

O matrimônio romano e sua dissolução

Helmut Steinwascher Neto

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo no ano de 2003. Monitor da Cadeira de Direito Romano, na FDSBC. Integrante dos grupos de estudos “História e Fontes do Direito Romano” e “Temas variados de Direito Romano”, coordenados pela Prof. Dra. Eliane Maria Agati Madeira.

Resumo: Esta pesquisa busca apresentar, brevemente, em um primeiro momento, o conceito e os dois elementos constitutivos do matrimônio romano que estão em íntima relação mútua: a *affectio maritalis* e o *honor matrimonii*. No Direito Romano, a mulher passava a integrar a família de seu marido pela *conventio in manum*, sujeitando-se à *manus* (poder marital) e entrando para a família do marido (casamento *cum manu*), através de três modalidades de matrimônio: pela *confarreatio*, pela *coemptio* ou pelo *usus*; ou poderia constituir o casamento em que não se submetia ao poder marital e não saía de sua família natural (casamento *sine manu*). Posteriormente, o texto aponta os vários modos de dissolução do matrimônio romano, traçando a diferença conceitual entre “Repúdio” e “Divórcio” nas fontes romanas. Pretende-se analisar os aspectos sobre a dissolução do matrimônio romano em dois momentos históricos de maior relevância: no final do período da República e no período pós-clássico do Direito Romano, quando o matrimônio romano foi influenciado pelo Cristianismo.

Palavras-chave: matrimônio romano; *affectio maritalis*; *honor matrimonii*; dissolução do matrimônio; divórcio; repúdio.

1. Conceito de matrimônio romano

A todos os operadores, estudiosos e pesquisadores do Direito, interessa conhecer a concepção romana do casamento e do divórcio, dada a profunda repercussão que a cultura do povo romano alcançou ao longo dos séculos, em diversos países do mundo que adotaram o sistema romano-germânico para determinar a sua estrutura jurídica.

As fontes jurídicas romanas são ricas quanto ao assunto da dissolução do matrimônio, principalmente pelo fato deste tema relacionar-se com alguns institutos profundamente ligados à própria origem de Roma e à estrutura familiar da *gens* romana, que foi a célula da estruturação da cidade.

A família romana (palavra derivada do osco “*famel*”, que significa escravo, e que, posteriormente, designou todo o patrimônio familiar), grupo de pessoas que viviam e trabalhavam em uma casa, inclusive os escravos, constituía uma forte unidade jurídica econômico-religiosa, comandada sob um firme poder central, exclusivo e soberano, representado pela *potestas* do *pater*.

Em que pese a prudência romana quanto ao emprego das definições, como nos alertava o jurista romano *Iavolenus* “*omnis definitio in iure civili periculosa est*” (D.50,17,202: “Em direito civil, toda a definição é perigosa”), encontram-se no *Corpus Iuris Civilis*, duas definições de matrimônio. Uma, nas Institutas de Justiniano (Inst. 1,9,1): “Núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida” (*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*). Outra, encontrada no Digesto (D.23,2,1), atri-

buída à Modestino: “As núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação entre o direito divino e humano” (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*).

Nas Institutas de Justiniano (Inst.1,10pr), encontramos também outros esclarecimentos quanto ao casamento romano: “Contraem justas núpcias, entre si, os cidadãos romanos que se unem segundo os preceitos legais, homens púberes com mulheres núbéis, quer sejam pais de família ou filhos de família, mas, se forem filhos de família, precisam do consentimento dos pais sob cujo pátrio poder se acham. O *ius civile* e o *ius naturale* assim o determinam, de modo que o consentimento paterno deve preceder a comunhão”.¹

Sabe-se que os romanos distinguiram os casamentos dos cidadãos (*cives*) dos realizados entre os estrangeiros (*peregrini*), denominados *iniustum matrimonium* e também das simples uniões entre escravos, estas últimas denominadas “*contubernium*”.²

Existia também o chamado concubinato, quando entre homem e mulher se estabelecia uma união extraconjugal estável. Os concubinos se uniam livremente, sem o chamado *consensus nuptialis*. Segundo a opinião dominante, o concubinato no período republicano era mera união de fato, geralmente ignorada pelo direito. No entanto, provavelmente, quando se tratasse de mulher ingênua de elevada categoria social, seu *pater familias*, no âmbito familiar, poderia puni-la com a pena de *stuprum*.³

Observa-se que para o casamento entre os cidadãos romanos, denominado justas núpcias, eram necessárias as seguintes condições: o consentimento recíproco dos esposos ou de

seus *patres*, se sujeitos ao poder destes; a puberdade e a nubildade dos nubentes (nubildade para as mulheres aos 12 anos e puberdade para os homens aos 14 anos); e o *ius conubii*, que consistia na simultânea posse do *status civitatis* e do *status libertatis* por parte dos nubentes (*Regulae Ulpiani* 5.2: “Há justas núpcias se os que contraem casamento têm cônúbio, atingiram a puberdade e desde que *sui iuris*, consentem; é necessário também o consentimento dos pais, se os contraentes estiverem sob seu poder”; “*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.*”)⁴

A perda do *conubium* pode acarretar a dissolução do casamento. Perde o *conubium* (em acepção lata) o cônjuge que sofre *capitis deminutio maxima* (perda do *status libertatis*) ou *capitis deminutio media* (perda do *status civitatis*). Nessas hipóteses, a *capitis deminutio maxima* e a *capitis deminutio media* acarretam a dissolução do casamento. Perde-se o *conubium* (em acepção estrita) quando ocorre a superveniência de impedimento matrimonial (isto é, depois de contraído o casamento, surge circunstância que, se existente antes, impediria sua celebração), como na hipótese de adoção do genro ou da nora pelo sogro, depois de realizado o casamento, o que acarretaria a dissolução do matrimônio.⁵

2. Elementos Constitutivos do Matrimônio Romano

Como o matrimônio romano não é uma relação jurídica, mas um fato social, os princípios referentes à sua celebração, dissolução e proteção não são objetos de regulamentação propriamente jurídica, mas, antes, incidem no campo da ética.

O casamento romano era a mera convivência do homem com a mulher, sob a autoridade do marido, com intenção efetiva e contínua de ser marido e mulher. Seus elementos constitutivos eram a convivência (considerada não em sentido material, mas ético e social, com efetiva subsistência de relações morais e afetivas, a convivência, a vida em comum, denominada *honor matrimonii* – elemento objetivo) e a intenção duradoura de serem cônjuges (denominada *affectio maritalis* – elemento subjetivo).⁶

2.1. *Affectio Maritalis*

O matrimônio romano, de sua fase inicial até o período da influência do Cristianismo (período pós-clássico, a partir, especialmente, do imperador Constantino), muito se distancia do matrimônio moderno ocidental, inspirado em motivos cristãos. Na concepção romana, o matrimônio não é um ato jurídico rigorosamente submetido a formalidades legais para a manifestação de sua vontade, e sim uma mera situação de convivência de duas pessoas de sexos distintos, ou seja, um mero fato da vida social romana. O casamento não se forma em um dado momento como um contrato, pelo contrário, supõe um consentimento não instantâneo, mas continuado, e a reunião e permanência de um certo número de condições (vontade de ser marido e mulher, convivência e *affectio maritalis*).

A *affectio maritalis*, que se consubstancia em um estado de espírito de se manterem como esposos, é a essência do casamento romano, o elo que alimenta a vida em comum. Como o casamento romano não se apresenta com o caráter da indissolubilidade, quando se diz que ele é perpétuo, quer-se dizer que deva durar, no sentido de que os que se casam tenham em mira não uma união passageira, mas duradoura; este o sentido da expressão *consortium omnis vitae*, de Modestino.⁷

⁴ Cf. tradução de SCIASCIA, 2002:38-39.

⁵ MOREIRA ALVES, 1997:282.

⁶ BONFANTE, 1963:187.

⁷ AZEVEDO 1976:48

Moreira Alves, diferentemente, a respeito da natureza jurídica do casamento romano, considera que: “o matrimônio, no Direito Romano, foi sempre um ato jurídico, surgindo do consentimento inicial que gera um *vinculum iuris* e prescindindo da vontade contínua que dá vida a um estado de fato. No casamento romano, bastava a vontade inicial (*consensus*) dos nubentes, sem quaisquer formalidades (apenas no direito pós-clássico é que, em algumas hipóteses, se exige certo formalismo), e o matrimônio perdurava até que um dos cônjuges desejasse rompê-lo, pois, em Roma, sempre se admitiu divórcio por vontade unilateral (mesmo no direito justiniano, se um dos cônjuges repudiasse o outro sem motivo, ele poderia sofrer sanções, mas o casamento se dissolvia), a qualquer tempo, sem formalismo, independente da existência de motivos fixados, previamente, em lei – daí a expressão *affectio maritalis* para significar, não que fosse necessário que os cônjuges tivessem a intenção contínua (idêntica à vontade inicial) de serem marido e mulher, mas que o casamento perdurava enquanto eles (ou um deles) não praticassem ato contrário ao que dera início ao matrimônio: o divórcio”.⁸

O casamento romano era um *status* permanente, através do qual os cônjuges definiam o propósito manifesto de serem marido e mulher, sendo certo que os ritos e as solenidades não lhe eram indispensáveis à constituição, senão que, apenas, atestavam o *consensus* dos nubentes. Estes elementos constitutivos do matrimônio romano eram carentes de qualquer valor jurídico, embora se revestissem de importância social.⁹

No período clássico, o matrimônio fundamenta-se sobre o consentimento dos cônjuges, conforme se observa em Ulpiano (D.50,17,30), que afirma: *nuptias...non*

concubitus, sed consensus facit (“Não o concúbito, mas o consentimento, constitui as núpcias”). Esta definição de Ulpiano sem dúvida é mais importante para a determinação da natureza jurídica do matrimônio que a definição de Modestino, de caráter ético-religioso.¹⁰ O *ius divinum* no conceito de casamento de Modestino, deve ser entendido de acordo com os ensinamentos dos estoicos. Foi, sobretudo, a filosofia estoica que exerceu uma forte e perdurável influência nos juristas romanos. Muitos dos mais celebrados mestres do Direito Romano foram discípulos de Escípio, o Jovem, que viveu no princípio do século II a.C. O centro espiritual deste círculo era o filósofo grego Panécio. De acordo com aquela concepção o *ius civile* deve ser uma aplicação do *ius naturale*, pois, para ser justa, uma lei tem que estar de acordo com os postulados morais do *ius naturale*. Os filósofos estoicos estavam convencidos de que os homens eram essencialmente iguais, e de que as discriminações entre eles, por razões de sexo, classe, raça ou nacionalidade eram injustas e contrárias ao direito natural.¹¹

O matrimônio romano, como a posse, é *res facti*, não *res iuris*. Confirma-se tal aspecto na hipótese de um dos cônjuges ser capturado e se tornar prisioneiro do inimigo (sofrendo a *capitis deminutio maxima*), ocasião em que era aplicado o *postliminium*¹², ou seja, uma ficção jurídica pela qual considerava-se que o cativo permanecera sempre em território romano e, caso este de fato regressasse, recuperava retroativamente todos os direitos que perdera com a captura, exceto as situações de fato, como o matrimônio e a posse. Conforme Juliano D.24,2,6 (*libro LXII, Digestorum*), as mulheres dos que caíram em poder dos inimigos mantêm sua condição de casadas somente por este fato, porque não podem se casar inconscientemente com outro, a não ser que forneçam a causa do repúdio, não podendo

⁸ Sobre as diversas concepções doutrinárias sobre a natureza jurídica do casamento romano, veja-se MOREIRA ALVES, 1993:8 e 13.

⁹ NOGUEIRA, 1971:9.

¹⁰ TALAMANCA, 1990:131.

¹¹ COPPEA, 1950:34.

constituir um novo matrimônio. Mas, se é incerto que está vivo o cônjuge em poder dos inimigos, ou que tenha morrido, neste caso, estabeleceu-se o período de 5 (cinco) anos do início do aprisionamento, para a mulher ter a licença para passar a outras núpcias, mas de maneira que se considere dissolvido de bom grado o matrimônio anterior, devendo observar-se o mesmo direito também em relação ao marido que está em sua pátria e a mulher esteja prisioneira dos inimigos.¹³

A *affectio maritalis* não é unicamente manifestação de consentimento inicial emitida de uma só vez; é, antes, um estado de vontade cotidiano. Daí porque o divórcio pareça tão natural para os romanos: o matrimônio, sustentado unicamente pela *affectio maritalis*, acaba, se a *affectio* cessa. Ressalte-se que o matrimônio romano foi sempre monogâmico.

2.2. Honor Matrimonii

Além do elemento subjetivo (*affectio maritalis*) do matrimônio, existia o elemento objetivo, denominado *honor matrimonii*, que se concretizava em uma série de fatos inequívocos (como a coabitação, constituição de dote, etc.), pelos quais se exteriorizava a intenção contínua de ser marido e mulher. A simples existência desses requisitos gerava o casamento, independentemente da *conventio in manum*, que era o ato solene pelo qual a mulher saía da família paterna e entrava na do marido, submetendo-se ao poder (*manus*) do seu *pater familias*. Analisando os fatos exteriores isoladamente, a coabitação e a manutenção das relações sexuais entre marido e mulher, não consistiam, no Direito Romano, elemento essenci-

al do matrimônio, nem tampouco um direito dos cônjuges com relação um ao outro.

Embora não caracterizasse a essência do vínculo matrimonial¹⁴, a *deductio mulieris in domum mariti* (condução da mulher recém-casada à casa do marido), marcava o início da vida em comum dos cônjuges. Era, assim, indispensável que a mulher se colocasse à disposição do marido e o ingresso na casa dele era disso a melhor prova, mesmo que o marido estivesse ausente ou passassem os esposos, após, a viver em casas separadas.¹⁵

A *deductio in domum mariti*, que também pode ser compreendida como um daqueles sinais que exteriorizavam a vontade de ser marido e mulher, caracteriza-se por uma série de ritos tradicionais, com o objetivo de ser a mulher conduzida de sua casa à casa do marido, por uma comitiva de amigos deste. A cerimônia era realizada à noite, à luz de tochas, entoando-se em coro cantos fesceninos, de conteúdo erótico. Na entrada da casa do marido, simulava-se um rapto, no que alguns autores vêem um resquício remoto da referência à lenda do “Rapto das Sabinas” pelos romanos. O esposo recebe-a, oferece-lhe água e fogo, para significar que a admite na comunidade dos sacrifícios domésticos. A mulher então atravessa a soleira da porta, pronunciando a fórmula: *Ubi tu Gaius ego Gaia* (onde quer que tu sejas Gaio, eu serei Gaia).¹⁶

Outro não é o ensinamento de Pompônio (D.23,2,5) que admitia o casamento da mulher com o ausente, fosse por carta deste ou por mensageiro, mas desde que aquela se conduzisse à casa do marido, aduzindo que, estando ausente a mulher, não poderia

¹³ D.49,15,14,1: “O marido não recupera por direito do *postliminium* à mulher, assim como recupera o filho: mas pelo consenso é reintegrado o matrimônio”. *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium*. Cf. tradução de RODRIGUES, 1998:91.

¹⁴ GIORDANI, 1996:185.

¹⁵ D.23,2,5; D.23,3,68; D.23,3,69,3. Para a celebração das núpcias, os romanos valiam-se do acordo de vontade dos nubentes, sendo que as cerimônias nupciais não tinham valor jurídico essencial para a formação do casamento, e nem de quaisquer outras formas para que uma união legítima se formasse.

¹⁶ CHAMOUN, 1962:157.

¹⁶ SURGIK, 1977:14-15. Há um texto, neste sentido, nas Sentenças de Paulo 2,19,8: “*Vir absens uxorem ducere potest, femina absens nubere non potest*” (“O homem ausente pode contrair matrimônio, a mulher ausente não pode casar”), cf. tradução de GIORDANI, 1996:59.

se casar, nem por carta, nem por nuncio, dada a indispensabilidade de sua condução à casa de seu marido, e não à sua, pois que aquela é domicílio do matrimônio, e não esta.

A vida em comum, a habitação sob o mesmo teto, a guarda da fidelidade conjugal, dentre outras situações, são traços que demonstram a existência entre os romanos do dever de coabitação representado pelo elemento objetivo, constante dos conceitos de matrimônio apontados, a *coniunctio maris et feminae*.

3. Dissolução do matrimônio *cum manu* e *sine manu*

No casamento *cum manu* a mulher se desligava da família paterna e vinha integrar totalmente a família do marido (agnática), na situação jurídica de filha (*loco filiae*), sofrendo uma *capitis deminutio minima*, porque deixava sua família consanguínea. Os bens que trouxesse, se fosse *sui iuris*, se incorporavam ao patrimônio do marido, sobre o qual só este exercia poderes absolutos. E, na hipótese de o marido ser *alieni iuris*, isto é, ter ele próprio um *paterfamilias* ainda vivo, ficava a nora sob o poder absoluto do *paterfamilias* do marido. No período antigo, matrimônio e *manus*, embora sendo institutos diversos, eram estritamente conexos. O matrimônio cria a sociedade conjugal e a *manus* ocasiona a entrada da mulher em um grupo agnático, colocando-a sob a *patria potestas* do chefe desse grupo, independentemente de estar a mulher unida por matrimônio.¹⁷

Para o tipo de casamento *cum manu*, os antigos romanos aplicavam três modalidades de matrimônio, as quais só variavam quanto ao aspecto aparente: a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*,¹⁸ convindo assinalar que a

primeira tem sentido estritamente religioso, sendo uma espécie de sacrifício votado ao deus Júpiter Farreus, em que se empregava um pão de trigo (*far*), em uma cerimônia restrita aos patrícios, perante dez testemunhas, acompanhado de palavras solenes do sacerdote de Júpiter (*flamen Dialis*).¹⁹

A *coemptio* é o casamento privativo dos plebeus. Tem caráter tipicamente jurídico e sua finalidade é garantir também aos plebeus a instituição da paternidade legítima e da agnação. Era a concretização do casamento pela venda fictícia, com a diferença de que, na transação matrimonial, a *mancipatio* (modo derivado solene de transferir a propriedade) tinha a participação da nubente (a própria mulher é que se vende, que se mancipa ao marido), por intervenção de seu *paterfamilias*, se *alieni iuris*, ou de seu tutor, se *sui iuris*, respondendo à pergunta do marido, sendo um negócio jurídico formal *per aes et libram* (pelo bronze e pela balança). A *coemptio* remete aos primitivos costumes em que o marido comprava realmente a mulher, mediante pedaços de metal oferecidos ao pai.²⁰

O *usus* é a aquisição da *manus* aplicando a regra geral de Usucapião das XII Tábuas sobre o *usus auctoritas*: se o marido conviveu com a mulher durante um ano em matrimônio válido, não lhe pode ser eficazmente negado o poder marital, a não ser que a mulher durma fora do teto conjugal três noites seguidas (*usurpatio trinoctii*), antes da expiração de um ano. Conforme a Tábua sexta, n.6,

“A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob o seu poder, salvo se ausentar da casa por três noites”.²¹

¹⁷ VOLTERRA, 1986:646.

¹⁸ GAIO, *Institutas*, I, 110 a 115.

¹⁹ GAIO, *Institutas*, I, 112.

²⁰ SIDOU, 1977:65-67.

²¹ Cf. tradução de MEIRA, 1961b:86.

²² GAIO, *Institutas*, I, 111.

É o casamento formado pela posse contínua e recíproca dos esposos, que desde o início da convivência já se sentiam marido e mulher.²³

O *usus* não era um instrumento criado para tornar um casamento *sine manu* permanente ou semi-permanente num casamento *cum manu*, mas, desde o início, baseava-se na intenção dos esposos de se casarem *cum manu*, de viverem sob esta modalidade matrimonial. Portanto, observamos que o matrimônio romano era um **fato social**, e não uma relação jurídica. Mas, mesmo assim, deste fato social surgiam diversas conseqüências jurídicas. Nascendo como situação de “mero fato”, só depois de continuada e ininterrupta convivência dos cônjuges, por um ano, é que nascia o matrimônio *cum manu*, embora o casamento *sine manu* tenha conservado, sempre, uma estrutura conforme suas origens, sendo reconhecido, desde época antiga, como fonte imediata de produção de efeitos jurídicos, de direitos e deveres.²³ No casamento *cum manu* a dissolução também podia operar-se pela vontade do *paterfamilias*, mesmo que isso contrariasse o desejo dos cônjuges.

No período da Realeza romana (754 a.C a 510 a.C.), poucas são as fontes sobre a dissolução do matrimônio. A principal referência é um trecho de Plutarco, na sua biografia de Rômulo, em que esse historiador cita uma lei criada pelo fundador de Roma que permitia o repúdio da mulher pelo homem (e em nenhuma hipótese, neste período, de repúdio do homem, pela mulher) em cinco casos: **(a)** tentativa de envenenamento do marido pela mulher; **(b)** utilização, pela mulher, de chaves falsas. Alguns estudiosos acreditam que sejam as chaves da *domus* (chaves da casa), outros que eram as chaves da adega onde se guardava o vinho, bebida dedicada aos sacrifícios religiosos; **(c)** parto simulado e aborto; **(d)** adultério da mulher e; **(e)** embriaguez da mulher.²⁴

No casamento precedido pela solenidade (*confarreatio*), a sua dissolução deve obedecer às fórmulas solenes da *diffarreatio*, consagrando o marido uma parte de seus bens a Ceres. Se for obtida a *manus* por meio da *coemptio*, é mister, para ser dissolvido o casamento, uma *remancipatio* acompanhada de uma *manumissio*.

Para o tipo de casamento *sine manu*, a mulher não saía de sua família natural, continuando vinculada a seu *pater* ou ao seu tutor, conforme a hipótese, não ficando, portanto, *loco filiae*, como acontecia no casamento *cum manu*. Se ela fosse *sui iuris* os seus bens ficavam fora do alcance do marido. No casamento *sine manu* a mulher não ficava subordinada ao férreo poder marital, à *manus maritalis*, nem ao *paterfamilias* deste. Possuía, ela própria, os seus bens, independentes do patrimônio do marido, bens esses conhecidos pela denominação de parafernais (do grego: *parapherna*). Quanto à diferença entre o casamento *sine manu* e o concubinato, este último é mera união de fato que carece da *affectio maritalis* e que não era admitido como possível com mulher ingênua e honesta (diversas proibições de casamento em razão de diferença de classes sociais. Sob a influência dos imperadores cristãos, o concubinato se transforma em instituto jurídico, constituindo-se no casamento de pessoas de condições sociais diferentes.²⁵

As causas da dissolução do matrimônio romano foram enumeradas no Dígesto, em texto atribuído a Paulo (D.24,2,1): “dissolve-se o matrimônio pelo divórcio, pela morte, pelo cativo ou por outra eventual servidão de qualquer dos cônjuges” (*Paulus libro XXXV, ad Edictum: Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum*). Observa-se, assim, que as causas de dissolução do matrimônio podem ser **involuntárias** (a morte; a perda do *ius conubii*, quando o cidadão sofresse alguma *capitis deminutio*) ou **voluntárias** (divórcio e repúdio).

²³ ARANGIO-RUIZ, 1947:436.

²⁴ MEIRA, 1961a:8-9.

²⁵ GIORDANI, 1996:52

A palavra “*Divortium*” provém do verbo “*diverto, divertí, diversum, divertere*”, que significa “afastar-se”. Existe uma famosa definição de divórcio, em Digesto, 24,2,2, atribuída a Gaio, retirada de sua obra “*Edictum Provinciale*”, livro 11: “O divórcio, era assim chamado, da divergência de pensamento dos cônjuges, ou porque cada um tomava o seu caminho”.²⁶

Ressalte-se que o divórcio e o repúdio não se confundem, posto que o *Divortium* era a dissolução por mútuo consentimento; o *Repudium*, a dissolução unilateral do casamento. Modestino em D.50,16,101,1, estabelece a diferença entre *divortium* e *repudium*: “Se diz que se faz ‘divórcio’ entre marido e mulher, porém, se considera que, à ‘esposa’, se lhe envia o ‘repúdio’; o qual se aplica não absurdamente também à pessoa da mulher casada” (*Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur, “repudium” vero sponsae remitti videtur; quod et in uxoris personam non absurde cadit*). Portanto, “*repudium*” aplica-se tanto ao casamento quanto aos esponsais (“*Mentio et repromissio nuptiarum futurarum*”), enquanto o “*divortium*” reserva-se ao casamento já contraído (D.50,16,191: “Entre ‘divórcio’ e ‘repúdio’ há esta diferença, que se pode repudiar também um matrimônio futuro; mas não se diz corretamente que uma esposa se divorciou, porque se chamou divórcio por isso, porque os que se separam vão para lados diversos”²⁷; Paulo, XXXV *ad Edictum*: *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 partes eunt, qui discedunt*).²⁸

O direito de divórcio originou-se no caso de repúdio (*repudium*) unilateral do marido, em relação à mulher culpada de adultério ou outros delitos mais graves. Prova-se isto com

fórmulas de divórcio reveladas nos costumes, que parecem figurar até nas XII Tábuas: *baete foras* (vai-te embora); *tuas res tibi habeto* (leva as tuas coisas); privação das chaves. A Tábua 6,10 determina: *Si vir mulieri repudium mittere volet, causam dicito; harumce unam...* “Se alguém quer repudiar a sua mulher, que apresente as razões desse repúdio”.²⁹

4. A alteração dos padrões de comportamento no final da república e sua influência sobre o divórcio

O divórcio da mulher, sem culpa, é conhecido pela primeira vez no século III a.C., em 231 a.C., ocasião em que *Spurius Carvilius Ruga*, repudiou sua mulher por motivo de esterilidade. Diz Aulo Gélío (1,4,3): “No ano 519 de Roma, *Spurius Carvilius Ruga* por conselho de seus amigos foi o primeiro a divorciar-se em Roma, porque sua mulher era estéril e ele havia jurado perante os censores que se casava para ter filhos”. Explica-se a inexistência de muitos divórcios até o III século a.C. pela rigidez da organização da família romana antiga, subordinada ferreamente ao *pater*, e, segundo salientam os historiadores, como Valério Máximo, solidificada em bases sólidas e austeras. Essa solidez e austeridade só se decompuseram em contato com outros povos, com a infiltração de novas idéias, o crescimento da população e a dissolução dos costumes, que se agigantou ao fim da República e início do Principado.³⁰

O relaxamento dos costumes romanos, a partir da Segunda Guerra Púnica, abalou totalmente a estrutura familiar romana. O homem repudiava a mulher por razões totalmente fúteis (que seriam designadas, no período pós-clássico, de *mediocres causa*): porque tinha envelhecido, porque padecia de enfermi-

²⁶ Cf. tradução de MEIRA, 1961a:10-11.

²⁷ Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de GARCIA DEL CORRAL, 1892:924 e 934.

²⁸ CORREA, 1982:31.

²⁹ Cf. tradução de MEIRA, 1961b:152 e 171.

³⁰ MEIRA, 1961a:10

dades, ou, até mesmo, pela perda de sua beleza(!). “Faz os preparativos para despedir-se”, vinha dizer o liberto encarregado de levar o libelo de repúdio. Em outros casos, como o marido ganhava o dote quando o divórcio era causado pela má-conduta de sua mulher, ocorria que as pessoas que queriam fazer fortuna tomavam por esposas mulheres impudicas, sempre que fossem ricas, a fim de repudiá-las, depois, sob pretexto de sua má conduta.³¹

Falando sobre as mulheres, Sêneca expõe a situação de descontrole quanto ao matrimônio romano deste período: “Que mulher se envergonha atualmente de divorciar-se desde que certas senhoras ilustres não contam a sua idade pelo número de cônsules, mas pelo número de seus maridos? Se divorciam para voltar a casar-se, se casam para divorciar-se. Esta infâmia era temida enquanto não se fez tão comum; agora, quando os registros públicos estão cobertos de atos de divórcio, o que se ouvia repetir tão freqüentemente, se faz sem nenhum pudor”.³²

No último século da República, é certo, o número de divórcios ultrapassou o dos tempos antigos, o que, segundo Alexandre Augusto de Castro Correa, “não significa necessariamente decadência moral, pois o desenvolvimento da personalidade individual do homem e da mulher aumenta, inevitavelmente, as dificuldades oferecidas pela vida matrimonial permanente”. Exemplo disto foi o caso de Cícero, que, aos 57 anos de idade, para restaurar suas finanças com o dote da jovem e rica Publília hesitou, depois de trinta anos de vida em comum, em repudiar Terência, mãe de seus filhos, a qual, aliás, parece ter suportado serenamente o infortúnio, pois casou-se ainda duas vezes, primeiro com Salústio e depois com Messala Corvino, morrendo centenária.³³

No final da República, por meio de concessões ou favores feitos aos que tinham muitos filhos, procurou-se sustar a crise do casamento que, avassalando Roma, a despovoava. Júlio César, pela Lei Agrária, de 59 a.C. (*Lex Iulia Campana*) estabeleceu que os territórios de Stella e do *ager campanus* pertencentes ao Estado, fossem distribuídos a vinte mil cidadãos, pais de três filhos, pelo menos (Suetônio, *Iulius Caesar*, XX), e em 45 a.C., pela *Lex Iulia de Provinciis*, deu permissão aos magistrados que tivessem muitos filhos, de escolher a província quando, porventura, fossem nomeados governadores.

A legislação (Leis Caducárias) desenvolvida no período de Augusto (Leis Matrimoniais de Augusto – *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* de 18 a.C. e a *Lex Papia Poppaea*, de 9 d.C.) procurou limitar as causas da dissolução do matrimônio, bem como penalizar o homem solteiro, o *coelebs*, isto é, o celibatário, e o *orbis*, isto é, o divorciado e o viúvo sem filhos. Uns e outros perderam o direito de suceder por testamento: a parte que, porventura, lhes caberia, ficava caduca e podia ser reivindicada pelos casados que tivessem filhos. Porque o casamento continua a ser, ao juízo de todos, uma união temporária que o capricho ata e desata, o grande Príncipe, reprimindo o adultério e a impudência (*stuprum*), considerou, pela *Lex de Adulteris et Pudicitia*, o adultério um crime público e sujeito a penalidades rigorosíssimas. Portanto, nos primeiros tempos, os severos costumes e a rígida moral dos romanos foram os freios mais veementes ao divórcio, sendo certo que este começou a existir com a decadência desse comportamento, notando-se, em fins da República e nos primórdios do Principado, algumas providências indiretas, tendentes a diminuir o número dos divórcios, e.g., a punição do adultério e a retenção do dote.³⁴

³¹ TROPLONG, 1947:126.

³² SÊNeca, *De beneficiis*, livro III, cap.16, *apud* TROPLONG, 1947:128.

³³ CORREA, 1982:34 e 37.

³⁴ MEIRA, 1961a:16-17.

5. As influências do Cristianismo no divórcio romano

O advento do Cristianismo imprimiu uma mudança radical no modo de análise do divórcio. O consentimento constituía, de fato, a base do casamento cristão, e era assim também no casamento romano. Mas para o cristão, o poder da vontade se esgotava na criação do vínculo, excluindo a idéia pagã romana, segundo a qual o que fora criado mediante acordo pudesse dissolver-se por força de acordo contrário ou distrato. Tal era a doutrina cristã e, na época de Justiniano, o Império era oficialmente cristão, mas abrangia, dentro de suas fronteiras, uma população muito heterogênea, boa parte da qual não obedecia ao novo ensinamento. Por isso, eram comuns as penalidades eclesásticas contra divorciados que contraíam novo casamento. Mesmo os mais enérgicos imperadores cristãos não ousaram erradicar completamente a velha lei, procurando antes restringir sua aplicação. Impuseram penalidades cada vez mais severas contra o divórcio, salvo as causas admitidas pelo legislador.³⁵

A doutrina cristã vê no matrimônio uma instituição de vida religiosa, um vínculo sagrado de força indestrutível³⁶; isto são os preliminares do reconhecimento, no século X, do matrimônio como "sacramento". Sob esta influência, a concepção pós-clássica do matrimônio mudou, ao considerá-lo em vários aspectos (sobretudo quanto à dissolução) como uma relação jurídica; mas mantém-se o caráter fundamental do matrimônio, "como efetiva comunidade de vida", firmada no consentimento contínuo dos cônjuges.

Na época pós-clássica, por influência do dogma cristão da indissolubilidade do matrimônio, modifica-se completamente a figura do divórcio romano; mas as leis imperiais não vão tão longe como os Padres da Igreja, que declaram o matrimônio totalmente

indissolúvel. A legislação a partir de Constantino permite o divórcio apenas por causas determinadas (em geral por faltas graves da outra parte) e comina penas para o divórcio sem motivos, principalmente sobre o dote e doações matrimoniais; além disso, dificulta-se o novo matrimônio. Porém, a indissolubilidade do vínculo matrimonial foi uma conquista muito posterior à queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C. e a morte de Justiniano, no Império do Oriente, em 565 d.C. Apenas na Idade Média, pela influência do Direito Canônico é que a indissolubilidade se impõe. Nem mesmo os imperadores cristãos conseguiram abolir o divórcio, tendo apenas procurado regulamentá-lo, estabelecendo penalidades severíssimas para os divórcios por mútuo consentimento, proibidos por Justiniano, e para os repúdios sem causa.

5.1. Categorias do divórcio e do repúdio no direito Justinianeu

Justiniano, pela Novela 22,4, classificou os divórcios e repúdios em quatro categorias: 1. O divórcio por mútuo consentimento; 2. O *divortium bona gratia*; 3. O *repudium ex iusta causa*; 4. O *repudium sine iusta causa*.

O divórcio por mútuo consentimento, vigente durante séculos no Império Romano e admitido inicialmente por Justiniano (D.24,2,1 e 2; Novela 22,4), foi depois abolido pela Novela 117, de 542. O *divortium bona gratia* era uma espécie de repúdio justificado, como nos casos de impotência do marido ou esterilidade da mulher. Podendo ser unilateral ou bilateral, existia diante de situações que impossibilitavam a continuidade dos fins matrimoniais.³⁷ Neste divórcio, os motivos não são imputáveis a nenhum dos cônjuges: esterilidade durante três anos consecutivos; deficiência física de qualquer deles; ausência do marido por

³⁵ CORREA, 1982:36.

³⁶ Evangelho de Jesus Cristo segundo São Mateus 19, 1-9. E, neste sentido, a Primeira Epístola de São Paulo aos Coríntios, 7, 10-11.

³⁷ Novela 22,4 a 7.

cinco anos, como prisioneiro ou desaparecido em guerra³⁸; doença mental ou voto de castidade de algum dos cônjuges. O *repudium ex iusta causa* operava-se quando algum dos cônjuges era culpado, como nos casos em que a mulher freqüentava os espetáculos do circo, banquetes públicos ou banhos em companhia de estranhos. O *repudium sine iusta causa* era admitido, mas trazia como consequência a aplicação de punições severas ao repudiante.

A Novela 117, nos capítulos 8, 9 e 10, estabelecia as justas causas que permitiam ao marido repudiar a mulher, as justas causas pelas quais a mulher podia repudiar o marido e a proibição de dissolução do casamento por mútuo consentimento.

Podia o marido repudiar a mulher nas seguintes hipóteses: **(a)** Se a mulher, tomando conhecimento de que se trama contra o Império, não denuncia o marido; **(b)** Se a mulher pratica o adultério; **(c)** Se a mulher, por qualquer forma, atentou contra a vida do marido ou consentiu que outras pessoas atentassem contra a vida do marido, sem denunciar; **(d)** Se a mulher faz refeições ou vai a banhos com estranhos, contra a vontade do marido; **(e)** Se igualmente, contra a vontade do marido, ela permanece fora do lar; salvo se for em casa dos próprios pais; **(f)** Se, ignorando o marido ou contra proibição sua, a mulher comparece a circos, teatros e anfiteatros.

Podia a mulher repudiar o marido: **(a)** Se o marido concebeu alguma rebelião contra o Império ou, sabendo de que a tramam, não denunciou ao governo diretamente ou por interposta pessoa; **(b)** Se o marido, por qualquer forma, atentou contra a vida da mulher ou, sabendo que outros desejam atentar, não a previne e não toma providências para vingá-la de acordo com as leis; **(c)** Se o marido atentou contra a castidade da mulher, procurando entrega-la a outros homens a fim de cometer adultério; **(d)** Se o marido acusou a mulher de adultério e não conseguiu comprová-lo, será permitido à mulher

enviar ao marido o libelo de repúdio, receber o próprio dote e a doação *propter nuptias*; e ainda para punir o marido por uma tal calúnia, se não há filhos do casamento, a mulher perceberá a título de propriedade sobre os bens do marido, um valor igual à um terço (1/3) da doação *propter nuptias*. Havendo filhos, determinava-se que o patrimônio do marido lhes fosse reservado e; **(e)** Se alguém, desprezando, o que deve à esposa, mantém em seu próprio lar uma outra mulher; ou se, morando na mesma cidade, fica provado que freqüenta a casa de outra mulher e que, embora advertido uma ou duas vezes por seus parentes ou pelos da mulher, ou por outras pessoas dignas de fé, não se abstém dessa prática, era permitido à mulher, por tal motivo, dissolver o casamento e perceber o dote constituído e a doação *ante nuptias*; e para puni-lo por tal injúria, exigir sobre os demais bens do marido a terça parte (1/3) do valor da doação *ante nuptias*. Posteriormente, o Imperador Justino II, sucessor de Justiniano, restabeleceu, no ano de 566, o divórcio por mútuo consentimento, conforme apontou este Imperador na Novela 140.

O Direito pode, certamente, conservar os casamentos, no sentido estritamente jurídico da palavra, mas a Ética e a comunidade política não têm o menor interesse em manter uniões, as quais não passem de meras fachadas legais. O Cristianismo, sendo uma doutrina amplamente difundida no Período Pós-clássico do Direito Romano, não foi, em um primeiro momento, tão decisivo para influenciar os matrimônios quanto à questão de sua dissolução, efeito que se tornaria mais forte, prevalecendo a indissolubilidade, apenas em um período posterior da Idade Média.

6. Conclusão

O casamento era reconhecido pelo direito romano não como uma relação jurídica, mas como um fato social, produtor de efeitos no campo do direito, bastante similar à *possessio* (posse), pelos seus elemen-

³⁸ Novela 22,7.

tos constitutivos (*affectio maritalis* e o *honor matrimonii*).

Mais do que um ato ou negócio jurídico, o casamento romano é um *status* social que resulta da convivência de duas pessoas de sexo diverso com a vontade de serem marido e mulher, de constituírem a sociedade conjugal. Juridicamente, o casamento romano era um estado de fato que não surgia, como o atual, da troca inicial de consentimentos, mas da permanência da união com as características matrimoniais. Essas características eram a convivência e a intenção de ser marido e mulher.

Nos tempos mais antigos, a “*conventio in manum*” fazia a mulher ingressar na comunidade doméstica do marido. O instituto era regulado pelo regime da “*manus*”, que se adquiria por três modos, em razão do matrimônio:

confarreatio, *coemptio* e *usus*. A “*manus*” podia dissolver-se por um ato contrário (*difarreatio*, *remancipatio*), atendo-se, principalmente, à forma pela qual fora estabelecida.

Com a consolidação do casamento “*sine manu*” no período clássico, e com o direito no período pós-clássico sendo fortemente influenciado pelo Cristianismo, modificaram-se substancialmente as relações familiares. Porém, concluímos que os romanos adotaram a liberdade dos cônjuges em se divorciarem até a época pós-clássica. Apesar do advento do Cristianismo e do dogma da indissolubilidade, a legislação romana adotou, com algumas breves oscilações, uma postura de permitir o divórcio apenas por causas determinadas (em geral por faltas graves da outra parte) e cominando em penas para o divórcio sem motivos.

Bibliografia

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Napoli: Eugenio Jovene, 1947.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Casamento de Fato e Concubinato Atual: Influência do Casamento Romano*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89, v. 773, Março de 2000.
- _____. *Dever de Coabitação – Inadimplemento*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano, diritto di famiglia*. Milano: Giuffrè, v.1, 1963.
- CHAMOUN, Ebert Vianna. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- CORREA, Alexandre Augusto de Castro. O Divórcio em Roma na Antigüidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.77, 1982.
- _____. *O Estoicismo no Direito Romano*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1950.
- CRETELLA JÚNIOR, José e CRETELLA, Agnes. *Institutas do Imperador Justiniano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GARCIA DEL CORRAL, D. Ildefonso L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*. Barcelona: Jaime Molinas, Tomo III, 1892.
- GIORDANI, Mário Curtis. *O Código Civil à Luz do Direito Romano – Parte Especial, Livro I, Do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

MEIRA, Sílvio A. B. A legislação romana do divórcio. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 50, v. 309, julho-1961a.

_____. *A lei das XII Tábuas: Fonte do Direito Público e Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1961b.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A natureza jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.17, n.63, Janeiro/Março, 1993.

_____. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, v.2, 1997.

NOGUEIRA, Adalício Coelho. *Introdução ao Direito Romano*. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, v.2, 1971.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Aspectos de Interesse Atual do Matrimônio Romano. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.93, 1998.

SCIASCIA, Gaetano. *Regras de Ulpiano: Ulpiani liber singularis regularum*. Bauru: EDIPRO, 2002.

SIDOU, José Maria Othon. *Matrimonium – I*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v.52, 1977.

SURGIK, Aloísio. *Deductio mulieris*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v.23, 1977.

TALAMANCA, Mário. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990.

TROPLONG, M. *La influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*. Buenos Aires: Dedebeq, Ediciones Desclée, de Brouwer, 1947.

VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid: Civitas, 1986.