

A *MANUS* E O *CONSENSUS*
NO CASAMENTO ROMANO

ALOÍSIO SURGIK
UNIVERSIDAD DE VFPR

1. INTRODUÇÃO

O advento do Terceiro Milênio marca uma época em que a historiografia passa em grande parte por uma profunda reconstituição, especialmente naqueles aspectos em que os valores humanos vêm se tornando o centro das atenções.

No momento em que a realidade feminina, em seu aspecto social e jurídico, se defronta com uma *perspectiva* que parece romper com todas as tradições do passado, a instituição do casamento volta a ser estudada, particularmente do ponto de vista das fontes romanas, com um interesse muito especial.

Descobre-se cada vez mais que, em muitos aspectos, o passado segue sendo o presente, porém, em outros, chega-se a constatar que o passado levava grande vantagem sobre o presente, inclusive no que diz respeito ao reconhecimento de valores fundamentais do ser humano.

As limitações deste trabalho não permitem esgotar o tema referente ao casamento romano, muito menos abordá-lo sob todos os ângulos de interesse social e jurídico.

Delimita-se aqui a dois institutos que desempenharam papel relevante seja em relação à própria estrutura social em que eles operaram, seja na relação dos sujeitos interessados. Trata-se do *consensus* e da *manus*. Aquele entendido como manifestação da vontade entre os nubentes; este como autoridade eventualmente exercida sobre a mulher.

É claro que o tema sugere também algumas reflexões críticas, considerando-se a atualidade, sobretudo se levarmos em conta que, em sentido inverso, o divórcio é uma instituição muito mais antiga do que se possa imaginar, tendo sido praticado sem interrupção por diversos povos da Antigüidade, sob diversas modalidades, inclusive pelos romanos em todas as épocas de sua História.

Ademais, além do grande interesse que desperta hoje, o tema tem passado ultimamente por uma profunda revisão do ponto de vista das fontes romanas, o que lhe garante um lugar de grande destaque como elemento de avaliação crítica sobre a atual situação do matrimônio.

2. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Da jurisprudência romana clássica, que parece nunca ter tido a preocupação de elaborar uma disciplina orgânica sobre o casamento, os dois títulos referentes ao casamento –*De nuptiis*, de Nerácio Prisco,¹ e *Liber singularis de ritu nuptiarum*, de Modestino² – quase nada nos informam, porque estes livros se perderam.

Como não podia deixar de ser, considerando-se que a jurisprudência clássica romana era eminentemente casuística, limitou-se à solução de questões práticas sobre o casamento, sem qualquer construção teórica, muito menos dogmática, pois seu esforço pela simplicidade impedia a exposição segundo princípios abstratos.³

O próprio conceito romano de casamento é muito discutível. Há no *Corpus Iuris Ciuilis* duas definições muito conhecidas. Uma é atribuída ao jurisconsulto Modestino; a outra é provavelmente de Ulpiano.

Na expressão de Modestino, cujo conceito, conforme já ponderamos em outra oportunidade,⁴ não é propriamente de cunho jurídico, porém, de caráter social e religioso, “as núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e do humano”.⁵ Tal definição – se é que se pode dizer definição – não é tida como genuína e, ao que tudo indica, encontra-se elaborada sob molde grego.⁶

Segundo a noção encontrada nas *Institutiones* de Justiniano, mas atribuída a Ulpiano, “núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, compreendendo comunhão indivisível de vida”.⁷

Além de muitos estudiosos concordarem que ambas estas concepções focalizam apenas a essência do casamento sob o aspecto social, não lhe determinando a natureza jurídica, opinam vários autores que se trata de textos interpolados.⁸

Não é de admirar, pois, a existência de multissecular controvérsia sobre a natureza jurídica do casamento romano, conforme observação de Moreira Alves:

Ela se inicia com os glosadores, que, abstendo-se de definir o casamento, o caracterizaram, a princípio, como contrato sem fundo patrimonial (contractus personarum), em contraposição aos contractus rerum (contratos obrigatórios de fundo patrimonial). No entanto, segundo parece, os últimos glosadores, sob a influência dos canonistas, passaram a considerá-lo um actus legitimus (ato jurídico).

¹ Cf. Aulo Gélío, *Noctes Atticae*, 4, 4, 4.

² Cf. D. 23, 2, 42 e 50; e D. 50, 17, 197.

³ SURGIK, A. *Gens Gothorum – as raízes bárbaras do legalismo dogmático*. Curitiba, 2002, p. 20.

⁴ *Idem*, p. 14.

⁵ D. 23, 2, 1: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis uitae, diuini et humani iuris communicatio*.

⁶ PLATÃO, *Leges*, 6, 15, 23; ARISTÓTELES, *Eth. Nicom.*, 8, 8, 12, 116a, 16. Cf. SCHULTZ, Fritz. *I principii di diritto romano*, Edizioone Leonardo, 1949, p. 40.

⁷ *Inst.*, 1, 9, 1: *Nuptiae autem siue matrimonium est uiri et mulieris coniunctio, indiuiduam consuetudinem uitae continens*.

⁸ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Vol. II, 6ª edição, Rio de Janeiro, 2002, p. 282.

Os pós-glosadores retornaram à tese de que o casamento romano era um contractus personarum".⁹

Explicando que, mais tarde, os representantes franceses da Escola Culta – dentre outros, Cujácio, Duareno e Hotomano – o classificaram como *species societatis* (espécie de sociedade), doutrina ardorosamente defendida por Donelo, e que os juristas do século XVII e XVIII, em sua quase totalidade, consideraram o casamento romano um contrato, Moreira Alves também examina atentamente a doutrina do século XIX e fixa-se especialmente na afirmação de que o casamento romano se aperfeiçoava com o simples consentimento: *consensus facit nuptias*. Informa, entretanto, o empenho de aprofundar o tema em trabalho que há tempo vem elaborando.¹⁰

Ainda durante o século XIX, houve ardorosos defensores da tese de que o casamento romano teria sido um contrato real.¹¹

Diante deste panorama doutrinário, em 1889, Manenti publicou um livro, no qual, "sem saber que se tornaria célebre por isso" – no dizer de Moreira Alves¹² - observou que, para a constituição do casamento romano, havia a necessidade do estabelecimento de fato, entre os nubentes, da comunhão de vida, bem como da existência do consentimento deles, sendo necessário, entretanto, ressaltar que este consentimento consistia, não no acordo inicial de vontade, mas num consentimento contínuo, a que as fontes - precisamente por causa dessa continuidade - dão a denominação de *affectio maritalis*.¹³

A partir daí, a evolução das investigações passou a orientar-se predominantemente nesta direção.

Não obstante isso, em pleno século XX, despertou certa atenção a tese de Rasi, que combateu veementemente esta teoria no livro *Consensus facit nuptias*, publicado em Milão, em 1946, por entender que, também no direito romano, o casamento era um *vinculum iuris* (vínculo de direito) surgido da vontade inicial manifestada por uma *stipulatio* (contrato verbal), sendo a construção doutrinária da *affectio maritalis*, no seu entender, uma bela mas absurda utopia do mundo romanístico.

Todavia, doze anos depois, em outra obra,¹⁴ acabou por reconhecer que havia errado quando afirmou que, no direito romano, o casamento nascia de um contrato (*stipulatio*). Reafirmou, todavia, sua posição contrária à doutrina dominante, ao acentuar que o matrimônio romano não é, pelo menos a partir do período pós-clássico, uma relação de fato, mas, sim, um *vinculum iuris*,

⁹ *Idem*, p. 283.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 288.

¹¹ *Idem*, p. 285. Cf. ORTOLAN. *Législation Romanaine, Explication Historique des Institutes de l'Empereur Justinien*, vol. II, 12^a ed., p. 80, 684 e 687.

¹² *Op. cit.*, p. 285.

¹³ MANENTI, C. *Della inoponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*. Siena, 1889, p. 42 e ss.

¹⁴ RASI, Piero. *La conclusione del matrimonio nella dottrina prima del concilio di Trento*. Napoli, Jovene, 1958, p. 7 e ss.

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

que só se dissolve com a morte, ou com manifestação de vontade contrária à inicial, originado, se não de verdadeiro contrato, pelo menos do consentimento dos nubentes.

3. O CASAMENTO E A *MANUS*

Avaliando a opinião do saudoso romanista venezuelano Gelasio Cermeño Tapia, que ofereceu importante contribuição sobre o tema,¹⁵ há de se considerar que, para o estudo das relações existentes entre o matrimônio e a *manus* (*conuentio in manum*), é necessário ter presente: 1. As características gerais do núcleo familiar, já que as instituições respondem ou se explicam em harmonia com certos princípios próprios do contexto social em que operam. 2. As instituições sociais por sua própria natureza estão sempre submetidas a mudanças e processos evolutivos. 3. As conclusões a que podemos chegar têm caráter relativo em razão da escassez das fontes de que dispomos e do fato de que as principais fontes que hoje conhecemos foram descobertas muito recentemente.

Não há dúvida de que a *manus* era um instituto que servia para completar o estado matrimonial do ponto de vista de sua unidade de funcionamento. De fato, ela influía notavelmente sobre a situação jurídica tanto do marido como da mulher, a qual se submetia, quando era o caso, a um poder só explicável em função do matrimônio. Isso quer dizer que o marido, além de sua condição de marido, adquiria sobre a mulher, em virtude da *conuentio in manum*, outros direitos necessários para uma administração mais racional da sociedade doméstica.¹⁶

Durante muito tempo, a tradição doutrinária sustentou que em Roma havia dois tipos de casamento: o casamento *cum manu* (que seria o mais antigo) e o casamento *sine manu*, também conhecido como “livre”.

O casamento *cum manu* seria aquele em que a mulher entrava a formar parte da família do marido, ficando submetida a um poder familiar distinto daquele a que antes, originariamente, estava submetida. Neste caso, a essência de tal submissão jurídica da mulher estaria fundada no casamento. Este consistiria em um ato formal, pois dependeria de certas formalidades preestabelecidas para tal fim. Portanto, as formas da *conuentio in manum* poderiam considerar-se como elementos essenciais constitutivos do casamento.

O segundo tipo de casamento, ou seja, o casamento *sine manu*, consistiria, ao contrário, em uma pura e simples relação de fato entre o marido e sua mulher, a qual não alteraria o *status* familiar desta, porquanto a mesma permaneceria no seio de sua própria família.¹⁷

¹⁵ CERMEÑO TAPIA, Gelasio. *Manus y matrimonio*. Mérida, Venezuela, 1988, p. 10.

¹⁶ Cf. VOLTERRA, E. “Nuove ricerche sulla ‘conuentio in manum’”. In: *Atti Acc. Naz. dei Lincei*, 363, 1966 VIII sr., p. 251-355, citado por CERMEÑO TAPIA, G. *Op. cit.*, p. 11.

¹⁷ CERMEÑO TAPIA, Gelasio, *op. cit.*, p. 13, observa que a bibliografia em apoio desta tese é longa. Além dos autores indicados por VOLTERRA, E., *Lezioni di diritto romano, II Matrimonio romano*, p. 115-116, expressam-se neste sentido: RENAZZI, F. *Ricerche sulle varie maniere di contrarre nozze*. Siena, 1800; RICCOBONO, S. *Istituzioni di diritto romano*. Palermo, 1911, p. 271;

Porém, uma nova teoria passou a desenvolver-se, principalmente através de investigações realizadas por Di Marzo, Bonfante e Volterra.

Nestas circunstâncias, alguns estudiosos começaram a insistir em uma análise distinta do problema, no sentido de que o direito romano não teria conhecido dois tipos de casamento, mas um só, baseado exclusivamente no consentimento dos cônjuges, sem qualquer formalidade constitutiva.

Assim sendo, a *conuentio in manum* seria substancialmente outra coisa: um negócio jurídico que, no caso de acompanhar o casamento, serviria desde a época mais antiga, só para subordinar a mulher ao poder familiar do marido. Conseqüentemente, não se poderia continuar falando em casamento *cum manu* e casamento *sine manu*, confundindo duas instituições de conteúdo distinto.

Neste caso, seria mais correto considerar o casamento e a *manus* como dois institutos completamente distintos. A diferença estaria no fim e na causa deles: para o casamento, o fim seria a união *liberorum quaerendorum causa* (a finalidade de ter filhos)¹⁸; para a *conuentio in manum*, a incorporação da mulher em um grupo familiar a cujo chefe ficaria submetida, por algum motivo independente do casamento.¹⁹

A causa do casamento era o *consensus*, conforme veremos mais adiante.

SCIALOJA, V. Istituzioni di diritto romano. Roma, 1934; CENERI, G. Lezioni sui temi del ius familiae. Bologna, 1881; GIRARD, I. FADDA, C. Diritto delle persone e della famiglia. Napoli, 1910; LAURIA, M. La dote romana, estr. Sc. mor. Pol. Napoli, 1938; SANTA CRUZ TEIJEIRO, J. "La norma jurídica y su aplicación". In: AHDE 16 (1945) p. 733-746; RASI, P. Consensus facit nuptias, Milano 1946, p. 1-11; SCHULZ, F. Classical roman law. Oxford, 1951, p. 103; ARANGIO RUIZ, V. Istituzioni di diritto romano. Napoli, 1960, p. 434.

¹⁸ Cf. GÉLIO. Noct. Att. 4, 3, 2; C. 5, 4, 9; C. 6, 40, 2; D. 50, 16, 220, 3; Nov. 22, 43; SUET. Vitae XII Caes. 52; QUINT. Declam. 247.

¹⁹ Esta tese – do casamento e da *manus* como dois institutos totalmente distintos – conquistou a adesão de muitos romanistas, sendo VOLTERRA quem, desde 1931, realizou uma análise profunda sobre o tema, sustentando a existência de um único tipo de casamento entre os romanos de todas as épocas, distinto substancialmente da *conuentio in manum*. Cf. VOLTERRA, E. Corso di diritto romano. Il diritto di famiglia. Pisa, 1931-32; Diritto romano e diritti orientali. Bologna, 1937, p. 112, n. 1; La conception du mariage d'après les juristes romains. Padova, 1940. "Ancora sulla *manus* e sul matrimonio". In: Studi Solazzi, 675-688; Il diritto di famiglia. Bologna, 1946, p. 18-31; "Nuove osservazioni sulla *conuentio in manum*". In: Atti Congr. int. dir. rom. e stor. dir. Verona III, Milano, 1951, p. 27-45; Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano. Roma, 1960-61, p. 89-119; "Conuentio in manum". In: Nov. DI; "La *conuentio in manum* e il matrimonio romano". In: RISG, III sr. 12 (1968), p.202-226; Istituzioni di diritto romano. Roma, 1972, p. 646-647; Enciclopedia del diritto, v. "Matrimonio". Outros autores: MAYNZ, Ch. Cours de droit romain. Bruxelles, 1887, p. 5; DI MARZO, S. Lezioni sul matrimonio romano. Palermo, 1919, p. 62; ORESTANO, R. "La struttura giuridica del matrimonio dal diritto classico al diritto giustiniano". BIRD, 47 (1940), 48 (1941), 55-56 (1951); AMBROSINO, R., en rec. de Volterra. "La conception du mariage romain". In: Nouvelles études sur le très ancien droit romain. Paris, 1947, p. 63 e ss.; DANIELLI, R. Manus e conuentio in manum. Milano, 1951, p. 167 e 177; GAUDEMET, J. "Observations sur la *manus*". In: RIDA, 2 (1953), p. 323 e ss.; SCHWIND, F. "Probleme des romischen Eheverhältnisse" (Scritti Beatificazione Ferrini), vol. IV, p. 131 e ss.; ROBLEDA, O. El matrimonio en derecho romano. Roma, 1970, p. 27; "Sobre el matrimonio en derecho romano". In: SDHI, 37 (1971) p. 338-340; Cf. CERMEÑO TAPIA, G. *Op. cit.*, p. 15.

4. FONTES DE CONHECIMENTO

Material básico para o esclarecimento do conteúdo próprio tanto do casamento como da *conuentio in manum* encontra-se no texto das Institutiones de Gaio e nos Fragmenta Vaticana, mais naqueles do que nestes.

Ora, levando-se em conta que estes documentos, descobertos nos anos 1816 e 1821, foram publicados pela primeira vez em 1820 e 1823, respectivamente, podemos considerá-los como uma espécie de divisor de águas. Isso porque só com o descobrimento destes documentos, principalmente das Institutiones de Gaio, é que se tornou possível o esclarecimento de alguns aspectos acerca do tema, sobre os quais não havia fontes suficientes anteriormente.

Portanto, tem razão Cermeño Tapia, ao afirmar:

Es evidente, pues, que la doctrina al considerar el tema objeto de esta investigación, se puede dividir en dos períodos: antes del descubrimiento de las Institutiones de Gayo y después de tal descubrimiento, entendiéndose esto en el sentido que el referido descubrimiento histórico no da al traste absolutamente con la tesis tradicional de los dos tipos de matrimonio, sino que estimula la realización de estudios específicos sobre bases más firmes.²⁰

No tocante aos Fragmenta Vaticana,²¹ é suficiente anotar que, quando se referem ao matrimônio, não fazem qualquer menção à *conuentio in manum*. E quando se referem ao divórcio, mencionam tão somente o repúdio.²²

Entretanto, muito mais elucidativo neste sentido é o texto das Institutiones de Gaio. É que aí, por um lado, aparece clara a separação dos dois institutos; por outro, manifesta-se de forma expressa sua diferença.

Ao referir-se aos filhos nascidos de justas núpcias,²³ Gaio utiliza várias vezes as expressões: *iustis nuptiis contraxerit, nupserit, uxores duxerint, matrimonio, nupta esse, nuptias contraxerit, nupserit*, sem qualquer alusão à *conuenmtio in manum*, que nem sequer é mencionada.

Mais adiante, passa a considerar a *conuentio in manum*, como um direito próprio dos cidadãos romanos, relativo só às mulheres, podendo formalizar-se de três modos: *usu, farreo, coemptione*. Ademais, deixa bem claro que podiam realizar-se não só com o próprio marido, mas até mesmo com um estranho.²⁴

²⁰ CERMEÑO TAPIA, Gelasio. *Op. cit.*, p. 17.

²¹ Frag. Vat., 94-122.

²² Frag. Vat., 107, 121.

²³ G. 1, 55-95.

²⁴ G. 1, 114: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae, quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud cum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum uiro suo aut cum extraneo, ueluti tutelae euitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.* (Porém, pode a mulher celebrar a *coemptio* não só com seu marido, mas também com um estranho; daí se diz que algumas vezes se faz “por causa de matrimônio” (*causa matrimonii*) e outras por “causa de

Por estes textos, pode-se deduzir claramente que Gaio não relaciona a *conuentio in manum* com o casamento, nem em forma direta nem indireta. Atribui-lhe, sim, uma finalidade distinta da que tem o casamento, como é a mudança da mulher de uma família para outra e sua sujeição ao chefe desta última.²⁵

Em outra passagem, aliás, Gaio estabelece claramente a distinção entre as diversas modalidades de sujeição a que uma pessoa pode submeter-se a outra.²⁶

Assim, no curso das últimas décadas, sobretudo a partir de Di Marzo e Bonfante,²⁷ com base em tais informações e esclarecimentos, tem prevalecido a tese de um casamento único.

Segundo Di Marzo, o casamento romano é "... um raporto determinato da continuo consenso...",²⁸ cuja conclusão não necessita de uma forma jurídica particular e que existe sem necessidade de nenhuma solenidade.²⁹

Em seu entendimento, casamento e *conuentio in manum* constituem dois institutos independentes, sendo a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*, modos de *conuentio in manum*.

Os romanos não conheceram duas formas de casamento (*cum manu e sine manu*), mas um só e mesmo casamento, variando tão somente a posição da mulher conforme fosse ou não *uxor in manum conuentione mater*.³⁰

Na esteira desta orientação, Bonfante fixou certos pontos que resultaram em grande contribuição para o desenvolvimento de estudos posteriores, concluindo:

1. Que é falsa a distinção moderna entre o casamento *cum manu* e *sine manu*, pelo fato de que os romanos não falam da *manus* quando tratam do casamento.³¹

2. Que a *coemptio*, a *confarreatio* e o *usus* eram "le forme ed i modi della *conuentio in manum*: le due solennità, la religiosa e la civile, vengono adibite a celebrare il matrimonio, allorchè si vuole che ad esse si accompagni l'ingresso della donna nella famiglia política del marito".³²

confiança" (*causa fiduciae*). Quando a mulher realiza a *coemptio* com seu marido para ocupar o lugar de filha sua, diz-se que a realizou por "causa de matrimônio". Porém, quando a realizou ou com seu marido, ou com um estranho, por exemplo, para evitar uma tutela, então se diz que a realizou por "causa de *fiducia*").

²⁵ Cf. CERMEÑO TAPIA, Gelasio. *Op. cit.*, p. 16-17.

²⁶ G. 1, 49: *Rursus earum personarum, quae alieno iuri subie ctuae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.* (Ademais, entre as pessoas *alieni iuris*, umas estão submetidas à *potestas*, outras à *manus* e outras enfim, ao *mancipium*).

²⁷ DI MARZO, S. *Op. cit.*; BONFANTE, P. Corso di diritto romano, vol. I, Diritto di famiglia. Roma, 1925.

²⁸ DI MARZO, S. *Op. cit.*, p. 5.

²⁹ *Idem*, p. 57.

³⁰ *Idem*, p. 62. Cf. CERMEÑO TAPIA, G. *Op. cit.*, p. 19.

³¹ BONFANTE, P. *Op. cit.*, p. 192.

³² *Idem*, p. 192.

3. Que “il diritto romano non ha forme sue proprie per la celebrazione del matrimonio...”.³³

Conseqüentemente, conclui Cermeño Tapia,³⁴ Bonfante, com sua tese de caráter político da família romana, encontra a explicação destes pressupostos dentro do quadro social particular dos romanos, cujos elementos integrantes se unem unicamente sob a autoridade do *paterfamilias*.

Finalmente, cabe ressaltar a grande figura de Volterra.

Sua tese baseia-se fundamentalmente nos seguintes pontos:

1. Os romanos não distinguiram o casamento *cum manu* do casamento *sine manu*; esta distinção é devida aos romanistas mais recentes. Para os romanos, existiu um só tipo de casamento, o qual se funda “sulla volontà dell'uomo e della donna di essere uniti in un rapporto coniugale”. É errônea a doutrina que distingue casamento *cum manu* e casamento *sine manu*, já que confunde dois institutos jurídicos diferentes: o casamento e a *conuentio in manum*.

2. A *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus* são exclusivamente formas de *conuentio in manum*; não são formas de casamento.

3. No caso em que o casamento vai acompanhado da *conuentio in manum*, nem por isso muda sua estrutura jurídica; o casamento será sempre distinto da *conuentio in manum*.

4. A distinção entre o casamento e a *conuentio in manum* existiu desde a origem, até o momento da decadência e desaparecimento da *conuentio*, não obstante a normal contemporaneidade que provavelmente existia entre eles nos primeiros séculos de Roma.³⁵

Esta tese conta com notáveis seguidores, entre outros: Orestano, Ambrosino, Danieli, Gaudemet, Schaub e Robleda.³⁶

É claro que a tese tradicional, favorável à existência de duas formas de casamento no direito romano, não foi totalmente abandonada, contando ainda com romanistas de grande respeitabilidade, já mencionados anteriormente.

Até que ponto é possível pensar numa conciliação doutrinária?

Neste aspecto, parece sensata a posição de Cermeño Tapia, ao afirmar que, verificando-se o seu desenvolvimento desde o século XIX até a atualidade, pode-se observar a coerência desta tese nos seguintes pontos:

1. Na época mais antiga do direito romano, casamento e *conuentio in manum* constituíam uma unidade inseparável, quer dizer, as duas instituições coexistiam estreitamente vinculadas. Existia então só o casamento *cum manu*.

2. Posteriormente, aparece o casamento *sine manu* como expressão de progresso social no sentido favorável à mulher.

3. A tese que distingue o casamento e a *conuentio in manum* pode considerar-se válida para o período da Lei das XII Tábuas em diante.

³³ *Idem*, p. 188.

³⁴ *Op. cit.*, p. 20.

³⁵ BONFANTE, P. *Op. cit.*, p. 646.

³⁶ Cf. CERMEÑO TAPIA, G. *Op. cit.*, p. 21.

Refletindo-se sobre o conteúdo das duas teses anteriormente expostas, pode-se pensar que os pontos de vista em que se divide a doutrina relativa a este tema são complementares um do outro, e que, considerados em conjunto, não individualmente, eles oferecem uma explicação bastante satisfatória da realidade histórico-jurídica das relações entre casamento e *conuentio in manum*. Assim, a tese tradicional explicaria o período mais antigo do direito romano, até a época de laicização do mesmo, enquanto a segunda poderia explicar a situação existente a partir da Lei das XII Tábuas.³⁷

5. FORMAS DA *CONVENTIO IN MANUM*

Para se entender todo o alcance e significado da *manus*, é necessário analisar os atos e os fatos de que surgia e, particularmente dentro deles, os chamados *coemptio* e *usus*. Isso supõe fazer referência, ainda que brevemente, às mais antigas formas de celebração do casamento romano e mais concretamente ao rito denominado *confarreatio*.

Reservada somente aos patrícios, a *confarreatio* era um solene ritual religioso que recebia tal denominação de um pão de cereais – *panis farreus* – que os nubentes compartilhavam como símbolo da futura vida em comum.

Mais exatamente, consistia em um solene sacrifício a Júpiter Fárreo, celebrado na presença do *Pontifex Maximus*, do *Flamen Dialis* (o sacerdote de Júpiter) e de dez testemunhas. Os que testemunhavam o ato tinham que ser cidadãos romanos, varões, púberes, como também *matrimi* e *patrimi*, quer dizer, nascidos de casamentos igualmente celebrados pela forma da *confarreatio*.³⁸

Habitualmente, ressalvadas as particularidades de cada caso (derivadas da condição social e econômica dos nubentes), o costume previa que, uma vez feitos os auspícios³⁹ e realizados os sacrifícios, era oferecido um banquete na casa da esposa. Em seguida, esta era acompanhada em procissão, à luz de tochas, até a casa do marido (*in domum deductio*), enquanto os amigos dele entoavam canções de exaltação de sua virilidade⁴⁰ e lançavam nozes sobre os nubentes como expressão do desejo de fecundidade.⁴¹

Chegada à futura casa, a esposa transpunha o umbral da porta nos braços do marido e oferecia aos deuses água e fogo.

A cerimônia prosseguia numa série de ritos, como a *dexterarum iunctio* (união da mão direita dos nubentes) e o sacrifício de uma ovelha, cuja pele (*pellis lanata*) era utilizada para cobrir o lugar sobre o qual os nubentes se sentavam durante a cerimônia. Ademais, os nubentes deviam dar três voltas rituais ao redor do altar, caminhando à direita (*dexteratio*), e a cabeça da esposa tinha que estar coberta por um véu vermelho-laranja (*flammeum*).

³⁷ *Idem*, p. 24.

³⁸ CANTARELLA, E. *Pasado próximo – mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Trad. Maria Isabel Nuñez. Ediciones Cátedra, Madrid, 1997, p. 80.

³⁹ *Idem*, p. 109.

⁴⁰ São as chamadas canções fesceninas.

⁴¹ *Cat.*, *Carm.*, 61, 62.

É provável que existissem outros ritos ligados à *confarreatio*, como o gesto do marido de arranjar simbolicamente o cabelo da noiva com a *caelibaris hasta* para deixar claro que ela estava submetida ao seu poder, “posto que a *hasta* é a máxima expressão das armas e do poder” (*nuptiali iure imperio subicitur nubens, quia hasta summa armorum et imperii est*).⁴²

Finalmente, parece que devia relacionar-se com a *confarreatio* a pronúncia por parte da noiva da célebre frase: *Ubi tu Gaius ego Gaia* (onde quer que tu sejas Gaio, eu serei Gaia).⁴³

A *confarreatio*, ao mesmo tempo em que constituía o vínculo matrimonial, produzia uma transferência de poderes pessoais que submetia a esposa à *manus* do marido ou do *paterfamilias* deste. Em outras palavras, produzia ao mesmo tempo dois efeitos jurídicos diferentes. Estabelecia o vínculo matrimonial entre os nubentes e transferia a mulher à família do marido. De fato, ao que tudo indica, numa época mais remota, o direito romano não concebia um casamento que não acarretasse esta transferência.

Porém, a *confarreatio* logo caiu em desuso, reservando-se unicamente para o casamento do sumo sacerdote de Júpiter, o *Flamen Dialis*.⁴⁴ Utilizaram-se outras formas para produzir este efeito: a *coemptio* e o *usus*.

Explica Eva Cantarella:

Llegamos así al punto que más nos interesa, la naturaleza de la coemptio y del usus, que revela - yo diría, sin lugar a dudas - la idea del matrimonio como transacción patrimonial.

*(...) La coemptio era una aplicación de la mancipatio, el negocio utilizado en la época arcaica para adquirir las cosas de maior importancia social. (...) Así pues, la coemptio era probablemente, al principio, un matrimonio por compra, al cual quizá - solo se trata de hipótesis - recurrían los plebeyos, por estarles prohibido el acceso a la confarreatio. Pero más allá de las hipótesis sobre los orígenes una cosa es cierta: la coemptio muestra claramente cuál era la concepción arcaica de la relación matrimonial.*⁴⁵

Assim o confirmam também claramente as características do *usus*, que é a terceira e última forma de aquisição da *manus*.

É preciso lembrar que, no mundo romano, como, aliás, continua ocorrendo até hoje em outras partes, um dos modos de aquisição da propriedade era a *usucapio*, quer dizer, a posse e o uso da coisa ao longo de algum tempo.

Pela Lei das XII Tábuas, o prazo estabelecido para este fim era o de um ano para as coisas móveis e dois anos para imóveis.⁴⁶ Assim, através desta figura jurídica, o *usus* era mais uma forma de usucapião. Depois de um ano de

⁴² *Idem*, p. 81. Cf. Ovid., *Fast.* II, 559-560, onde há outras possíveis explicações deste rito.

⁴³ Cf. Plut. *Quaest. Rom.*, 30; Cic., *Pro Murena*, 27 e Quintil., *Inst. Orat.*, 1, 7, 28. Obviamente, *Gaius* é um nome simbólico, não um nome familiar.

⁴⁴ G. 1, 112.

⁴⁵ CANTARELLA, E. *Op. cit.*, p. 82.

⁴⁶ XII Tab., 6, 3.

convivência, sem haver realizado nem a *confarreatio* nem a *coemptio* ou sem que estas tivessem produzido seus efeitos próprios, por vícios de forma ou de fundo, o marido (ou o *paterfamilias*, se o marido fosse *alieni iuris*), adquiria por usucapião a *manus* sobre a mulher.⁴⁷

Por se tratar de uma aquisição por transcurso ininterrupto de tempo, era permitido à mulher evitá-lo. É o que lemos na Lei das XII Tábuas: “A mulher que permanece durante um ano em companhia de um homem, como se fora sua esposa, cai sob seu poder (*manus*), a não ser que se ausente da casa por três noites”.⁴⁸ É o chamado *trinoctium* ou *trinoctis usurpatio*.

6. O CASAMENTO E O *CONSENSUS*

A causa do matrimônio romano era a recíproca vontade do homem e da mulher em unir-se em casamento—*affectio maritalis, consensus, mens conuentium*, etc..⁴⁹

A propósito do *trinoctium*, Eva Cantarella faz uma boa pergunta:

No interesse de quem nasceu a instituição do *trinoctium*?

Segundo a opinião de alguns, no interesse das mulheres, como resultado de uma evolução social influída pela vontade delas.⁵⁰ Porém, esta hipótese até certo ponto pode parecer incompatível com a época, considerando-se a rigidez de costumes reinante no período mais antigo da História de Roma.

Quando nasceu o *trinoctium* (presumivelmente em época anterior a meados do século V antes da nossa era), tendo em vista sua inclusão na Lei das XII Tábuas, as mulheres ainda não tinham muita autonomia nem quanto ao desejo nem quanto à vontade.

O afastamento da casa do marido pressupunha a vontade da esposa, mas não significava que ela o desejasse. Ora, só se pode considerar voluntário um ato livremente decidido, e o *trinoctium* supunha uma decisão que nem sempre era de quem a realizava materialmente, o que faz Eva Cantarella comentar:

*Los que realmente decidían acerca del alejamiento de una esposa del hogar conyugal (de la misma manera que decidían acerca de su matrimonio, en cuya celebración lógicamente ella intervenía) eran el paterfamilias y el futuro marido. La elección entre un matrimonio cum manu y uno sine manu (como se denominan los matrimonios acompañados y los no acompañados, respectivamente, de la entrada de la mujer en la nueva familia) no afecta exclusivamente a los cónyuges. Afecta a las dos familias, una de las cuales (la de la mujer) perdía un herdero, mientras que la otra (la del marido) lo adquiría. El trinoctium era en definitiva una cuestión patrimonial.*⁵¹

⁴⁷ G. 1, 111.

⁴⁸ XII Tab., 6, 6.

⁴⁹ ROBLEDA, O. El matrimonio romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma, 1970, p. 26. Cf. CERMEÑO TAPIA, G. *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁰ CANTARELLA, E. *Op. cit.*, p. 108. Cf. PEPPE, L. Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età republicana. Milano, Giuffrè, 1984, p. 101 e ss.

⁵¹ CANTARELLA, E. *Op. cit.*, p. 109.

Ainda que a formalidade não fosse requisito constitutivo do casamento romano, nem para a validade do mesmo, pressupunha-se, entretanto, a exigência de certa publicidade para a demonstração de sua existência.

Neste sentido, pode-se falar de alguns critérios de objetivação do casamento, entre eles, quando era o caso: 1) a *deductio in domum mariti*, ou entrada da mulher na nova casa familiar; 2) os ritos do casamento; 3) o dote e a escritura dotal; 4) os esponsais; 5) a declaração jurada diante do censor, das testemunhas ou diante do magistrado; 6) a própria *conuentio in manum*.

O certo é que o casamento existia realmente quando duas pessoas com capacidade matrimonial estabeleciam uma convivência acompanhada da *maritalis affectio*, ou seja, da intenção de ser marido e mulher.

Porém, que o casamento fosse verdadeiramente consensual é algo bastante discutível ou, pelo menos, é algo que depende do sentido que se dê a este termo – observa Eva Cantarella. E pergunta:

Que consenso?

O casamento já era “livre”. Mas esta expressão (da mesma forma como o chamado casamento “consensual”) não significa que fosse livre e automaticamente decidido pelos noivos. O casamento era livre mais no sentido de que requeria certas formas constitutivas, no sentido de que existia quando a convivência entre duas pessoas dotadas de *connubium* se fazia acompanhar da intenção dos noivos de ser marido e mulher.

Entretanto, junto com esta intenção dos noivos (indispensável, por outra parte, para a existência do casamento), se estes fossem *alieni iuris*, era também necessária outra “intenção”. Para que existisse casamento neste caso, fazia-se necessário também o consentimento dos respectivos *patresfamilias*.

Realmente, as fontes, apesar de manifestarem claramente que o compromisso não podia firmar-se definitivamente sem o consentimento dos futuros esposos,⁵² resultam igualmente claras quando assinalam que não podia existir um compromisso que prescindisse da vontade paterna, princípio este que também era aplicado ao casamento.⁵³

Assim, segundo o jurista Paulo, “não pode haver casamento sem o consentimento de todos, dos que se casam e dos que têm a *potestas* sobre eles”.⁵⁴

Encontra-se claramente expresso nas fontes qual é a relação entre vontade filial e vontade paterna. Segundo um texto de Celso, se um *filiusfamilias* é obrigado por seu pai a casar-se, o casamento é válido.⁵⁵

⁵² Neste passo, é importante lembrar um texto do jurista Paulo, em D., 23, 1, 13: *filiifamilias dissentiente, sponsalia nomine eius fieri non possunt* – sem o consentimento do filho, não podem realizar-se os esponsais em seu nome.

⁵³ D., 23, 1, 11.

⁵⁴ *Nuptias consistere non possunt nisi consentiant omnes id est qui coeunt quorumque in potestate sunt*. D., 23, 2, 2. Cf. D., 23, 2, 11.

⁵⁵ D., 23, 2, 22.

Não estaria aí uma aparente contradição com o princípio de que o consentimento dos nubentes, ainda que não suficiente, era necessário? Esta aparente contradição resolve-se, na opinião de Cantarella,⁵⁶ entendendo o fragmento de Celso no sentido de que o consentimento dos filhos se considerava existente, salvo se estes não se manifestassem aberta e publicamente contra a vontade paterna. O consentimento filial que se considerava necessário era um consentimento passivo, que não comportava necessariamente o desejo de casar-se ou casar-se com uma determinada pessoa.

Precisamente pelo fato de que o consentimento paterno era indispensável para a existência do casamento, se tal consentimento deixasse de existir, dissolvia-se o casamento - afirma a citada autora. E conclui:

Es evidente portanto que la intención de considerar la convivencia de alguien con persona del otro sexo era algo ajeno a la relación afectiva con el cónyuge. Por lo demás, affectio no significa afecto, sino actitud mental, "intención"; affectio societatis, por ejemplo, indica la intención de ser socios, necesaria para que entre dos o más personas existiese una relación de sociedad.

En conclusión, sólo si ambos cónyuges eran sui iuris podía el matrimonio ser libremente decidido por ellos y estar basado en su exclusivo consentimiento.⁵⁷

É claro que todo este panorama se modificou profundamente com o correr do tempo, inclusive no tocante aos direitos da mulher. Nos primeiros séculos, por exemplo, as mulheres nem sequer podiam pedir o divórcio; só o marido. Tal direito, porém, também veio a estender-se gradativamente à mulher. Nos últimos séculos da República, introduziram-se inovações jurídicas, graças às quais as mulheres passaram a adquirir, de um lado, novos direitos sucessórios e, de outro, uma liberdade cada vez mais ampla de dispor de seus próprios bens.

Neste contexto histórico é que devemos entender o princípio *consensus facit nuptias*.

Considerando-se a ampla aceitação da natureza contratual do casamento, além da grande influência do direito canônico ao longo dos séculos, intransigentemente direcionado na manutenção da indissolubilidade do vínculo matrimonial, é explicável que a doutrina tradicional tenha entendido o *consensus* matrimonial também num sentido contratual.

Assim, segundo essa visão, uma vez concretizada a manifestação da vontade dos nubentes por ocasião da celebração do casamento, nenhuma das partes poderia unilateralmente deixar de honrar o compromisso assumido inicialmente.

Só com as descobertas mais recentes foi possível entender que o *consensus* no casamento romano devia ser contínuo, isto é, duas pessoas de sexo diferente, convivendo como marido e mulher, assim o seriam, enquanto ambos

⁵⁶ *Op. cit.*, p.112.

⁵⁷ *Idem*, p. 113.

continuassem a consentir. A partir do momento em que faltasse tal *consensus*, por parte dele ou dela, simplesmente o casamento deixava de existir.

Evidentemente, tal prática não eximia o casal das conseqüências advindas desta situação, principalmente com relação aos filhos eventualmente nascidos destas uniões.

7. O CASAMENTO E O PODER POLÍTICO

Embora, segundo Pierre Clastres, “parece correto pensar que nenhuma classificação das sociedades empíricas nos pode esclarecer nem sobre a natureza do poder político nem sobre as circunstâncias do seu advento e que o enigma persiste no seu mistério”,⁵⁸ o certo é que na transição da República romana para o Império, o imperador Augusto introduziu profundas alterações no regime matrimonial, a pretexto de “proteção ao casamento e de combate aos repúdios”, ao promulgar, entre outras leis, a *Lex Iulia de maritandis ordinibus*.⁵⁹

Foi esta uma das primeiras intervenções do poder imperial no sentido de ditar regras à realização dos repúdios, porquanto imperava até então o critério da mais ampla liberdade individual, privada, sem controle do poder público, de acordo com o princípio: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (O que determina o casamento não é a relação sexual, mas o consentimento).⁶⁰ Ou: *nuptias quidem affectus facit mutuus...* (o que determina o casamento é o afeto mútuo...)⁶¹

O imperador Augusto, porém, entre outras medidas restritivas à liberdade dos casais, tornou obrigatório o divórcio no caso de adultério. Quando fosse culpada a mulher, poderia o marido exercer o direito de retenção sobre o dote. Se a falta fosse do marido, este era obrigado a restituir o dote à mulher. Ainda mais. Pela *Lex Iulia de adulteriis*, passou a exigir que, na realização dos repúdios, estivessem presentes sete testemunhas, devendo ser redigido um documento – *Libellus Repudii* - a ser entregue por um liberto à mulher repudiada.

Pela *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, vedou à mulher liberta repudiar o marido, unilateralmente, sendo indispensável o consentimento do mesmo, e se este negasse tal consentimento, ficava a mulher, embora separada de fato, impedida de contrair outro casamento.

Tal norma, na observação de Sílvio Meira, “vinha contrariar o princípio de que a cessação de vida em comum era suficiente para dissolver o casamento”.⁶²

Três aspectos, pois, caracterizam claramente a legislação imperial: reprimir o adultério, regulamentar a restituição do dote e punir os repúdios injustificados.

⁵⁸ CLASTRES, P. A sociedade e o estado – Investigações de antropologia política. Trad. Bernardo Frey, Ed. Afrontamento, Porto, 1979, p. 9.

⁵⁹ Cf. MEIRA, S. Novos e velhos temas de direito. Rio de Janeiro, 1973, p. 25.

⁶⁰ D.50, 17, 30.

⁶¹ Nov. 22, 3.

⁶² *Op. cit.*, p. 25.

É necessário, entretanto, estabelecer distinção entre a legislação da primeira fase do Império (Principado) e a da segunda (Dominato), que se inicia historicamente com Diocleciano, no ano 284 da era cristã.

Diocleciano estabeleceu que, na hipótese de indignidade de um dos cônjuges ou de divergência entre eles, o magistrado resolveria a respeito da proteção às pessoas dos filhos.⁶³

Porém, foi a partir de Constantino, convertido ao Cristianismo, que se iniciou um trabalho de restrição aos divórcios e repúdios, embora estes nunca chegassem a ser abolidos.

Não só Constantino, mas os demais imperadores cristãos que o sucederam, principalmente Teodósio com Valentiniano e, finalmente, Justiniano, dedicaram especial atenção a este problema, promulgando famosas Constituições.

Constantino, por meio de uma Constituição do ano 331 da era cristã estabeleceu diversas “causas justas” para o repúdio.⁶⁴

Embora um dos sucessores - Juliano, o Apóstata – tentasse restabelecer os cultos propriamente romanos (pagãos), modificando a orientação e revigorando a liberdade existente na época da República, os imperadores Teodósio e Valentiniano, pelas Constituições de 421 e 449 da era cristã, que novamente voltaram ao assunto, estabeleceram, entre outras normas,⁶⁵ também penalidades aos que repudiassem *sine ulla causa*.

O que chama a atenção particularmente nesta legislação – ostensivamente minuciosa e muito autoritária - é a intromissão política da autoridade imperial naquilo que constitui o ponto alto da privacidade das pessoas – a relação homem/mulher.

A autoridade imperial chegou à ousadia de obrigar o casal a denunciar qualquer conhecimento de conspiração contra o regime. O sigilo neste aspecto por parte de um dos cônjuges constituiria motivo de repúdio a favor de outro.

Ficou literalmente estabelecido: “Assim, se uma mulher descobriu que seu marido é adúltero, homicida, envenenador, ou conspirou contra o nosso império, ou foi condenado por crime de falsidade, ou se ela prova que ele violou túmulos, furtou algo às igrejas, que é receptor de furtos, ou ladrão de rebanho, plagiário, ou que por desprezo de seu lar e de si próprio, trouxe à sua presença mulheres impudicas ao lar conjugal (o que também exaspera muitíssimo as pessoas castas), ou que tentou contra a sua vida com veneno, arma branca ou por qualquer forma a feriu (o que é proibido às mulheres ingênuas), nós lhe concedemos, se ela provar a existência de uma dessas causas, a liberdade de usar das medidas necessárias ao repúdio”.⁶⁶

⁶³ C. 5, 24, 1.

⁶⁴ Cf. MEIRA, S. *Op. cit.*, p. 27.

⁶⁵ Cf. C. 5, 17, 8.

⁶⁶ C. 5, 17, 8, 2: *Si qua igitur maritum suum adulterum, aut homicidam, aut ueneficum, uel certe contra nostrum imperium aliquid molientem, uel falsitatis crimine condemnatum inuenerit, si sepulchrorum dissolutorum, si sacris aedibus aliquid subtrahentem, si latronem, uel latronum*

Finalmente, sob o governo de Justiniano, que reinou de 527 a 565 da era cristã, além da classificação minuciosa dos divórcios e repúdios e da imposição de outras normas e penalidades, como, por exemplo, a segregação da mulher adúltera em um convento,⁶⁷ especificaram-se mais minuciosamente outras causas de repúdio em favor do homem e da mulher, evidenciando-se ainda mais claramente o caráter político.

Nesta linha de atuação da política imperial, podia o marido, entre outros motivos, repudiar a mulher: “Se a mulher, tomando conhecimento de que se trama contra o Império, não o denuncia ao marido”.⁶⁸ (...) Por sua vez, podia a mulher, entre outras causas, repudiar o marido: “Se o marido concebeu rebelião contra o Império ou, ciente de que a tramam, não denunciou à autoridade imperial, por si ou por qualquer outra pessoa”.⁶⁹

Ou seja: O casamento romano, que se caracterizou pela espontaneidade e liberdade durante a República, enveredou depois para a submissão do homem e da mulher ao poder político, até mesmo como instrumento de delação contra os opositores do regime imperial.

Neste longo percurso histórico, o Cristianismo, que transformou o casamento em sacramento⁷⁰ e consolidou a indissolubilidade do vínculo matrimonial, também rompeu os elos da longa tradição germânica consolidada nos costumes da prática do divórcio⁷¹ fornecendo-lhe as bases da regulamentação dogmática para garantir-lhe a imposição da indissolubilidade.

Por fim, já na Idade Moderna, com o deslocamento do poder da Igreja para o poder do Estado,⁷² nunca um direito tão privado (direito de família), foi tão

susceptorum, uel abactorem, aut plagiarium, uel ad contemptum (sui) domusue suae ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem, si suae uitae ueneno, aut gládio, aut alio simili modo insidiantem, si se uerberibus (quae ingenuis aliena sunt) afficientem probauerit, tunc, repudii auxiliouti necessário permittimus libertatem et causas dissidii legibus comprobare.

⁶⁷ Nov. 22, 4.

⁶⁸ Nov. 117, 8, 9 e 10: *Si contra imperium cogitantibus aliquibus conscia est mulier, aut etiam uiro suo non indicet.*

⁶⁹ Idem, ibidem: *Si contra imperium aut ipse cogitauerit aliquid, aut cogitantibus conscius non indicauerit império, aut per se aut per quamcunque personam.* Cf. MEIRA, S. *Op. cit.*, p. 30 e 31.

⁷⁰ Cf. ABADÍA, J. L. *El derecho en la historia de la humanidad.* Barcelona 1991, p. 59.

⁷¹ Cf. MUÑOZ-ARRACO, J. M. P. *Breviario de derecho germánico.* Madrid, 1993, p. 58.

⁷² “Uma observação se impõe: praticamente nenhuma introdução ao direito trata do Estado. Geralmente, trata-se do Estado em dois locais: para dizer que o Estado é o lugar de criação moderna do direito e que exerce a coação para o fazer respeitar; por outro lado, a propósito das classificações jurídicas, para distinguir direito público e direito privado. Não são mais do que alusões, de tal modo é evidente que, sendo o estudo do Estado da competência do professor de Direito Constitucional, é necessário prevenir qualquer repetição” (MIAILLE, M. *Uma introdução crítica ao direito.* Trad. Ana Prata. Lisboa, 1979, p. 114). Nada mais oportuno do que enfrentar o problema do Estado também, e principalmente, nos estudos de Direito Romano, a começar pela famosa distinção do direito em público e privado, cujo suposto fundamento, conforme já alertamos anteriormente, carece de qualquer fundamento histórico, tendo como ponto de partida um texto interpolado, atribuído a Ulpiano, traduzido equivocadamente por muitos (Cf. SURGIK, A. “A questão da *Responsabilidade civil do Estado* perante o Direito Romano”. *In: La responsabilidad*

invadido pelo direito público (direito do Estado) como vem ocorrendo ultimamente, o que, por si só, deve ser motivo de profunda reflexão e preocupação por parte dos estudiosos.

8. À GUIZA DE CONCLUSÃO

Tendo em vista a impossibilidade de se esgotar o tema nas reduzidas dimensões deste modesto trabalho, e considerando-se o fato de que o tema ainda vem despertando interesse por parte dos estudiosos para a realização de novas investigações, não seria talvez o caso de formular alguma conclusão, até porque nada é definitivo neste assunto.

Parece mais razoável assinalar alguns pontos que poderiam indicar novas linhas de pesquisa e análise crítica que este desprezioso trabalho possa talvez sugerir.

Em primeiro lugar, a concepção de casamento é ainda hoje, em larga escala, a das Sagradas Escrituras, tal como a desenvolveram os canonistas da Idade Média. Isso nem surpreende, sabendo-se que, até o século XVI, a Igreja legislou praticamente sozinha nessa matéria, sob pretexto de que o casamento é um sacramento e todos os processos que, direta ou indiretamente, com ele se relacionassem deveriam ser de absoluta competência da jurisdição eclesiástica.

Entretanto, com o correr do tempo, a Igreja perdeu este duplo privilégio em proveito do Estado, inclusive na maioria dos países que se mantiveram predominantemente católicos. Mesmo assim, permanecem geralmente laços muito estreitos entre a Igreja e o Estado, como ocorre, por exemplo, na Espanha, na Itália, no Brasil e em tantos outros países, em flagrante desigualdade com relação a outros cultos.

Poder-se-ia questionar até que ponto as legislações destes países, concernentes ao casamento (e ao direito de família em geral) não seriam hoje mais um repositório de preceitos religiosos do que jurídicos.

Em segundo lugar, é de se questionar a existência dos chamados “direitos indisponíveis”, em cuja categoria se alinha, entre outros, o direito de família. A expressão, por si mesma, já é contraditória. Obviamente, um direito de que não se pode dispor, deixa de ser direito.

Por último, considerando-se que inúmeros são os deveres impostos sob a máscara de direitos, cabe investigar por que o direito de família tem sido criado não tanto para atribuir direitos quanto para impor deveres.

Afinal, o Direito não pode ser concebido como força de dominação, mas como instrumento de libertação.

civil. De Roma al derecho moderno. IV Congreso Internacional y VII Iberoamericano de Derecho Romano. Universidad de Burgos, 2001, p. 832). Seja-nos permitido insistir na afirmação: “Não existiu em Roma o Estado como pessoa jurídica, sendo, portanto, absolutamente anacrônica e inadequada a expressão *Estado romano*” (*Idem*, p. 837).

