

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INFLUXO DO CRISTIANISMO SOBRE O MATRIMÔNIO NO DIREITO ROMANO

Ibsen José Casas Noronha
Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra -
Secção de Ciências Jurídico-Históricas.

Ao Professor Paulo Gonet Branco

**«... divini et humani iuris communicatio»
Modestino**

INFLUXO DO CRISTIANISMO SOBRE O DIREITO ROMANO

Desde a publicação, em 1843, da obra de Troplong, intitulada: *De l'influence du Christianisme sur le Droit Civil de Romains*, muita tinta correu a favor, e também desfavoravelmente, em torno do repto lançado pela obra.

A íntima ligação que a História revela, desde a Antiguidade, entre religião e direito, deveria haver produzido uma tranqüila reflexão sobre o influxo das doutrinas da religião nascida no Oriente, que vivia sob o domínio romano. Naturalmente, à medida que o Cristianismo se expandia, notar-se-iam transformações em todos os campos da vida social. O direito não poderia ficar alheio a esse movimento.

Mas o facto é que houve controvérsias sobre a tese defendida pelo Conselheiro da *Cour de Cassation*. M. Troplong provocou reacções adversas e, até certo ponto, compreensíveis naquela quadra. Padelletti, no seu trabalho *Roma nella storia del diritto*¹ negou o influxo cristão sobre o direito romano, seguindo a trilha da Escola Histórica. Baviera, Girard e Bonfante apenas admitiram uma forma mitigada de influência e, mesmo assim, com profundas discordâncias.

Contudo, logo surgiram partidários da teoria positiva. Dentre eles destacam-se Contardo Ferrini, Biondo Biondi e o Príncipe Constantin Hohenlohe². Seus trabalhos dedicaram-se a demonstrar a ampla influência que o direito romano recebeu das doutrinas cristãs.

Refira-se, *en passant*, que no Congresso Internacional de Direito Romano, realizado em Roma, no ano de 1933, Riccobono aventou diversas possíveis razões pelas quais foram colocadas dúvidas sobre a dita influência. Dentre elas destacou os preconceitos semeados pela filosofia materialista do marxismo, que não admitia como determinantes históricas senão os factores econômicos.

Tal observação nos transporta para reflexões de índole filosófico-históricas, na perspectiva de descortinar as grandes transformações no direito como uma das facetas, das ricas facetas, que contribuem para a resposta às grandes questões sobre o motor da História. O tema que apreciaremos ainda suscita mais: aproxima-nos de uma Teologia da História, no caso uma Teologia da História do Direito.

O influxo do Cristianismo sobre o Direito Romano é, hoje, unânime entre os romanistas e historiadores do direito: não resta dúvida sobre o papel que desempenhou a doutrina cristã no desenvolvimento do direito romano pós-

¹ *Archivio Giuridico*, XII, 1874, pp. 91 e ss.

² *Einfluss des Christentum auf das Corpus Iuris Civilis – Eine rechtshistorische Studie zum vestandnisse der sozialen Frage*, Wien, 1937. O professor da Universidade de Viena, contudo, sobre o tema que iremos explorar, afirma que em matéria de direito matrimonial o *Corpus Iuris Civilis* permaneceu «*haeretisch*».

clássico³ e justinianeu. Muito se investigou e vieram à luz trabalhos produzidos conforme rigorosas premissas metodológicas. Buscou-se no pensamento dos Padres da Igreja as possíveis consonâncias com a legislação dos imperadores⁴. No que respeita ao problema das interpolações houve a preocupação de situá-las cronologicamente com referência à Patrística. Os dogmas e os cânones da Igreja foram estudados com os olhos postos na recepção pelas Constituições Imperiais⁵. Enfim, também o estudo da influência de outros factores⁶ que poderiam haver transformado o direito romano foram considerados, prevenindo intuições precipitadas acerca do influxo cristão.

3 Evidentemente, após o Édito de Milão.

4 Vide Albertario, Emilio, Di alcuni riferimenti al Matrimonio e al Possesso in Sant'Agostino, *Archivio Giuridico*, XXI, 1931, pp. 28-44; G. D'Ercole, Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel Diritto romano e nei Padri della Chiesa, in *Studia et documenta historiae et iuris*, V, 1939.

5 Cfr. Salazar Arias, José V., *Dogmas e Cánones de la Iglesia en el Derecho Romano*, Madrid, 1954, pp. 199-239.

6 V.g. dos direitos provinciais.

O CRISTIANISMO E O IMPÉRIO ROMANO

Para o nosso singelo propósito, que será perscrutar alguns influxos do cristianismo que porventura tenham alterado as concepções romanas em maior ou menor medida, e, *ipso facto*, o direito relativo ao matrimônio em Roma, importa alargar os horizontes e procurar compreender, ainda que sucintamente, as relações entre a Igreja e o Império.

A problemática que efectivamente se nos apresenta está relacionada com os poderes temporais e espirituais, a partir do Édito de Milão.

Constantino, no *Edictum Mediolanense*, estabeleceu: «Nunc libere ac simpliciter unusquisque eorum qui eandem observandae religionis christianorum gerunt voluntatem, citra ullam inquietudinem ac molestiam sui id ipsum observare contendam».

Assim temos a religião cristã tornada, por meio do direito romano, lícita, e o seu magistério finalmente permitido. O magistério da Igreja é, pois, considerado juridicamente lícito. O Édito é ponto de partida para a plena divulgação da doutrina cristã que até então era, de certa forma, catacumbal. Esta licitude proporcionava, da parte das autoridades, uma espécie de protecção. Poder-se-ia inferir que desde então a recepção dos cânones e dos dogmas seria imediata e que as transformações no direito se dariam da mesma forma. Mas tal inferência é imprudente. A marcha da História do Direito é sincopada.

As doutrinas cristãs tiveram então tal importância na vida social romana que Constantino convocou e teve a presidência de honra do Concílio de Nicéia⁷. Tal facto contribuiu, como se entende, para a recepção das leis canônicas pelo direito romano.

* * *

Faz-se importante referir a questão do cesaropapismo, que se tornará uma constante na História da Civilização Cristã⁸.

A abundante legislação sobre matérias eclesiásticas compilada no *Codex* e nas *Novellae* de Justiniano manifestava a tendência natural dos Imperadores. Mas, em 496, quando o Império Romano do Ocidente era uma ruína, o Papa Gelásio, em uma carta dirigida ao Imperador do Oriente, Anastácio I, fez a distinção entre os poderes espiritual – *pro aeternae vitae* – e temporal – *pro cursum*

⁷ Realizado no ano de 325 teve grande importância no combate às heresias, especialmente o arianismo. Referimos ainda que os quatro primeiros Concílios Ecumênicos, realizados no Oriente, foram convocados pelos Imperadores.

⁸ E terá mesmo implicações no mundo contemporâneo laicizado. Sobre o assunto *vide* Lehman, Nelson, *A Religião Civil do Estado Moderno*, Brasília, 1985. No trabalho o autor relaciona três dezenas de pensadores contemporâneos que aludem à figura do Estado como ídolo máximo do homem moderno.

temporalium rerum. O primeiro pertencente ao Papa e o segundo ao Imperador. Mas asseverando que os dois devem submeter-se a Deus Omnipotente. Eis a doutrina gelasiana.

Contudo, os Imperadores do Oriente ao servirem de braço secular da Igreja, acabaram por exorbitar e legiferar sobre matérias de competência eclesiástica. Ao tentar impor a religião cristã pelas leis, não foram movidos pelos dogmas ou cânones, mas pelo atavismo herdado da cultura pagã que os confundia e contaminava suas concepções acerca do poder. A persistência do uso, pelos Imperadores, do título de *pontifex maximus*, mesmo após a conversão de Constantino, é um exemplo que nos faz entrever a intrincada questão.

A RECEPÇÃO DO DOGMA CATÓLICO PELO DIREITO ROMANO

A Constituição *Cunctos populos* de Teodósio I afirmava:

«Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Aleksandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est, ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub parili maiestate et sub pia trinitate credamus. Hanc legem sequentes Christianorum catholicorum nomen iubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque iudicantes haeretici dogmatis infamiam sustinere 'nec conciliabula eorum ecclesiarum nomen accipere', divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelesti arbitro sumpserimus, ultione plectendos»

A importância da Constituição de Teodósio se manifesta sobretudo pela clara recepção do dogma católico.

Comanda o Imperador que «*todos os povos governados pela administração da nossa clemência professem a religião que o divino apóstolo Pedro deu aos romanos, que até hoje foi pregada como a pregou ele próprio, e que é evidente que professam o pontífice Dâmaso e o Bispo de Alexandria...*». E afirma a crença na doutrina da Santíssima Trindade.

Como sabemos o Édito de Tessalônica foi confirmado por Justiniano logo no primeiro livro do *Codex*.

Nas *Novellae* também encontramos disposições relativas ao magistério eclesiástico. A Novela 131, por exemplo, aprova legislação conciliar: *Sancimus igitur vicem legum obtinere sanctas ecclesiasticas regulas*⁹... *Praedictarum enim quatuor synodorum dogmata sicut sanctas scripturas accipimus, et regulas sicut leges observarum.*

Nesse ponto é importante frisar que a Novela 131 de Justiniano reconhece muitas leis conciliares, cujos textos trataram amplamente o instituto do casamento. Mas notamos inegáveis e insanáveis contradições entre o casamento cristão e a legislação relativa ao casamento nas leis de Justiniano. O matrimônio inválido no direito romano poderia ser perfeitamente legítimo no canônico. Assim, por

⁹ Nov., 131, 1. Trata-se da recepção da legislação de quatro Concílios: Nicéia, Constantinopla, Éfeso e Calcedônia. *Mandamos, pois, que tenham força de leis as santas regras eclesiásticas... Por que admitimos como santas escrituras os dogmas dos quatro ditos sínodos, e observamos como leis suas regras.*

exemplo, o casamento entre escravo e ingênuo não configurava qualquer espécie de impedimento para a Igreja¹⁰. O *status libertatis*, portanto, não constituía óbice. Como sabemos os escravos em Roma não poderiam contrair *matrimonium iustus*. Ao contubernium não é reconhecido efeito jurídico de qualquer espécie¹¹. Na Sent. Pauli, II, 19, 6, podemos ler a declaração de que entre livres e escravos *matrimonium contrahi non potest*.

Procuremos, através de uma breve incursão, compreender em que medida se transformou o casamento em Roma sob o influxo do Cristianismo.

* * *

10 O Papa Calixto I(217-222) declarou lícito e permitido o matrimônio entre matrona e escravo. É o que narra Orígenes na sua obra *Philosophoumena*. Aliás o Papa Calixto fora escravo.

11 Para a Igreja, em conformidade com a Direito divino e também o humano os escravos podiam contrair matrimônio. As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, publicadas em 1707, dispõem sobre o matrimônio dos escravos no seu Livro I, título LXXI, onde o casamento é justificado e protegido. Curiosa a prescrição que proibia a venda pelos senhores, nos seguintes termos: *seus senhores lhe não podem... vender para outros lugares remotos, para onde o outro, por ser captivo, ou por ter outro justo impedimento o não possa seguir, e fazendo o contrário peccão mortalmente...*

O CASAMENTO NO PERÍODO CLÁSSICO

Sobre o matrimônio na literatura jurídica do período clássico temos conhecimento de apenas dois títulos: *De nuptiis*¹² e o *Liber singularis de ritu nuptiarum*¹³. Mais nada além dos títulos, o tempo foi implacável.

A definição de casamento no *Corpus Iuris Civilis* está no *Digesto* e também nas *Instituições*. A célebre definição de Modestino¹⁴ diz ser a união do homem e da mulher, consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano. Já nas *Instituições*¹⁵ encontramos, da mesma forma, na definição, a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida. Parece não restar grandes dúvidas acerca de estarem interpoladas ambas as definições¹⁶.

Portanto, perante as escassas fontes, não se pode senão teorizar sobre a natureza jurídica do casamento em Roma¹⁷. Acerca do período clássico há, naturalmente, controvérsia. A tese predominante, contudo, é a construída por Bonfante que definiu o casamento em Roma como a convivência do homem e da mulher com a intenção de serem marido e mulher. Tal definição implica a existência de dois elementos constitutivos do casamento: o subjectivo, a *affectio maritalis*, e o objectivo, a convivência.

Para a existência do casamento romano – no período clássico – bastava o *consensus* do homem e da mulher, salvaguardados os requisitos da puberdade e do *conubium*. Mas o consenso deveria ser continuado. A prova do casamento era a posse do estado.

A sua dissolução através do divórcio se dava quando uma ou as duas partes o desejassem. Tudo se passava sem qualquer formalidade. Aliás, não se caracterizava pela solenidade¹⁸.

Poder-se-ia perguntar como sobrevive uma sociedade com a Família tão desprotegida. Mas há que considerar que os costumes severos de uma sociedade morigerada preservaram a Família, pois nos primeiros tempos, parece, era raro o divórcio.

O tempora o mores! No século I a.C. Cícero lamentava a decadência dos costumes. Foi a época em que se multiplicaram os divórcios, e o próprio orador se divorciou para poder, por meio do novo casamento pagar suas dívidas.

12 Atribuído a Nerácio Prisco.

13 Atribuído a Modestino.

14 *Dig.* XXIII, 2, 1.

15 *Inst.* I, 9, 1.

16 Sobre o tema Moreira Alves adverte que apesar disso vai predominando a tese de serem clássicas as definições. Cfr. *Direito Romano*, Rio de Janeiro, 2007, 13a. edição, p. 637. Clássicas sim, pelos autores.

17 Moreira Alves, José Carlos, *A Natureza jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico*, in *Estudos de Direito Romano*, Brasília, 2009, pp. 227-241.

18 As fontes literárias revelam cenas burlescas de escravos que comunicam laconicamente à esposa que deve deixar a casa.

A legislação de Augusto, apesar de moralizante, não proibiu o divórcio, mas tão-somente obrigou a alguma solenidade, como a presença de sete testemunhas e o comunicado ao outro cônjuge que deveria, ao menos, ser feito por um liberto. Tal estava prescrito na *Lex Iulia de adulteris*. Há bastantes controvérsias acerca da essencialidade dessas formalidades prescritas pela lei moralizadora de Augusto. O debate produziu uma opinião mais inclinada pela negativa.

Recordemos ainda que as fontes nos apresentam dois termos: *divortium* e *repudium*. As divergências sobre os significados precisos são notórias. A opinião mais comum é a de que no período clássico, via de regra, se utilizava a expressão *divortium* para o divórcio bilateral e *repudium* para o divórcio unilateral. No período pós-clássico essa utilização ter-se-á firmado.

DIVÓRCIO E INDISSOLUBILIDADE

Em sua substância o casamento cristão é de outra natureza como é sobejamente sabido. Foi elevado a sacramento. *Sacramentum magnum* segundo o apóstolo dos gentios¹⁹. Essencialmente diferencia-se do casamento romano pelo facto do consentimento ser definitivo. Era um acto de vontade irrevogável. *Is autem, qui matrimonio iuncti sunt praecipio non ego, sed Dominus uxorem a viro non discedere... Et vir uxorem non dimittat*²⁰. A admoestação de São Paulo é categórica: o casamento é indissolúvel. Os cônjuges estavam ligados até à morte, pois o vínculo existe não apenas perante os homens, mas, sobretudo, perante Deus. E tal vínculo é mesmo irrevogável seja pelo homem, seja pela mulher, seja pelo Estado, seja por qualquer autoridade humana: *Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet*.²¹ É, pois, do carácter sacramental que deriva a indissolubilidade.

Concebido teologicamente, o casamento cristão poderia ser considerado incompatível com o casamento romano. E assim o foi durante o período clássico.

São Jerônimo(347-420), numa célebre carta, dirigida a Oceanus, onde narra episódios da vida de Lucíola, referindo-se expressamente ao divórcio, afirma: *Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi, aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit*²².

Mas então poderíamos discernir alguma influência cristã sobre o casamento no direito romano pós-clássico e justiniano? Para uma aproximação ao tema é preciso relevar algumas decisões conciliares emanadas a partir do Édito de Milão.

As fontes eclesiásticas a partir do século IV²³ consideram a disciplina do casamento submetida ao direito divino. O Concílio de Nicéia²⁴ convidava os fiéis a levar aos Tribunais eclesiásticos causas civis relacionadas a assuntos patrimoniais e de herança. Os Bispos deveriam decidir com sabedoria, segundo as leis divinas, exercitando a equidade²⁵. Foi comandado o mesmo nos litígios entre cônjuges, que deviam se submeter absolutamente à sentença do Bispo.

19 *Epístola aos Efésios*, 5, 32.

20 *Epístola I ad Corinthios*, 7, 10-11. *Quanto àqueles que estão casados, ordeno não eu, mas o Senhor: a mulher não se separe do marido... e o marido não repudie a sua esposa!*

21 S. Marcus, *Evangelium*, 10,9. No Evangelho de São Mateus 19, 9 também se encontra a condenação do divórcio.

22 Trata-se da epístola 77. Lucíola que recebe do autor da carta elogios pela virtude, não deixa de ser condenada por São Jerônimo por ter convolado novas núpcias após o divórcio de seu primeiro marido que levava vida debochada e dissoluta, o que justificava a separação de corpos – *quoad thorum et mensa*. Mais de um milénio passado e o cânon 7 da 24^a. Sessão do Concílio de Trento confirmava a doutrina: *Se alguém afirmar que a Igreja está em erro, porque ensinou e ensina, segundo a doutrina do Evangelho e dos Apóstolos: que o vínculo do matrimônio não pode ser dissolvido pelo adultério dum dos cônjuges; que nem um nem outro, nem sequer o inocente que não deu ocasião ao adultério, pode contrair outro matrimônio enquanto viver a outra parte; que cometem adultério tanto o marido que, tendo abandonado a sua mulher culpável, se casa com outra, como a mulher que, abandonando o marido culpável, se casa com outro – seja anátema.*

23 Sobre o tema vide Salazar Arias, José V., cit., pp. 166 e ss.

24 Cujo discurso de abertura foi proferido por Constantino.

25 *In divinarum scripturarum et legum lectione studium et meditationem impendunt, et Dei sunt vicarii ut diiudicent inter eos secundum leges veritatis, et aequitatis, et sciat unusquisque quod suum est...* citado por Salazar Arias, op. cit. p. 316.

A sentença da *Episcopalis audientia* afirmava a competência exclusiva em matéria de casamento, por se tratar, obviamente, de um sacramento. Sob a óptica do direito romano nada impedia que duas pessoas submetessem ao juízo de uma terceira alguma matéria de contenda, e que observassem a solução proferida. Claro está que a observância era uma obrigação de consciência, pois não haveria meio de coacção para o seu cumprimento. Aliás é essa a natureza da obrigação nos juízos eclesiásticos. Constantino dispôs sobre a *Episcopalis audientia* como uma instituição reconhecida pelo direito romano. Uma Constituição de 318 consagrou a jurisdição eclesiástica entre os cristãos e excluiu a civil em caso de pedido durante o curso do juízo²⁶. O Código Teodosiano reafirmou que, nas causas civis, o consentimento das partes conferia competência à *Episcopalis audientia*²⁷.

O Concílio de Laodiceia²⁸ insistiu sobre o impedimento de dísparos religiões, ressaltando a promessa de conversão.

Também, ao longo do século IV, foram fundamentados os impedimentos de voto solene de castidade e de ordem sacra. Os presbíteros e diáconos foram proibidos de contrair matrimônio²⁹.

O Concílio de Gangra, em 340, logo na sua primeira disposição, fulminava com excomunhão aqueles que desprezassem ou vituperassem contra o sacramento do matrimônio.

* * *

Apesar de inconciliáveis, o matrimônio romano e o canônico possuíam um elemento comum: a união do homem e da mulher³⁰.

O divórcio era, sem dúvida, o maior ponto de discrepância³¹. Sendo

26 Sobre o assunto vide, Salazar Arias, *op. cit.*, pp. 324 e ss.

27 Cod. Theod. I, 27,2. *Episcopale iudicium sit ratum omnibus, qui se audiri a sacerdotibus adqueverint. Cum enim possint privati inter consentientes etiam iudice nesciente audire, his licere id patimur, quos necessario veneramus eamque illorum iudicationi adhibendam esse reverentiam, quam vestris deferri necesse est potestatibus, a quibus non licet provocare. Per publicum quoque officium, ne sit cassa cognitio, definitioni exsecutio tribuatur.* Justiniano pela Novela 123 do ano de 541 tratou da competência para as causas civis da *Episcopalis audientia*.

28 Realizou-se em 363 ou 364.

29 Concílios de Ancyra e de Neocesária. No século V o Concílio da Calcedônia confirmou as proibições.

30 Sobre a questão de uma possível união entre pessoas do mesmo sexo vide Magalhães, David, Apontamento sobre o «Matrimónio» de pessoas do mesmo sexo no Direito Romano, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXV, 2009, pp. 811-823.

31 Santo Ambrósio e Santo Agostinho afirmam a contraposição. O Bispo de Hipona afirma: *non iure fori sed iure coeli*, in *Sermões*, 392, 2.

extremamente fácil³² no direito romano era, e é, inadmissível para a Igreja³³.

Justiniano, apesar de não abolir o divórcio, num gesto ousado, suprimiu o divórcio por mútuo consentimento³⁴ – *...iubemus, praeter illas causas nullo modo repudia fieri, aut per consensum nuptias solvi, et concedem invicem delictis*. . Tal sugere uma aproximação entre o casamento no direito justinianeu e o casamento canônico³⁵. No entanto é por demais conhecido que jamais se tornaria um instituto canônico-romano.

O matrimônio canônico está baseado na lei divina, regulado por normas morais austeras, disciplinado pelas leis eclesiásticas. O complexo de deveres dos cônjuges para com Deus, dirigidos para a salvação das almas, é o que há de fundamental no casamento cristão. Já o casamento romano, mesmo ao tempo dos Imperadores católicos, permaneceu uma instituição civil. Nem sequer poderíamos afirmar ter havido ao menos uma união limitada das duas concepções, com efeitos civis reconhecidos do matrimônio canônico³⁶.

Há, pois, uma coexistência, com influência paulatina do cristianismo sobre o casamento romano, mas jamais união entre os dois direitos. Biondi afirma que somente no século X, no Ocidente, houve o reconhecimento generalizado da jurisdição eclesiástica em matéria matrimonial³⁷.

32 Chegam a ser cômicos os casos referidos por Troplong. Citando Plutarco refere o motivo do divórcio de Paulo Emílio da sábia e doce Papíria. Paulo Emílio haveria dito que seus sapatos estavam novos, eram bem feitos, e, contudo, se via obrigado a trocá-los. Ninguém poderia saber senão ele onde eles apertavam. *Op. cit.*, Tours, 1902, pp. 148-149. Mecenas ficara famoso pelos seus mil casamentos e seus divórcios quotidianos – *quotidiana repudia*, dizia Sêneca.

33 Sobre a reafirmação categórica da doutrina da Igreja em matéria de indissolubilidade ver o debate iniciado na sessão conciliar de 29 de Setembro de 1965, O Indissolubilidade do Matrimônio, in *Lumen*, vol. XXIX, 1965, pp. 960-962.

34 Nov. 134, 11; A pena cominada para dissolução do matrimônio sem fundamento nas causas previstas era a imediata divisão dos bens dos cônjuges entre os herdeiros e o recolhimento perpétuo para um monastério: *... et tam virum quam mulierem in monasterium mitti in omnibus vitae suae temporibus...* O texto refere, pois, diversas excepções. Durou pouco a proibição, tendo em vista que o seu sucessor, Justino II, voltou a permiti-lo.

35 Vide G. D'Ercole, *op. cit.*.

36 Como hoje em alguns países que celebraram concordatas com a Santa Sé.

37 Cfr. Biondi, Biondo, *Il Diritto Romano Cristiano*, III, Milano 1954, p. 71.

ALGUNS IMPEDIMENTOS CANÔNICOS RECEPCIONADOS PELO DIREITO PÓS-CLÁSSICO E JUSTINIANEU

Algumas disposições canônicas relativas ao casamento encontraram acolhida no direito romano. Foi constante o esforço dos Padres da Igreja para que os Imperadores recepcionassem as prescrições eclesiásticas sobre o casamento. A concepção radical cristã de alguma forma buscava se afirmar no sistema jurídico romano³⁸.

Foi efectivamente em matéria de impedimentos – aliás expressão cunhada pela técnica canonística – que a legislação conciliar acabou por ser recebida pelo direito romano. Os obstáculos à formação do vínculo matrimonial se afirmaram, assim como as causas de nulidade.

Os impedimentos dirimentes invalidam a celebração, fulminando o casamento com a nulidade. Já os impedimentos impedientes não o invalidam em caso de celebração. A legislação civil adoptará a terminologia para os mesmos efeitos, sendo enriquecida com a distinção entre nulidade e anulabilidade, inexistente para os romanos. Evidente serem as circunstâncias próprias do carácter ético-religioso do matrimônio canônico aqueles que mais nos interessam quanto aos impedimentos. Vejamos, então, alguns deles:

a) o *impedimentum disparitatis cultus*, imposto desde os tempos apostólicos, foi consagrado pelos Concílios. Tal impedimento foi desconhecido pelo *ius classicum*. Constantino haveria proibido o casamento entre cristãos e pagãos³⁹. Seu sucessor, Constâncio, em 329, proibiu, sob pena de morte, casamento entre cristãos e judeus⁴⁰. A disparidade de culto existe a partir do facto de um dos nubentes não ser baptizado. Justiniano acolheu a proibição de Constâncio no *Codex* I,9,6.: «*Ne quis christianam mulierem in matrimonium iudaeus accipiat neque iudaeae christianus coniugium sortiatur*». O dito casamento foi considerado crime punido como adultério.

b) a ordem sacra, vinculada às disposições sobre o celibato eclesiástico, foi introduzida por Justiniano⁴¹. Citemos o fragmento traduzido na língua de Quevedo, em homenagem aos congressistas hispânicos:

«No permitiendo los sagrados cánones, ni a los presbíteros amantísimos de Dios, ni a los reverendísimos diáconos o subdiáconos, contraer nupcias después de tal ordenación, sino concediendo esto solamente a los reverendísimos cantores y a los lectores, hemos sabido que algunos desprecian los sagrados cánones, y engendran hijos en mujeres con quienes no pueden unirse según la regla

38 Vide Albertario, op. cit..

39 Há controvérsia.

40 Sobre o tema, Solazzi, *Le unione di Cristiani e Ebrei nelle leggi del Basso Impero*, *Atti Soc. Reale Neapoli*, XXXIX, Napoli, 1938, pp. 164 e ss.

41 *Codex* I,3,45.

sacerdotal. Mas como la pena de este delito consistia en la sola pérdida del sacerdocio, y también nuestras leyes quieren que los sagrados cánones no tengan menos eficacia que las leyes, mandamos que se apliquen a las cosas que se consideraron en los sagrados cánones, lo mismo que si hubiesen sido comprendidas en las leyes civiles, y que todos estos hombres sean privados, así del sacerdocio, como de su divino ministerio, y también de la misma dignidad que tienen. Porque así como tales cosas están prohibidas por los sagrados cánones, así también están vedadas las mismas según nuestras leyes, y además de la sobredicha pena de salir de su ministerio, no sean ciertamente legítimos los que de tal desordenada conjunción nacieron...»

O *impedimentum ordinis sacri* se refere às ordens sacras maiores, que impõem, sem qualquer espécie de exceção, o celibato. A ordem constitui incapacidade para contrair validamente o matrimônio. O art. 1058, parágrafo 5º., do Código Civil Português de 1867, o Código Seabra, proibia o casamento: *aos que tiverem o impedimento da ordem, ou se acharem ligados por voto solemne reconhecido pela lei.*

Diversos canonistas hoje o consideram impedimento dirimente. Creio ser o mesmo entendimento para o período que nos interessa.

c) *cognatio spiritualis*: foi consagrado por Justiniano em 530⁴²:

«Ea videlicet persona omnimodo ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis, sive alumna sit sive non, a sacrosancto suscepit baptisate, quum nihil aliud sic inducere potest paternam affectionem et iustam nuptiarum prohibitionem, quam huiusmodi nexus, per quem Deo mediante animae eorum copulatae sunt».

Estamos diante do chamado parentesco espiritual entre o batizado, ou o crismado, e o padrinho. Alguns autores hodiernamente não consideram a hipótese no caso do sacramento da confirmação. Certo é que, durante o período colonial brasileiro, as *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia* dispuseram da seguinte forma o impedimento no se Livro I, título 286, sob a epígrafe de impedimento dirimente:

«4. *Cognação: é esta de tres maneiras, natural, espiritual, e legal... Espiritual que se contrahe nos Sacramentos do Baptismo, e da Confirmação, entre o que*

42 Codex 5,4,26. Devendo-se proibir, certamente, de todos os modos que contraíam núpcias entre aquela a quem alguém, sendo ou não sua alumna, adoptou no sacrossanto baptismo, porque de nenhuma outra maneira se pode presumir uma tal afeição paternal e a justa proibição de núpcias mais do que em semelhante laço, pelo que se uniram, perante Deus, as suas almas.

baptiza, e o baptizado, e seu pai, e mãe; e entre os padrinhos, e o, baptizado, e seu pai, e mãe; e da mesma maneira no Sacramento da Confirmação».

d) o voto, introduzido por Constâncio⁴³, em 354. Uma década depois o Imperador Joviano⁴⁴ proibiu, sob pena de morte, o simples facto de tentar se casar com virgens⁴⁵ ou viúvas consagradas. No século VI Justiniano dispôs também sobre os votos dos monges. É o que se depreende da *Novella* 5,8. Estamos diante da *professio religiosa solemnitas*.

Actualmente a profissão em ordem religiosa que, obviamente, obriga a voto solene, torna incapaz, segundo alguns canonistas. Mas é, segundo outros, impedimento dirimente.

Já vimos o que dispunha sobre a matéria o Código de Seabra de 1867.

e) afinidade⁴⁶; o Concílio de Neocesária consagrou o impedimento. Na época clássica já estavam impedidos de casar o padrasto e a enteada, a madrasta e a enteada, sogro e nora e sogra e genro. Constantino II, em 355, legislou sobre a matéria para o Ocidente, e Teodósio I para o Oriente. A influência do cristianismo se faz notar na disposição do Codex 5,5,5: «*Fratri uxorem ducendi vel duabus sororibus coniungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocumque modo coniugio*». Proibiu-se, então, o casamento entre os cunhados. O direito justinianeu, finalmente, afastou este impedimento⁴⁷.

43 Cod. Theod. 9, 25, 1.

44 Cod. Theod. 9,25,2.

45 Lembra a pena severíssima em relação às vestais.

46 *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, Livro I, título 86, I I. Afinidade: convêm a saber, que o marido pelo Matrimonio consummado contrahe afinidade com todos os consaguineos de sua mulher até o quarto grão, e assim, morta ella, não póde contrahir Matrimonio com alguma sua consaguinea dentro dos ditos grãos. E da mesma maneira a mulher contrahe afinidade com todos os consaguineos de seu marido até o quarto grão. Tambem a contrahe aquelle que tiver copula illicita perfeita, e natural com alguma mulher, ou mulher com varão; e por esta causa não póde contrahir Matrimonio com parente do outro por consanguinidade dentro do segundo grão.*

47 Cfr. Santos Justo, A., *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, 2010, pp. 400-401.

CONCLUSÃO

O Cristianismo encontrou enorme resistência à sua doutrina acerca do matrimônio. E não foi somente no período clássico.

A radicalidade da doutrina da Igreja, sobretudo no combate ao divórcio, gerou forte oposição mesmo no período dos Imperadores cristãos, que legislaram copiosamente sobre matérias eclesiásticas, recepcionando Concílios que deram tratamento ao sacramento do matrimônio. Gaudemet afirmou que *au Bas-Empire, sous l'influence de l'Eglise, les empereurs élaborent une législation restrictive, qui fait violence aux mœurs romaines*⁴⁸.

A sociedade de então, como hoje, muito afeita às filosofias sensuais e hedonistas, resistiu à doutrina ascética proposta pelos seguidores da Cruz.

Fica a questão relativa às sentenças da *Episcopalis audientia* e a sua recepção pelo direito romano. Pensamos, por exemplo, na declaração de nulidade de um casamento pelo tribunal eclesiástico e de possíveis efeitos em matéria hereditária. De alguma maneira o efeito das sentenças eclesiásticas deveria influir sobre o direito romano. Faz-se necessário aprofundar o tema.

O contributo mais patente para o direito romano foi em matéria de impedimentos, com a recepção, no período pós-clássico – evidentemente após Constantino – e pelo direito justinianeus, dos cânones conciliares. Foi por esse caminho que as ideias cristãs ganharam terreno no território jurídico. E, pouco a pouco, a instituição da Família foi se fortalecendo. As concepções cristãs e o direito imperial tiveram a sua parte nesse processo. Mas será somente no século X, e no Ocidente, que a jurisdição eclesiástica sobre o casamento estará consolidada.

A doutrina evangélica, reforçada pelas decisões conciliares, irá fundar a Cristandade, que Leão XIII descreveu como uma espécie de Idade de Ouro na Encíclica *Immortale Dei*⁴⁹ com estas palavras:

48 Vide Justum Matrimonium, *Revue Internationale des droits de L'Antiquité*, Bruxelles, 1949, tomo 2, pp. 309 e ss..

49 Publicada em 1 de Novembro de 1885, A Carta Encíclica trata da Constituição Cristã dos Estados. Ao citar Santo Agostinho no texto da Encíclica toca o Pontífice Máximo a questão da conformação da sociedade à doutrina da Igreja de maneira penetrante e nos seguintes termos: «**Em várias passagens Santo Agostinho, segundo o seu costume, salientou o valor desses bens, mormente quando interpela a Igreja Católica nestes termos:** “Tu conduzes e instruis as crianças com ternura, os jovens com força, os velhos com calma, como o comporta a idade não somente do corpo, mas ainda da alma. Sujeitas as mulheres aos maridos por uma casta e fiel obediência, não para cevar a paixão, mas para propagar a espécie e constituir a sociedade da família. Dás autoridade aos maridos sobre as mulheres, não para zombarem do sexo, mas para seguirem as leis de um sincero amor. Subordinas os filhos aos pais por uma espécie de servidão livre e prepões os pais aos filhos por uma espécie de terna autoridade. Unes não só em sociedade, mas numa espécie de fraternidade, os cidadãos aos cidadãos, as nações às nações e os homens entre si pela lembrança dos primeiros pais. Ensinas os reis a velarem sobre os povos, e prescreves aos povos submeter-se aos reis. Ensinas com cuidado a quem é que é devida a honra, a quem a afeição, a quem o respeito, a quem o temor, a quem a consolação, a quem a advertência, a quem o incentivo, a quem a correcção, a quem a reprimenda, a quem o castigo; e fazes saber como, se nem todas essas coisas são devidas a todos, a todos é devida a

«Tempo houve em que a filosofia do Evangelho governava os Estados. Nessa época, a influência da sabedoria cristã e a sua virtude divina penetravam as leis, as instituições, os costumes dos povos, todas as categorias e todas as relações da sociedade civil».

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTARIO, Fattori della evoluzione del Diritto Romano postclassico e la formazione del Diritto Romano giustiniano, *Studia et Documenta Historiae et Juris*, I, 1935.

..... Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'agostino, *Archivio Giuridico*, 1931.

ALVAREZ, Ursicino, Influencias del Cristianismo en el Derecho Romano, *Revista de Derecho Privado*, tomo XXV, Madrid, 1941.

AUBENAS, R., *De l'Influence du Christianisme sur le Droit Romain*, Paris, 1948.

BARDY, G, La politique religieuse de Constantin après le Concile de Nicée, *Revue des sciences religieuses*, 8, 1928.

BATTIFOL, P, L'empereur Justinien et le Siège Apostolique, *Revue des sciences religieuses*, 16, 1926.

BAVIERA, G, La codificazione giustiniana e il Cristianesimo, *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano*, II, Roma, 1935.

BIONDI, Biondo, *Il Diritto Romano Cristiano*, III, *La Famiglia – Rapporti Patrimoniali – Diritto Pubblico*, Milano, 1954.

BRASIELLO, U, Premesse relative allo studio dell'influenza del Cristianesimo sul Diritto Romano, *Scritti di Diritto Romano in onore di Contardo Ferrini, pubblicati in occasione de la sua Beatificazione*, 1949, IV.

CHENON, E, les conséquences juridiques de l'édit de Milan, *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, XXXIII, 1914.

FERNANDEZ-GALIANO, A., El Cristianismo y la filosofía jurídica del mundo clásico, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, n. 10, Madrid, 1961.

GAUDEMET, Justum Matrimonium, *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*, Bruxelles, 1949.

JONKERS, E.J., Quelques remarques sur les Pères de L'Eglise et les Conciles et les Constitutions des Empereurs chrétiens en leurs rapports réciproques, comme sources pour l'histoire du Bas-Empire, *Mélanges De Visscher*, vol I, 1949.

G. D'ERCOLE, Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel Diritto romano e nei Padri della Chiesa, *Studia et documenta historiae et iuris*, V, 1939.

HOHENLOHE, Constantin. *Einfluss des Christentum auf das Corpus Iuris Civilis – Eine rechtshistorische Studie zum verstandnisse der sozialen Frage*, Wien, 1937.

LEHMAN, Nelson, *A Religião Civil do Estado Moderno*, Brasília, 1985.

MAGALHÃES, David, Apontamento sobre o «Matrimónio» de pessoas do mesmo sexo no Direito Romano, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXV, 2009.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Estudos de Direito Romano*, Brasília, 2009.

....., *Direito Romano*, Rio de Janeiro, 2007.

M. TROPLONG, *De l'Influence du Christianisme sur le Droit Civil des Romains*, Tours, 1902.

ORESTANO Alcuni considerazioni sui rapporti tra matrimonio romano e matrimonio cristiano nell'età postclassica, *Studi in onore di Contardo Ferrini*.

PADELLETTI, Roma nella storia del diritto, *Archivio Giuridico*, XII, 1874.

RASI, Piero, Il diritto matrimoniale nei glossatori, *Studi in onore di Carlo Calisse*, I, Milano, 1940..

RICCOBONO, L'influsso del Cristianesimo sul Diritto Romano, *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano*, II, Roma, 1935.

SALAZAR ARIAS, José V., *Dogmas e Cánones de la Iglesia en el Derecho Romano*, Madrid, 1954.

SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano – IV (direito da família)*, Coimbra, 2008.

....., *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, 2010.

SOLAZZI, Le unione di Cristiani e Ebrei nelle leggi del Basso Impero, *Atti Soc. Reale Neapoli*, XXXIX, Napoli, 1938.

VIEIRA CURA, A., A «união de facto» (concubinatus) no Direito romano – da indiferença Jurídica Clássica à relevância jurídica Pós Clássica e Justinianeia, *Juris et de Jure*, nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP, Porto, 1998.

