

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO

Álvaro Villaça Azevedo
Titular da Faculdade de Direito da USP

INFLUÊNCIA DO CASAMENTO ROMANO NO CASAMENTO DE FATO

SUMÁRIO

A - CASAMENTO NO DIREITO ROMANO: 1. - Conceito de casamento; 2. - Natureza Jurídica do casamento; 3. - Conventio in manum; 4. - Usus; 5. -Dissolução do casamento; 6. - Concubinato.

B - CASAMENTO DE FATO NA ATUALIDADE: 7. -Generalidades; 8.- Inglaterra; 9.- Escócia; 10.- México; 11.- Portugal e Brasil.

A – CASAMENTO NO DIREITO ROMANO

I - CONCEITO DE CASAMENTO

Nos dois conceitos de matrimônio, que se mostram no Digesto, o de Modestino (Digesto 23, 2,1), e, nas Institutas do Imperador Justiniano, provavelmente, o de Florentino ou de Ulpiano (Institutas I, 9, 1; e cf. Edoardo Volterra, Matrimonio, diritto romano, in Enciclopedia del Diritto, Ed. Giuffrè, Milano, 1975, vol. XXV, pág. 754), estão presentes dois elementos distintos: o objetivo, resultante da convivência do marido e da mulher, e o subjetivo, representado pela afeição marital.

Realmente, no conceito de Modestino, percebem-se, e com nitidez, esses elementos, quando assenta ele que “as núpcias são a união do marido e da mulher e o consórcio para toda a vida, a comunicação do direito divino e do humano”(Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio).

Também, na mencionada conceituação das Institutas, “as núpcias, ou matrimônio, são a união do varão e da mulher, implicando uma comunhão indivisível de vida”(Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens).

Como bem aponta Luis Alberto Peña Guzmán e Luiz Rodolfo Arguello (Derecho Romano, Tip. Ed. Argentina - TEA, Buenos Aires, 2ª ed., 1966, 2º vol., págs. 476 e 477), o casamento romano não era um ato jurídico, que se aperfeiçoasse “pelo cumprimento de formalidades especiais”; estava, isto sim, integrado pelos aludidos elementos, objetivo e subjetivo.

Pelo primeiro elemento, não bastava o simples acordo inicial de viver sob o casamento, mas era necessário a convivência duradoura dos esposos, com a introdução da mulher no domicílio conjugal, mesmo não estando presente o marido.

Esse elemento material representava não só a união sexual dos cônjuges, sua convivência, como também uma série de fatos que se inserem na expressão honor matrimonii, como a coabitação, a constituição de dote e a posição social.

O segundo elemento mostra a intenção dos cônjuges de considerarem-se marido e mulher (*affectio maritalis et uxoris*), sendo, portanto, de ordem material ou espiritual, consistindo na comunhão assistencial, enquanto durasse o matrimônio.

Como tive oportunidade de ponderar, em outro trabalho (Álvaro Villaça Azevedo, Dever de Coabitação, Inadimplemento, Ed. José Bushatsky, São Paulo,

1976, págs. 46 e 50; atualmente, em 2ª ed. pela Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 23), a afeição conjugal era indispensável fator à própria existência do casamento, pois parece ter sido uma lição dos romanos, plantada como semente de grande espiritualidade, que deu ao matrimônio esse colorido imaterial, entretanto, em um regime de desigualdade de direitos entre o homem e a mulher, mas que viria a ser cultivada, em sentido de constante humanização, sob a influência do cristianismo, como verdadeiro exemplo à formação da família moderna, onde a independência dos membros da família existe, e sob um mútuo controle e respeito de um pelo outro.

Fiz ver, então, ainda, que, no direito romano, a *affectio* dos cônjuges era o elemento mais importante do casamento, entretanto, não é de desprezar-se a convivência de ambos, principalmente porque ela se manifestava num complexo de outras situações, que se entendiam na expressão *honor matrimonii*, já ressaltadas.

Referindo-se aos conceitos de casamento, atrás apontados, faz ver Biondo Biondi (*Il Diritto Romano*, Ed. Licinio Capelli, Bologna, 1957, págs. 320 e 321) que eles se inspiram na “concepção realística do matrimônio, sem preocupar-se com seu enquadramento na estrutura jurídica”, concluindo que essas enunciações destacam, em primeiro plano, “a união entre pessoas de sexo diverso”, explicando que não é qualquer união sexual, a considerar-se matrimônio, mas a que “importa a mais perfeita e total comunhão de vida”; daí, afirmar-se que esse instituto consiste na *communicatio divini et humani iuris* (comunhão total, sob o aspecto humano e divino), no *consortium omnis vitae* ou *individua consuetudo vitae* (a significar “universalidade e perpetuidade de vida em comum”). Por tal razão, continua, o matrimônio, “sendo privado de forma, difere das uniões temporâneas e do concubinato, porque falta aquela união total e perpétua de vida, que constitui a essência do matrimônio”.

Desse modo, o casamento romano exteriorizava-se, à vista dos parentes, dos amigos e da sociedade, como verdadeiro fato, do conhecimento público e com a durabilidade convivencial dos esposos, animada pela recíproca afeição de serem marido e mulher.

2 - NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

A ausência de formalidades jurídicas especiais não implicava falta de cerimônias religiosas e sociais, que eram costumeiras entre os antigos romanos.

Tanto que lembra, e com muita razão, Ebert Chamoun (Instituições de Direito Romano, Ed. Rio, Rio de Janeiro, 6ª ed., 1977, págs. 157 e 162) que os já mencionados conceitos de casamento realçam, tão-somente, o conteúdo ético do instituto, pois, juridicamente, o matrimônio “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”, que “eram a convivência e a intenção de ser marido e mulher”.

Acrescenta, ainda, que “A captura na guerra dissolvia definitivamente o casamento; o *ius postliminii* não o renovava por ser ele um estado de fato. Contudo, Justiniano proibiu as novas núpcias enquanto fosse certa a vida do cônjuge e, se incerta, permitiu-as apenas depois de cinco anos; o cônjuge infrator sofria sanções do divórcio sem justa causa”.

O casamento, foi, em Roma, assim, “um mero fato, uma *res facti* como a posse, também integrado por um elemento objetivo e outro intencional”, ensinam Guzmán e Arguello (Oc., pág. 477); prova disso é o *postliminium*, que não operava, quanto ao casamento, no tocante à reaquisição do estado matrimonial, quando o marido cativo tornava a Roma. Isto porque, continuam os mesmos romanistas, a prisão do esposo “rompia o estado de fato”, provocando a dissolução matrimonial, restabelecendo-se a situação anterior somente com novo matrimônio.

Complementa Adalácio Coelho Nogueira (Introdução ao Direito Romano, Ed. Forense, Rio-São Paulo, 1ª ed., 1971, 2º vol., pág. 9) que não se deve considerar o casamento romano ato jurídico, pois 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. Eram carentes de qualquer valor jurídico, embora se revestissem de importância social”.

Bem atesta E. Hölder (Istituzioni di Diritto Romano, Ed. Fratelli Bocca, Torino, trad. do alemão por Dante Caporali, 1887, pág.281), nesse sentido, mostrando que não existe uma forma jurídica para a conclusão do casamento cum manu, pois ele nasce não da declaração formal dos nubentes, mas da atuação de fato da vontade objetivando a convivência conjugal, tal como contida na *domum deductio*. Era, desse modo, indispensável o cumprimento fático da união.

Afirma Max Kaser (Derecho Romano Privado, Instituto Editorial Reus, Madrid, trad. da 5ª ed. alemã, por José Santa Cruz Teijeiro, 1968, págs. 256, 257

e 263.), após ponderar que a concepção do casamento romano é bem diversa da atual, inspirada em moldes cristãos, que, em Roma, o *matrimonium* não foi encarado como uma relação jurídica, mas como um fato social, produtor de efeitos jurídicos reflexos; semelhantes, nesse aspecto, com a posse (*possessio*), que é, igualmente, um *factum*, que gera também, efeitos jurídicos.

Acrescenta, mais, esse Autor, em genial síntese, que, “como o matrimônio romano não é relação jurídica, mas um fato social, os princípios referentes à celebração, dissolução e proteção do matrimônio não constituem uma regulamentação propriamente jurídica, mas que melhor se enquadram no campo da ética. A celebração do matrimônio não é um negócio jurídico, nem está ligada à observância de formas jurídicas. Seus pressupostos não estão sujeitos a uma comprovação estatal. A ação para demandar a declaração de existência ou não do matrimônio é desconhecida, e muito mais uma ação para conseguir a constituição de uma comunidade matrimonial. Cada uma das partes é livre para provocar a dissolução do matrimônio, sem que esteja obrigada a aduzir os motivos que a induzem à separação. Tampouco precisa de um procedimento judicial que fiscalize a existência ou inexistência de tais motivos. Os vínculos morais que ligam os cônjuges têm sido, durante muitos séculos suficientes para assegurar a subsistência do matrimônio”. E, em arremate, o casamento é “um fato da vida social”.

Aliás, cuidando dos elementos essenciais do matrimônio romano, assenta Pietro Bonfante (*Corso di Diritto Romano, Diritto di Famiglia*, Ed. Giuffrè, Milano, 1963, vol. 1º, pág. 257) que os dois momentos dele surgem da relação social, sendo a *affectio maritalis* sua “alma e essência”, como vontade duradoura e não momentânea. Mas, conclui o mesmo jurista italiano, “se o matrimônio romano não é mais que a relação social elevada à relação jurídica, convém que a união conjugal seja reforçada claramente por palavras e por fatos. O Direito romano não tem sua forma própria, para a celebração do matrimônio, nem poderia ter, sem que a relação social viesse a ser alterada, sem que viesse a estabelecer-se um conflito entre matrimônio social e matrimônio legal, o que é precisamente contra a essência do matrimônio romano”. Certo é que quanto mais pompa a cerimônia cercasse o casamento, em Roma, com maiores festividades, nenhuma dúvida restava quanto a sua existência. Explica, ainda, que essa referida celebração não é forma legal, mas meio de comprovação. E completa, dizendo: “Independentemente dessa união legal pode” tal celebração “subsistir na realidade, e, dado que subsista, é reconhecida pelo direito”. Realmente, “na dúvida, a convivência com mulher de condição honrada interpreta-se sempre como matrimônio. Diz Modestino: *in liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*”.

Para celebração das núpcias, os romanos valiam-se do acordo de vontade dos nubentes, da participação do grupo social e da proteção dos deuses, explicando Michel Humbert (*Le Remariage à Rome, Étude d'histoire juridique et*

sociale, Ed. Giuffrè, Milano, 1972, págs. 3 e 4) que essas cerimônias nupciais “não tinham um valor jurídico essencial”, pois elas não eram condição de formação do casamento, sendo suficiente o aludido acordo de vontades “sem formas para que uma união legítima se formasse”. Assim “a sociedade atribuía às formas do casamento um valor que o direito ignorava”.

É verdade, atesta A.M. Prichard (Leage's Roman Private Law, Ed. Macmillan, New York, 3ª ed., 1967, pág. 100), que, em certos casos, houve proibições de casamentos, entre os romanos, todavia, por outro lado, a lei simplesmente aceitava a intenção das partes de criarem sua sociedade matrimonial, admitindo as consequências de direito. Por isso, assenta, “O casamento era mais uma instituição de realidade social do que jurídica”.

O mesmo reafirma Salvatore di Marzo (Lezioni sul Matrimonio Romano, Ed. L'Erma di Bretschneider, Roma, 1972, pág.5), assentando, ainda, que o ordenamento jurídico não intervém, de qualquer modo, na vontade livre dos nubentes, “mas limita, sua ação ao reconhecimento exterior do instituto do matrimônio, já criado pela aludida vontade, cooperando, ao contrário, algumas vezes, a ampará-lo e completá-lo.”

Recentemente, alguns romanistas têm feito colocações, quanto à natureza jurídica do casamento, alterando, em parte, esse entendimento, insurgindo-se contra o elemento objetivo (a convivência, a vida em comum), como nos mostra José Carlos Moreira Alves (Direito Romano, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980, 3ª ed., vol. II, págs. 337 e 338), referindo-se a Volterra e Orestano, para os quais a existência do casamento baseava-se na “*affectio maritalis*” (elemento subjetivo).

Todavia, assenta Edoardo Volterra (Istituzioni di Diritto Privato Romano, La Sapienza Editrice, Roma, 1993, p. 645) que é de revelar-se que “o matrimônio nos antigos direitos orientais são concluídos por meio de um contrato, geralmente realizado por um documento escrito, em quanto o fundamento jurídico do matrimônio romano constitui-se pelo simples consenso, expresso em qualquer forma, pelos cônjuges: as fontes romanas”, lembra o mesmo juriconsulto, “insistem em declarar que a redação do contrato nupcial e dotal não fazem surgir o vínculo conjugal”. E completa: “A diferença dos outros direitos antigos, nos quais o matrimônio é constituído pela manifestação de vontade só do homem, no direito romano é necessária a vontade de ambos os cônjuges”.

Ao seu turno assenta Giovanni Pugliese (Istituzioni di Diritto Romano, sintesi, com a colaboração de Francesco Sizia e Letizia Vacca, G. Giappichelli Editore, Torino, 1994, p. 257) que “O ter qualificado o matrimônio como uma situação de fato não deve levar a crer que os romanos no nosso período” (refere-se ao pré clássico e clássico) “tivessem uma concepção materialista do nosso instituto. Em verdade, o elemento que eles consideravam essencial no matrimônio não era certamente a união sexual e nem mesmo a convivência, mas

a maritalis affectio. Desse modo, os cônjuges podiam viver separados, mesmo a longo tempo, mas seu matrimônio permanecia, porque eles continuavam a tratar-se exteriormente como marido e mulher e conservavam a maritalis affectio. Tratava-se, em substância, de uma concepção espiritualista, não separada, bem-entendido, da devida consideração dos elementos materiais”. E isso está bem retratado na célebre conceituação do casamento, dada por Modestino.

Também pondera Mario Talamanca (Istituzioni di Diritto Romano, Ed. Giuffrè, Milano, 1990, p. 131) que é comum o entendimento de que, “na experiência romana, o matrimônio esteja, mais do que outro instituto, regulado pelo costume, e que seja uma relação mais de fato do que de direito”. Trata-se de expressões genéricas, talvez um pouco para efeito, que não podem ser entendidas em seu próprio sentido literal”... “a norma jurídica descreve uma situação de fato à qual vêm reconduzidos determinados efeitos jurídicos”.

Não deixa, portanto, o casamento de nascer de um fato, que produz consequências jurídicas.

Destaque-se, finalmente, que não havia celebração oficial, pelo Estado Romano, como existe hoje, no casamento civil.

3 - CONVENTIO IN MANUN

O casamento civil romano, conhecido como *matrimonium iustum* ou *iustae nuptiae*, podia implicar ou não a submissão da mulher à autoridade do *pater familias* da casa de seu marido, ou deste, se fosse *pater*, conforme se fizesse ou não acompanhar da *conventio in manum*.

Era justo ou legítimo o casamento romano, quando estivessem presentes três requisitos: o consentimento recíproco dos esposos, ou de seus pais, se sujeitos ao poder destes; a puberdade e a nubilidadade dos nubentes; e o *ius conubii* destes, que consistia na posse do *status civitatis* e do *status libertatis*, simultaneamente.

Aliás, assim, ensinou Ulpiano (*Liber Singularis Regularum*, V, 2), quando assentou que “O matrimônio é justo” ou legítimo, “se entre aqueles, que contraem as núpcias, existir *conubium*, e se tanto o varão for púbere, quanto a mulher núbil, e se um e outro consentem, sendo *sui iuris*, ou ainda, consentem “seus pais, se sujeitos ao poder destes” (*ustum 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*).

Como visto; o casamento justo ou legítimo podia existir *cum* ou *sine manu*.

Pondera Edoardo Volterra (*Ist. c.*, pág.646) que não se deve confundir matrimônio *cum manu* e *sine manu*, pois 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.

Explica, entretanto, Giovanni Pugliese (*O.c.*, págs. 253 e 254) que, no período antigo, matrimônio e *manus*, embora sendo institutos diversos, eram “estritamente conexos”. Para a constituição da *manus* eram previstos dois atos distintos, a *confarreatio*, que era “uma espécie de matrimônio religioso”; e a *coemptio*, que era uma compra fictícia da mulher, mediante a *mancipatio*.

Se nem a *confarreatio* e nem a *coemptio* estivessem válidas, por qualquer motivo, podia a *manus* nascer pelo *usus*, isto é, pelo exercício de fato, por um ano, desse poder sobre a mulher, vivendo como esposa, na família. Era uma espécie de usucapião.

Mostra o mesmo romanista, em seguida, que, no período antigo, a *manus* não podia subsistir sem o matrimônio, sendo certo que este sem a *manus* não tinha relevância para o direito, mas somente para o costume ou a moral,

e no interior da família. “A conventio in manum, em certo sentido, constituía o invólucro do matrimônio, “tornando-o juridicamente relevante, com a entrada da mulher na família do marido, fazendo-a sair de sua família de origem”.

Pelo casamento cum manu, a mulher integrava-se na família agnática de seu marido, inclusive levando a ela seu patrimônio, submetendo-se, assim, à manus e sofrendo uma capitis deminutio mínima, porque deixava sua família de sangue.

A manus ocasionava a passagem de todos os bens, presentes e futuros, da mulher ao patrimônio de seu marido, tornando-se, juridicamente, filha deste e irmã de seus filhos, agnada de todos os agnados do marido e herdeira deste, como explica A. Typlado Bassia (*Le Droit Romain*, Ed. A. Chevalier, Marescq, Paris, 1898, tomo 1º, pág. 37), sendo certo que os poderes do marido foram se tornando, paulatinamente, análogos aos do pater familias. Acentua, ainda, esse Autor que a viuvez tornava a mulher sui iuris, colocando-a sob a tutela de seu agnado mais próximo.

Pondere-se, nesse passo, com Biondo Biondi (O.c., pág. 319) que a conventio in manum era considerada como instituto jurídico, disciplinada quanto a sua constituição e seus efeitos, contudo tal não se dava com o casamento, pois a lei o contemplava, não como tal, mas, apenas, por seus “reflexos jurídicos”, seja do ius civile como da “legislação pretoriana e imperial”.

O casamento cum manu realizava-se, pelo farreum pela coemptio ou pelo usus, como retrata Gaio (*Institutas*, I, 110 a 113), explicando cada um desses modos de aquisição da manus.

A confarreatio, que era o procedimento matrimonial reservado ao patriciado, consistia na oferta a Júpiter Farreus de um pão de farinha de trigo (panis farreus), em ritual religioso, perante dez testemunhas, acompanhado de palavras solenes do sacerdote de Júpiter (flamen Dialis).

A coemptio é o casamento privativo dos plebeus, em que a manus se concretiza pela venda simbólica da mulher ao marido pela cerimônia que se assemelha pela forma, não pelas palavras, à mancipatio (modo solene, de transferir a propriedade), ensina José Cretella Júnior (*Curso de Direito Romano*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1983, pág. 120), e que “A própria mulher é que se vende, que se mancipa ao marido na presença de cinco cidadãos púberes e de um porta-balança (libripens)”, sendo certo que a coemptio, aduz ainda, “lembra a certos autores os primitivos costumes em que o marido comprava realmente a mulher, mediante pedaços de metal oferecidos ao pai.”

O usus, por sua vez, era o casamento pela coabitação ininterrupta do homem e da mulher por um ano, e que será estudado sob título autônomo, dada

a sua importância maior, no tocante ao tema sob cogitação.

Procurando diferenciar esses modos de aquisição da manus, explica Paul Frédéric Girard (*Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Ed. Rousseau, Paris, 8ª ed., 1929, pág. 165) que a *confarreatio* foi, verdadeiramente, um casamento religioso, que guardou, sempre, numerosos caracteres arcaicos, ao passo que a *coemptio*, por sua vez, foi o casamento civil ao lado do primeiro, o casamento plebeu ao lado do casamento do patriarcado, sendo certo que o *usus* era para a *coemptio* o que a usucapião significava para a *mancipatio*, representando a aquisição pela posse prolongada.

Tenha-se presente, ainda, segundo a lição de A. Esmein (*Mélanges D'Histoire du Droit et de Critique, Droit Romain, Le Manus, la Paternité et le Divorce dans l'Ancien Droit Romain*, Ed. L. Larose et Forcel, Paris, 1886, págs. 8 e 9) que devemos acreditar ter sido a *confarreatio* o modo mais antigo de *conventio in manum mariti*, sendo certo que Autores há que entendem ter surgido a *coemptio*, em seguida, outros o *usus*. É provável, continua o mesmo Autor, que uma dessas inovações tenha tido por finalidade comunicar aos plebeus a instituição da paternidade legítima e da agnação.

Como fácil de observar-se, pelo que até aqui exposto, a *confarreatio* apresentava-se sob rituais e forma religiosos e a *coemptio* e o *usus* sob modo de aquisição proprietária, analogamente, como acontecia com as coisas. Assim, a mulher era alienada, por venda, na *coemptio*, ou por posse, no *usus*.

Por outro lado, a utilização da *confarreatio* foi desaparecendo, sendo raríssima ao tempo dos primeiros Imperadores, informando-nos Gaio (*Institutas*, I, 111 a 115) que o usucapião da mulher não era mais costume em seu tempo, referindo-se à *coemptio* como, então, existente, mas do qual já não se tem notícias no século IV d.C.

Segundo informação de Henry John Roby (*Roman Private Law, in the times of Cicero and of the Antonines*, Ed. Scientia Verlag Aalen, 1975, reimpressão da ed. de Cambridge, 1902, vol. 1, pág. 71), a última menção, feita à *conventio in manum*, parece estar em alguns comentários de Papiniano e de Paulo sobre a “*Lex Iulia de Adulteriis* (Collat. IV, 2, § 3;7)”, esclarecendo que, com o decorrer do tempo, um casamento mais livre tornou-se comum, apoiado na anuência dos cônjuges, publicamente comprovada, sem que houvesse mudança “na condição cívica ou pecuniária da mulher”.

Vejamos, agora, o casamento *sine manu*, que era destituído de qualquer formalidade, e que existiu em fins da época republicana e começo da imperial.

Com o desuso do casamento *cum manu*, deu ele lugar ao casamento *sine manu*, “em que”, explica Sílvio A.B. Meira (*Instituições de Direito Romano*,

Ed. Max Limonad, São Paulo, 4ª ed., 1971, 1º vol., pág. 177) “a mulher não saía de sua família natural, continuando sob a ação de seu pater ou a tutela de 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.

Lembram, nesse passo, Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (Manual de Direito Romano, Ed. Sedegra, Rio de Janeiro, 5ª ed., pág. 97) que, com o desaparecimento do casamento cum manu, preparou-se “a evolução pela qual o matrimônio não importa na sujeição da mulher à família do marido”.

Assim, o casamento sine manu, em fins do século III d.C., era utilizado, normalmente, sendo o modo usual de enlace no período do Baixo Império.

À época Justiniana, só era reconhecida a existência desse casamento livre, isento de formalidades; contudo, quando se tratasse de uniões de pessoas conceituadas, ilustres, como de senadores, por exemplo, eram precedidas pelo cumprimento de certos requisitos, dado que não podiam, existir sem instrumentos de dotes, conforme Novelas 74,4 (Quae sine dotalibus instrumentis contrahere non possunt) e 117,4 (De nuptiis illustrium, ut cum dotalibus instrumentis fiant).

Os Autores procuram explicar essa ausência de forma, no casamento sine manu, escudando-se na idéia de que ele “não é ato jurídico”, mas estado “de fato”, ao qual o costume atribui efeitos jurídicos”, conforme esclarece Cretella Júnior (O.c., págs. 120 e 121), indagando como é difícil distinguir esse modo de casamento da simples união concubinária!? E assenta: “No casamento sine manu, há não só uma cerimônia simbólica, a “condução” da mulher para a casa do marido (deductio uxoris in domum mariti), o que parece uma evolução à lenda do “rpto das sabinas” pelos romanos, como também, na maioria dos casos, a “constituição de um dote, garantido” por escrito (instrumentum dotale)”.

Atente-se, ainda, ao fato de que o casamento cum manu coexistiu com o casamento livre ou sine manu, desde os tempos mais remotos.

Ensina, a propósito, Charles Maynz (Cours de Droit Romain, Ed. Bruylant - Christophe, Bruxelles, e A. Durand & Pedone-Lauriel, Paris, 1891, 5ª ed., tomo 3º, pág. 7) que é provável que o casamento cum manu seja mais antigo do que o livre, sendo certo que este existia já ao tempo da lei das Doze Tábuas, uma vez que essa lei consagrava o usus, cujo efeito era o de ajustar ao casamento livre o poder da manus. Esse poder, entretanto, desapareceu ao longo do tempo por não se harmonizar com os costumes, não se tendo notícias dele na legislação do Imperador Justiniano.

4 - USUS

O *usus* era o modo de aquisição da *manus* pela convivência de um homem com uma mulher, durante um ano, ininterruptamente. Realizava-se, assim, um estado possessório, que, automaticamente, fazia nascer esse poder marital, a não ser que, durante cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do domicílio conjugal, o que era conhecido como a usurpação das três noites (*trinoctii usurpatio*).

Aliás, a Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., em sua tábua VI, lei 6, prescreve que “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 seu poder, salvo se se ausentar de casa por três noites” (*Mulieris quae annum matrimonii ergo apud virum mansit, ni trinoctium ab eo usurpandi ergo abescit, usus esto...*). (Sílvio A. B. Meira, a Lei das XII Tábuas, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1972, págs. 149 e 171).

No *usus*, explica A. Esmein (*Mélanges c.*, pág. 10), a “causa não pode ser senão a vontade do homem e da mulher de se considerarem como esposos, o que supõe já um valor legal reconhecido ao casamento sem *manus* e um progresso considerável realizado”.

E acrescenta que foi, sem dúvida, a introdução do *usus* que, pela primeira vez, “deu um certo valor jurídico à união de duas pessoas vivendo como marido e mulher, sem *conventio in manum*. Essa união, outrora precária, devia agora transformar-se, em breve duração” (a curto prazo), “em casamento legítimo: isso representava como que um estágio de um ano, durante o qual a mulher era *uxoris loco, cum viro sine legibus*”.

Atente-se, entretanto, a que, como faz ver Alan Watson (*Rome of the XII Tables, Persons and Property*, págs. 17 e 18), 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.

Pondera, com real oportunidade, Alberto Burdese (*Manuale di Diritto Privato Romano*, Ed. Utet, Torino, 3ª ed., 1975, pág. 231) que, continuando a mulher a integrar sua família de origem, “conservava intacta sua expectativa sucessória sobre a cota do patrimônio que, à morte do pater, viesse a ser de sua exclusiva propriedade; e, por isso, “poderia convir também, ao marido que, vivo o sogro, a mulher ficasse na família dele”.

O *usus* era, desse modo, um fato, a coabitação, sem quaisquer formalidades, como ressalta Paul Lacombe (*La Famille dans la Société Romaine*, Ed. Lecrosnier et Babé, Paris, 1889, pág. 214), assertivando que, à época, para estar casado, bastava o querer dos contraentes, dispensando as outras duas

modalidades de aquisição da manus.

O *usus* produzia todos os efeitos por essas outras duas uniões, colocando a mulher *in manu mariti*.

Explica-se o *usus* por essa permanência convivencial dos cônjuges, sendo certo, entretanto, que a usurpação das três noites “não fazia desaparecer o casamento”, ensina François Dumont (Manuel de Droit Romain, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1947, tomo I, págs. 66 e 67), pois estando em casa de seu marido, a mulher era considerada sua legítima esposa.

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*, pondera Vincenzo Arangio-Ruiz (Istituzioni di Diritto Romano, Ed. Eugenio Jovene, Napoli, 9ª ed., 1947, pág. 436), 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 de deveres.

Como analisado, o *usus* foi, de qualquer modo, seja *cum* ou *sine manu*, considerado casamento pela posse continuada e recíproca dos esposos, que desde o início da convivência já se sentiam marido e mulher.

Tenha-se presente, mais, que o decurso do tempo possessório aludido ligava-se à idéia da aquisição da manus ou não, se, neste último caso, ocorresse a usurpação das três noites (*trinoctii usurpatio*). Nada tinha a ver, portanto, com o casamento. Na realidade, este existia, indene de dúvidas.

Por isso que o romano considerou, sempre, o casamento, independentemente da *conventio in manum*; a ocorrência desta ou a continuidade convivencial entre os cônjuges, por um ano, levava, tão-somente, a que a mulher passasse a integrar a família do marido, o que poderia não ocorrer, por exemplo, por motivo de ordem econômica ou social.

Desse modo, como atrás demonstrado, mesmo que não existisse a manus, ou seja, mesmo que a mulher continuasse presa à casa de seus parentes, ela estava casada *sine manu*.

Parece a Raymond Monier (Manuel Élémentaire du Droit Romain, Ed. Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1970, reimpressão da 6ª ed. francesa, Ed. Domat Montchrestien, Paris, 1947, pág. 286) que só a *confarreatio* foi modo de aquisição da manus por meio de sua própria celebração, pois, no *usus* e na *coemptio*, as cerimônias do casamento eram independentes dessa aquisição de poder; mas, acrescenta, que um casamento, realizado sob ritos religiosos tradicionais, se formava, validamente, desde o mais antigo direito romano, sem

que houvesse, imediatamente, essa aquisição de manus sobre a mulher.

Lembra, ainda, Monier que, no *usus*, a usurpação das três noites, impedindo a aquisição da manus, não era um modo de deixar a mulher, de uma maneira permanente e definitiva, fora da família do seu marido. Em todo caso, afirma, em sequência, o casamento *sine manu* era uma forma corrente de união, já duzentos e cinquenta anos, antes de Cristo, tendo continuado a impor-se, em maior escala, até a completa decadência do casamento *cum manu*, existindo, necessariamente, no direito do Baixo Império.

Ao seu turno, e baseado em muitos Autores, que cita, Giuseppe Brini (*Matrimonio e Divorzio nel Diritto Romano*, Ed. Nicola Zanichelli, Bologna, 1887, 1ª Parte, Il Matrimonio Romano, págs. 54 e 55) mostra que *usus*, correlato à *coemptio*, já consistia no relacionamento entre o marido e a mulher, sob o casamento *sine manu*, pelo menos durante o primeiro ano, e ainda pelos subsequentes, se ocorresse a usurpação das três noites (*quotannis trinoctio abesset*).

O *usus* adverte Mario Talamanca (*O.c.*, págs. 133 e 421), como modo de aquisição da manus, é um instituto de era remota, ligado à *mancipatio*, que sanava vícios de forma e de legitimações, como no caso de uma *coemptio* que não tivesse produzido seus efeitos, por falta de aquisição do marido.

Atente-se, ainda, a que a palavra *usus*, no antigo direito romano, empregava-se para indicar a posse. Isto, porque *possessio* surgiu depois. Daí, o aforismo latino, segundo o qual “o uso faz as vezes da posse” (*usus est pro possessione*). Também, hoje, a expressão posse do estado de casado, mostra-se a admitir o casamento pela aparência coabitacional *more uxorio*, nos casos em que a lei estabelece (*in dubio pro matrimonio*).

Assim, o *usus* representa, mesmo, entre os romanos, independentemente da manus, sob a forma, portanto, de casamento *sine manu*, o matrimônio baseado exclusivamente na convivência dos cônjuges, pela posse recíproca.

5 - DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

As causas dissolutórias do casamento romano foram enumeradas por Paulo (Digesto 24, 2, 1), quando disse: “dissolve-se o matrimônio pelo divórcio, pela morte, pelo cativo, ou por outra eventual servidão de qualquer dos cônjuges” (Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum).

É de ver-se, assim, que, na realidade, três são essas causas de dissolução matrimonial: a morte, a incapacidade superveniente e o divórcio, sendo as duas primeiras involuntárias e a última voluntária.

Afora a morte, que resolve o vínculo matrimonial, a incapacidade superveniente, ou perda do conubium, deve ser entendida como perda da liberdade (Capitis deminutio maxima) ou da cidadania (capitis deminutio media), ou, finalmente, como o impedimento especial, que possa surgir após o casamento (impedimentum superveniens), na lição de Pietro Bonfante (O.c., págs. 327 e 328).

Assim, como fiz ver em outro trabalho (Álvaro Villaça Azevedo, Dever de Coabitação c., págs. 63 a 70 (na 2ª Ed., págs. 34 e seguintes.), dissolvia-se o casamento, quando um dos cônjuges caía prisioneiro do inimigo, sofrendo, com isso, uma capitis deminutio maxima, que acarretava a perda de sua liberdade, só recuperada pelo postliminium, que restituía todos os direitos perdidos, não fazendo, entretanto, renascer o casamento, por não se aplicar a situações de fato. Realmente, dissolvido o casamento por essa situação de cativo, não se restabelecia pelo ius postliminii, não restando aos cônjuges outro recurso que o de realizarem novo casamento.

Também, por impedimento superveniente, poderia existir qualquer situação que viesse a constringer os cônjuges.

Contudo, como ali patenteamos, o cônjuge, que se sentisse prejudicado, poderia repudiar o outro, pois, como bem salienta F. Mackeldey (Manuel de Droit Romain, Ed. Société Typographique Belge, Bruxelles, trad. da 10ª ed. alemã por Jules Beving, 1837, págs. 298 e 299), entre os romanos não se exigia que a separação dos esposos emanasse de decreto do magistrado, uma vez que toda separação se resumia em uma atividade privada.

Tudo porque, sendo o casamento um fato, para que ele durasse, era necessária a continuidade, fosse do consentimento dos esposos de viverem como tal, fosse de sua convivência, ensina Emilio Albertario (Il Diritto Romano, Ed. Giuseppe Principato, Milano e Messina, 1940, pág. 136), continuidade essa não materialmente compreendida, mas socialmente considerada. Por essa razão, explica, o divórcio é consequência necessária desse entendimento, que se tem,

a respeito do casamento, ou seja, o divórcio existe, quando esse consentimento de viver, maritalmente resta rarefeito.

Todavia, o *divortium* não era um breve abandono, nascido do império da ira, mas uma desunião que, perdurando, se revelava como consequência do propósito maduro e firme de dissolver o matrimônio, no dizer de Salvatore di Marzo (O.c., pág. 77), escudado em ensinamento de Paulo.

Estudando o casamento no direito clássico, aponta Fritz Schulz (Derecho Romano Clasico, Ed. Bosch, Barcelona, trad. da ed. Inglesa por José Santa Cruz Teijeiro, 1960, pág. 126), a seu turno, que, tivesse o marido, ou não, a *manus* sobre a mulher, podia o matrimônio ser dissolvido por acordo dos cônjuges ou por simples notificação feita por um deles ao outro, sendo certo que todos os acordos que tendessem a excluir ou limitar o divórcio eram nulos, não sendo possível que se estipulasse uma penalidade contra o divórcio.

A liberdade admitida, na dissolução matrimonial por divórcio, deixa clarividente o estado fático de convivência dos cônjuges; e, neste trabalho, objetivamos o estudo dessa dissolução, sob esse prisma, tão somente, de sua natureza de fato.

Como fato, o casamento, embora produzindo efeitos jurídicos, continuava sempre fato, que poderia vir a desaparecer, dissolvendo-se, pela simples vontade de um ou de ambos os cônjuges, independentemente da atuação de qualquer órgão judiciário oficial.

Explica J. Arias Ramos (Derecho Romano, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1^a ed., 1969, vol. II, pág. 757) que o matrimônio podia dissolver-se por essa mera mutação de vontade dos esposos, que “aparecia como muito natural aos romanos”, justamente por causa do conceito desse instituto; por ser ele um estado com fundamento na continuidade da *affectio*, que não podia faltar, sob pena de deixarem os cônjuges de sê-lo.

6 - CONCUBINATO

No Direito Romano, ao lado das *iustae nuptiae cum* ou *sine manu*, de que se valiam os cidadãos romanos, pelo *ius civile*, para constituírem suas famílias legítimas, como atrás tratado, existiram mais três uniões, constitutivas de famílias: a dos peregrinos, que passavam a conviver *sine connubio*, a dos escravos e, finalmente, a dos concubinos, que se uniam, livremente, sem o chamado *consensus nuptialis*.

O casamento entre romanos e peregrinos, ou entre estes era *iniustum* (contrário ao *ius*, ao direito dos cidadãos), sendo certo que era regulado pelo *ius gentium* ou pelo direito nacional dos estrangeiros que o contraíam.

À união de fato, entre os escravos ou de pessoas livres com escravos, não produzia quaisquer efeitos jurídicos e era conhecida com o nome de *contubernium*. Só à época do Imperador Justiniano, reconheceram-se alguns efeitos a ele no tocante ao parentesco, a *cognatio servilis*.

Contudo, preocupa-nos, nessa feita, o instituto do concubinatus, que se apresentava, em Roma, pela convivência estável de homem e de mulher, livres e solteiros, como se fossem casados, mas sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*. Não era proibido, nem considerado atentatório à moral.

Até o período do direito clássico, o concubinatus não existia como instituto jurídico, não produzindo, portanto, efeitos no âmbito do Direito, sendo certo que, do ponto de vista social, ensina Pietro Bonfante (O. c., pág. 315), deve ele sua origem, certamente à legislação matrimonial do Imperador Augusto, tendo a *Lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus* criado rígidos impedimentos de natureza social a uniões conjugais com mulher de situação social inferior, e a *Lex Iulia de Adulteriis* cominado inúmeras sanções às uniões extraconjugais com mulheres *ingenuae et honestae* (ingênuas e de categoria social honrada), considerando puníveis esses fatos, como *stuprum* ou *adulterium*, palavras estas que não significavam à época, respectivamente, violência e infidelidade conjugal, mas relação extraconjugal ilícita.

Essa legislação, como visto, acabou por regulamentar, de modo indireto, o concubinatus, contribuindo, grandemente, à difusão do mesmo instituto no período do direito pós-clássico, especialmente à época dos Imperadores cristãos. Diga-se que a aludida *Lex Iulia de adulteriis* isentava de penalidade a relação concubinária.

Observa Riccardo Astolfi (*La Lex Iulia et Papia*, Cedam, Padova, 1986, 2ª ed., págs. 54 e 55) que não se cometia *stuprum* com uma *femina probrosa* (de costumes fáceis e de degradação social) como uma prostituta ou atriz. Com elas era lícito o concubinatus, pois não era punida criminalmente essa

relação sexual.

Todavia, é preciso que se tenha presente, completa esse Autor, que alguém poderia ter como concubina uma mulher que conservava a honestas da mãe de família, sendo o caso, por exemplo, da “liberta concubina do patrono”. Daí, porque “as mulheres com as quais é admitido o concubinato são mais numerosas do que as *feminae probrosae* punidas por Domiciano”.

Acrescente-se, nessa oportunidade, que, ante as proibições, por essas leis do Imperador Augusto, no sentido de impedir o casamento de pessoas de classe social elevada, como a dos senadores, a dos cidadãos ingênuos, com mulheres de categorias sociais inferiores, como atrizes ou suas filhas, as libertas, o concubinato entre essas mesmas pessoas era comum, na época imperial, sendo certo que a história registra que, mesmo Imperadores, se utilizaram dessa forma de convivência, como é o caso de Vespasiano e de Marco Aurélio.

Do plano, meramente, consuetudinário, o concubinato passou para a lei, sendo certo que essas leis caducárias, *Iulia* e *Papia Poppaea* utilizaram-se da palavra concubinato, que até então era um termo de linguagem corrente, e que, por isso, passou a ser jurídico, explica A. Esmein (*Le Mariage en Droit Canonique*, Ed. Burt Franklin, New York, 1968, reimpressão do original publicado em Paris em 1891, tomo II, pág. 106). É de supor-se que, no sistema de penas e de recompensas civis, por essas leis instituídas, tornando elas o concubinato como fato lícito e usual, concederam-lhe certas vantagens, não só para o homem, como para a mulher.

Era o concubinato considerado, então, como lícita convivência sem ser causa de matrimônio (*licita consuetudo sine causa matrimonii*).

De ver-se, então, que o concubinato sobreviveu, após a era do Imperador Augusto, nos muitos anos que se seguiram, tendo o Imperador Constantino promulgado, em 326 d.C. um edito, em razão do qual a posição das concubinas e de seus filhos piorou em relação ao período anterior. É certo que os Imperadores cristãos consideraram imoral o concubinato, tendo-o tolerado até que o Imperador Leão, o sábio (886 a 912 d.C.), definitivamente o aboliu (nov. 89,91) (Pál. Csillag, *The Augustan Laws on Family Relations*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1976, pág. 146).

O Imperador Constantino, assim, criou sanções desestimuladoras do concubinato, procurando incentivar os concubinos a contraírem matrimônio, acenando-lhes com a possibilidade de legitimação de seus filhos, para submeterem-se ao poder paterno, pertencendo, desse modo, à família de seu pai.

Todavia, questiona muito bem José Carlos Moreira Alves (O.c., pág.376): se, entre os romanos, “até o direito pós-clássico, não se exigiam, para a formação do casamento, quaisquer formalidades, como saber-se se homem e mulher

que viviam, de modo estável, em comum eram marido e mulher, ou, apenas concubinos? A diferença entre cônjuges e concubinos - como acentua Gide - era tão manifesta na sociedade romana quanto na moderna: ela se fazia pela posse de estado - em outras palavras, presumiam-se cônjuges o homem e a mulher que vivessem na posse do estado de casados, como aliás, ocorre ainda hoje, pois o estado de cônjuge, na sociedade atual, se exterioriza, principalmente, pela posse do estado de casados, e não pela celebração de atos solenes diante de um juiz competente ou da apresentação, a cada passo, de certidão de casamento”.

Assim, até que se elevasse o concubinato à categoria de instituto jurídico, no período do direito pós-clássico, e pela atuação dos Imperadores cristãos, que procuravam desarticulá-lo, aboli-lo, incentivando o casamento dos concubinos, com medidas contrárias a estes, ele era considerado união extramatrimonial, não criando o vínculo da paternidade, a não ser pelo lado materno.

Apontam, entretanto, Luiz Alberto Peña Guzmán e Luiz Rodolfo Arguello (O.c., pág. 502) que, malgrado fossem esses filhos “considerados como se não tivessem pais”, e sendo ele da mãe e dos parentes maternos, impossível era desconhecê-los, totalmente, no tocante ao progenitor, a que estavam ligados por um vínculo natural. Por essa razão, foram tidos como filhos naturais (*liberi naturales*), reconhecendo-se-lhes, paulatinamente, vários direitos, principalmente, o de alimentos e o de sucessão. E assentam, ainda, que, no concubinato, “não podia haver dote nem doação nupcial”, sendo sua dissolução “um mero fato”, sem que se produzissem os efeitos jurídicos do divórcio.

Mostrando as semelhanças e dissemelhanças entre o concubinato e o casamento romanos, clarividenciam Albert Salivas e Amédée Bellan (*Éléments de Droit Romain*, Ed. A. Giard e E. Brière, Paris, tomo 1º, págs. 219 e 220) que, dentre as primeiras, podem citar-se cinco: a) “O concubino devia ser púbere e a concubina núbil (L. 1 § 4, D. 25,7)”; b) “não se podia ter, simultaneamente, duas concubinas ou uma esposa e uma concubina (Const. un. C., 5,26. - Const. 3 in fine, c., 7,15 - nov. 18, cap. 5)”; c) “o concubinato não estava submetido a qualquer formalidade extrínseca, o simples consentimento era suficiente”; d) “os filhos não podiam tomar por concubina a antiga concubina do pai, sob pena de ser, validamente, deserdado por seu pai (L. 1 § 3, D., 25, 7. - nov. 115, cap. 3, § 6)”; e e) “o concubinato gerava a aliança”. Dentre as segundas, mencionam os mesmos Autores oito dissemelhanças: a) faltava no concubinato a *affectio maritalis*, sendo que “o concubino não tinha a intenção de comunicar sua condição à concubina”, que ficava na mesma situação em que se encontrava, antes do casamento; b) “um cidadão podia tomar por concubina uma mulher com a qual não tivesse o *connubium*”, como, por exemplo, uma liberta ou uma prostituta; c) “um governador de província podia tomar por concubina uma habitante de sua província (L.5, D., 25,7)”; d) “uma mulher condenada por adultério podia viver em concubinato com seu cúmplice (L. 1 § 2, D., 25,7)”; e) “a concubina não usava o nome de “*mater familias*”, que era reservado, exclusivamente, à

esposa legítima; f) “as doações proibidas inter virum et uxorem eram permitidas entre concubinos”; g) “os filhos nascidos ex concubinatu chamavam-se naturais (liberi naturales), que não se submetiam ao poder paterno, seguindo a condição de sua mãe, “de quem tomavam emprestado a nacionalidade e quiçá, mesmo, o domicílio (L. 1 § 2, D., 50, 1)””; h) “o concubinato se dissolvia como ele formava-se”, pela simples vontade das partes interessadas, não havendo necessidade de qualquer ato de repúdio.

À época do Imperador Justiniano, tal como veio sendo regulamentado anteriormente, pode considerar-se o concubinato, indene de dúvidas, como um instituto jurídico.

Justiniano, formando um ambiente favorável ao instituto sob exame, admitiu, segundo nos dão conta Marciano e Ulpiano (Respectivamente, no Digesto 23, 2, 57 e 25, 7, 1, 4), que ele existisse com os mesmos requisitos, que se exigiam às justas núpcias, aplicando, ainda, as disposições relativas aos impedimentos matrimoniais.

Podemos, desse modo, concluir esta análise, com o ensinamento de Pietro Bonfante (O. c., pág. 323), segundo o qual pode entender-se o concubinato, no direito justinianeu como uma relação estável de um homem com uma mulher de qualquer condição e de qualquer posição social, ingênua ou liberta, sem a affectio maritalis e a honor matrimonii. Este motivo espiritual é, na verdade, a única distinção que, a essa época, existia entre o concubinato e o casamento.

E, em arremate, com Paul Jörs e Wolfgang Kunkel (Derecho Privado Romano, Ed. Labor, Barcelona - Madrid, trad. da 2ª ed. alemã por L. Prieto Castro, 1ª ed. 1937, reimpressão de 1965, pág. 401), é de aduzir-se que “Justiniano seguiu outro procedimento para suprimir no concubinato o que de contrário aos bons costumes encerrava”, considerando-o como uma espécie de casamento, mas de categoria inferior. “Ao mesmo tempo”, continuam esses Autores, “ampliou as bases da legitimação, permitindo sua concessão por graça imperial, quando a concubina houvesse falecido (o que tornava o casamento impossível), ou quando pela conduta da mulher não se pudesse exigir ao concubino torná-la seu cônjuge (legitimatio per rescriptum principis); nov. 74”.

B – CASAMENTO DE FATO NA ATUALIDADE

7 – GENERALIDADES

O casamento de fato existiu na antiguidade, aparecendo em textos dessa época, principalmente na Bíblia.

Por esse casamento sempre os que conviveram como marido e mulher, na formação de um lar, foram considerados casados, independentemente da celebração por parte do Estado.

Essa antiga forma de casamento de fato cristalizou-se no *usus* do Direito Romano chegando até nossos dias, aparecendo em importantes sistemas jurídicos.

Destaco alguns desses sistemas, como exemplos marcantes dessa presença do casamento de fato da antiguidade, que se concretizou na estudada espécie *usus* do casamento romano.

8 - INGLATERRA

Na Inglaterra, o casamento era considerado como um ato essencialmente de vontade dos cônjuges a uni-los (*consensual union*), fundado ou nos *sponsalia per verba de praesenti*, que implicava o consentimento direto dos nubentes, ou nos *sponsalia per verba de futuro*, em que havia o consentimento dos nubentes a um casamento futuro (*promessa de casamento*), seguido de relação sexual.

Essa situação de liberdade e de ausência de formalismo à realização do matrimônio inglês deveria ter perdurado até o Concílio de Trento, em 1563, quando seus decretos modificaram, substancialmente, a lei canônica, exigindo, para a celebração do casamento, a presença de um sacerdote e de testemunhas.

Todavia, esses decretos tridentinos não foram observados na Inglaterra.

Em 1753, sob o Reinado de George II, editou-se uma Lei de Lorde Hardwicke, que impossibilitou a contratação de casamentos clandestinos, ficando extinto esse casamento da *common law*, sem formalidades.

9- ESCÓCIA

Na Escócia, mantiveram-se os princípios romanos em matéria de casamento, reduzindo-se, assim, à mais completa simplicidade as prescrições matrimoniais.

Chegou-se a tal simplicidade essa realização matrimonial, que se um rapaz de 14 anos dissesse a uma jovem de 12 anos: “Eu declaro que você é minha mulher”, e esta aceitasse, estariam irrevogavelmente casados, como menciona Jean Beucher (*La notion actuelle du concubinage: ses effects a l'égard des tiers*, tese de doutorado, Ed. Sirey, Paris, 1932, pp. 121 e 122).

O importante é que essa troca de consentimento seja aparente, real e séria. As partes devem reputar-se como marido e mulher, no meio em que vivem, e a prova disso é questão de fato.

Esse casamento *by habit and repute* resulta de um estado de fato, ou de posse de estado de esposos, em que a coabitação é fundamental, conforme atestam os doutrinadores (in Álvaro Villaça Azevedo, *Estatuto da Família de Fato*, Ed. Atlas, São Paulo, 3ª edição, 2011, p. 72).

Note-se que o atual casamento irregular sofre muita exigência dos tribunais e dos doutrinadores para que essa coabitação deva durar de três a até dez anos. Porém não se considerou, nesse período, a possibilidade de nascimento de filho, o que consolida, de certo modo, a união matrimonial.

10 – MÉXICO

No México, no Estado de Tamaulipas, existe o casamento por comportamento cujo registro não é obrigatório. É um casamento de fato. O registro é mais para que exista uma prova documental.

O Código Civil tamaulipeco admite, assim, o casamento por convivência registrado ou não, por pessoas acima de 15 anos, com autorização dos representantes legais, até a idade de 18 anos.

11 – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE

Antes de serem decretados os Estatutos, existiu nos Estados Unidos da América do Norte a lei comum da terra, herdada da Inglaterra. Essa Lei comum foi baseada em precedentes e costumes, formando um corpo completo de regras de conduta.

Nessa lei inclui-se o casamento de fato (*common law marriage*), que prescinde de qualquer licença e de qualquer cerimônia para sua realização.

Em muitos Estados Norteamericanos existe a figura do casamento de *common law*, com regulamentações diversas conforme a lei comum de cada Estado (mais de dez dos cinquenta Estados Americanos admitem essa espécie de casamento).

12 – PORTUGAL E BRASIL

Em Portugal esse casamento de fato (casamento de conuzudos) existiu ao lado do casamento por escritura e do religioso.

Essa espécie de casamento de fato foi reconhecida pelas Ordenações Filipinas de 1603 (compiladas de dispositivos das Ordenações Manuelinas).

As Ordenações Filipinas (Código Filipino) revogadas em Portugal em 1º de janeiro de 1867, com o advento do Código Civil português desse ano, continuou a vigor no Brasil até 1º de janeiro de 1917, quando teve início de vigência o Código Civil brasileiro de 1916 (Código Clóvis Bevilacqua).

Assim, com esse Código Civil português de 1867, encerrou-se o período luso brasileiro, extinguindo-se em Portugal o casamento de fato.

Registre-se que a matéria do Direito luso brasileiro sobre Direito de Família era regulada pelo Direito Canônico.

No Brasil, entretanto, nessa parte do casamento, foram revogadas essas Ordenações Filipinas pelo Decreto nº 181, de 21 de janeiro de 1890, secularizando-se o casamento, passando a existir entre nós, a partir dessa data, somente o casamento civil.

Desapareceu, assim, no Brasil o casamento de fato e o autônomo casamento religioso.

Atualmente, existe a união estável, regulamentada como forma de constituição de família que é o resquício do concubinato puro (como sempre chamei – não adúlterino e não incestuoso).

Esse concubinato puro veio existindo até o advento da Constituição Federal de 1988, que o adotou, com o nome de união estável.

Com esse Decreto nº 181, de 1890, no Brasil, aniquilaram-se duas instituições importantíssimas de Direito de Família: o casamento de fato e o casamento religioso. Este para existir, atualmente, com efeitos civis, deve ser registrado, cumpridas as formalidades do casamento civil. Logo, o casamento religioso, antes de ser civil, se registrado, é união estável sem qualquer autonomia.

O ideal é que, no futuro, volte a existir o casamento religioso, com fundamento nos vários estatutos religiosos, independentemente de registro civil, para ser reconhecido pelo Estado.

Hoje, no Brasil, só existe o casamento civil, as outras formas de constituição de família são uniões, estáveis, homoafetivas etc.

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, Doutor em Direito, Professor Titular de Direito Civil, Regente de Pós-Graduação e ex Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP; Professor Titular de Direito Romano, de Direito Civil e ex Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo; Professor Titular Pleno de Direito Romano e Diretor da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, em São Paulo; Advogado e ex Conselheiro Federal e Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil; Colar do Mérito Judiciário outorgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo; Parecerista e Consultor Jurídico.