constantes do processo, observado o disposto no artigo 70¹⁴³¹.

Cumpridos os requisitos previstos nos art. 1.515 e 1.516 do Código Civil, o casamento religioso, celebrado por ministro de qualquer religião, produz efeitos civis. Porém, sua validade está condicionada à habilitação perante o oficial de registro civil nos prazos previstos em lei. Resultando dúvida sobre a celebração do casamento, pressupõe-se existir validade em favor do matrimônio, princípio originário do direito canônico¹⁴³².

4.8 Casamento nuncupativo

¹⁴³⁰ L"OBO, Paulo, cit. p. 114.

¹⁴³¹ Art. 1.516. "O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil".

¹⁴³² Can 124, § 2. Vide nota 1.300, cap. III.

Trata-se da celebração do casamento quando um dos contraentes estiver doente e em iminente perigo de vida. É também conhecido como casamento *in extremis* ou *in articulo mortis*. É realizado sem a presença da autoridade competente, em razão da premência da situação. Todavia, exige-se a presença de seis testemunhas que não tenham parentesco com os nubentes em linha reta ou colateral, até o segundo grau, conforme prevê o art. 1.540 do Código Civil:

“Quando algum dos contraentes estiver em iminente perigo de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de 6 (seis) testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau”.

Após o casamento, as testemunhas devem comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro de dez dias, pedindo que lhes tome por termo a declaração de que foram convocados por parte do enfermo. Mesmo em perigo de vida apresentava pleno juízo, de modo que, em suas presenças, os contraentes declararam aceitarem-se como marido e mulher. Após esse procedimento, o juiz procederá às diligências necessárias. Verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, mandará registrar o ato no livro de registro de casamentos¹⁴³³. Todo esse *modus procedendi* torna-se dispensável se o enfermo convalescer. Ocorrendo tal hipótese, ele próprio poderá ratificar o ato perante a autoridade competente e o oficial de registro civil¹⁴³⁴.

4.9 Invalidade do casamento

Não se pode confundir validade com eficácia do casamento. O casamento é válido quando também o são a exteriorização da vontade e o ato da celebração. A eficácia depende do preenchimento de requisitos próprios do registro público, que é exclusivamente civil. A distinção entre casamento nulo e anulável está na natureza do vício que o compromete: vício sanável gera nulidade relativa; vício insanável leva à nulidade absoluta. Porém, nos dois casos, o casamento celebrado existiu e, portanto, produziu efeitos. Para esses efeitos cessarem carecem da chancela judicial. Dependem, portanto, da propositura de uma ação. Se não for impetrada, tanto o casamento nulo como o anulável continuam a existir e a produzir efeitos jurídicos¹⁴³⁵.

4.9.1 Nulidade

¹⁴³³ Art. 1.541 do CC.

¹⁴³⁴ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 150.

¹⁴³⁵ *Ibidem*, cit. p. 269.

Conforme preceitua o art. 1.548 do Código Civil, é nulo o casamento contraído: “I – pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – por infringência de impedimento”. A hipótese do inciso I diz respeito à incapacidade jurídica da pessoa, prevista no art. 166 do mesmo diploma legal, que prescreve: “É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz”¹⁴³⁶. O inciso II tem conexão com os impedimentos matrimoniais, previstos no art. 1521, I a VII. A decretação da nulidade do casamento, preconizada pelo art. 1.548 do CC, poderá ser promovida mediante ação direta por pessoa interessada ou pelo Ministério Público (art. 1.549 do CC). Trata-se de uma ação perpétua, insusceptível de decadência ou prescrição¹⁴³⁷.

4.9.2 Anulabilidade

A anulabilidade tem por escopo proteger interesses pessoais considerados relevantes. Para produzir efeitos jurídicos, depende da vontade da parte legitimada, que deve observar os prazos decadenciais, sob pena de ser o casamento permanentemente válido. Ela difere da nulidade *in substantia*, porque, quando declarada, seus efeitos são *ex nunc*. Significa que permanecem inalterados todos os atos, relações e situações jurídicas ocorridos durante a vigência da relação conjugal¹⁴³⁸. Convém frisar que, em nenhuma hipótese, a anulabilidade proíbe o casamento, porquanto¹⁴³⁹ este poderá ser validado, no passar do tempo, pela inação da parte interessada. São casos de anulabilidade do casamento os dispostos no art. 1.550 do Código Civil, ao prescrever que é anulável o casamento:

- I – de quem não completou a idade mínima para casar¹⁴⁴⁰;
 - II – do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
 - III – por vício da vontade, nos termos dos art. 1.556 a 1.558;
 - IV – do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco o consentimento;
 - V – realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;
 - VI – por incompetência da autoridade celebrante.
- Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

¹⁴³⁶ Esse artigo encontra guarida no art. 3º do CC: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – (...); II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”.

¹⁴³⁷ Vide NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, cit. p. 1.148; PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit. p.133s.

¹⁴³⁸ Vide LOBO, Paulo, cit. p. 126.

¹⁴³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁴⁰ Exceção se faz no caso de casamento para evitar imposição ou cumprimento de penal criminal, em razão de gravidez, nos termos do art. 1.551 do CC.

Assim, nos termos do inciso I, poderá ocorrer a anulabilidade da união, quando um dos nubentes (ou ambos) não tenha completado a idade mínima para casar, com exceção do estabelecido no art.1.520 do Código Civil para “evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”¹⁴⁴¹. Pela regra do inciso II, será anulável o casamento do menor que, não tendo atingido a idade nupcial, convolar núpcias sem a autorização dos pais ou responsável, salvo se a autorização for suprida pelo juiz. Ressalte-se que esse consentimento que se origina do poder potestativo dos pais ou representante legal poderá ser revogado, na forma do art. 1.518 do Código Civil: “Até a celebração do casamento, podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização”¹⁴⁴².

O inciso III faz referência a vícios de vontade na celebração do casamento, considerando que a vontade deve ser soberana, livre e fundamentada na boa-fé. Será anulável o ato se houver por parte de um dos nubentes erro essencial quanto à pessoa do outro (art. 1.556 do CC)¹⁴⁴³, em virtude de coação (art. 1.558 do CC)¹⁴⁴⁴. Ainda de acordo com o Código Civil (art. 1.557), o erro essencial em relação ao outro nubente, no que diz respeito à sua identidade, honra e boa fama, seja de tal gravame que torne insuportável a vida em comum. Citam-se como exemplo as seguintes hipóteses: ignorância de crime anterior ao casamento que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; ignorância anterior ao casamento de defeito físico irremediável¹⁴⁴⁵ ou de moléstia grave e transmissível pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; ignorância anterior ao casamento de doença mental

¹⁴⁴¹ Nos termos do art. 1.552 do Código Civil, a anulação do casamento dos menores de dezesseis anos será requerida pelo próprio cônjuge menor, por seus representantes legais ou por seus ascendentes.

¹⁴⁴² Após a celebração, já não há condição do exercício dessa prerrogativa do poder familiar, porquanto o casamento produz eficácia plena, fazendo surgir o instituto da emancipação e, por consequência, extinguindo a menoridade, conforme preceitua o art. 5º, II, do Código Civil.

¹⁴⁴³ Erro é a falsa noção da realidade, diferente de ignorância, que é a falta de noção. Segundo GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (cit. p. 241), “erro é um estado de espírito positivo, qual seja, a falsa noção da realidade, ao passo que a ignorância é um estado de espírito negativo, o total desconhecimento do declarante a respeito das circunstâncias do negócio”. O Código Civil estabelece no seu art. 138. “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. O art. 139 indica a abrangência do erro essencial: quando interessa à natureza do negócio, ao objeto de declaração ou a algumas qualidades a ele essenciais; quando referente à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a que se refere a declaração; quando, sendo de direito e não implicando recusa, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

¹⁴⁴⁴ Estabelece o art. 1.558 do Código Civil: “É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares”. É assim definido por GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (cit. p. 251): “Toda violência psicológica apta a influenciar a vítima a realizar um ato que a sua vontade interna não deseja efetuar”. A respeito, dispõe o art. 1.559 do Código Civil “Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do erro, valida o ato (...)”.

¹⁴⁴⁵ Por defeito físico irremediável entende-se a incapacidade física para a prática de certos atos inerentes à vida conjugal: a impotência *coeundi*, por exemplo, que torna a relação sexual impossível. Esta não se confunde com a impotência *generandi*, cuja existência não constitui causa para invalidar o casamento.

grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum com o cônjuge enganado. Nesses casos, aplica-se a regra do art. 1.572, § 2º, do Código Civil: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

O inciso IV cuida do caso de nubente incapaz de consentir ou de manifestar o seu livre consentimento. Essa hipótese não se confunde com a incapacidade de consentir atinente ao doente mental, isto é, “sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”, prevista no art. 1.548, I. Esse tipo de incapacidade é permanente, ao passo que, na hipótese em análise, a incapacidade é relativa, porquanto passageira, motivada, *ad exemplum*, por embriaguez ou toxicomania manifestada¹⁴⁴⁶.

O inciso V refere-se à inexistência do mandato, em razão de sua revogação, ocorrendo a falta de comunicação às partes interessadas. A anulabilidade subsiste, desde que não tenha havido coabitação entre os cônjuges. Por fim, o inciso VI trata da incompetência da autoridade celebrante, lacuna que torna inexistente o ato jurídico. Nos termos do art. 1.560 do Código Civil, o prazo para impetrar a ação de anulação do casamento, contado da data da celebração do ato, é de: “I – 180 (cento e oitenta dias), no caso do inciso IV; II 2 (dois) anos, se incompetente a autoridade celebrante; III – 3 (três) anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557¹⁴⁴⁷; IV – 4 (quatro anos), se houver coação.

Convém esclarecer que, no caso de anulabilidade, o *remedium iuris* para tornar válido o ato praticado é a convalidação. No caso do menor que não atingiu a idade mínima para o casamento, depois de completá-la, poderá confirmar o seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se for necessária, ou com suprimento do magistrado, nos termos do art. 1.553 do Código Civil. Trata-se, na expressão de Pablo Storze e Pamplona Filho, “de típicas medidas sanatórias de aproveitamento do matrimônio anulável”¹⁴⁴⁸.

4.10 Casamento putativo

Segundo Pontes de Miranda, os romanos certamente não conheceram a teoria do casamento putativo, visto que foi recebida do direito canônico. Tinha fundamento na *bona fides*,

¹⁴⁴⁶ Vide GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 254.

¹⁴⁴⁷ Erro essencial sobre a pessoa do cônjuge referente à sua identidade, honra e boa fama; ignorância de crime anterior ao casamento; ignorância de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível; ignorância de doença mental anterior ao casamento.

¹⁴⁴⁸ Vide GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 259.

que tornava escusável a infração derivada do casamento nulo¹⁴⁴⁹. A boa-fé consiste na ignorância por parte de ambos os consortes ou somente de um deles da existência de causa impeditiva do casamento. Constitui o pressuposto único e necessário para que o ato, celebrado legalmente, seja considerado putativo. Assim, são considerados requisitos da putatividade: o casamento existente e a boa-fé de um ou de ambos os cônjuges. A boa-fé consiste na ignorância da causa de nulidade ou anulação que poderá viciar o ato¹⁴⁵⁰. Esclarece, contudo, o citado autor:

“Ficam excluídos do benefício da putatividade: a) os casamentos em que se prova a má-fé de ambos os cônjuges; b) os que forem considerados por inexistentes, ou seja, quando não houver prova alguma do ato de celebração, porque, no caso contrário, seria criar efeitos a uma coisa que nunca existiu”, considerando que “o código civil circunscreveu a proteção legal aos filhos e aos cônjuges ou cônjuge de boa-fé, em casamento nulo ou anulável; quando não existir entre os contraentes, embora tenha sido celebrado o ato, diferença de sexo”¹⁴⁵¹.

Ex positis, pode-se afirmar que o casamento, mesmo sendo nulo ou anulável, se contraído de boa-fé por um ou ambos os cônjuges, produz efeitos como putativo, nos termos do art. 1.561 do CC:

“Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos só aos filhos aproveitarão”.

Sobre a matéria, anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Casamento putativo é o celebrado com boa-fé por ambos os cônjuges ou apenas um deles, em fraude à lei imperativa, por infração à forma prescrita pela lei, com infringência a algum impedimento dirimente (CC, 1.548 II e 1.521, I a VII), ou ainda eivado de causa de anulação, que o torna (...) nulo ou anulável, ao qual a lei atribui efeitos de existente e válido quanto à pessoa dos filhos e quanto ao cônjuge inocente”¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial, tomo VIII. Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 9s.

¹⁴⁵⁰ Cf. MIRANDA, Pontes de, *Tratado de direito privado*. Parte Especial, tomo VIII: A putatividade é declarada através de sentença, sendo necessária prova da boa-fé. Não é presumida, mesmo em caso de já haver falecido um dos cônjuges. O casamento inexistente não pode ser considerado putativo.

¹⁴⁵¹ Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial, tomo VIII. Acrescenta o autor que o casamento putativo produz efeitos jurídicos como se fora o casamento verdadeiro, *ad exemplum*: validade dos pactos antenupciais, comunhão de bens, direito de sucessão, se um dos cônjuges morrer antes da sentença de anulação do casamento.

¹⁴⁵² Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, cit. p. 1..153; DINIZ, Maria Helena, cit. p. 138. Afirma. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial, tomo VIII. p 10: “Putativo significa

Em razão da boa-fé de ambos os cônjuges ou de um deles, os efeitos do casamento putativo existirão em proveito da prole e dos próprios contraentes, no período que vai da data de sua celebração até o trânsito em julgado da sentença anulatória. Mas, se a boa-fé é inerente a apenas um dos consortes, aplica-se, para efeito patrimonial, a regra do art. 1.564 do CC: “Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá: I – na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente; II – na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato antenupcial”.

4.11 Efeitos do casamento válido

Até o advento da Constituição brasileira de 1988, o principal objetivo do casamento era a formação da família legítima ou a legitimação da que já existia. Família e casamento se confundiam. A partir de então, a nova Carta Magna desvinculou a família do casamento. A família passou a ser considerada legítima, independentemente da celebração nupcial. Contudo, o casamento continua a produzir determinados efeitos, nomeadamente na esfera pessoal. Dentre eles, destacam-se: a fidelidade recíproca entre os cônjuges; o direito de um cônjuge acrescentar ao seu o nome do outro; mútua assistência; direito à sucessão; vida em comum sob o mesmo teto; procriação, sustento, guarda e educação dos filhos. Além disso, a Constituição e o novo Código Civil, promulgado em janeiro de 2002, estabeleceram a paridade jurídica entre os esposos¹⁴⁵³. Em vários dos seus artigos, o Código Civil estabelece os direitos e deveres matrimoniais dos cônjuges, podendo-se citar os seguintes:

Art. 1.565. “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos de família”¹⁴⁵⁴. O direito deferido ao

reputado ser o que não é, imaginário, fictício (de *putare*, pensar, imaginar)”. Acrescenta CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, vol. I. p. 3: “É o casamento nulo, ou anulável, que, contraído de boa-fé por ambos ou pelo menos um dos esposos, tem, em razão dessa boa-fé, efeitos civis reconhecidos por lei”.

¹⁴⁵³ Vide FIÚZA, César, cit. p. 975,

¹⁴⁵⁴ De forma diferente da legislação anterior, reflexo de toda uma cultura primeva, vigente há algum tempo, fundamentada no poder marital, a nova lei estabelece o princípio da igualdade de direitos e deveres. Nessa vertente, anota GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 276: “A história mais recente do direito aponta no sentido da horizontalização dos deveres e direitos matrimoniais, numa perspectiva de igualdade, com a consequente cristalização da posição da mulher, não mais como subordinada, mas sim como colaboradora e corresponsável pela condução da vida matrimonial”. É a materialização do princípio previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Esse princípio inspirou o art. 1.567 do Código Civil: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. Ressalte-se, contudo, que, na impossibilidade dessa direção conjunta da sociedade conjugal pelos cônjuges, o outro poderá fazê-lo na sua plenitude, conforme dispõe o art. 1.570 do Código Civil: “Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de

cônjuge para acrescentar ao seu o nome do outro está disciplinado no § 1º: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”. Essa prerrogativa, contudo, não é imperativa, considerando que os cônjuges poderão optar pela manutenção de seus respectivos nomes de solteiros.

O art. 1.566 elenca os deveres de ambos os cônjuges: “I - Fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos”. Conforme anota Maria Helena Diniz¹⁴⁵⁵, “a fidelidade decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e consideração mútuos”. Não se confunde com a lealdade, segundo esclarecem Pablo Storse e Pamplona Filho:

“A lealdade, qualidade de caráter, implica um comportamento mais profundo, não apenas físico, mas também moral e espiritual entre os parceiros, na busca da preservação da verdade intersubjetiva; ao passo que a fidelidade, por sua vez, possui dimensão restrita à exclusividade da relação afetiva e sexual¹⁴⁵⁶.”

A vida em comum no domicílio conjugal é da essência do casamento, que se materializa, nomeadamente, nas relações íntimas e amorosas do casal, o *debitum conjugale*. Pode ocorrer, contudo que, por circunstâncias diversas, como o trabalho, os cônjuges precisem viver em locais diferentes, sem que esse procedimento possa significar violação do dever de coabitação. Sem uma justificativa, a recusa ou ausência de coabitação, caracterizaria abandono do lar e injúria grave, porquanto implica ofensa à honra, à respeitabilidade e à dignidade do outro consorte¹⁴⁵⁷. Essa hipótese constitui causa de dissolução do casamento, consoante dispõe o Código Civil:

consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens”.

¹⁴⁵⁵ DINIZ, Maria Helena, cit. p. 127.

¹⁴⁵⁶ GAGLIANO, Paulo Storse; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 286. Não obstante, à luz da doutrina vigente, o fato de ter o dever de fidelidade a mesma dimensão de igualdade tanto para o homem quanto para a mulher, efetivamente assim, ainda, não se consubstancia. Nesse aspecto, torna-se esclarecedora a opinião de Washington de Barros Monteiro, citado por GAGLIANO, Paulo Storse; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, p. 287: “Do ponto de vista puramente psicológico, torna-se sem dúvida mais grave o adultério da mulher. Quase sempre, a infidelidade do homem é fruto de capricho passageiro ou de um ato momentâneo. Seu deslize não afeta de modo algum o amor pela mulher. O adultério desta, ao revés, vem demonstrar que se acham definitivamente rotos os laços afetivos que a prendem ao marido e irremediavelmente comprometida a estabilidade do lar”. Acrescente-se, porém, que ninguém está imune a esses deslizes Não seria humano se diferente fosse. Assim foi e sempre será. Nada de novo debaixo do céu, nem pelos caminhos dos homens. A esse respeito afirma DINIZ, Maria Helena, cit. p. 129: “É preciso não olvidar que não é só o adultério que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal, p. ex: relacionamento homossexual, namoro virtual, inseminação artificial heteróloga não consentida, etc”.

¹⁴⁵⁷ Segundo DINIZ, Maria Helena (cit. p. 130), “a coabitação é o estado de pessoas de sexo diferente que vivem juntas na mesma casa, convivendo sexualmente”. *Simili modo*, a maioria dos doutrinadores entende que essa convivência atinge sua plenitude na satisfação do débito conjugal. Em sentido contrário e, certamente mais racional, DIAS, Maria Berenice (cit. p. 258) entende que, na expressão “vida em comum no domicílio conjugal (art. 1.566 do CC), não se pode ver a imposição do *debitum conjugale*, infeliz locução que significa o dever de se sujeitar a contatos sexuais”. Para a autora, é falaciosa a noção de que o casamento constitui-se na noite de núpcias.

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – (...);

II – (...);

III (...);

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo.

Segundo Clóvis Beviláqua, “a mútua assistência se circunscreve aos cuidados pessoais nas moléstias, ao socorro nas desventuras, ao apoio na adversidade e no auxílio constante em todas as vicissitudes da vida”¹⁴⁵⁸. Simboliza uma verdadeira identidade física e espiritual entre os cônjuges. Trata-se de companheirismo, de comunhão nas horas certas e incertas da vida, feitas de alegria e de dor, de esperança e desencanto, de riso e de pranto, de começo e de fim. Este é, em síntese, o objetivo da união que, infelizmente, incontáveis vezes, não se materializa, porquanto as mazelas do espírito humano não permitem; contrariamente, dividem e separam, no ditame do egoísmo, o mundo de um só.

O sustento e a guarda dos filhos é atribuição natural dos progenitores, casados ou não. É regra comum a todos os animais numa determinada fase da vida dos filhos. O respeito e a consideração mútuos são imprescindíveis a uma salutar convivência entre os cônjuges. A quebra desses paradigmas atenta contra a honra, destrói a privacidade e gera desarmonia, acarretando problemas e traumas de todos os matizes para a ambiência familiar. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, “este dever é, na verdade, a síntese do cumprimento

Ele se materializa no ato da celebração. “A origem da expressão débito conjugal é de natureza religiosa, já que o casamento tem por fim a procriação” Por isso, a ausência da relação sexual é causa de anulação do casamento religioso. “Mas estes preceitos não cabem ser transferidos para a regulamentação do Estado”. A vida em comum não pressupõe a imposição ou obrigação de manter relacionamento sexual, sob pena de ferir o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa, o direito à liberdade e à privacidade, no entender da autora. DINIZ, Maria Helena (cit. p.130) também argumenta que “tal dever não é da essência do casamento, uma vez que a própria legislação permite o casamento *in extremis* e o de pessoas idosas, que não estão em condições de prestar o débito conjugal”. De sua parte, GAGLIANO, Paulo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (cit. p. 297) reverberam: “Existem situações em que o casal não está obrigado a relações sexuais (decisão comum, razões biológicas, convicções religiosas). Afora essas justificadas hipóteses, a conjunção carnal é, em geral, sem nenhuma sombra de dúvida, uma consequência fundamental, um especial dever jurídico decorrente do casamento”. Esse também é o entendimento jurisprudencial, conforme se depreende do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Apelação. Anulação de casamento. Erro essencial em relação à pessoa do cônjuge. Ocorrência. A existência de relacionamento sexual entre os cônjuges é normal no casamento. É o esperado, o previsível. O sexo dentro do casamento faz parte dos usos e costumes tradicionais em nossa sociedade. Quem casa tem uma lícita, legítima e justa expectativa de que, após o casamento, manterá conjunção carnal com o cônjuge. Quando o outro cônjuge não tem e nunca teve intenção de manter conjunção carnal após o casamento, mas não informa e nem exterioriza essa intenção antes da celebração do matrimônio, ocorre uma desarrazoada frustração de uma legítima expectativa. O fato de que o cônjuge desconhecia completamente que, após o casamento, não obteria do outro cônjuge anuência para a realização da conjunção carnal demonstra a ocorrência de erro essencial. E isso autoriza a anulação do casamento”. (TJRS, Apelação Civil 70016807315. Rel. Rui Portanova, julgado em 23-11-2006, 8ª. Câm. Civ). *Vide* GASGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 298.

¹⁴⁵⁸ DINIZ, Maria Helena, cit. p. 132s.

de todos os outros, na medida em que o descumprimento dos demais pode ser considerado como ofensa à consideração que um dos cônjuges deve ao outro”¹⁴⁵⁹.

4.12 Extinção da sociedade conjugal

O art. 1.571 do CC estabelece que a sociedade conjugal termina:

- I – pela morte de um dos cônjuges;
- II – pela nulidade ou anulação do casamento;
- III – pela separação judicial;
- IV – pelo divórcio.

O § 1º, contudo, acrescenta que o casamento válido somente se dissolve com a morte de um dos cônjuges¹⁴⁶⁰ ou pelo divórcio,¹⁴⁶¹ aplicando-se, quanto ao ausente, o princípio da morte presumida. *Mors omnia solvit*. É a sentença milenar, apavorante, terrível e inexorável que reduz o ser humano à insignificância de sua existência: transformar-se em pó da terra de onde veio. Com a morte, o casamento, como um fato *intuitu personae*, deixa de existir.

A nulidade poderá ocorrer em razão da infringência de um dos impedimentos para a validade do ato. São os impedimentos ditos dirimentes, como a bigamia, o incesto e o homicídio, previstos no art. 1.521 do CC. O mesmo ocorre quando o casamento é contraído por pessoa portadora de enfermidade mental capaz de comprometer o discernimento para os atos da vida civil.

A separação judicial, como acentua o § 1º do art. 1.571 do CC, não põe fim ao vínculo matrimonial, mas tão somente à sociedade conjugal. O casamento não se dissolve, tanto, no sentido literal, como no aspecto jurídico. Esta é a principal distinção entre a separação judicial e o divórcio. Antes de intentar a ação de separação, o cônjuge interessado poderá, através de medida cautelar, requerer a separação de corpos, com o objetivo de deixar o lar conjugal sem configurar abandono¹⁴⁶². Na forma do art. 1.572 do CC, qualquer dos cônjuges poderá propor

¹⁴⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, cit. p. 1.156.

¹⁴⁶⁰ “Morrer é ver extinto dentre as névoas o fânal que nos guia na tormenta. (...) Ver tudo findo (...) só na lousa um nome que o viandante ao passar consome”. CASTRO ALVES, Antonio. *Poemas completas*. 18 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995, p. 22.

¹⁴⁶¹ O divórcio é motivado, dentre outras causas, pela extinção da *affectio maritalis* entre os cônjuges. Tal sentimento aflora e permanece, fenece e se extingue no coração das pessoas, ao sabor das ondas e dos ventos do tempo, como se deflui da divagação do poeta: “De repente do riso fez-se o pranto / Silencioso e branco como a bruma / E das bocas unidas fez-se a espuma / E das mãos espalmadas fez-se o espanto. De repente da calma fez-se o vento / Que dos olhos desfez a última chama / E da paixão fez-se o pressentimento / E do momento imóvel fez-se o drama. De repente, não mais que de repente / Fez-se de triste o que se fez amante / E de sozinho o que se fez contente. Fez-se ao amigo próximo o distante / Fez-se da vida uma aventura errante / De repente, não mais que de repente”. (MORAES, Vinicius. *Separação*. Nova antologia poética. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 93.

¹⁴⁶² FIÚZA, César, cit. p. 989.

a ação de separação judicial, quando da existência de grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum¹⁴⁶³.

A separação poderá, também, ocorrer por mútuo consentimento, como prevê o art. 1.574 do CC: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção”. O juiz, no entanto, poderá negar-se a fazer a homologação e não determinar a separação, ao verificar que não serão preservados os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (art. 1.574, parágrafo único)¹⁴⁶⁴.

Hoje, esse dispositivo do Código Civil disciplinando a separação judicial passou a ser uma alegoria histórica. É que a Emenda Constitucional nº 66/2010 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, fazendo desaparecer a separação judicial como requisito para a requisição do divórcio. Eliminou, também, o tempo que existia entre separação judicial e divórcio, tornando possível o divórcio direto¹⁴⁶⁵. Com ele dá-se a ruptura definitiva da relação conjugal, comprovando que o sempre não existe, que nada é eterno e que o tempo transforma as relações entre as pessoas, mesmo as mais próximas. Na dinâmica da vida, os fatos vão acontecendo e, de forma imperceptível, o humano é tragado pelas armadilhas do tempo. Tudo se desmorona e pode renascer. O riso se faz pranto. A harmonia se desfaz no vento e a alegria se faz tristeza, como assinala o cantar do poeta¹⁴⁶⁶.

No Brasil, desde os primórdios da colonização portuguesa, o casamento pontificou como uma união indissolúvel. Era reflexo da legislação canônica que preconizava e ainda preconiza ser o matrimônio de natureza divina, instituído pelo próprio Criador, ficando proibido ao homem separar o que Deus uniu, conforme a tradição bíblica mantida no perpassar do tempo. Porém, mesmo com a separação entre o Estado e a Igreja (operada com a República), esse cariz de indissolubilidade do matrimônio não se extinguiu¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶³ Poderá haver, ainda, a separação judicial de forma unilateral, nos seguintes casos: a) se um dos cônjuges comprovar a ruptura da vida conjugal por mais de um ano, sendo impossível a reconciliação; b) quando um dos cônjuges estiver acometido de doença mental grave, superveniente ao casamento, tornando impossível a vida em comum, desde que, após dois anos, a enfermidade tenha sido considerada de cura improvável. (Art. 1.572, §§ 1º e 2º).

¹⁴⁶⁴ O art. 1.576 do Código Civil estabelece: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão”.

¹⁴⁶⁵ LOBO, Paulo, cit. p. 149.

¹⁴⁶⁶ Vide nota 1.461. É o mistério do antes e do depois, bem materializado no poema *Eu sou o mundo* de Neme Kazan: “Eu vi a flor vaidosa e a brisa amena / Bebendo o orvalho da manhã serena / Num idílio sem fim de planta e flor. / Mas soprou o tufão depois da aragem, / Despetalando a flor na passagem / Esmagando-a num sopro arrasador”. In <http://fotolog.com.morelle/13041851>. Acessado em 15/01/2015.

¹⁴⁶⁷ Cf. LOBO, Paulo, cit. p. 149: “No tempo anterior à República, a sociedade conjugal terminava somente com a morte de um dos cônjuges, pelo ingresso de um deles em ordens sacras maiores, pela nulidade, pelo divórcio perpétuo de fonte canônica, mas sem dissolução do casamento. Um decreto de 1827 determinava a observação das normas do Concílio de Trento e da Constituição Apostólica do Arcebispado da Bahia. Após a República, deu-se a separação entre a Igreja e o Estado. O Decreto nº 521/1890 previa a separação de corpos, sem a dissolução do

O Código Civil de 1916 estabelecia , apenas, a possibilidade do desquite amigável ou litigioso, ou seja, a separação de corpos que colocava fim à sociedade conjugal, sem contudo, dissolver o casamento. O divórcio passou a ser admitido com a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977¹⁴⁶⁸. O desquite foi mantido, mas sob a denominação de “separação judicial”, constituindo pré-requisito para o divórcio, que somente poderia ser concedido após três anos da separação.

Com a dissolução do casamento, os deveres de coabitação e fidelidade se extinguem para os cônjuges. O mesmo acontece com os direitos e obrigações patrimoniais determinados no regime de bens estabelecido, podendo cada uma das partes convolar novas núpcias. O divórcio põe termo à relação matrimonial entre os cônjuges. Pode ocorrer de forma direta, quando o casal já está separado, de fato, por mais de dois anos, independentemente de prévia separação judicial. Pode também dar-se de forma indireta, no caso de a separação judicial ter completado um ano, quando a separação se converte em divórcio.

Na legislação anterior, o divórcio só poderia ser concedido uma vez para a mesma pessoa. Mas tal restrição deixou de existir com a Lei nº 7.844/89. A separação judicial, como o antigo desquite, punha fim à sociedade conjugal, mas mantinha inalterável o vínculo matrimonial¹⁴⁶⁹. Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988, no § 6º do art. 226, preceituava: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Todavia, a Emenda Constitucional nº 66/2010 deu nova redação ao

vínculo conjugal”. *Ad argumentandum tantum*, é esclarecedor acrescentar que as constituições brasileiras anteriores consagravam o princípio da indissolubilidade do casamento: a) Constituição Federal de 1934: “Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado. Parágrafo único. A lei civil determina os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo”. b) Constituição Federal de 1937: “Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”. c) Constituição Federal de 1946: “Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito a proteção especial do Estado”. d) Constituição Federal de 1967: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito a proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel”. e) Constituição Federal de 1969: “Art. 175: A família é constituída pelo casamento e terá direito a proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel”.

¹⁴⁶⁷ A Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal, que passou a ser a seguinte: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, estabelece, no seu art. 2º: “A sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pela separação judicial; IV – pelo divórcio”. Essa normatização ficou conhecida como Lei do Divórcio. Contudo, com a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), essa lei restou quase que praticamente revogada. *Vide* DIAS, Maria Berenice, cit. p. 129. Por fim, a vigente Constituição Federal de 1988 prevê, no seu art.226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2.º (...). § 3º (...). § 4º (...). § 5º (...). § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

¹⁴⁶⁸ *Vide* nota anterior.

¹⁴⁶⁹ LOBO, Paulo, cit. p. 150.

referido dispositivo que passou a ser: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Fez desaparecer a separação judicial, bem como o tempo, como pré-requisitos para o divórcio¹⁴⁷⁰. A respeito, Pablo Stolze e Pamplona Filho esclarecem:

“Trata-se de uma completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca se afastar da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante”¹⁴⁷¹.

Com a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, o divórcio passou a ocorrer de três formas: a) divórcio judicial litigioso, caracterizado pela ausência de acordo entre os cônjuges sobre as mais diversas situações: alimentos, guarda dos filhos comuns, partilha dos bens etc; b) divórcio judicial consensual, como opção para os cônjuges que não optarem pela terceira modalidade; c) divórcio extrajudicial, introduzido pela Lei nº 11.411/2007. Este tem por objetivo a homologação em juízo do que foi consensualmente consentido entre os cônjuges, referente à proteção e guarda dos filhos, manutenção ou não do sobrenome do outro cônjuge, alimentos devidos aos filhos, partilha dos bens. Nesse tipo de divórcio, cabe ao juiz, apenas, homologar a decisão dos cônjuges. Materializa-se mediante escritura pública lavrada perante o tabelião, com a assinatura de advogado devidamente constituído. São requisitos para a sua realização: a) inexistência de filhos menores; b) comum acordo dos cônjuges¹⁴⁷².

5. A união estável e o companheirismo

5.1 Breve histórico

Concubinato foi a expressão empregada, de forma depreciativa, em todas as épocas, para designar esse tipo de união. Os partícipes dessa relação eram chamados de despudorados, amásios, amancebados, amantes ou concubinos. Hoje, sob o prisma da união estável, são denominados de companheiros ou conviventes. Contudo, o antigo concubinato ainda sobrevive

¹⁴⁷⁰ A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal revogou os seguintes artigos do Código Civil: o art. 1.571, *caput*, que tratava da dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do vínculo conjugal; a segunda parte do § 2º do mesmo artigo que se referia ao divórcio por conversão; os arts. 1.572 e 1.573, que elencavam as causas de separação judicial; os arts. 1.574 a 1.576, que dispunham sobre os tipos e efeitos da separação judicial; o inciso IV – art. 1.578, que proibia o direito do cônjuge culpado a usar o sobrenome do outro; o art. 1.580, que regulava a conversão da separação judicial em divórcio; os arts. 1.702 e 1.704, que disciplinavam os alimentos devidos por um cônjuge ao outro, quando da culpa pela separação judicial. *Vide* LOBO, Paulo, cit. p. 165.

¹⁴⁷¹ GAGLIANO, Pablo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 532.

¹⁴⁷² *Vide* LOBO, Paulo, cit. p. 156; DIAS, Maria Berenice, cit. p. 329s.

nas relações não-eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar (art. 1.727 do CC)¹⁴⁷³. A história da união estável como instituição protegida pelo direito pátrio é recente¹⁴⁷⁴. Antes, estava no rol das relações espúrias, sob a denominação de concubinato. Luiz Fachin, de forma lapidar, traduz o seu significado:

“A dinâmica é o movimento que gera sua própria vida e busca contemplar eventual transformação. Tal circunstância se dá quando a regra não cobre mais com sua juridicidade positivada todas as circunstâncias. Cogita-se, então, de relações contratuais de fato, para mostrar exatamente que há determinadas relações das quais emergem efeitos jurídicos, e que não correspondem a um dado paradigma que foi tipificado ou codificado ao final desse processo de refinamento que a codificação opera. Esses espaços de “não direito” geram fatos que, em certos casos, acabam se impondo ao jurídico, o que gera uma transformação naquilo que foi refinado pela ordem jurídica. Desta certa mudança sem ruptura vem a nova ordem, e o ciclo produtivo das passagens que se mantém. Lacunas convertem-se em regras. Foi o que ocorreu, dentro do âmbito do direito brasileiro, com o concubinato. No contexto da família, a concepção matrimonializada forma um espaço de “não direito”, mas a produção de relações sociais nesse espaço acabou gerando uma certa imposição, e o que estava na “dobra do direito” passou, gradativamente, a ocupar parte do núcleo no modelo plural de família”¹⁴⁷⁵.

Hodiernamente, no direito brasileiro, o casamento não é a única forma de constituição da família. À luz da Constituição Federal, a família deixou de ser uma instituição singular e passou a ser plural¹⁴⁷⁶, porquanto existem outras modalidades de família, também de significativa importância: a união estável¹⁴⁷⁷ e a família monoparental¹⁴⁷⁸. Sem dúvida, no curso da história, o casamento foi a instituição mais consagrada, protegida pelas religiões e pelo Estado, através de seus dogmas e imposições legais. Todavia, as uniões livres, não obstante as rejeições, condenações e contradições, são anteriores ao casamento e sempre existiram¹⁴⁷⁹. Na

¹⁴⁷³ Vide item 6.2 - Concubinato na atual legislação brasileira, *infra*.

¹⁴⁷⁴ Segundo PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 21, a ideia de família consagrada pelo direito civil brasileiro, antes da Constituição de 1988, era constituída de pais e filhos unidos pelo casamento regulado pelo Estado.

¹⁴⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XX: Da união estável, da tutela e da curatela (arts 1.723 a 1.783). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 25.

¹⁴⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

¹⁴⁷⁷ Constituição Federal, art. 226. “A família, base da sociedade, tem a proteção do Estado. (...) § 3º 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”.

¹⁴⁷⁸ A família monoparental, como entidade familiar, não encontra guarida no Código Civil brasileiro, embora seja reconhecida pela Constituição Federal, no art. 226 § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

¹⁴⁷⁹ Cf. DIAS, Maria Berenice, cit. p. 168: O termo “concubinato” está eivado de preconceito. Origina-se do latim: *cum cubo*, com o significado de “encontrar-se dentro de um cubículo”. Historicamente sempre traduziu relação escusa e permissiva, quase uma degradação moral. Segundo a autora, o Código Civil vigente, no seu art. 1.727, utiliza pela primeira vez o vocábulo “concubinato” para estabelecer uma distinção entre união estável e família paralela, chamada doutrinariamente de concubinato adúltero. Mas, para isso, faltou coragem ao legislador, de modo que a norma restou incoerente e contraditória. Parece dizer, mas não o faz, que as relações paralelas não constituem união estável, deixando as uniões espúrias excluídas de qualquer reconhecimento e desprotegidas de

expressão de Maria Berenice Dias, “não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade”¹⁴⁸⁰. É a estafante e desafiadora história do *homo sapiens* pelos caminhos da terra, na busca do seu bem-estar, sua felicidade e sobrevivência. Assim foi e sempre será, nesse percurso da história humana, prolongado através dos rebentos novos que continuam a sua existência:

“Deixei a semente plantada na terra,
assim estarei pelo tempo sem fim,
viverei na semente, na planta e na flor,
sou árvore antiga que a corrente levou”¹⁴⁸¹.

O tempo destrói tudo e não presta conta de nada. Com ele ocorrem mudanças de costumes, de hábitos, de cultura e de civilização, numa evolução inexorável das instituições, do pensamento e da vida¹⁴⁸². Nessa perspectiva, algumas uniões extramatrimoniais, sempre profligadas, terminaram por receber certo respaldo social e acolhimento pela lei. Assim, consagrou-se a união estável, respaldada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro, que dispõe: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”¹⁴⁸³.

Como se sabe, a família moderna, a pouco e pouco, vem se distanciando da concepção antiga de casamento e dos direitos de família. Segundo Caio Mário¹⁴⁸⁴, essas transformações foram tão radicais e profundas que os conceitos daquele tempo, aplicados hodiernamente, seriam considerados verdadeira monstruosidade jurídica e social. Hoje, diferentemente dos primevos e medievos, a existência da igualdade entre o homem e a mulher, bem como a possibilidade da existência da família fora do casamento, surgem como uma nova realidade,

direitos. Sobre o significado de concubinato, vide CURA, António A. Vieira. *A “união de facto” (concubinaus) no direito romano (da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*, cit. p. 1.295; FAYER, Carla. *La familia romana. Parte terza. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, p. 14. Vide notas 844, 912, 924 e 954. Cap. II.

¹⁴⁸⁰ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 163.

¹⁴⁸¹ SANTOS, Severino Augusto dos. *Adeus meu canto*. (no prelo).

¹⁴⁸² “A vida é o dia de hoje, / A vida é o ai que mal soa, / A vida é sombra que foge, / A vida é nuvem que voa; / (...) Nuvem que o vento nos ares, / Onda que o vento nos mares, / Uma após outra lançou, / A vida - pena caída / Da asa da ave ferida / De vele em vale impelida / A vida o vento levou”. João de Deus. *A vida*. In <http://www.vidaslusófonas.pt/aleixo.htm>. Acessado em 17/01/2015.

¹⁴⁸³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, cit. p. 1.244s: Convivência pública é a fama do casal de que são companheiros, de forma notória, conhecida publicamente. A continuidade se caracteriza pela ausência de interrupção da convivência. Duradoura, quando não é efêmera. Contudo, não significa qualquer convivência, mas aquela que tem por objetivo constituir família. Vide DIAS, Maria Berenice, cit. p. 169.

¹⁴⁸⁴ PEREIRA. Caio Mário da Silva, cit. p. 1.156.

materializada na união estável e, ainda, na família monoparental, quando constituída por um dos progenitores e seus filhos¹⁴⁸⁵.

5.2 Definição

A união estável é definida por César Fiúza como “convivência pública e contínua, sob o mesmo teto ou não, entre homem e mulher não unidos entre si pelo casamento”¹⁴⁸⁶. Tem como objetivo a constituição da família, caracterizada pelo *animus* da convivência, independentemente da exigência da coabitação, como ocorre no casamento¹⁴⁸⁷. Cumpre registrar que esse tipo de relação existiu entre quase todos os povos e em todas as épocas, sob a forma de concubinato. É da natureza humana, tão heroica e ao mesmo tempo tão volúvel, acrisolada pelo amor ou degradada pela licenciosidade e permissividade. São essas virtudes e esses defeitos que fazem a alma humana.

No entanto, esses vínculos afetivos extraconjugais sempre foram repudiados pelo legislador. *Ad argumentandum tantum*, o Código Civil brasileiro de 1916, com o objetivo de proteger a família, constituída pelos sagrados laços do matrimônio, não reconhecia as relações fora do casamento. Estabelecia, inclusive, sanções quando impedia doações, testamento e instituição de seguro em favor da concubina¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁵ A Constituição Federal, no art. 226, § 3º, trata da união estável, também chamada de família natural. O § 4º trata da entidade familiar formada somente por um dos pais e seus filhos, denominada família monoparental ou unilinear. *Vide* notas 1.477 e 1.478, *supra*. Cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 18: “A expressão união estável, adotada pela atual Constituição brasileira, veio substituir a expressão concubinato. (...) União estável é o concubinato não adúltero”.

¹⁴⁸⁶ FIÚZA, César, cit. p. 992s. Para LOBO, Paulo, cit. p. 168, “a união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem na posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). Segundo entendimento jurisprudencial (STJ, 3ª. T., REsp 275.839-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, v. u. j. 2.10.2008), “a união estável é espécie de entidade que não exige a coabitação como elemento indispensável à sua caracterização. Ainda que seja dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, não se trata de requisito essencial, devendo a análise centrar-se na conjunção de fatores presentes em cada hipótese, como a *affectio maritalis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum”. *Vide* NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, cit. p. 1.245.

¹⁴⁸⁷ Na forma do disposto na Lei nº 8971/94, a união estável refere-se à pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, ou seja, a pessoas entre as quais inexistente impedimento que impossibilita a realização do casamento. Difere do concubinato, que é a união de pessoas impedidas de se casarem. *Simili modo*, o Código Civil, na forma do art. 1.521, proíbe a união estável entre pessoas alcançadas por impedimentos dirimentes públicos: incesto, bigamia, homicídio.

¹⁴⁸⁸ DIAS, Maria Berenice, cit. p.163.

5.3 Características

A doutrina civilista exige para a materialização da comunhão estável: convivência conjunta, ausência de impedimentos para o casamento, diversidade de sexos, unicidade de vínculo, estabilidade, continuidade, publicidade, constituição de família¹⁴⁸⁹. Alguns doutrinadores, numa interpretação extensiva, entendem que a diversidade de sexos não é mais requisito essencial da união estável. Dentre eles, citam-se Paulo Storze e Pamplona Filho, que a definem, como “uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família”¹⁴⁹⁰. A respeito, anotam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

“Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas normas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas”¹⁴⁹¹.

Contudo, ao se estabelecer uma comparação entre a união estável e o casamento, reportando-se aos seus fundamentos históricos, torna-se estranho e confuso entendê-la como possível entre pessoas do mesmo sexo. Até porque, na forma do art. 1.726 do Código Civil, a união estável poderá converter-se em casamento que, sob a égide da legislação vigente, ainda é apanágio de pessoas de sexo diferente.

¹⁴⁸⁹ Vide LOUREIRO, Guilherme, cit. p. 1.161s; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 48s.

¹⁴⁹⁰ GAGLIANO, Paulo Storze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 420.

¹⁴⁹¹ Citados por GAGLIANO, Paulo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, p. 429. À luz do tema desta tese, que versa sobre a influência do direito romano e do cristianismo, entende-se que essa vertente está na contramão da história. Não se pode, contudo, deixar de registrar a existência de jurisprudência ora favorável, ora contrária, a respeito da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como se vê: “União estável. Ação de reconhecimento de união homoafetiva. Descabimento. Entidade familiar. Não caracterização. Inteligência dos arts. 226, § 3º, da CF e 1.723 do CC. Existência de sociedade de fato. Partilha de bens comprovadamente adquiridos no período. Apelação provida, em parte, por maioria. (TJRS, Ap. Cível 70.026.584698, 7ª Câmara Cível. Rel. Des. José Conrado de Souza Junior, DO 05.06.2009, p. 48). “Ação declaratória de união estável. Relação homoafetiva. Sentença de procedência. Normas constitucionais e infraconstitucionais que não albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual. Legislação pátria que prevê união estável somente entre homem e mulher. Inteligência dos arts. 1.723 do Código Civil, art. 226, § 3º, da Constituição Federal, e art. 1º da Lei 9.278/96. Sentença reformada. Inversão dos ônus de sucumbência. Recurso provido”. (TJSP, Ap. Cível n. 994.093.422.625/Americana, 7ª Câmara de Dir. Priv. Rel. Luiz Antonio Costa, j. 16.12.2009). “Apelação. União homossexual. Competência. Reconhecimento de união estável. Competência para processar e julgar as ações relativas aos relacionamentos afetivos homossexuais. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua existência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Por via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. Negaram provimento”. (TJRS, Apelação Cível n. 70.023.812423, 8ª Câmara Cív. Rel. Rui Portanova, j. 02.10.2008). *In* Código Civil comentado. Doutrina e Jurisprudência. Coordenador César Peluso. 5. Ed. Barueri: Manole, 2011, p. 2035.

5.4 Direitos e deveres dos conviventes

O art. 1.724 do Código Civil estabelece para a união estável direitos e deveres análogos aos fixados para o casamento: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. A fidelidade recíproca é também dever dos conviventes. A lei exige que haja uma relação monogâmica, não sendo possível a existência simultânea da união estável e do casamento. Para a sua concretização, exige-se que seja permanente e contínua sua existência¹⁴⁹². Nesse sentido, anota Rodrigo da Cunha Pereira:

“Embora discutíveis, no direito pátrio e no estrangeiro, podemos apontar, como elementos que integram ou caracterizam a união estável: a durabilidade da relação, a existência de filhos, a construção patrimonial comum, *affectio maritalis*, coabitação, fidelidade, notoriedade, a comunhão de vida, enfim, tudo aquilo que faça o relacionamento parecer um casamento”¹⁴⁹³.

5.5 Distinção entre união estável, casamento e concubinato

Parece inadmissível a existência de certa simetria entre a união estável e o casamento. Têm a mesma significação no que concerne à estrutura de convivência arrimada na afetividade. Divergem, todavia, no seu modo de constituição¹⁴⁹⁴. O casamento se inicia com a celebração.

¹⁴⁹² A Lei n° 8.971/94 exigia um tempo mínimo de cinco anos de convivência, exceto no caso da existência de filhos, quando o prazo poderia ser menor. Esse dispositivo não foi recepcionado pelo Código Civil vigente que estabelece, apenas, uma convivência duradoura. Cf. PELUSO, César *et al.* *Código Civil comentado*. Doutrina e Jurisprudência. 5 ed. Barueri: Manole, 2011, p. 2031: “Ainda que o legislador não tenha estabelecido o prazo mínimo para seu reconhecimento (...), exigiu que se considerem a consistência e a efetividade da união. O prazo necessário será estabelecido pelo juiz em cada caso concreto, diante de suas circunstâncias, como, por exemplo, a vida em comum sob o mesmo teto, ou não; existência de filhos; notoriedade da convivência; casamento religioso; contrato jurídico reconhecendo a união; atos e negócios jurídicos que se referem à união (nomeação da companheira como procuradora, segurada ou dependente, contrato de locação, contas conjuntas, cartão de crédito comum, etc)”. Não se pode olvidar o elemento subjetivo, o *animus* dos conviventes em constituir família, aparecendo perante a sociedade com um *status* semelhante ao de pessoas casadas. Ainda de acordo com o autor (*ibidem*, p. 2039), não se confunde união estável com namoro. Destarte, pode-se inferir e acrescentar que qualquer relacionamento amoroso não caracteriza a união estável, sob pena de se banalizar e desvirtuar essa relação. O que distingue a união estável do namoro é o fato de que aquela é constituída por um relacionamento efetivo, tendo por objetivo a constituição de família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha, cit. p. 19.

¹⁴⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 48s. A jurisprudência entende que a coabitação não constitui requisito para a caracterização da união estável. Desde que tenha existido um relacionamento duradouro, público e sedimentado em fortes laços afetivos, não se pode recusar o reconhecimento dessa situação de fato de todos conhecida. (TJMG, Ap. Cív. L.0479.05.087208-0/002, la. Câm. Cív. Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, publ. 29.5.2009).

¹⁴⁹⁴ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit. p. 534: Não há de se confundir a união estável com o casamento. De primeiro, afasta-se essa equiparação. Uma vez que a “lei facilitará sua conversão em casamento” (Constituição Federal, art. 226, § 3º, *in fine*), o legislador deixou bem claro que não igualou a união estável ao casamento. Não

A união estável não tem ponto de início estabelecido, nascendo da consolidação da convivência, “do comprometimento mútuo, do entrelaçamento e do embaralhar do patrimônio”¹⁴⁹⁵, na anotação de Maria Berenice Dias¹⁴⁹⁶. Por isto, hão de se distinguir doutrinariamente “companheira” e “concubina”. A primeira é a mulher que vive, em união estável, com um homem desimpedido para o casamento, ou separado judicialmente, ou de fato, há mais de dois anos, apresentando-se à sociedade como se com ele casada fosse. Concubina é a mulher que, clandestinamente ou não, se une a um homem comprometido e legalmente impedido de casar¹⁴⁹⁷. No mesmo sentido, esclarece Paulo Nader:

se cogitaria de conversão se se tratasse do mesmo conceito. São institutos diversos. Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51: “Se a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidentemente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade, continua sendo o casamento”. Segundo o autor (*ibidem*), “o novo Código (...), de certa forma, alargou a proposta constitucional, na medida em que procurou equiparar a união estável ao casamento, quando é sabido, e bem sabido, que em momento algum o constituinte de 1988 pretendeu igualar as duas relações jurídicas”. Nesse sentido, atente-se para a observação do ministro Barbosa Moreira (TJ-RJ, Ac. un da 5ª CC, de 06.08.1991. *In ADV – Seleções jurídicas. O direito de família nos tribunais*, v. IV, concubinato, p. 16): “A norma do § 3º (do art. 226), de maneira alguma, atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre união estável não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem iguais, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais é desnecessária e inconcebível a conversão”.

¹⁴⁹⁵ Nesse sentido patrimonial, estabelece o art. 1.725 do CC. “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão de bens”.

¹⁴⁹⁶ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 167. Segundo a autora, a lei não trata diferentemente a união estável em relação ao casamento, justificando: “Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, deve tal omissão ser tida por inexistente, ineficaz e inconstitucional”.

¹⁴⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, cit. p. 1.247. A respeito da distinção entre companheira e concubina, existe jurisprudência dos tribunais, em julgado de direito previdenciário: “Companheira e concubina. Distinção. Sendo o direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável. Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão. Servidor público. Mulher. Concubina. Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. Decisão. Por maioria de votos, a Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do relator; vencido o ministro Carlos Ayres Brito, Presidente. 1ª. Turma, 10-2-2009”. (RE 590779/ES. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 10-2-2009, Die 27-3-2009, 1ª. Turma). Em outro julgamento, *in pari causa*, o STF, no recurso extraordinário 397.762-8, negou à concubina de homem casado o direito de dividir pensão previdenciária com a viúva. Contudo, houve voto contrário do ministro Carlos Ayres Brito: “Ao proteger a família, a maternidade, a infância, a Constituição não faz distinção quanto a casais formais e os impedidos de casar. À luz do direito constitucional brasileiro, o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois”. *Vide* GAGLIANO, Paulo Storze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, cit. p. 468. Segundo DIAS, Maria Berenice (cit. p. 51), é inegável a existência de famílias paralelas, casamento e união estável, ou de duas uniões estáveis. Para a autora, a regra do art. 1.727 do CC não contempla a realidade da vida e a justiça termina cometendo grandes injustiças. Atualmente existe certa sensibilidade e inclinação favorável por parte da jurisprudência quanto à matéria. “O concubinato adúltero importa para o direito. Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm

“No atual nível de evolução legislativa, a união estável e o concubinato distinguem-se em um ponto fundamental: naquela, o homem e a mulher são pessoas livres e podem se casar ou, estão impedidos de casar, em razão de pelo menos um deles, separado de fato ou formalmente; enquanto no concubinato há outros impedimentos matrimoniais. O denominador comum entre ambos consiste em que as relações entre o casal não são eventuais”¹⁴⁹⁸.

Faz-se necessária, pois, a distinção entre união estável e concubinato para se manter a coerência com o princípio da monogamia. Busca-se também não se fazer injustiça com as mulheres, considerando que, na quase totalidade das relações paralelas, os protagonistas são os homens¹⁴⁹⁹. Essa dicotomia doutrinária não é de entendimento pacífico na jurisprudência, conforme se deflui do recurso especial julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“(...) Nesse período de convivência afetiva – pública, contínua e duradoura – um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram-se, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um objetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de direito de família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina – palavra preconceituosa -, mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que elas geram efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro”¹⁵⁰⁰.

6 . Concubinato

filhos e há construção patrimonial comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes”.

¹⁴⁹⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Direito de família*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 473,

¹⁴⁹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, cit. p. 18

¹⁵⁰⁰ TJMG. Apel. Cív. 1.0017. 05.016882-6/003. 5ª Câm. Cív. Rel. Des. Maria Elza, publ. 10.12.2008. *In* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p.48.

6.1 Considerações gerais

A história do concubinato no Brasil remonta à colonização¹⁵⁰¹, como se comprova no texto da carta de Pero Borges, enviada de Porto Seguro, em 7 de fevereiro de 1550, ao rei de Portugal, informando, entre outros assuntos, a situação dos portugueses que deixaram suas esposas no reino: “Há muitos dias que andão aqui e não granjeão muitos deles, ou os mais, fazendas, senão estão amancebados com um par ao menos cada de gentias”. Na carta solicitou ao rei prover que, não sendo eles degredados, buscassem suas mulheres em Portugal ou que elas fossem enviadas para a nova terra que se começava a povoar, para que não houvesse “tanto gênero de pecados públicos”¹⁵⁰².

Abordando a mesma temática, pouco tempo antes, o padre Manoel da Nóbrega, em carta enviada, em 9 de agosto de 1549, ao padre Simão Rodrigues, confidenciava que os portugueses viviam em mancebia com suas negras e acrescentava: “Todos se me escusam que não tem mulheres com que casem, e conheço eu que casariam se achassem com quem”¹⁵⁰³. O missivista considerava o amancebamento como consequência de os portugueses casados estarem desacompanhados de suas mulheres. Ademais, os homens solteiros não tinham com quem casar, aconselhando que viessem da metrópole mulheres solteiras, até prostitutas, para casar com os colonos¹⁵⁰⁴. Após dez anos de Brasil, conforme anota Fernando Torres Londoño, o padre Manoel da Nóbrega, em julho de 1559, escrevia ao padre Miguel Torres:

“Com os cristãos desta terra se faz pouco, porque lhe temos cerrada a porta da confissão por causa dos escravos que não querem senão ter e resgatar mal, e porque geralmente todos os mais estão amancebados das portas adentro com suas negras, casados e solteiros, e seus escravos todos amancebados, sem num caso nem outro quererem fazer consciência...”¹⁵⁰⁵

O padre José de Anchieta também fez referência a essa situação que revelava uma visão negativa das mulheres da terra. Em carta ao padre Inácio de Loyola, em 1554, dizia que as índias constituíam um perigo para os mestiços candidatos a jesuítas, justificando: “*Las mujeres andan desnudas e inportunan los hombres echándose con ellos en las redes, porque tenían*

¹⁵⁰¹ Cf. LONDOÑO, Fernando Torres. *A outra família. Casamento, Igreja e escândalo na colônia*. São Paulo: Edições Loyola, 1999, p. 28: “No Brasil, concubinato e mancebia serviram no século XVI para caracterizar os tratos que os colonos portugueses estabeleceram com as índias, as negras e as mestiças. Com elas não se casavam”.

¹⁵⁰² Carta do ouvidor-geral do Brasil ao rei. In VARNHAGEN, Francisco Adolfo. *História geral do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1981, vol. I, p. 190.

¹⁵⁰³ LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 31.

¹⁵⁰⁴ SILVA, Ignácio Accioli Cerqueira. *Memórias históricas e políticas da Província da Bahia*. Salvador, s/e, 1919, p. 365, *apud* LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 32.

¹⁵⁰⁵ LONDOÑO, Fernando Torres, p.31.

honra dormir con los cristianos”¹⁵⁰⁶. A literatura desse período é pródiga em relatos dos descaminhos praticados pelos colonos. Contudo, esse comportamento não era privativo dos homens casados que aqui viviam como solteiros, por terem deixado em Portugal suas mulheres, ou de soldados, marinheiros e degredados. Muitos outros casados também viviam em mancebia, não obstante terem suas esposas com eles. Nem mesmo aqueles que vinham de Portugal para ingressar na vida religiosa escapavam das tentações. É o que testemunha o padre Pires, em carta escrita da Bahia, em 1555, ao provincial dos jesuítas em Portugal, falando dos moços que vinham para a evangelização:

“Esses meninos são nesta terra perdidos, ainda nas coisas espirituais, pela grande soltura de la gente dela, porque as mulheres andam quase nuas e são tão ruins que andam trás estes moços para pecarem com eles e enganá-los, e eles facilmente se deixam enganar”¹⁵⁰⁷.

No mesmo sentido, o padre Manoel da Nóbrega lamentava não ser fácil para os mestiços, aspirantes à Companhia de Jesus, guardar a castidade em terras do Brasil, em razão das muitas ocasiões que vivenciavam¹⁵⁰⁸. Todas essas circunstâncias concorriam para que as mulheres nativas do Brasil colônia não fossem procuradas pelos portugueses com intenção de casamento, apesar da tentativa de religiosos e autoridades para que o fizessem. Mesmo que o casamento significasse determinados privilégios, como a dispensa do serviço militar e uma melhor condição econômica diante da possibilidade de exercer uma função pública ou trabalhar no comércio, os portugueses resistiam à ideia de casamento com mulheres que não fossem portuguesas¹⁵⁰⁹.

Nesse estado de coisas, o concubinato se disseminava, não obstante todo o empenho e esforço de religiosos e missionários para mudar esse comportamento e implantar os bons

¹⁵⁰⁶ *Ibidem*. p. 35. A respeito, anota FREIRE, Gilberto. *Casa grande & Senzala*. 50 ed. São Paulo: Global, 2005, p. 161: “O ambiente em que começou a vida brasileira foi quase de intoxicação sexual. O europeu saltava em terra escorregando em índia nua, os próprios padres da Companhia precisavam descer com cuidado, senão atolavam o pé em carne. Muitos clérigos, dos outros, deixaram-se contaminar pela devassidão. As mulheres eram as primeiras a se entregarem aos brancos, as mais ardentes indo esfregar-se nas pernas desses que supunham deuses. Davam-se ao europeu por um pente ou um caco de espelho”.

¹⁵⁰⁷ LONDOÑO Fernando Torres, cit. p. 34s.

¹⁵⁰⁸ *Vide* LONDOÑO Fernando Torres, cit. p. 35.

¹⁵⁰⁹ Segundo LONDOÑO, Fernando Torres (cit. p. 33s), isto também foi comum nas possessões portuguesas da Ásia e África, mercê da existência de uma população indígena costumeiramente “luxuriante e carnal”, causadora dos desvios europeus. Nesse aspecto, *vide* BOXER, Charles. *Relações raciais no império colonial português, 1415-1825*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967; *O império colonial português*. Lisboa: Edições 70, 1977. FREIRE, Gilberto. *Casa grande & senzala. Formação da família brasileira sob o regime patriarcal*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1981.

costumes. A situação atingiu um nível tal que o padre Manoel da Nóbrega, em 1559, em carta a Tomé de Souza¹⁵¹⁰, descrevia e lamentava a devassidão vivenciada pelos portugueses:

“(...) que, se contarem todas as casas, todas acharão cheias de pecados mortais, cheias de adultérios, fornicações, incestos e abominações, em tanto que me deito a cuidar se tem Cristo algum limpo nesta terra e escassamente se oferece um ou dois que guardem bem seu estado, ao menos sem pecado público. Pois dos outros pecados que direi. Nem há paz, mas tudo ódio, murmurações e detrações, roubos e rapinas, enganos e mentiras; não há obediência nem se guarda um só mandamento de Deus e muito menos da Igreja”¹⁵¹¹.

Essa era a situação vivenciada no século XVI. Com o decorrer do tempo, nomeadamente a partir da instalação dos governos gerais, que tinham por objetivo a ocupação, a exploração e o desenvolvimento do território, a situação começou a ser, a pouco e pouco, modificada. De Portugal vieram muitas famílias, várias pessoas casadas e também solteiros que aqui casavam. A presença da Igreja se tornou mais efetiva, com a criação de bispados e de paróquias, com o trabalho de padres e missionários, com grande destaque para os jesuítas.

Consolidaram-se algumas sesmarias, surgiram as grandes propriedades de terra e um sem-número de senhores ligados a elas, possibilitando o aparecimento de poderosas famílias com interesses definidos. Alargaram-se as fronteiras, construíram-se os engenhos, fundaram-se vilas e cidades, descobriram-se as minas, desenvolveram-se a agricultura e a criação de gado. As alianças familiares, através da celebração de casamentos, também se consolidaram, como anota Fernando Torres Londoño:

“Lugar de alianças das camadas abastadas, de ajuda e conveniência das camadas médias e baixas, o casamento foi se impondo na sociedade colonial brasileira a partir da segunda metade do século XVI e durante todo o século XVII, até passar a ser uma realidade cotidiana de todas as camadas sociais, como mostram os livros de registros de casamento das paróquias”¹⁵¹².

Muitas vezes, o casamento tinha por objetivo interesses coletivos e individuais de riqueza, satisfação ou realização pessoal, nem sempre alcançando esse desiderato. A situação das mulheres, por exemplo, era de inferioridade em relação aos homens. A legislação era

¹⁵¹⁰ Primeiro governador geral do Brasil, no período de 1549-1553. Com ele vieram os primeiros jesuítas, sob a direção do padre Manoel da Nóbrega. Durante seu governo, foi criado o 1º bispado do Brasil (25 de fevereiro de 1551). Fundou a cidade de Salvador, em 29 de março de 1549. Nasceu em Rates, Portugal, e faleceu em Lisboa, em 1579.

¹⁵¹¹ LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 46.

¹⁵¹² *Ibidem*, p. 51.

rigorosa em relação ao adultério feminino¹⁵¹³. Assim, por uma imposição moral, ou até mesmo por temor de difamação, as mulheres tinham um comportamento recatado, permanecendo muitas vezes numa vivência de insatisfação pessoal não resolvida pelo casamento¹⁵¹⁴. Diferente era a situação dos homens, favorecidos pelos costumes, pela legislação e pela Igreja, que consagravam a autoridade do homem sobre a mulher. Além disso, eles podiam buscar fora de casa a satisfação que o casamento muitas vezes não lhes propiciava. Em consequência, as relações na alcova conjugal, feitas de recato, pudor e discrição, não se comparavam com os devaneios, o prazer e a liberalidade das relações extraconjugais¹⁵¹⁵.

Em conformidade com as regras do Concílio de Trento, a Igreja estabelecia muitos impedimentos e exigências para a realização do casamento. Alguns desses impedimentos eram insanáveis; outros de difícil superação, nomeadamente pelos mais pobres que, não podendo corresponder às exigências, consideravam-se delas liberados para um relacionamento livre. Daí o grande número de relações concubinárias, praticadas por homens de todas as classes sociais, inclusive religiosos¹⁵¹⁶. Segundo Fernando Torres Londoño, o concubinato tinha várias configurações. Ocorria com muitos homens que, casados em Portugal, aqui se amancebavam. Tinham vindo em busca de fortuna e, com o passar do tempo, perdiam o interesse de retornar. Por vezes, era praticado paralelamente ao casamento, “na mesma região, na mesma vila ou arraial e até na mesma casa”¹⁵¹⁷.

Outras circunstâncias ou motivos conduziam ao concubinato. Mulheres honestas, sem possibilidade de casamento por não possuírem dote ou por falta de pretendentes, vivendo de

¹⁵¹³ As Ordenações Filipinas estabeleciam, no livro V, título XXV, nº 1: “E toda mulher, que fizer adulterio a seu marido, morra por isso. E se ella para fazer adultério por sua vontade se for com alguém de caza de seu marido, ou donde a seu marido tiver, se o marido della querelar, ou a acusar, morra morte natural”.

¹⁵¹⁴ LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 52.

¹⁵¹⁵ Segundo LONDOÑO, Fernando Torres (cit. p. 70), “as pessoas que moravam juntas ou mantinham tratos íntimos estáveis, não casadas, estavam inseridas numa sociedade que tinha uma imagem definida dos papéis que cabiam ao homem e à mulher. Essa imagem fora trasladada de Portugal em seus traços mais nítidos. Nela os homens gozavam de prerrogativas sexuais, ao passo que, para as mulheres honradas, a sexualidade estava restrita aos deveres do casamento”.

¹⁵¹⁶ Cf. LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 76: “Uma importante parcela do clero português e brasileiro no século XVIII aparece em diferentes documentos denunciada por terceiros por ter desrespeitado o celibato, não faltando também o próprio reconhecimento do eclesiástico de que não tinha cumprido o voto de castidade. (...) Mantinham tratos ilícitos ou comunicavam-se ilicitamente com mulheres, podendo ser essa comunicação com uma, duas ou mesmo com várias, quase sempre malfamadas”. Com referência às ilicitudes praticadas por padres no período colonial, *vide* PRIORE, Mary L. del. *Deus dá licença ao diabo*. Contravenção nas festas religiosas e igrejas paulistas do século XVIII. In VAINFAS, Ronaldo. *História e sexualidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1986. Cf. LONDOÑO, Fernando Torres (cit. p. 76s): São numerosos os processos envolvendo padres no chamado crime de solitação. A respeito, LIMA, Lana Lage da Gama (*A confissão pelo avesso*. Tese de doutoramento. Departamento de História, USP, 1991, p. 746) registra a existência de 462 denúncias contra padres do Brasil, nos séculos XVII e XVIII, pelo crime de solitação, que consistia na utilização do confessor e a intimidade que o mesmo propiciava para fazer propostas indecentes e desonestas às mulheres.

¹⁵¹⁷ LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 85.

favor em casas de família, terminavam por consentir na perda da virgindade, tendo filhos e se envolvendo em concubinato. Outras não resistiam à sanha sedutora de parentes, vizinhos, até religiosos. Depois do fato consumado tornava-se praticamente impossível voltarem a ser moças casamenteiras. Em algumas regiões, as mulheres eram mais numerosas que os homens.

Por outro lado, mulheres pobres que tinham perdido a virgindade encontravam, no concubinato com homens casados, uma fuga da prostituição. Outras moravam distante, nas fronteiras e nas minas, sendo obrigadas a enfrentar a luta pela sobrevivência. Outras ainda havia que, em razão de envolvimento com padres e clérigos, viviam em concubinato diante da impossibilidade da realização do casamento. Havia também as mulheres brancas, separadas do marido, ou viúvas, que, por essa condição, encontravam maiores dificuldades para contrair novas núpcias. Todas essas mulheres, brancas, negras ou desqualificadas, conforme anota Fernando Torres Londoño, “tinham transgredido a norma, fruto das circunstâncias da vida, mas frequentemente estimuladas por algum tipo de sedução e conquista que passava por vontades, desejos e necessidades pessoais”¹⁵¹⁸.

A Igreja sempre teve posição contrária ao concubinato, considerando-o uma relação ilegítima. Contudo, no Brasil, o efetivo combate às relações concubinárias somente se tornou realidade a partir do século XVIII¹⁵¹⁹. Papel importante nesse sentido tiveram as legislações eclesiásticas do Brasil, destacando-se as “Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia”, escritas e ordenadas por D. Sebastião Monteiro da Vide¹⁵²⁰. Após fazer uma visita pastoral à

¹⁵¹⁸ *Ibidem*. p. 90s.

¹⁵¹⁹ No começo do século XVIII, a Igreja Católica, estabelecida no solo brasileiro carregava as características dos séculos XVI e XVII. Era carente de um corpo de leis eclesiásticas que atendessem às condições e necessidades da terra. O problema mais grave era a falta de bispos. No século XVII, existiam tão somente os bispados da Bahia, Olinda, Belém e Rio de Janeiro. Contudo, era comum que as dioceses não estivessem ocupadas pelos seus titulares, muitas vezes em razão da demora da nomeação pelo rei e sagração pelo papa. Outros não queriam vir para o Brasil, alguns nem chegaram a embarcar, almejando a nomeação apenas por uma condição de prestígio. Ao chegarem ao Brasil, eles se defrontavam com todas as dificuldades de uma diocese na terra de além-mar: os altos custos do deslocamento, a dotação de suas catedrais, o despreparo dos sacerdotes em razão das lacunas em sua formação por falta de seminários; a falta de recursos materiais e humanos; a imensa dimensão territorial e a dificuldade de locomoção nessas regiões longínquas. Diante da instabilidade e precariedade das paróquias, terminavam por utilizar as capelas de engenhos e fazendas para melhor atender à população. O trabalho dos padres era ingente: batismos, casamentos, missa dominical, pregação da palavra, confissão, ensinamento do catecismo a escravos e às crianças. Enfim, era uma Igreja carente diante das dificuldades e penúrias enfrentadas. Além disso, ocorriam muitas indisposições com as autoridades civis e, até mesmo, com instituições religiosas como os jesuítas envolvidos com as missões. A falta de padres e bispos ajustados às condições do Brasil, porque muitos vieram de diferentes dioceses portuguesas, fazia com que muitas paróquias fossem governadas por diferentes normas e constituições eclesiásticas. Nessa conjuntura, aflorou o papel importantíssimo de Dom Sebastião Monteiro da Vide, arcebispo da Bahia, com as “Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, de 1707.

¹⁵²⁰ Cf. SILVA, Innocencio Francisco. *Dicionário bibliográfico português*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1858-1923. v. 7. p. 220. (In Edições do Senado Federal. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial. v. 70, 2007). “As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, feitas e ordenadas pelo ilustríssimo e reverendíssimo senhor D. Sebastião Monteiro da Vide foram propostas e aceitas em o Synodo Diocesano, que o dito Senhor celebrou em 12 de julho de 1707. Impressas em Lisboa no anno de 1719, e em Coimbra em 1720”. Elas constituíam um compêndio de obras, inspiradas no Concílio de Trento (1545-1563), que serviram como a principal legislação eclesiástica no

sua diocese, o arcebispo constatou que as constituições eclesiásticas vindas de Lisboa, em muitos casos não podiam ser aplicadas a uma região tão diversa, ocasionando alguns abusos ao culto divino, à administração da justiça, à vida e aos costumes dos fiéis. Foi essa realidade que o levou a elaborar aquele documento, escrito de conformidade com a doutrina tridentina¹⁵²¹. Nele regulava a uniformização e a administração dos sacramentos, estabelecendo o registro de batismos, crismas e casamentos em livros próprios, a prática da confissão e da comunhão, a aprendizagem da doutrina. Explicitava também a autonomia e o poder da Igreja, a reforma do clero, a criação de seminários, o controle e disciplina do clero e dos fiéis através das pastorais realizadas pelos bispos e visitadores¹⁵²². No texto transcrito abaixo é possível visualizar seu conteúdo, abrangência e significado:

“Nenhuma pessoa de qualquer dignidade, grau e condição que seja, per se, nem por outrem, direta ou indiretamente, por qualquer via e modo faça ou ordene coisa que seja prejudicial à imunidade, isenção e liberdade das Igrejas, pessoas eclesiásticas, e seus bens ou direitos, nem tome, usurpe, ou embargue nossa jurisdição eclesiástica, ou por força ou por quaisquer outros modos profba, ou impeça usarmos livremente dela e nossos ministros”¹⁵²³.

Como anota Fernando Torres Londoño, “as constituições caracterizavam o concubinato como um pecado grave, da espécie da luxúria, uma falta contra o sexto mandamento que se materializava na fornicção contínua e durante tempo considerável entre as mesmas pessoas”¹⁵²⁴. Mesmo sendo oculto, era considerado um pecado público e, também, um crime. Era uma relação praticada a dois, sendo o homem o sujeito da ação e a mulher, sua cúmplice. Era, geralmente, uma forma de relacionamento entre pessoas desiguais: senhor e escrava, proprietários e não proprietários, portugueses e índias ou negras¹⁵²⁵.

Brasil-colônia. Sob sua inspiração e motivação, aconteciam denúncias de todos os matizes: lenocínio, sedução, estupro, concubinato e bigamia, que resultavam em processos movidos pela Igreja e julgados por tribunais eclesiásticos. Sobre o Concílio de Trento, *vide* item 3.4.1, cap. III.

¹⁵²¹ *Vide* LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 111s e 117s.

¹⁵²² Cf. LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 123.

¹⁵²³ CPAB, livro IV, n° 642.

¹⁵²⁴ LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 159. Segundo o autor (*ibidem*, p. 15), à luz das “Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia”, a palavra concubinato era utilizada pela hierarquia eclesiástica, no período colonial, para caracterizar as relações não oriundas do casamento entre homens e mulheres, constituindo um pecado e um crime que remonta aos primórdios da cristandade, quando se estabeleceu que o matrimônio monogâmico e indissolúvel, com o objetivo da procriação, constituía o espaço único da sexualidade. E com o tempo, num contraditório e desigualdade do que se verificava no império romano, o Concílio de Trento e posteriores condenações papais consideraram o concubinato como um crime passível de penas como o degredo e o cárcere.

¹⁵²⁵ *Ibidem*, p. 198. Pode parecer contraditório, mas o concubinato entre negras e senhores (brancos), tão comum na colônia, era de certa forma tolerado. Somente era condenado quando o homem mantivesse sob o mesmo teto alguma mulher que ali engravidasse e não fosse sua esposa, ou que fosse livre.

A reação contra os concubinos era da competência dos prelados que, obedientes ao magistério da Igreja, inspirados nas regras tridentinas e nas seguidas condenações dos papas, utilizavam-se de admoestações, censuras públicas, penas diversificadas, além de disseminarem o temor do inferno¹⁵²⁶ para alcançar o desfazimento da relação de mancebia¹⁵²⁷. Foi nessa condição, segundo Schwartz, que “D. Marcos Teixeira, bispo da Bahia, em 1622, fez separar e remeter para o reino dois portugueses que, casados em Portugal, viviam em concubinato no Brasil. Impedidos de partir por um procurador da coroa que aduzia que as cortes eclesiásticas não tinham autoridade para deportá-lo, o bispo reagiu excomungando o procurador e entrando em atrito com o Tribunal da Relação”¹⁵²⁸.

Ocorreram inúmeros casos de intervenção eclesiástica para combater o amancebamento no período colonial. Marques cita um episódio ocorrido no Maranhão, quando Dom Frei Timóteo do Sacramento, numa visita pastoral realizada em 1697, condenou por concubinato algumas das pessoas mais influentes da colônia, mandando-as prender e condenando-as a “penas pecuniárias, degredo e aljube”. O Senado e a Câmara da província reagiram em defesa dos acusados, porquanto o bispo não cumprira o ritual do direito referente à publicação de penas antes das admoestações, sem admitir defesa, fazendo autos sumários, sem rol de testemunhas, nem aceitando apelações. Além disso, mandou que se proclamasse no púlpito, com a Igreja cheia de fiéis, o rol dos culpados. Diante da reação do ouvidor e do governador, excomungou-os, acarretando com essa atitude o cerco de soldados à residência episcopal. A briga terminou com a intervenção do rei que censurou o governador, mas não poupou o bispo, mandando soltar os presos e censurando o prelado de usurpador da autoridade régia¹⁵²⁹.

¹⁵²⁶ Cf. SIQUEIRA, Angelo. *Botica preciosa e thesoura da Lapa*. Lisboa, 1764, citado por LONDOÑO, Fernando Torres, p. 56: “(...) penam e penarão Herodes e todos os luxuriosos, como nesta Corte no ano de 1748 se achou a freguesia de São Paulo aquele desgraçado compadre abraçado com a comadre, e ambos mortos, e denegridos sepultados nos infernos; e nas Minas Gerais, um concubinato com sua concubina se acharam mortos e abraçados no mesmo pecado, e no sertão de Pernambuco morrendo dois amancebados se enterraram na mesma Igreja em diversas sepulturas, quando ao amanhecer se viram abertas e ambos na mesma sepultura abraçados e transformados em tições do Inferno”.

¹⁵²⁷ *Ibidem*, p. 162. O concubinato era denunciado aos prelados durante as visitas eclesiásticas, através das devassas. Cf. BRUGGER, Silvia Maria Jardim. *Minas patriarcal. Família e sociedade* (São João Del Rei – séculos XVII e XIX). São Paulo: Annablume, 2007, p. 65: “As visitas eclesiásticas puniam os concubinos denunciados pela primeira vez com multa de 3\$000 cada um; se reincidissem, em outra visita a multa dobraria e, em terceiro lapso, passava para 9\$000. A partir da quarta vez a pena prevista era de excomunhão ou prisão”. Vide CERCEAU NETO, Rangel. *Um em casa do outro*. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte: PPGH/UFMG, 2005, p. 27. Segundo esclarece, as devassas constituíam um ato jurídico em que, por testemunha, se tomava informação de algum crime, tornando o crime e seu autor público e manifesto.

¹⁵²⁸ SCHWARTZ, S. B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 166s. *Apud* LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 162.

¹⁵²⁹ MARQUES, C. A. *Dicionário histórico e geográfico da província do Maranhão*. Rio de Janeiro: Cia Ed. Fan Fan e Seleta, 1870, p. 115); PACHECO, G. C. *História eclesiástica do Maranhão*. São Luís: Departamento de Cultura do Estado do Maranhão, 1969, p. 18-19). Cf. LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 164: Dois outros grandes reformadores foram: “Dom Frei Francisco de São Jerônimo, doutor pela Universidade de Coimbra,

Tal situação motivou, desde o início, reiteradas reclamações às autoridades civis, com o objetivo de defesa contra as devassas episcopais, em razão das taxas cobradas e da intolerância dos visitantes. Em carta endereçada a D. João V, em 1725, o governador da província de Minas Gerais, Dom Lourenço de Almeida, assim se expressava:

“(…)em como os povos destas Minas se queixam gravissimamente (…) porque as visitas que fazem os visitantes nestas minas não constam de outras coisas se não de irem tirando réis das pessoas que tem negras em casa, e sem outra nenhuma ordem de juízo, nem haver testemunha, nem perguntando se há ou se não há escândalo as vai condenando a treza ou catorze oitavas de ouro, que executivamente mandam cobrar, e há visitantes que levam tantas condenações quantas são as negras que os colonos tem em casa, e desta forma, condenam a quem na quaresma come carne, sem perguntarem se tem queixa que obrigue a come-la, porque como o seu fim é tirarem ouro fazem visita da forma que digo”¹⁵³⁰.

Esse *modus procedendi* significava para a Igreja um controle, objetivando a uniformização do cristianismo. Tornava, assim, evidente sua missão moralizadora, numa época em que a religião católica era a principal balizadora da mentalidade e da moral das pessoas, que deveriam comportar-se, social e politicamente, segundo as regras e determinações eclesiais¹⁵³¹. Esse controle continuou durante todo o tempo, da colônia ao império, até a proclamação da República, com a separação entre Estado e Igreja.

6.2 Concubinato na atual legislação brasileira

A doutrina jurídica brasileira, até a Constituição de 1988, admitia a existência tanto do concubinato puro, quando não havia impedimento para casar, quanto do impuro ou concubinato adúltero, quando se referia a um relacionamento extramatrimonial. O primeiro transformou-se em união estável ou companheirismo, com respaldo legal e equiparado à entidade familiar.

qualificador do Tribunal da Inquisição de Évora, orador sacro de renome, bispo na diocese do Rio de Janeiro entre 1700 a 1721; Dom Frei Antonio de Guadalupe, sucessor de dom Francisco, bacharel em direito canônico pela Universidade de Coimbra, autor de uma das pastorais que mais claramente trataram dos costumes dos fiéis e do clero”. Desta forma, segundo o autor, no século XVIII, vários bispos, alguns formados em Coimbra, empenharam-se em combater o concubinato, considerado pela Igreja como abuso e desvio das práticas religiosas e na vida cotidiana do Brasil. As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia constituíram o programa de reforma da Igreja para alcançar esse desiderato.

¹⁵³⁰ Carta de Dom Lourenço de Almeida, governador das Minas Gerais, informando que os povos se queixavam dos grandes tributos lançados pelos eclesiais que levam grandes quantidades de arroubas de ouro. (Cx. 6. Doc. 52, 1725). Vide CERCEAU NETTO, Rangel. *Um na casa do outro*. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte: PPGH/UFGM, 2008, p.30. Segundo o autor, “existe outra carta idêntica, de 10 de setembro de 1725, em que D. João V determinou ao governador que sejam tomadas providências, de forma a evitar os excessos quando da prática das visitas, sobretudo no que diz respeito à extorsão de que são vítimas os colonos”.

¹⁵³¹ Vide LONDOÑO, Fernando Torres, cit. p. 198.

O segundo continua à margem da lei. Sobre a matéria, o Código Civil vigente estabelece, no seu art. 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

São impedidos de casar por motivos diversos: havendo grau de parentesco, afinidade, adoção (concubinato incestuoso); pessoas casadas (concubinato adúltero); cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio do seu consorte (concubinato sancionador). Em qualquer dessas hipóteses, a união constitui concubinato, em razão do impedimento para o casamento, na forma estabelecida pelo Código Civil, ao dispor:

Art. 1.521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins na linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos unilaterais ou bilaterais e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Os requisitos que caracterizam a existência do concubinato são: relação eventual com certa constância; pessoa de sexo diferente; um dos impedimentos citados no art. 1.521 do CC. Assim, por ser contrário à lei, não tem amparo no ordenamento jurídico. É o estado de mancebia, como se expressa Rodrigo da Cunha Pereira¹⁵³², isto é, a companhia de cama sem aprovação legal. Concubina é a mulher que tem vida em comum com um homem, ou que mantém, em caráter de permanência, relações com ele.

Maria Berenice Dias prefere denominar as relações concubinárias de família paralela, numa perspectiva de diminuir a carga pesada e pejorativa do termo “concubinato”, por ser preconceituoso socialmente. Para a autora, “negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade. Com isso, a justiça acaba cometendo enormes injustiças”¹⁵³³. Não se pode olvidar, contudo, que essas relações têm repercussão jurídica, em razão de, muitas vezes, os conviventes terem filhos e patrimônio comum. Considerando que a norma constitucional não admite discriminação de filhos, não se podem negar à mulher direitos decorrentes dessa união, sob o

¹⁵³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 45. Sobre concubinato, vide PIRES, Maria das Graças Moura de Sousa Soromenho. *O concubinato no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

¹⁵³³ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 51.

risco de exclusão do direito sucessório do filho em relação a ela¹⁵³⁴. Nessa perspectiva, existe entendimento favorável em súmulas do STF. Por exemplo, a Súmula 380 estabelece: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”¹⁵³⁵. A Súmula 382 também se refere à matéria, ao preconizar: “A vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio* não é indispensável à caracterização do concubinato”¹⁵³⁶.

Para Maria Berenice Dias, contudo, reconhecer apenas os efeitos patrimoniais decorrentes de uma sociedade de fato consiste numa mentira jurídica, porque os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade¹⁵³⁷. Na jurisprudência, no entanto, não se encontra uma interpretação uniforme quanto ao reconhecimento das relações concubinárias. Grande parte dos julgados tende a não deferir direitos à concubina:

“Direito de família. União estável. Presença de impedimento. Concubinato impuro. Ausência da unicidade de vínculo e do respeito mútuo. Reconhecimento. Impossibilidade. A união estável deve ser reconhecida se a requerente comprova nos autos o preenchimento de todos os requisitos para sua configuração, entre eles: convivência, ausência de formalismo, diversidade de sexos, unicidade de vínculo, estabilidade, publicidade, objetivo de constituição de família e inexistência de impedimentos matrimoniais. Constitui causa impeditiva para o reconhecimento da união estável o casamento ou a existência de outra união estável reconhecida judicialmente, durante o mesmo período pleiteado pela autora. Sendo a relação adulterina, não há como, pelo menos no campo do direito de família, se reconhecer qualquer direito advindo dessa relação, tendo em vista a necessidade de coerência no ordenamento jurídico, que não pode dar validade a duas instituições familiares durante o mesmo período”¹⁵³⁸.

Em outros casos, tende a reconhecer alguns direitos à concubina:

“Concubinato. Celebração da parceria. Meação devida. A partilha é devida, pois negar-lhe compensação seria acoroçar o locupletamento indevido ao

¹⁵³⁴ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 51. ROSAS, Roberto. Direito sumular. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 159. Ao comentar a Súmula 380, anota: “A jurisprudência do STF não pretendeu dar foros de legalidade ao concubinato, apenas reconhecer as consequências advindas dessa união, principalmente quando haja auferimento de vantagens conquistadas pelo esforço de ambos os cônjuges”.

¹⁵³⁵ Súmula 380, de 03.04.1964, publicada no DJ de 12.05.1964. Segundo NADER, Paulo (cit. p. 491), no caso da inexistência da sociedade de fato, a lei civil não contempla, diretamente, qualquer benefício à concubina. Porém, em alguns casos, o desamparo se revela injusto. O autor cita acórdão do TJRS corrigindo essa distorção, ao reconhecer direito à concubina que manteve um concubinato impuro ou adulterino por dezoito anos. O concubino foi condenado ao pagamento de uma indenização de um mil reais por ano de convivência. Na sua decisão, o relator, Des. Carlos Teixeira Giorgis, entendeu não se tratar de “monetização da relação afetiva”, mas do reconhecimento do dever de solidariedade, “evitando o locupletamento indevido de um sobre o outro, à custa da entrega de um dos parceiros”. Entendeu o relator que a “indenização, por outro lado, confere eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana” (7ª Câm. Cív. Proc nº 70011093481, pub. Em Revista de Jurisprudência, nº249, dez 2005). In NADER, Paulo, cit. p. 491.

¹⁵³⁶ Súmula 382, de 03.04.1964, publicada no DJ de 08.05.1964.

¹⁵³⁷ DIAS, Maria Berenice, cit. p. 51.

¹⁵³⁸ TJMG. Apel. Cível n. 10.319.04.017621.0/001. Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j, 22.04.2010.

homem com o trabalho da mulher. Entende-se essa colaboração como sendo em dinheiro ou não, produto do trabalho doméstico ou fora do lar”¹⁵³⁹.

“O trabalho desenvolvido no lar pela concubina, propiciando tranquilidade e alento ao companheiro para os seus negócios, autoriza, em caso de dissolução de sociedade de fato, a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”¹⁵⁴⁰.

São vários os julgados que reconhecem e, também, desconhecem o direito à concubina. Por se tratar de uma sociedade de fato, alguns entendem que a matéria está sob a ótica do direito das obrigações e não do direito de família. Inexiste, no entanto, unicidade jurisprudencial. Mas, em quase todas as situações, parece ainda aflorar a prevalência do casamento, mesmo que exposto a certa banalização ou equiparação à união estável ou até concubinato. São institutos diferentes. Contudo, em nenhuma das hipóteses, o Estado poderá faltar em sua proteção jurisdicional. Ademais, merece citação, embora distante no tempo, o entendimento de H. da Silva Lima:

“A mulher torna-se concubina, não porque seja imoral, mas porque é um ser humano dotado dessas mesmas exigências morais e materiais que a vida tem aumentado, não podendo fugir ao drama da sua geração e de seu mundo. O direito não pode ser insensível a fatos dessa ordem, de extrema repercussão social, bastando considerar que o concubinato, muitas vezes, desvia o homem, a mulher e a criança dos caminhos malsãos a que o abandono e a solidão os poderiam atrair, criando família, a paz individual e social, a felicidade e a harmonia mesmo fora das convenções. Repugna admitir que muitas dessas mulheres que se tornaram centro da vida doméstica, o elemento básico de geração de filhos, de sua criação e educação, e fato principal de coesão familiar, companheira do homem na sua luta pela vida, incentivando-o e tantas vezes levantando-o e restituindo-o, moral e fisicamente válido à sociedade, não tenha uma criatura dessa direito algum; que a sociedade dela receba tudo e não lhe dê coisa alguma”¹⁵⁴¹.

Certamente, vários fatores e circunstâncias contribuem para a mudança da *mens legis* quando da interpretação do julgador. Apesar da inexistência de parâmetros legais, este não pode se afastar da realidade da vida, feita de sonhos e pesadelos, alegrias e tristezas, encontros e desencontros, perdas e ganhos nessa trajetória finita, por vezes dolorosa, do *homo sapiens* pelos caminhos da terra. Não seria humano se diferente fosse, diante da complexidade de interesses

¹⁵³⁹ TJSC, Ap. 30.384, 1ª Câm. Cív. Rel. Des Volnei Carlin, v.u. em 19.05.1989, JC 64/218. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. p. 85.

¹⁵⁴⁰ TJSC, Ac. n. 41.387, ac. un. Da 4ª Câm. Cív. Rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 13.10.1994, DJSC, de 16.11.1994, p. 3. Ementa oficial, Revista Brasileira de Direito de Família, p. 17. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. p. 87.

¹⁵⁴¹ In Diário de São Paulo, de 05.04.1948, publicado na Revista do Ministério Público Fluminense, Ano I, nº 1, Jul/Dez 1970, p. 135.

permeados nas relações humanas e das motivações que conduzem a raça humana por destinos tão diversos.

Assim, na anotação de Maria Berenice Dias, o Estado passou a regular não somente os vínculos que buscam o amparo legal para a sua constituição, mas também os relacionamentos que escolhem seus próprios caminhos e que não desejam qualquer interferência¹⁵⁴². Nessa visão, ressurge, agiganta-se e se espraia a sentença lapidar do juriconsulto Celso, repetida por Ulpiano: “*ius est ars boni et aequi*”¹⁵⁴³, ou na expressão universalmente consagrada, atribuída a Cícero: “*summum ius, summa iniuria*”¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴² DIAS, Maria Berenice. *A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo código civil*. Vol. XX: da união estável, da tutela e da curatela. arts. 1.723 a 1.783. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.7.

¹⁵⁴³ D. 1.1,1: O direito é a arte do bom e do equitativo.

¹⁵⁴⁴ *De Off*, I,33.

PRINCIPAIS CONCLUSÕES

Após toda essa abordagem sobre as *iustae nuptiae* ou matrimônio à luz do direito romano, do cristianismo e do direito civil brasileiro, apresentam-se algumas conclusões resumindo os temas mais relevantes desenvolvidos no trabalho.

1. Família

Numa fidelidade à sequência do texto, inicia-se esta conclusão pela família. Trata-se da instituição humana mais antiga existente sobre a face da terra, tendo surgido como parte da própria religião. Daí o seu cariz de religiosidade encontrado entre os romanos, simbolizado na sagrada flama do altar doméstico e do culto aos ancestrais para quem entoavam seus cantos e choravam seus prantos. Nesse universo familiar, pequena comunidade política, econômica, jurídica e religiosa, tudo gravitava em torno da figura majestática de um chefe, o *paterfamilias*. Dele irradiavam poderes em todas as direções: sobre a própria mulher, as mulheres de seus filhos e os descendentes, bem como os escravos, os clientes e as pessoas *in mancipio*.

Porém, esse modelo de família romana de outrora perdeu-se nas brumas do tempo. Sofreu influências e mudanças de todos os matizes, ditadas pela aculturação no contato com outros povos, pela filosofia grega e pelo cristianismo. Essa evolução fez-se inexorável em razão das transformações da civilização humana. Chegou ao mundo atual e se constata que, daquela instituição de outrora, somente existem vestígios. A família hodierna diversificou-se e distanciou-se da sua origem. Não está mais sob a potestade de um só. A antiga chama sagrada, substância da deusa Vesta, não arde mais na lareira santa e o vaticínio antigo parece que se materializou: “fogo apagado, família extinta”.

A família contemporânea perdeu seus antigos fundamentos. Desencontrou-se na revolução dos costumes que vêm contribuindo, cada vez mais, para a sua dispersão. Esqueceu

suas antigas origens de religiosidade. Não obstante a existência de famílias ainda exemplares, outras estão marcadas pela fragilidade dos vínculos conjugais. O desrespeito à vida, a quebra de valores, a sexualidade desenfreada, a violência, os problemas socioeconômicos que comprometem a paz familiar, a falta de solidariedade e o egoísmo determinaram mudanças e destruíram vínculos entre gerações. O amor entre os cônjuges se banalizou. Os divórcios passaram a constituir a regra, quando antes era uma exceção. As uniões livres proliferaram. Os pais estão ausentes. Já não criam nem educam seus filhos que, dentro do próprio lar, são entregues aos cuidados de estranhos. O sacrário doméstico está profanado. A natalidade está a diminuir diante de tantas dificuldades para a sobrevivência, e o *cresciti et multiplicani* bíblico não constitui mais um preceito.

Nesse novo contexto, surgem novos modelos de agrupamentos humanos. As uniões são frágeis, porque facilmente dissolúveis. As ligações entre pessoas do mesmo sexo começam a ser quase uma constância, contrariando a lei natural do acasalamento. São sinais dos tempos que muitos chamam de mundo novo, mas que ninguém sabe para onde vai. O ser humano perdeu sua capacidade introspectiva diante de uma tecnologia cada vez mais complexa e progressiva, dominante e desumana que o esmaga. E assim, conhecendo cada vez menos a si mesmo, qual nave desgovernada, é levado pelo cosmos. Diante dessa nova situação carregada de incertezas, sua antiga fé está a fenecer e ele se desespera ante a perplexidade e o deslumbramento de um mundo perverso, porém cada vez mais real.

2. *Iustae nuptiae*

As *iustae nuptiae* romanas constituem um vasto campo de observação e estudo. A evolução ocorrida ao longo de treze séculos justifica essa assertiva. As influências se refletem no cristianismo e no direito civil brasileiro. O casamento romano encontra suas raízes lendárias no rapto das sabinas, ocorrido nos primevos da história romana. Não era uma união sentimental, nem um contrato, tampouco tinha uma forma jurídica. Expressava-se, sobretudo, como uma manifestação religiosa, plena de ritos, solenidades e simbolismos. Iniciava-se com a *tradio*, seguida pela *deductio uxoris in domum mariti* e pela *confarreatio*. A primeira significava a passagem da mulher à autoridade do *paterfamilias* do marido. Na segunda, a noiva deixava o lar paterno e era conduzida à sua nova morada, num cortejo solene, integrado por muitos convidados, que entoavam cânticos e orações. Por fim, quando chegavam ao destino, apresentavam à noiva o fogo sagrado e a água lustral. O futuro marido tomava-a nos braços e a conduzia ao altar dos ancestrais. Os noivos ofereciam um sacrifício e repartiam entre si o *panis*

farreus, o sagrado alimento dos nubentes. Era a *confarreatio*. Com o passar do tempo, essas tradições foram esquecidas e desapareceram. A pequena vila deixara de existir, ante o surgimento do mais belo e poderoso império que o mundo conheceu e exaltou.

Para os juristas clássicos, a concepção de matrimônio era considerada uma situação de fato com relevância jurídica. Materializava-se na convivência de duas pessoas de sexo diferente que conviviam como *maritus et uxor*, constituindo o *iustum matrimonium*. No entanto, para assim ser considerado e gerar efeitos jurídicos, deveria prevalecer a vontade continuada e permanente de ambos de serem marido e mulher, bem como a plena comunhão de vida, sínteses da *affectio maritalis* e da *honor matrimonii*. A união tinha por finalidade a *procreatio filiorum* e, por extensão, o exercício da *patria potestas* pelo progenitor ou seu *paterfamilias*. Além do *consensus*, fazia-se mister a conjunção de certos requisitos, como a puberdade dos nubentes e o *connubium*.

Tal situação distinguia o matrimônio de qualquer outra união, como o concubinato, estabelecendo a distinção social de uma mulher como esposa e outra como concubina. As *iustae nuptiae* foram definidas por Modestino como “a conjunção do homem e da mulher, consórcio para toda vida, comunicação do direito divino e humano”. Não constituía, porém, uma união indissolúvel, mesmo na época cristã. Perdurava enquanto coexistisse a vontade de permanecerem casados (*affectio maritalis*), dissolvendo-se no momento em que ambos (ou um deles) deixassem de vivenciá-la. Era um sentimento maior que a afeição ou apego recíprocos por se tratar de um comportamento que aflorava na *honor matrimonii*. Formava-se pelo *consensus*, mas, como qualquer *consortium*, dissolvia-se pelo dissenso ou *contrarius consensus* das partes.

Alguns impedimentos obstaculavam a realização das justas núpcias, destacando-se os seguintes: a bigamia tanto do homem quanto da mulher; o parentesco e a afinidade; o casamento entre patrícios e plebeus (até a Lei Canuleia, no período pré-classico). Havia também motivos éticos e sociais, como a impossibilidade de união de senadores e libertas ou mulheres de teatro; entre ingênuos e mulheres ignominiosas (meretrizes, condenadas em julgamentos públicos ou surpreendidas em adultério); entre governadores de províncias e mulheres de suas regiões. Convém observar que as *iustae nuptiae vel matrimonium* extinguíam-se pela morte de um dos cônjuges, pela perda do *connubium* determinada por uma *capitis deminutio (libertas ou civitas)*, pelo repúdio e pelo divórcio.

Foi também analisado o concubinato, união estável entre duas pessoas, sem a *voluntas* de serem marido e mulher. Abrangia duas situações. A primeira evidenciava uma relação extraconjugal de um homem que não tinha intenção de casar com a concubina. Na outra, existia

uma a relação entre um homem e uma mulher, mas que estava impedido de desposá-la. Não existia entre os conviventes a *affectio maritalis*, tampouco o conúbio. Nisso o concubinato se distinguiu do matrimônio. Contudo, foi sempre tolerado no direito romano. Somente a partir do direito pós-clássico, com a influência do cristianismo, o concubinato começou a ser combatido, porquanto era contrário à moral cristã. À medida que ia se afirmando o cariz sacramental do matrimônio, o concubinato era renegado energicamente pela Igreja.

Como se observa, no decorrer de mais de treze séculos, a concepção de casamento sofreu diversas mutações. Nos primevos, tinha uma estrutura que se fundamentava na vontade do *paterfamilias* e se caracterizava pela *deductio uxoris in domum mariti*. No período clássico, fundamentava-se na vontade dos cônjuges de serem marido e mulher, caracterizada pela *affectio maritalis*. No direito pós-clássico, já sob a influência do cristianismo, passou a constituir um vínculo quase indissolúvel. Porém, o casamento romano não caracterizava um contrato, mas como um fato que se materializava na convivência e na *affectio maritalis*. Fundamentava-se em um consentimento continuado e duradouro exteriorizado através da *honor matrimonii*. Por isso, era dissolúvel, deixando de existir quando desaparecia a *affectio maritalis*. Daí a existência do repúdio e do divórcio como formas de dissolução da sociedade conjugal, cujas manifestações passaram a ser combatidas e sofreram fortes restrições com o advento do cristianismo.

3. Cristianismo

O cristianismo desenvolveu-se nos quatro primeiros séculos da nossa era. A partir daí, consolidou-se no ambiente social, político e religioso que caracterizava o mundo romano. Nessa trajetória, atingiu um desenvolvimento extraordinário, deixando de ser uma seita perseguida para assumir o *status* de religião oficial do império. Inegável seu papel na evolução do Estado, influenciando a vida pública e a legislação. Atribuiu ao casamento a concepção ético-religiosa, fundamentada na doutrina de Jesus Cristo. Deixou de considerá-lo apenas um ato humano, para alçá-lo à condição de *sacramentum magnum*. Contudo, esse processo trilhou um caminho de lentidão e dificuldade, tendo início na época de Constantino, no século IV, com o Concílio de Elvira. Posteriormente, foi objeto dos ensinamentos dos padres de Igreja, que não renegaram o fundamento humano e universal do casamento pagão, exceto quando incompatível com a concepção cristã.

A dissolubilidade, por exemplo, reconhecida pelo direito romano, conflitava com a lei de Deus. Segundo a doutrina cristã, o homem que repudiar sua mulher para casar com outra comete adultério. Também aquele que casar com a mulher repudiada incide no mesmo erro.

Com esse entendimento, a Igreja cristã privilegiava e enaltecia a indissolubilidade da união, combatendo a dissolução do casamento. Assim, não obstante as leis do império permitir o divórcio, os cristãos deveriam seguir a lei de Cristo. Os imperadores cristãos buscaram adaptar a legislação civil aos preceitos da Igreja. Esse caráter de universalidade outorgado pelo império concorreu sobremaneira para a estabilização do direito eclesiástico. Mas isto não significou subordinação do Estado à Igreja, porquanto aquele não abandonou a secular concepção que considerava o casamento um fato essencialmente humano. Desse antagonismo resultou uma concepção diversa: para a Igreja, o casamento era um sacramento; para o Estado romano, tratava-se de um fato humano.

Algumas características do casamento romano foram recebidas pela legislação cristã: a diversidade de sexo, a monogamia, a elaboração de um instrumento dotal, o consentimento dos cônjuges e o objetivo da procriação. Mas, a pouco e pouco, outros requisitos foram acrescentados, como a forma pública da celebração, ou eliminados, como a restrição a pessoas ou a classes sociais. Essas discriminações foram abolidas ante o fato de que a doutrina cristã considera todos os seres humanos iguais, porquanto filhos do mesmo Deus, independentemente de raça, condição social ou sexo. Quanto aos impedimentos para a celebração do matrimônio, foram mantidos aqueles decorrentes do parentesco e da afinidade. Observe-se que, apesar da presumida paridade jurídica entre as pessoas, os escravos não foram contemplados, não obstante o princípio paulino de que em Cristo não existe nem escravo nem livre. Não se tratava, contudo, de proibição, mas de incapacidade jurídica.

Durante muito tempo, a Igreja mostrou-se contrária às uniões entre livres e escravos. É que não reconhecia personalidade jurídica nos escravos e, por consequência, não reconhecia o matrimônio que tivesse sua participação. Porém, várias disposições tentaram proteger esse relacionamento, proibindo, por exemplo, que o escravo fosse separado da mulher e os filhos dos genitores e, ainda, a separação dos escravos unidos em contubérnio. Por mais paradoxal que possa parecer, surgiram outras restrições referentes ao cariz sacramental do matrimônio: a proibição de casamento com os infiéis; a união entre hebreus e cristãos; o casamento com pessoas que tivessem feito votos religiosos; no caso de impotência do homem, porquanto tornava impossível a procriação.

O matrimônio cristão foi sendo consolidado ao longo de muitos séculos. As características atuais começaram a se formalizar e alcançaram a mais completa estruturação a partir do Concílio de Trento (séc. XVI), tendo o casamento sido elevado à categoria de sacramento. O divórcio passou a ser considerado contrário à natureza e à constituição da família. Os impedimentos passaram a ser causa de anulação ou anulabilidade do matrimônio. Por fim,

a Igreja, representada por seus ministros, sacerdotes e párocos, avocou para si a competência exclusiva para celebrá-lo.

Essa evolução doutrinária foi corroborada por algumas encíclicas papais (*Arcanum divinae sapientiae*, *Casti connubii* e *Familiaris consortio*), pelo catecismo da Igreja e pelo direito canônico. O código de Direito Canônico atual confirma a definição e os fins do casamento; considera o consentimento como o elemento essencial da união; ratifica a sua natureza sacramental; consolida os impedimentos matrimoniais (monogamia, parentesco, rapto e crime praticado contra a pessoa do outro cônjuge). Além disso, formaliza os impedimentos referentes à disparidade de cultos ou uniões mistas e os referentes às ordens sacras e ao celibato religioso. Disciplina também a forma jurídica da celebração. Trata, por fim, da indissolubilidade do vínculo, estabelecendo que o matrimônio sacramental, validamente contraído e consumado, só pode ser dissolvido pela morte.

4. Direito civil brasileiro

Neste trabalho, no âmbito do direito civil brasileiro, o casamento foi abordado somente no que concerne às influências advindas do direito romano e seus reflexos no direito canônico. No Brasil, até o advento da República, o casamento era religioso. Deixou de sê-lo com a separação entre a Igreja e o Estado. Aos não-católicos era proibido o direito do matrimônio. O casamento civil somente surgiu com o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. O citado diploma legal negou qualquer efeito ao casamento religioso, chegando a proibi-lo. Só com a segunda Constituição republicana, promulgada em 1934, essa extravagância foi corrigida, ao permitir que a celebração pudesse ser realizada por ministro de qualquer religião. Porém, exigia a devida habilitação perante a autoridade civil com inscrição no registro público, porque a natureza do casamento era civil. A partir de então, generalizou-se o casamento civil e religioso.

A concepção básica de casamento legítimo continua sendo a união do homem e da mulher tendo por escopo a instituição da família, a procriação e a educação dos filhos. É a materialização do eterno projeto de sobrevivência da espécie humana. Outras características ainda lhe dão sustentação: o amor, a amizade, o sexo, a convivência, o patrimônio comum, o auxílio mútuo e o companheirismo. Para a *communis opinio doctorum* da *terra brasilis*, o casamento é um contrato bilateral e solene, entre pessoas de sexo diferente e juridicamente capazes, com o objetivo de constituir família. Até o advento da Emenda Constituição nº 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, o casamento era considerado indissolúvel. A citada legislação instituiu o divórcio no Brasil.

Dentre suas características básicas do casamento, destacam-se: a liberdade de escolha conferida aos nubentes, tendo por *conditio* a diversidade de sexos; a solenidade da celebração; o *consensus* das partes, manifestado, inequívoca e publicamente, no momento da celebração; a dissolubilidade da união; a plena e exclusiva comunhão de vida, síntese da igualdade de direitos e deveres recíprocos e, ainda, a monogamia. Para que possa ser contraído validamente, são exigidos, ainda, alguns requisitos: idade mínima de dezesseis anos, mediante autorização dos pais (excepcionalmente poderá ser permitido o casamento de quem não atingiu a idade núbil, para evitar imposição de pena criminal ou em caso de gravidez); ausência de impedimentos referentes ao parentesco (natural ou civil) e à afinidade; *impedimentum criminis*.

A lei civil explicita, também, algumas circunstâncias que, ocorrendo, poderão suspender a realização do casamento, se forem arguidas, *in pleno tempore*, por pessoas legitimadas a fazê-lo. São as chamadas causas suspensivas ou restritivas: o viúvo ou a viúva que tiver filho de cônjuge falecido, enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; a viúva ou a mulher cujo casamento foi desfeito por ser nulo ou anulado, dentro de dez meses da viuvez ou da dissolução da união. No primeiro caso, preserva-se o interesse patrimonial da prole; no segundo, objetiva-se evitar a *turbatio sanguinis*, ou seja, a dúvida quanto à paternidade.

O momento culminante do casamento é a celebração. Ocorre quando o homem e a mulher manifestam perante o juiz a vontade de se unirem em matrimônio. É um ato público e solene, realizado em dia, hora e lugar designados pela autoridade que for presidi-lo. Deverá ser realizado a portas abertas na presença dos noivos e duas testemunhas, exigindo-se quatro, se um dos nubentes for analfabeto ou não puder assinar. Os noivos poderão optar pela celebração religiosa com efeitos civis, na forma da lei. Excepcionalmente, o casamento poderá ser realizado sem a presença da autoridade competente, desde que na presença de seis testemunhas que não sejam parentes na linha reta ou colateral até o segundo grau, quando um dos cônjuges estiver *in articulo mortis*.

A sociedade conjugal termina em uma das seguintes hipóteses: com a morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial e pelo divórcio. Contudo, o casamento válido somente se dissolve pela morte ou pelo divórcio.

Tratou-se, também, do concubinato. A atual legislação brasileira denomina de concubinato as relações extramatrimoniais não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Esse impedimento ocorre por motivos diversos: pelo grau de parentesco, afinidade e adoção (concubinato incestuoso); por serem casados (concubinato adúltero); na hipótese de cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio do seu consorte (concubinato sancionador). Enfoca-se ainda o concubinato adúltero que, como os

demais, por ser contrário à lei, não tem o amparo do ordenamento jurídico. Por considerarem o termo como pejorativo, alguns doutrinadores preferem denominar esse tipo de concubinato de família paralela.

É inegável, contudo, que qualquer tipo de concubinato gera efeitos patrimoniais como sociedade de fato, porque, muitas vezes, os conviventes têm filhos e patrimônio comum. São vários os julgados que reconhecem direitos à concubina. Outros, todavia, têm entendimento contrário. Por se tratar de uma sociedade de fato, alguns entendem que a matéria está sob a égide do direito das obrigações e não do direito de família. É o mundo jurídico refletindo o complexo mundo dos humanos, sob o ditame de encontros e desencontros, amores e paixões, alegrias e decepções.

No decorrer deste trabalho, foram tomados como parâmetros o *ius romanum*, um ordenamento jurídico multissecular, e o direito canônico. Como se observou, muitos dos seus institutos atravessaram a noite longeva do tempo e da história, deixando suas influências no direito civil brasileiro. É uma prova incontestada de que o passado nunca morre, mas permanece vivo no caminhar da civilização humana. Essas influências estão presentes nos ritos nupciais materializados no cortejo nupcial, no véu da noiva, no buquê de flores, nos pajens, nas testemunhas, na troca das alianças, na junção das mãos direitas dos nubentes, na celebração e na partição do bolo de trigo. Além dessas formalidades, existem influências mais profundas que se estabeleceram no ordenamento civil. Estão identificadas na definição de casamento, na heterossexualidade da relação, no princípio da monogamia, na capacidade para convolar núpcias (idade núbil), no consentimento, nos impedimentos matrimoniais, na forma de celebração, na invalidade do ato (nulidade ou anulabilidade), na indissolubilidade (cristianismo e Código Civil de 1916) e na dissolução da sociedade conjugal (direito romano e Código Civil de 2002).

Lamentavelmente, toda essa tradição milenar, que deixou tantas marcas na civilização humana, vem a pouco e pouco fenecendo. A própria natureza das relações atuais emerge confusa, inconsequente e contraditória, quando a condição de homem e mulher já não é imprescindível para a formação da família. Liberados de antigos *mores*, *leges* e de crenças seculares, os seres humanos parecem desencontrados no amor e cambaleantes na fé. Surgiram, modernamente, outras entidades familiares sob o respaldo da lei civil, como a união estável e a família monoparental. Somem-se a isto algumas concepções esdrúxulas, contrárias à heterossexualidade e à monogamia seculares, que estão a se configurar. Assim, a sentença insculpida no Eclesiastes (1,9) parece perder o significado original, passando a ter um sentido

contraditório: O que foi é o que não será. E o que se fez é o que não se tornará a fazer. Há algo de novo debaixo do sol.

BIBLIOGRAFIA

A. Burguière. *De la Rome Republicaine a la Chretiené post-tridentone, les raison du mariage dans la très longue durée.* École Française de Rome, 1990.

ABAD, J.A. – GARRIDO, M. *Iniciación a la liturgia de la Iglesia.* Madrid, 1988.

AGOSTINHO, Aurélio. *A cidade de Deus.* Do original latino *De civitate Dei.* Tradução e prefácio de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ALBANESE, Bernardo. *Le persone nel diritto privato romano.* Palermo, 1979.

ALBERTARIO, E. *La definizione del matrimonio secondo Modestino.* In *Studia di Diritto Romano.* Milano: 1933.

_____. *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano Giustineaneo.* Studi in Onore di Alfredo Ascoli. Messina: Casa Editrice Giuseppe Principato.

_____. *La connessione della dote con gli oneri del matrimonio.* In *RIL* 58, 1925.

ALBUQUERQUE, Ruy de. *Estudos de direito romano.* Lisboa: AAFDL, 1989.

ALEJANDRO ADAM. *Antigüedades romanas.* Tomo IV. Valencia: Imprenta Cabrerio, 1834.

ALFONSO CASTRO, Saens. *Consentimento y consorcio en el matrimonio romano y en el canonico: un estudio comparativo.* *Revue de Esudios Historico-Juridicos.* Vol 23 (2001).

ALMEIDA, Geraldo Da Cruz. *Da união estável – Convivência more uxorio em Direito Internacional Privado.* Lisboa, 1999.

ALVAREZ SUAREZ, Ursicino. *Instituciones de derecho romano – I.* Madri, 1976.

AMIN, Andréa Rodrigues (*et ali*) *Novo código de direito civil* Livro IV. Do direito de família. Coord. Heloísa Maria Daltro Leite. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

ANELLY, Franco. *Il matrimonio.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1998.

ANTÚNEZ Y VILLEGAS, Luis Henrique. *Un punto de vista sobre la institución matrimonial en Roma y en el Peru. Derecho de familia. De Roma al derecho actual.* Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.

ARÉVARO CABALLERO, Walenka. *A proposito de la dote de licinia*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.

ARIAS RAMOS, J. *Derecho romano*. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1954.

ARIÈS, Philippe & DUBY, Georges. *História da vida privada: Do império romano ao ano mil*. Org. Paul Veyne. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

ARRANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

_____. *Persone e famiglia nel diritto dei papirii*. Milano: Società Editrice "Vita e Pensiero", 1930.

_____, *Istituzioni di diritto romano*. Napoli, 1947.

ARRUTY, José Angel Fernandes. *El "Codex Iuris Canonici" y el "Corpus Iuris Canonici"*, in Boletín de la Universidad Compostela, Fascículo . Santiago de Compostela, 1967.

AZNAR, Gil F. R. *La institución matrimonial en La Hispania cristiana.(1215-1563)*. Salamanca, 1989.

ASTOLFI, Riccardo. *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo imperio*. In: Studia et Documenta Historiae et Iuris. Roma – 56, 1990.

_____. *La lex Iulia et Papia*. Milão: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1996.

_____. *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*. Milão: Casa Editrice Dott Antonio Milani: Padova, 2000.

_____. *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*. In Studia et Documenta Historiae et Iuris. Roma: Pontificia Universitas Lateranenisi, 1965.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano*. Revista dos Tribunais, vol. 773, São Paulo, 1989.

_____. *Do concubinato ao casamento de fato*. Belém: CEJUP, 1986.

_____. *União estável antiga forma de casamento de fato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BARBIERI, p. *La celebrazione del matrimonio*. Roma, 1982.

BEATRIZ ALVAREZ, Mirta y VERÓNICA SCONDA, Mariana. *El matrimonio romano: definición, elementos y requisitos y su recepción en el código civil de Velez Sarsfield en la ley 2393 de matrimonio civil. El matrimonio igualitario, conflictos actuales*. In Anais do XIII Congresso Internacional y XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Romano. Belém-PA, set 2011.

BECHAMANN, A. *Das romische dotalrecht*. Erlange, 1863.

BENITO GOLMANO, Pedro. *Instituciones del derecho canónico*. Tomo primero. Madrid: Librería Sanchez, 1859.

- BENTIA, Stefano. *Matrimonio nel diritto romano orientale*. In Enciclopedia del Diritto XXV. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.
- BENTO XVI. *Pensamentos sobre a família*. Roma: Livraria Editrice Vaticana e l'Obsservatore Romano, 2010.
- BERNAR MAINAR, Rafael. *Curso de derecho privado romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Belo, 2001.
- BERGER, Klaus. *Los primeros cristianos*. Santander: Sal Terrae, 2011.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Direito de família*. São Paulo: Livraria Editora e Distribuidora, 2001.
- BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Edição Santuário de Aparecida, 2006.
- BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milão: Dott Giuffrè Editore, 1956.
- _____. *Il diritto romano cristiano. Vol III. La Famiglia Romana- Raporti Patromoniali Diritto Publico*. Milano. Dott A. Giuffe Editore, 1954.
- BITTENCOURT. Estevão. *Nulidade do casamento*. Revista Pergunte e Responderemos. No. 373. Junho 1993, p. 242-259.
- BOLOGNE, Jean Claude. *História do casamento no Ocidente*. Temas em Debates. Lisboa, 1999.
- BONFANTE, Pietro. *Istitutiones de derecho romano*. Madrid: Reus, 1929.
- _____. *Corso di diritto romano*. Vol. I – Diritto di famiglia. Roma: Attilio Sampaolesi Editore, 1925.
- _____. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981.
- BORDA GUILERMO. *Tratado de derecho civil*. Vol. VI Família. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- BRAGA, Teófilo. *Poesia do direito*. Porto: Em Casa da Viúva Nolla-Editora, 1865.
- BRASIL. *Código Civil Comparado*. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRINI, G. *Marimonio e divorzio nel diritto romano*. Bolonha: Nicola Zanichelli, 1887.
- BRUGI, Biagio. *Concubinato*. In Digesto Italiano, VII, Roma, 1996.
- BUCCHEI, Filippo Angelico. *Defli ultimi quatro secoli dela Chiesa. (Dallo scisma d'Occidente al regnante Sommo Pontifice Pio Sexto)*. Roma, 1799.
- BURKE, Curmac. *Conhecimento-ignorância do matrimonio*. Forum Canonicum. Ano 08, nº 23 (1999).
- CAHALI, Yussef Saad. *Divórcio e separação*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAMÕES, Luiz Vaz de. *Os Lusíadas*. Lisboa: Livraria Castro e Silva, 1865.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A invenção do direito matrimonial*. Vol I: A instituição do casamento. In Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, BFD 62. Coimbra: Almedina, 1995.

CANTARELLA, Eva. *Matrimonio e sensualità nella Roma Republicanana: una storia romana di amore conjugale*. In Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vitorio Scialoja. Vol 39. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997.

_____. *La vita delle donne*. In Storia di Roma, 4. Carattere e morfologie. Torino, 1989.

CAPPARELLI, Júlio César. *Manual sobre o matrimônio no direito canônico*. São Paulo: Paulinas, 1999.

CARALLI, Ombretta Fumagalli. *Matrimonio canonico: capacità*. In Enciclopedia del Diritto XXV. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

CARBONERO Y SOL, Leon. *Tratato teorúico-practico del matrimonio, de sus impedimientos y dispensas*. Sevilla: Imprensa de D. A. Izquierdo, 1864.

CÁRCEL ORTI, V. *Instrucciones a Simeoni, primer nuncio da la restauración*. Revista española de Derecho Canónico, 33 (1977).

CARMEN PUJAL. *La concepción jurídica del matrimonio romano clásico*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huleva, 2003.

CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega. *Definiciones, terminología y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*. Madrid: Editorial Dykinson, 2006.

CASALEGNIO, Alberto. *Paulo. O evangelho do amor fiel*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

CASOLA, Maria. *Dote ed interesse publico*. Università di Bari: Diritto e Storia, 06, 2007.

CASTELLI, Guglielmo. *Il concubinato e la legislazione augustea*, in Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano – BIDR, ano XXVII. Roma, 1914.

_____. *Scritti giuridici*. Milano: Ulricho Hoepli. Ed Libraio della Real Casa, 1923.

CASTRO SAENS, Alfonso. *Consentimento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo*. Revue de Etudes Historico-Juridicos. Vol 23. Valparaizo, 2001.

CATALÀ RUBIO, Santiago. (org.) *Evolución del derecho de familia en Occidente*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *Casamento e união estável: Requisitos e efeitos pessoais*. São Paulo: Editora Manole Ltda, 2004.

CECILIA CORTEZ, Viviana. *Alcance del consensus del paterfamilias en el matrimonio de su filia in potestate*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003,

CERMENO TAPIA, Gelasio. *Roma – Cristianismo – Persecuciones*. Merida: Universidad de los Andes. Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas e Políticas, 4, 1995.

CHARBONNEAU, Paul~Eugène. *Sentido cristão do casamento*. São Paulo: Editora Loyola, 1985.

CID, Nuno de Salter. *A comunhão de vida à margem do casamento: Entre o facto e o direito*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1995.

CIRIANI, S. *Matrimonio In Novo dicionário de teologia bíblica*. Madrid, 1990,

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

CÓDIGO TEODOSIANO. Com comentários de Jacobi Gothofredi. Opera et Studia Antonii. Manoelii. B. Geberal, B. Derecho i Tabajo. Universidad Sevilla, Espanha, 1743.

COELHO, Francisco Pereira; e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da família. Vol I: Introdução ao direito matrimonial*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

CORTÉZ, V. C. *Alcance del consensus del paterfamilias en el matrimonio de su filia in potestate, en el derecho de familia: de Roma al derecho actual*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1937.

CORRAL. D. Ildfonso L. Garcia del. *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano *Manual de direito romano*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1961.

COSTA, Emílio. *Il concubinato in Roma*. In *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano* Vitorio Scialoja, ano XI. Roma: L. Pasquallucci Editore, 1898.

_____. *La vendita e l’esposizione della probe nela legislazione di Constantino*. In *Memorie della Real Academia dell’Istituto di Bologna*, 1909-1910.

CRUZ, Guilherme Braga da. *Direito romano vulgar Ocidental*. Coimbra: Coimbra Editora, 1949.

_____. *Matrimónio: contrato e sacramento, in separata da Revista Itinerarium*, no. 43. Porto: Editorial Franciscana, 1964.

_____. *Obras esparsas. Vol I. Estudos de história do direito antigo*. 1ª parte. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis. Por ordem da Universidade de Coimbra, 1979.

CRUZ, Guilherme Braga; e COSTA, Máio Júlio de Almeida. *Lições de direito romano*. Coimbra, 1958.

CRUZ, Sebastião. *Direito romano (Ius romanum)* I. Introdução e Fontes. 4 ed.Coimbra, 1984.

CUENA BOY, Francisco. *La prohibición del matrimonio del funcionario con mujer de la provincia en la que serve*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003. .

CURA, António A. VIEIRA. *A “união de facto (Concubinatus) no direito romano- (Da indiferença Jurídica Clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia)*. In *Juris et de Jure*. Porto, 1998.

_____. *O dever de consciência dos casados católicos de não pedirem o divórcio nos tribunais civis*. In *Familia, Consciência, Secularização e Religião*. Coimbra: WoltersKluwer/Coimbra Editora, 2010.

DACEQUINO, P. *Storia del matrimonio cristiano alla luce de la Biblia*. Torino, 1984.

D’AMATI, Laura. *Matrimonium e postliminium: brevi considerazioni*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 98, 2003.

D’ANGELI, Fiurella. *La famiglia de fato*. Milão: Dott A. Giuffrè Editore,1989.

DAZA MARTINÉZ, Jesus. *La influencia cristiana en la concepción postclassica y justinianeia el matrimonio cristiano*. En *el Derecho de Familia: de Roma al Derecho actual*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho romano. Universidad de Huelva, 2003,

_____, _____. *Nuptiae et matrimonium*. Seminario de Derecho Romano. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1978

DE LA RADA Y DELGADO, Juan de Rios. *Elementos de derecho romano*. Madri: Imprenta de Repullés, 1856.

DELÁS, M. *Divorcio, separación y nulidad: problemas y soluciones*. Barcelona, 1992.

DELLBEY, Géraldine Puccini. *A vida sexual na Roma antiga*. Lisboa: Edições Texro & Grafia, 2007.

DEL CASTILLO. A. *La emancipación de la mujer romana en sieglo I d.C*. Granada, 1976.

DE FRANCISCI, Pietro. *Ancora sui poteri del paterfamilias*. BIDR XII. Milano, 1970.

DE VISSCHER, Ferdinand. *Il sistema della nossalità*. In *Iura* II, 1960.

_____, _____. *Conubio et civitas*. RIDA 2, 1952.

_____, _____. *Diritto e società nell’antica Roma*. , 1979.

D’HAUCCOUR, Xavier. *L’évolutinon historique du concubinats romain*. In *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 18. Paris, 1894. .

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DI MARZO. *Lezioni sul matrimonio romano*. Palermo, 1919.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOMINGO CAVALARIO. *Instituciones del derecho canónico*. Trad. del latín al castellano por D. Juan Tejada y Ranz. 2 ed. Tomo II. Valencia: Librería de Mallén y Sobrinos, 1837.

DOMINGUEZ LOPEZ, Esther. *La impotencia en la leges Julia et Papia Popaea*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano del Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.

D'ORS, Alvaro. *Derecho privado romano*. Navarra: EUNSA, 1997.

DUBY, Georges y PERROT, Michelle. *Historia das mulheres no Ocidente*. Tomo I. A Antiguidade. Do original *Storia delle donne*. Tradução portuguesa, com revisão científica de Helena da Cruz Coelho, Irene Maria Vaquinhas e Guilherme Mota. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli SPA 1990. Porto: Afrontamento, 1993.

DURRY, Marcel. *Sur le mariage romain*. Revue Internationale des Droits de l'Antiquité. (RIDA) Tomo III, 1956.

_____. *Le mariage des filles impubères dans la Rome antique*. In RIDA, II, Bruxelles, 1956.

DURANT, Will. *História da civilização, III. César e Cristo*. 2 ed. Do original *Caesar and Christ*. Tradução portuguesa de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Record, 1971.

_____. *História da civilização, II. Nossa herança clássica*. 2. ed. Do original *The life of Greece*. Tradução portuguesa de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Record, 1971.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

EDUARDO LAZARO, Héctor. *La patria potestas en el derecho romano*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano del Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.

Encíclica Casti Connubii. Papa Pio XI. Roma: 1930.

Encíclica Dignitas Connubii. Textos Legislativos: Roma, 2005.

Encíclica Familiaris Consortio. Papa João Paulo II.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução José Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984.

ESMEIN, A. *Le délit d'adultère a Rome*. In Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger (NRHDFE), 12 (1878).

EVANGELISTA, Fernan Camacho. *Familia agnaticia y adopción*. Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas 21. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1967.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*. Do direito de família. Das relações de parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FALCÃO, Miguel. *Atitude da Igreja perante as uniões conjugais da Roma clássica*. In separata da revista "Theologica" Vol III, fac. 3. Braga, 1973.

_____. *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. España, 1973.

FAYER, Carla. *La familia romana. Aspetti giuridici antiquari*. Parte prima. Roma: L'Erma de Brestschneider, 1994.

_____. *La familia romana. Asi giuridici ed antiquari*. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio. Dote. Roma: L'Erma dre Brestschneider, 2005.

_____. *La familia romana. Parte terza: concubinato, divorzio, adulterio*. Roma: L'Erma de Brestschneider, 1994.

FERMIN CAMACHO. Evangelista. *Familia agnaticia, familia cognaticia i adopción*. Temis: Revista de Ciencia y Tecnica Juridicas, 21. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1967.

FERNÁNDEZ BAQUERO, Ma. E. *Repudium-divortium. (origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto)*. Granada, 1987.

_____. *La mujer romana ante el divorcio*. En la Mujer en el Mondo Mediterráneo Antiguo. Granada, 1990 .

FERNANDO BETANCOURT. *Derecho romano clasico*. 3 ed. Universidad de Sevilla, 2007.
_____. *Aspectos sobre el matrimonio en el derecho romano arcaico*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.

FINOCCHIARO, Francesco. *Matrimonio civile*. In Enciclopedia del Diritto XXV. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

_____. *Matrimonio (diritto ecclesiastico: matrimonio concordatario)*. In Enciclopedia del Diritto XXV. 870. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

FRANCESCHI, Hector. *Ius connubii e o sistema matrimonial canonico*. Forum Canonicum. Ano 08, nº 23 (1999).

FRANCIOSI, Gennaro. *Famiglia e persone in Roma antica. Dell'età arcaica al principado*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1989.

_____, _____. *La plebe senza genti e il problema della rogatio Canuleia*. Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana. Nápoles, 1984.

FUENTES ALONSO, J. *El divorcio de Constantino VI y la doctrina matrimonial de San Teodoro Estudita*. Pamplona, 1984.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol VI – Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA SANCHEZ, Justo. *Incumplimento de esponsales de Roma al derecho vigente*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano del Derecho Romano, Universidad de Huelva, 2003.

GAUDEMET, Jean. *Union libre et mariage dans la Rome Impériale*. In Ivra – Revista Internazionale di Diritto Romano Antico – XI. Napoli: Editore Jovene, 1989.

_____. *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage sur bas empire*. In Studia in Memoria de Emilio Albertario, II. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.

_____. *Iustum matrimonium*. In RIDA, II, Bruxelles, 1949.

_____. *La conclusion des fiançailles à Rome*. In RIDA, II, Bruxelles, 1949.

GEMMITI, Dante. *Il concubinato nel diritto romano e giustiniano*. Napoli-Roma: LER, 1993.

GEORGES, Duby; PERROT, Michelle. *História das mulheres. A Antiguidade*. Porto: Edição Afrontamento, 1990.

GIACCHI, Orio. *Matrimonio canonico (elementi)*. In Enciclopedia del Diritto XXV. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

_____. *Matrimonio canonico: consenso*. In Enciclopedia del Diritto XXV. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

GIANNETTO LONGO. *Il requisito della convivenza nella nozione romana di matrimonio*. Macerata: Universitatis Maceratenis, 1955.

GIDE, Paul. *Étude sur la condition privée de la femme*. 12 ed. Paris, 1855.

GIFFARD, A.E. *Precis de droit romain*. Paris, 1948.

GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2005.

_____. *Código civil à Luz do direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GIRARD, F. *Manuel élémentaire de droit romain*. 8 ed. Paris, 1929.

GIUNTI, Patrizia. *Consortium vitae, matrimonio e repudio in Roma antica*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004.

GOMES, Luiz Roldão de Feitosa. *Casamento no direito civil brasileiro: Aspectos diante da nova constituição*. Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol 68. (1992)

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010.

- GRAZIANI, Ermanno. *Matrimonio rato e non consumato*. In Enciclopedia dell Diritto .Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.
- GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. São Paulo: Edições Martins Fontes, 1991.
_____. *L'amour a Rome*. Paris: Hachette, 1963.
_____. *O amor em Roma*. Do original: *L'amour a Rome*. Tradução de Victor Silva. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2005.
- GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. *O divortium no direito romano e a emenda constitucional 2006*. In Anais do XIII Congresso Internacional e XVI Congresso Iberoamericano de Derecho Romano. Belém-PA, set 2011.
- GUARINO, Antonio. *Diritto rivado romano*. Nápoles: Editore Joven Napoli, 1981.
_____, _____. *Adfinitas*. Milano, 1939.
- GUTIERREZ, Ricardo Panero. *Derecho romano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- HERCULANO, Alexandre. *Estudos sobre o casamento ciuivil*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos e Cia. s/d.
- HERRERA BRAVO, Ramón. *El elemento romano en la configuración jurídica del "adulterio" en el derecho romano historico espanhol*. Actas del Sexto Congresso Interncional y IX Iberoamericno del Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.
- IHERING, Rudolf Von. *El espiritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Trad. espanhola de Enrique Principe y Satorres. Granada: Editorial Comares, 1998.
- JUAN IGLESIAS. *Derecho romano*. Barcelona: Ariel, 1999.
- JUAN FORNÉS. *Derecho matrimonial canonico*. 5 ed. Navarra. 2008.
- JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*. Vol. IV. Direito de familia. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
_____. *Donatio et animus donandi*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudo em Homengem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz. II-LVIII, 1982.
_____. *Relações patrimoniais entre os cônjuges. Do Direito romano ao direito português e brasileiro*. In El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual. Huelva: Publicaciones, Universidade de Huelva, 2003.
_____. *Breviário de direito privado romano*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
_____. *O divorcio no direito romano. Algumas referências a sua evolução histórica e ao direito português*. In Anais do XIII Congresso Internacional y XVI Iberoamericano de Derecho Romano. Belém-PA, set 2011.
_____. *A captivitas e a reversio*. Separata de Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Raúl Ventura. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra Editora, 2003
- KOSOVSKI, Ester. *O crime de adultério*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

- LANDUCI, L. *Storia del diritto romano delle origini fino alla morte de Giustiniano*. Verona-Padova, 1898.
- LAURA SANCHO. *El matrimonio romano primitivo y el valor de la Lex Inhumanissima*. In: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. Tome 37 (1.990).
- LECLERCQ, Jacques. *A família*. São Paulo: Quadrante, 1968.
- LEITE, Eduardo de Oliverira, *Comentários ao novo código civil*. vol XXI: do direito das sucessões (Art. 1.784 a 2.027) Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Divórcio romano e divórcio canônico*. Revista Informações Legislativas 23, no 89. Jan/Mar 1986.
- LIMA, João Batista de. *As mais antigas normas do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- LISBOA, Roberyto Senise. *Manual de direito civil*. Vol. V. Direito de família e sucessões. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LEVY-BRUHL, Henri. *Les origines du mariage sine manu*. In RHD, 14, 1935.
- LOARTE, José Antonio. *El tesoro de los padres*. Selección de textos de los Santos Padres para el cristiano del tercer milenio. Madrid: Ediciones Rialp S.A. 1998
- LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Vol I, II, III. Rio de Janeiro: Tip.de Álvaro Pinto, 1931.
- LOBRANO. Giovanni. *Pater et filius eaden persona*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.
- LONDONO, Fernando Torres. *A outra família. Concubinato, igreja e escândalo na colônia*. São Paulo: Edições Loyola, 1999.
- LONGO, C. *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*. Milano, 1946.
- LONGO, Gianeto. *Requisito della convivenza nella nozione romana de matrimonio*. Annali della Univ. Di Macerata. Vol 19, 1955.
- LÓPEZ CORDÓN, Maria Victoria & CARBONELL ESTELLER, Montserrat. *Historia de la mujer e historia del matrimonio*. Universidad de Murcia, 1997.
- LOPES, Rosália Rodrigues; BRAVO BOSCH, Maria José *et ali*. *Mulher. Algumas história e Instituciones de derecho romano*. Madrid: Editorial Dykinson, S. L. 2013.
- LORENA FRIES & VERONICA MATUS. *Trama y conjura patriarcal*. Santiago: LOM Ediciones, 1999.
- LUCHETTI, Giovanni. *Contributti di diritto giustiniano*. In *Bulletino Dell'Istituto di Diritto Romano*. Vol. XXXI-XXXII. Milano: Dott. A, Giuffrè Editore, 1989-1990.

_____. *Il matrimonio cum scriptis et sine scriptis nelle fonti giuridiche giustinianeae*. In *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* Vitorio Scialoja. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore. Vol 31-32 (1999).

MACHADO, Jónatas E. Mendes. *A (in)definição do casamento no estado constitucional. Fundamentos meta-constitucionais e deliberação democrática*. Coimbra: Woters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

MANFREDINI, Arrigo Diego. *Il matrimonio degli anziani en la lege Giulia et Papia*. In *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* Vitorio Scialoja. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore; 1991 Vol 39 (1997)

MARCILIO, Maria Luiza (Org.) *Familia, mulher, sexualidade e Igreja na história do Brasil*. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

MARCO SIMON, Francisco y FONTANA ELBOI, Gonzalo. *Sponsio matrimonial en la Roma arcaica: el vaso de Duenos*. In *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XLIII. Diegem: Office International des Periodiques, 1996.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *As justas núpcias na história do direito português*. In *Anais do XIII Congresso Internacional y XVI Congresso Iberoamericano de derecho romano. O direito de Família, de Roma à atualidade*. Belém-PA, Brasil, 2011.

MARQUES, José Afonso Gomes da Silva. *Direito sacramental II – Direito matrimonial canônico*. Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, 2004.

MARRONE, M. *Istituzioni di diritto romano*. Palermo, 1984.

MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *Curso de direito romano*. Tomo I. Partes Introdução e Geral. Rio de Janeiro, 1997.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. *Instituições de Direito Romano*. Vols I e II. 4. ed. São Paulo: Max Limonad; 1971.

_____. *A Lei das XII Tábuas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
_____. *A legislação romana do divórcio*. In *Romanitas* III,3,4. Rio de Janeiro, 1961

MELLILLO, Generoso. *La condicione femminile a Roma: due norme de Claudio*. In *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXVIII, 2002. Roma: Pontificia Universitas Lateranensis.

MEREA, Paulo. *Le mariage sine consensu parentum dans le droit romain vulgaire occidental*. RIDA, V, 1950.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família. Direito matrimonial*. Vol I, 3ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

MOLINÉ, Enric. *Os sete sacramentos*. Lisboa: DIEL, 2001.

MONCADA, Luis Cabral. *Elementos de historia do direito romano*. Vol I, Fontes e Instituições. Coimbra, 1923.

- MONIER, R. *Manuel élémentaire de droit romain*. Tomo I, 5 ed. Paris, 1995.
- MONTAN, A. *Alle origini della disciplina matrimoniale canonica*. In Apollinaris LIV, 1981, Roma: Institutum Utriusque Iuris. Ponteficia Universitatis Lateranensis.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Vol. I 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
 _____ . *Direito romano*. Vol. II. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MORINEAU, Marta. *El concubinato em Roma y en México*, Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.
- NARDI, Enzo. *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium*. Milão, 1938.
 _____ *Sul divieti matrimoniali delle leggi Auguste*. In SDHI VI, 1941. Romae Apollinaris.
- NAVARRO-VALLS. *Matrimonio y derecho*. Madrid: Tecnos.
- NETO, Renato Avelino de Oliveira. *Contrato de coabitação na união de facto – Confronto entre o direito brasileiro e português*. Coimbra, 2006.
- NÓBREGA, Vandick Londres da. *Compêndio de direito romano*. vols I e II. 6. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1970.
- NOGUEIRA, Adalício Coelho. *Introdução ao direito romano*. Rio/São Paulo: Forense, 1971.
- NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual ao temporal*. Coimbra: Almedina, 2005.
- NÚÑEZ PAZ, Maria Isabel. *Consentimento matrimonial y divorcio en Roma*. Acta Salmanticensia Estudios Jurídicos 68. Ediciones Universidad de Salamanca, 1988.
- OBSSERVATORE ROMANO. *La verità del matrimonio cristiano. Risposta alla crisi della società umana*. Roma: 2007.
- OLIS ROBLEDA S.J. *El matrimonio en derecho romano*. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1970.
- OLSEN, Lise Arends. *La femme et l'enfant dans les unions illégitimes à Rome*. Bern; Berlin; Bruxelles... 1999.
- OLIVEIRA, Basilio; FRANCISCO, José. *O concubinato na Constituição atual. Doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE, 1993.

- OLIVEIRA, Guilherme; MACHADO, Jônatas; MARTINS, Rosa. *Família, Consciência, Secularização e Religião*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Olga. M.B. Aguiar de. *Monografia jurídica*. 3 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- OLIVEIRA, Silvio Luiz de. *Tratado de metodologia científica*. São Paulo: Pioneira, 2001.
- ONIDA, Francesco. *Matrimonio degli acattolici*. In Enciclopedia del Diritto XXV. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.
- Ordenações filipinas*, Livros IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.
- ORESTANO, Riccardo. *La struttura giuridica del matrimonio romano*. Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano. Vol VI. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1940.
- PABLO FUENTESECA. *Derecho privado romano*. Madri, 1975.
- PABÓN, Juan Enrique Medina. *Derecho civil. Derecho de familia*. 2ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010
- PANERO ORIA, Patricia. *Algunas observaciones en torno al concubinato*. Actas del Sexto Congreso Interamericano y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.
- PABLO RODRIGUES Y ANNE MOLINE-Bertrand (eds). *Atravez del tiempo: diccionario de fuentes para la historia de la familia*. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de publicaciones, 2000.
- PALLAZANI, Laura. *Diritto naturale e etica matrimonial in Christian Thomasius. la questione del concubinato*. Torino: G. Giappichelli Editore
- PANDEL, Pauline Schmitt *História das mulheres*. Vol. I, A Antiguidade. Lisboa: Afrontamentos, 1993.
- PARLA MARTIN, Ma. Dolores. *Mujer y concubinato en la sociedad romana*. In Anales de Derecho. Universidad de Murcia, no. 23, Murcia, 2005.
- PAULI, J. *Sententiae* Texto e interpretatio. Maria Bianchi Fossati Vanzetti. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università de Padova, CXXX. 1995.
- PEDRO LANGA. *San Agustín y el progreso de la teologia matrimonial*. Toledo: Gráfica Carlos Martín, 1984.
- PEPE, Leo. *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.
- _____. *Paelex e spurius*. In Mélanges de Droit Romain et d'Histoire Ancienne. Paris, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família*, Vol I (com a colaboração de Rui Moura Ramos) 4 ed. Centro de Direito da Família. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família. Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva*. 3 ed. Rio/São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1956.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Romana. Antologia da cultura latina*. 6 ed. Coimbra, s/d.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável, da tutela e da curatela*. Arts. 1.723 a 1.783. Vol. XX. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Direito de família: uma abordagem psicanalística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Concubinato e união estável de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. Roma: Athenaeum, 1928.

_____. *Tollere liberum*. In Studi in Onore di Simoncelli nell'anno del suo insegnamento. Napoli, 1915

PÉTER, Orsolya Márta. *Liberorum quaerundorum causa. L'image ideale de mariage et de la filiation à Rome*. Revue Internationale des droits de l'antiquité. (RIDA), 3^a. série. Tome XXXVIII, Bruxelles, 1991.

PÉTIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Ed Porruá S.A, 1985.

PIERRARD, Pierre. *História da Igreja*. Tradução de Álvaro Cunha. Revisão de João Gaio. São Paulo: Paulus, 1982.

PINTO, Agerson Tabosa.. *A união estável brasileira e suas raízes romanísticas*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.

PIO CIPROTTI. *Adulterio*. In Enciclopedia dell Diritto, I, Ab-Ale. Milão: Giuffrè Editore, 1958.

PUCCINI-DELBAY, Geraldine. *A vida sexual na Roma antiga*. Do original: La vie sexuelle à Rome. Tradução de Tiago Albuquerque Marques. Lisboa. Edições Texto & Grafia, 2010.

PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. 3 ed. Torino: G. Giappicheli Editore, 1991.

RABELO. A. M. *Effeti personali della patria potestas. I. Dalli origine al periodo degli Antonini*. Milano, 1979.

RAES, A. *Le mariage, sa célébration et sa spiritualité dans les Églises d'Orient*. Paris, 1959.

- RAFAEL NAVARRO, Valls. *Matrimonio y derecho*. Madri: Editorial Tecnos, S.A., 1995.
- RAMÓN TEJA. *El cristianismo primitivo em la sociedade romana*. Madrid: Ediciones Istmo, 1990.
- _____. *Delito o pecado: Derecho romano y pensamento Cristiano en matéria de derecho matrimonial (sieglos III-IV)*. Santander: Universidade de Cantabria.
- REINACH, Julien. *Puberté feminine et mariage romain*. Revue Historique de Droit Français et Etranger (1956).
- ROBLES VELASCO, Luis Mariano. Universidade de Granada, Espanha. *Matrimonio, uniones de hecho, concubinatio y contubernium de Roma a la actualidad*. In Anais do XIII Congreso Internacional y XVI Iberoamericano de derecho Romano. Belém-PA, set 2011.
- RINCÓN, T. *El matrimonio misterio y signo. Siglos IX al XII*. Pamplona, 1971.
- RITZER, K. *Le mariage dans les églises chrétiennes du I au XI Siècle*. Paris, 1970.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Família*. São Paulo: Saraiva, 2003
- RUIZ FERNANDES, Eduardo. *El divorcio en Roma*. Madri: Universidad Complutense.
- SABBATUCCI, D. *La religione di Roma antica. Dall calendario festivo all'ordine cosmica*. Milano, 1988.
- SADA, Ricardo; MONROY, Alfonso. *Curso de teologia dos sacramentos*. Lisboa: Rei dos Livros, 1991.
- SALDON, E. *El matrimonio mysterio y signo. Del siglo I a san Agustin*. Pamplona, 1971
- SALVADOR, Carla Corral; URTEAGA, José Ma. Et alli. *Dicionário de Direito Canonico*. Madri: Editorial Tecnos S. A., 1989.
- SALVADORES POYAN, Manuel. *Comentarios y critica sobre el divorcio atraves de la historia del derecho romano*. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madri, 1978.
- SALTER, Nuno. *A comunhão de vida a margem do casamento: entro facto e o direito*. Coimbra: Almedina, 2001.
- SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*. Napoli, 1960.
- SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil. Ius romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- _____. *Direito romano, Tutela de idade (Tutela Impuberum)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Responsabilidade aquiliana. Uma visão histórico-comparativa*. In Stvdia Iuridica 92. Ad honorem 3. Ars Iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof Doutor Antonio Castanheira Neves. Vol III.. Direito Público Penal e História o Direito. Organizado

pelos Professores Doutores José de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho e José de Faria Costa. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SAVIGNY, Fernando. de. *Sistema del derecho romano actual*. 2 ed. Madrid, 1989.

SCARCELLA, Agatina Stefania. *Libertá matrimoniale e stipulatio poenae*. In *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXVI, 2000. Roma: Pontificia Universitas Lateranensis.

SCHUTZ, T. *Classical roman law*. Oxford, 1981.

_____. *O direito romano classico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teijeiro. Barcelona, 1960;

SEABRA, Antonio Luiz de. *Novissima apostilla em resposta a diatribe do Sr Augusto Teixeira de Freitas contra o projeto do código civil portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1859.

_____. *Duas palavras sobre o casamento* (pelo redactor do código civil) Lisboa: Imprensa Nacional, 1866.

SERRANO, F. *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma antica*. I. Napoli, 1984.

SICARI, Antonio. *Matrimonio e vergenità nella rivelazione*. Milano: Editoriale JACA Book SpA, 1977.

SIMON, Francisco Marco; ELBOJ, Gonzalo Fontana. *Sponsio matrimonial en la Roma arcaica*. In *Revue Internationale des Droits da l'Antiquité (RIDA)*. 3ª. Série. Tome 43. Diegen, 1996.

SOLAZZI, Siro. *Studi sur divorzio*. In *Scritti di Diritto Romano*, III.

_____, _____. *Consortium omnis vitae*. In *Annali della R. UNIVERSITÀ DI Macereta*, 5, 1929.

SOUZA, Maria da Grala Moura de. *O concubinato no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SUETÔNIO. *A vida dos doze Césares*. Apresentação de Carlos Heitor Cony. 2 ed reform. Tradução de Sady Garibaldi. São Paulo: Ediouro, 2002.

SURGIK, Aloisio. *A manus e o consensus*. Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Huelva, 2003.

TABOSA, Agerson. *Direito Romano*. Fortaleza: FAZ, 2007.

TALAMANCA, Mario. (Org) *Lineamenti di storia del Diritto Romano*. 2 ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, s/d.

TALAMANCA, Mario. *Aequitas Naturalis e Celso*. *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vitorio Scialoja"*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.

_____. *Il matrimonio degli anziani e la lege Giulia e Papia*. *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vitorio Scialoja"*. Vol. XXXIX. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997.

_____. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990.

TEXTOS DE DIREITO VISIGÓTICO. Coleção de Textos de Direito Peninsular e Português. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra:Imprensa da Universidade, 1923.

TRESE, Leo J. *A fé explicada*. São Paulo: Quadrante, 1995.

TROPLONG, M. *De L'influence du christianisme sur le droit civil des romains*. Tradução do francês para o espanhol por D.José Luiz Rotortilo. Madri, 1851.

_____. *La influencia del cristianismo em el derecho civil de los romanos*. Tradução para o espanhol por José Luiz Retortillo. Madrid, 1861.

VATIN, C. *Recherches sur le mariage et la condition de la femme mariéea l'époque hellénistique*. Paris, 1970.

VEYNE, Paul. *La famille et l'amour sous le Haut-Empire Romain*. Annales, 33, 1978.

_____. *História da vida privada*. I. Do Império romano ao ano mil. Tradução portuguesa de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

VENOSA, Silvio de Sávio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2003.

VENTURINI, Carlo. *Divorzio informale e "crimen adulterii"*. In Revista Internazionale di Diritto Romano Antico, XLI, Nápoles: Editore Jovene, 1990.

VIEIRA, Jair Lot. *Lei das XII Tábuas*. Bauru: Edipro, 1994.

VIGA DE MIGUENS, Nina Ponssa de. *Derecho de familia en el derecho romano*. Buenos Aires: Lerner, s/d.

VIGNALI, Rosalba Maestri. *Matrimonio canonico: forma*. In Enciclopedia dell iritto XXV. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

VILADRICH, Pedro-Juan. *A agonia do casamento legal*. Braga:Theologica, 1978.

VIRGILIO. *Eneida*. Tradução portuguesa de TassiloOrpheu Spalding. São Paulo: Cultural Ltda, 2003.

VOCI, Pasquali. *Storia della patria potestas. De Augusto a Diocleciano. Constantrino a Justiniano*. In Studia et Doxumenta Historiae Iuris, 51.

_____. *Storia della patria potestas. De Constantrino a Justiniano*. In Revista Internazionale di diritto romano, XXXI, Napoli: Editore Jovene, 1980.

_____. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1954.

VOLTERRA, Edoardo. *Il preteso tribunalle domestico in Diritto Romano*. In Revista Italiana per le Scienze Giuridiche, serie III, vol. LXXXV. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948.

_____. *Istituzioni di diritto romano*. Roma, 1980.

_____. *La conception du mariage à Rome*. In RIDA, II, Bruxelles, 1955.

_____. *Matrimonio (diritto romano)*. In Enciclopedia del Diritto XXV. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

_____. *In torno agli sponsali nel diritto romano*. In BIDR, 46, 1932.

- _____. *Scritti giuridico I. Famiglia e successione*. Napoli: Jovene Editore, 1991.
- _____. *Una misteriosa lege attribuida a Valentiniano I*. In *Scritti Giuridici II. Famiglia e sucesione*. Napoli: Jovene Editore, 1991.
- _____. *L'acquisto della pátria potestas alla morte del paterfamilias*. *Scritti Giuridici III*.
- _____. *Famiglia (diritto romano)*. In *Scritti Giuridici III*. Napoli: Jovene Editore, 1991.
- _____. *La conventio in manu e il matrimonio romano*. In *Scritti Giuridici III*. Napoli: Jovene Editore, 1991.
- _____. *Sponsali. Diritto romani*. IN *NNDI XVIII*. Turim: Unione Tipografico Editore, 1961.
- _____. *Injustum matrimonium*. In *Scritti Giuridici III*. Napoli: Jovene Editore, 1991.
- _____. *Concubinatio (diritto romano)*. In *NNDI III*, 1960.
- _____. *L'unione coniugale fra un uomo e una donna peregrini e il matrimonio del peregrino*; Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950.
- _____. *Prcisazioni in tema di matrimonio clássico.. BIDR. Vol XVII*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- _____. *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950.
- _____. *Ancora sulla manus e sul matrimonio*. In *Ann. Univ. Macerata*, 1942
- _____. *Nuove ricerche sulla conventio in manum*. In *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Memorie. Classe di Scienze Morali, Soriche e Filologiche*, 12w, 1996.

WHITE, James F. *Introdução ao culto cristão*. Tradução de Walter Schlupp. São Leopoldo: Sinodal, 1997.

ANEXO I- Quadro comparative

Para uma melhor visualização das principais considerações, elaborou-se um quadro comparativo entre o direito romano, o direito canônico e os reflexos identificados no direito civil brasileiro.

Direito romano	Código de Direito Canônico Promulgado por João Paulo II, em 25/01/1983	Direito civil brasileiro Lei n° 10.406, de 10.01.2002
----------------	--	---

<p>De acordo com as Instituições de Justiniano, <i>nuptiae vel matrimonium</i> são a união do homem e da mulher, com indivisível comunhão de vida (I.1,9,1). Para Modestino, “<i>nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humanae iuris communicatio</i>” (D.23,2,1).</p>	<p>Cân. 1.055 - § 1. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento.</p>	<p>Para a doutrina civilista brasileira, o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, visando ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.</p>
<p>O casamento romano era um consórcio para toda a vida, comunicação do direito divino e humano. (D.23,2,1). A igualdade de direitos inicialmente não existia. A partir do final da República, a mulher conheceu uma autonomia e libertação sem precedente na história da antiguidade.</p>	<p>Cân. 1.056. As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que no matrimônio cristão recebem firmeza especial em virtude do sacramento.</p>	<p>Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.</p>
<p>Idade nupcial: O homem com quatorze anos e a mulher com doze anos (idade nupcial, quando atingiam a puberdade), considerada a idade natural de procriar (Gaio, 1,96; C. 5,60,3).</p> <p>Consentimento: Era necessária a <i>auctoritas</i> do <i>paterfamilias</i> se os nubentes fossem <i>alieni iuris</i> (D.23,2,2; 23,2,35; I.1,10).</p> <p>Se o <i>pater</i> negasse o consentimento por motivos injustificados, cabia aos noivos recorrer ao magistrado que poderia supri-lo (<i>Lex Iulia de maritandis ordinibus, 18 a.C.</i>).</p> <p>D.23,2,2: <i>Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes id est, qui coeunt quorumque in potestate sunt.</i></p>	<p>Idade nupcial: Cân. 1.083. O homem antes dos dezesseis anos completos e a mulher antes do catorze também completos não podem contrair matrimônio válido.</p> <p>Consentimento: Cân 1.101, § 1: . Presume-se que o consentimento interno está em conformidade com as palavras ou com os sinais empregados na celebração do matrimônio. § 2. Contudo, se uma das partes ou ambas, por ato positivo de vontade, excluem o próprio matrimônio, algum elemento essencial do matrimônio ou alguma propriedade essencial, contraem invalidamente,</p>	<p>Idade nupcial: Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.</p> <p>Consentimento: Art. 1.517: autorização dos pais ou representantes, se os nubentes forem impúberes.</p> <p>Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.</p>
<p>Impedimentos: Não podiam casar:</p> <p>Os parentes na linha reta (ascendentes e descendentes) (I.1,10,1; 1,10,10; D.23,2,14,2; Gaio 1,59).</p> <p>Na linha colateral até o 3º grau (Gaio 1,62; 1,63; I.1,10,2).</p>	<p>Impedimentos: Não podem casar (impedimentos dirimentes): Cân.1.091. § 1. Na linha reta de consanguinidade, é nulo o matrimônio entre todos os ascendentes com descendentes, tanto legítimos como naturais. § 2. Na linha colateral, é nulo o matrimônio até o quarto grau, inclusive.</p>	<p>Impedimentos: Art. 1.521. Não podem casar:</p> <p>I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;</p> <p>IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;</p>

<p>Os ligados pela adoção (Gaió 1,59; 1,61; I.1,10,2).</p> <p>Os afins na linha reta, a partir do final da República (Gaió 1,63; D.12,7,5,1; 23,2,14,4).</p> <p>As pessoas casadas. Era o princípio da monogamia (D.3,2,1), único entre os povos da antiguidade.</p> <p>Impedimento criminis . A mulher condenada por adultério (<i>Lex Iulia de Adulteris, 18 a.C.</i>); no direito justinianeu podia casar-se, exceto com seu cúmplice. (D.23,2,43,12-13; 34,9,13; C.9,9,9)</p> <p>Na época de Constantino, o raptor com a raptada, mesmo que ela tivesse consentido no rapto. C. 9,13,1; N. 143; N. 150; C. Theod. 9,24,1,</p> <p>A viúva, antes dos dez meses seguintes à dissolução do casamento pela morte do marido, proibição que Justiniano estendeu ao divórcio (D.3,2,11,1).</p> <p>O tutor, seus descendentes ou ascendentes com a pupila, antes da prestação de contas e ela atingir 25 anos. (D.23,2,59; 23,2,60; 23,2,62; 23,2,64; 23,2,67) No direito pós-clássico, essa regra passou a ser aplicada ao curador.</p>	<p>Cân. 1.094. Não podem contrair validamente matrimônio entre si os que estão ligados por parentesco legal, surgido de adoção em linha reta ou no segundo grau da linha colateral.</p> <p>Cân. 1.092. A afinidade em linha reta torna nulo o matrimônio em qualquer grau,</p> <p>Cân. 1.085, § 1. Tenta invalidamente contrair matrimônio quem está ligado pelo vínculo de matrimônio anterior, mesmo esse que matrimônio não tenha sido consumado.</p> <p>Impedimento criminis. Cân. 1.090. § 1. Quem, com intuito de contrair matrimônio com determinada pessoa, tiver causado a morte do cônjuge desta, ou do próprio cônjuge, tenta invalidamente este matrimônio. § 2. Tentam invalidamente o matrimônio entre si também aqueles que, por mútua cooperação física ou moral, causarem a morte do cônjuge</p> <p>Cân. 1.089.- Entre um homem e uma mulher arrebatada violentamente ou retida com intuito de casamento, não pode existir matrimônio, a não ser que depois a mulher, separada do raptor e colocada num lugar seguro e livre, escolha espontaneamente o matrimônio.</p>	<p>III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; V – o adotado com o filho do adotante;</p> <p>II – os afins em linha reta;</p> <p>VI – as pessoas casadas;</p> <p>Impedimento criminis Art.1.521,VII. o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.</p> <p>Estava previsto no Código Civil de 1916 Art 183. Não podem casar: X – o raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder e em lugar seguro. (Sem dispositivo correspondente no código vigente).</p> <p>Art. 1.523. II – A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;</p> <p>IV – O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.</p>
<p>Impotência</p>	<p>Impotência Cân. 1.084</p>	<p>Impotência</p>

<p>Os castrados estavam impedidos de casar, as pessoas estéreis, não. (D.23,3,39,1).</p>	<p>§ 1. A impotência para copular, antecedente e perpétua, absoluta ou relativa, por parte do homem ou da mulher, dirime o matrimônio por sua própria natureza. § 2. Se o impedimento de impotência for duvidoso, por dúvida quer de direito quer de fato, não se deve impedir o matrimônio nem, permanecendo a dúvida, declará-lo nulo. § 3. A esterilidade não proíbe nem dirime o matrimônio, salvo a prescrição do cân. 1.098. Cân. 1098. Quem contrai matrimônio, enganado por dolo perpetrado para obter o consentimento matrimonial, a respeito de alguma qualidade da outra parte, e essa qualidade, por sua natureza, possa perturbar gravemente o consórcio da vida conjugal, contrai invalidamente.</p>	<p>É causa de anulação do casamento, considerada erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Art. 1557, III: A ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico incurável (...).</p>
<p>Doença mental Era nulo o casamento realizado pelo <i>furiosus</i> (D.23,2,16,2; <i>Pauli sententiae</i> II,19,7), bem como sem o preenchimento de um dos requisitos necessários</p>	<p>Doença mental Cân. 1.095. São incapazes de contrair matrimônio: 1º. Os que não têm suficiente uso da razão. 2º. Os que cometerem grave falta de discrição de juízo a respeito dos direitos e obrigações essenciais do matrimônio, que se devem mutuamente dar e receber. 3º. Os que não são capazes de assumir as obrigações essenciais do matrimônio por causas de natureza psíquica.</p>	<p>Doença mental Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: I- pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;</p>
<p>Dote O dote (<i>dos, rex uxoriae</i>) podia ser constituído pelo <i>pater</i> ou seus ascendentes (<i>profectício</i>), pela própria mulher ou outra pessoa (<i>aventício</i>)</p>	<p>Dote Cân 1.305. Dinheiro e bens móveis, entregues a título de dote, sejam sem demora depositados em lugar seguro, a ser aprovado pelo ordinário (...),</p>	<p>Dote (Código Civil de 1916) O instituto do dote estava previsto no Código de 1916 que determinava o art. 229: “O dote pode ser constituído pela própria mulher, por qualquer dos seus ascendentes, ou por outrem”.</p>
<p>A partir do direito justinianeu, extinto o matrimônio, o dote deveria ser restituído à mulher ou a seus herdeiros.</p>		<p>O Código de 1916, no seu art. 300, estabelecia: “O dote deve ser restituído pelo marido à mulher, ou a seus herdeiros, dentro do mês que se seguir à dissolução da sociedade conjugal, senão o puder ser imediatamente”.</p>
<p>Extinção do casamento A sociedade conjugal terminava com a morte de um dos cônjuges (D.24,2,1); perda do <i>ius connubii</i> (C.5,5,3); quando um dos cônjuges sofresse uma <i>capitis deminutio</i> referente ao <i>status libertatis</i> ou <i>civitatis</i>; pelo divórcio ou repúdio.</p>	<p>Extinção do casamento Cân 1.141. O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte.</p>	<p>Extinção do casamento Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pela separação judicial; IV – pelo divórcio; § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos</p>

		cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.
<p>Casamento putativo</p> <p>Segundo a <i>communis opinio</i>, não existiu no <i>ius romanum</i>.</p>	<p>Casamento putativo</p> <p>Cân. 1.061, § 3. O matrimônio inválido chama-se putativo, se tiver sido celebrado de boa fé ao menos de uma das partes, enquanto ambas não se certificarem da nulidade.</p>	<p>Casamento putativo</p> <p>Art. 1.561. Embora anuável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.</p>
<p>Forma de celebração</p> <p>Para a validade das justas núpcias não se exigia fórmula jurídica.</p>	<p>Forma de celebração</p> <p>Cân. 1.108. § 1. Somente são válidos os matrimônios contraídos perante o ordinário local ou o pároco, ou um sacerdote ou diácono delegado por qualquer um dos dois como assistente. Além disso, perante duas testemunhas, de acordo, porém, com as normas estabelecidas nos cânones seguintes, e salvas as exceções contidas nos cânones 144, 112-§ § 1, 1116 e 1127 -§§ 1-2.</p>	<p>Forma de celebração</p> <p>Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal e o juiz os declara casados.</p>
<p>Concubinato</p> <p>Concubinato era a união de pessoas que estavam impedidas de convolar as justas núpcias. (D.24,1,3,1; 25,74; PS.II,20,1)</p>	<p>Concubinato</p> <p>Inicialmente tolerado, até ser combatido e condenado pela Igreja. Cân.1.093. Causa de impedimento de honestidade pública. Cân. 1.395. § 1: causa de demissão de religiosos (delito).</p>	<p>Concubinato</p> <p>Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem o concubinato.</p>