ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRETENSO MATRIMÓNIO DE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO ROMANO*

David Jorge Magalhães Marques
Universidade de Coimbra

* Apesar de alterações e, especialmente, de aditamentos, a presente intervenção baseia-se no artigo Apontamento Sobre o Matrimónio de Pessoas do Mesmo Sexo no Direito Romano, que foi publicado no "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", vol. LXXXV, 2009, pp. 811-823. Agradece-se àquela prestigiada publicação, na pessoa do seu Redactor-Delegado, Senhor Professor Doutor João Loureiro, a competente autorização.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

1. UMA SABOROSA IRONIA

Numa época em que está na ordem do dia a admissibilidade de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, poderia pensar-se que para o tema pouco ou nada interessa a análise da instituição matrimonial de um direito da Antiguidade.

De facto, perante os actuais e acesos debates jurídico-políticos sobre tão candente tema [1], seria fácil ocorrer a ideia dos sempre invocados "sinais dos tempos" e de supostas mudanças de mentalidades que marcassem os nossos dias, mas, numa primeira aproximação, pareceria de todo improvável chamar-se à colação o vetusto *ius romanum*.

Todavia, e provando assim formidável capacidade de sobrevivência e irresistível apelo como base argumentativa, os seus bons ofícios são solicitados e – de modo nada despiciendo – na actual controvérsia sobre os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

O que mais há a estranhar, porém, é que têm sido os defensores da consagração legal da figura, e não os socialmente mais conservantistas, que recorrem a eventuais precedentes e ao argumento da tradição histórica. Ironia saborosa e que merece reflexão.

1 Com papel "pioneiro", entrou em vigor nos Países Baixos, em 1 de Abril de 2001, a nova versão do art. 1:30 do *Burgerlijk Wetboek*, permitindo o casamento de duas pessoas do mesmo sexo. Na Bélgica, no mesmo sentido, alterou-se, em 2003, o art. 143 do *Code Civil*.

A Ley 13/2005, de 2 de Julho, aditou um segundo § ao art. 44 do *Código Civil* espanhol, com o seguinte teor: "*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*". Em 20 de Julho do mesmo ano, foi promulgado o *Civil Marriage Act* (ou *Loi sur le Mariage Civil*) canadiano, que estendeu a capacidade matrimonial aos pares homossexuais.

Nesta senda, refiram-se o Act no. 17 of 2006 (*Civil Union Act*), da África do Sul, e as legislações norueguesa e sueca vigentes desde 1 de Janeiro e 1 de Maio de 2009, respectivamente.

Em Portugal, a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, alterou os arts. 1577.º, 1591.º e 1690.º e revogou a alínea e) do artigo 1628.º, todos do Código Civil, tornando o casamento civil um "contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida" (art. 1577º), ao invés do "contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente" anteriormente previsto. Ainda em 2010, a Islândia juntou-se ao grupo, bem como a Argentina (art. 2º da Ley 26.618, de 22 de Julho, que modificou o art. 172 do Código de Vélez Sársfield).

Refira-se, ademais, que o "casamento" entre pessoas do mesmo sexo é juridicamente reconhecido em apenas alguns dos estados federados dos Estados Unidos da América (Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire e Nova Iorque, assim como no District of Columbia) e que, no México, apenas o é no Distrito Federal.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

2. UM PRECEDENTE ROMANÍSTICO?

Nessa linha, encontra-se, invariavelmente, a defesa de que já em Roma seria juridicamente reconhecido o matrimónio entre pessoas do mesmo sexo, o que se comprovaria pela existência de registos de casos concretos, alguns deles envolvendo conhecidas figuras.

As palavras de Cícero sobre a relação entre Marco António e Curio ("*então interveio Curio, que te tirou da prostituição e, como se te entregasse uma estola, colocou-te num matrimónio estável e certo*")[2] foram utilizadas em abono de tal posição por um dos mais conhecidos preconizadores da existência de uma antiga e vasta experiência de matrimónios deste género, o historiador JOHN BOSWELL[3].

O exemplo não é o melhor: a afirmação de Cícero está envolvida num contexto de evidente acidez e sarcasmo, empregando-se uma metáfora que, ao estabelecer o paralelo com um casamento, tencionava denegrir e inferiorizar o visado (apresentando-o como a parte feminina). Não houve qualquer referência a um instituto que fosse juridicamente aceite[4].

Também não merece acolhimento a argumentação de BOSWELL[5] quando cita a afirmação do Talmude de que os gentios não celebravam qualquer acordo matrimonial (*ketubah*) entre homens, mas justificando-a com um suposto desconhecimento do carácter informal do casamento gentílico.

O raciocínio sofre de clara petição de princípio e, a demonstrar alguma coisa, será apenas o contrário do pretendido: mesmo que o Talmude

2 *Philippica*, II, 44: "s*ed cito Curio intervenit qui te a meretricio quaesto abduxit et, tamquam stolam dedisset, in matrimonio stabili et certo conlocavit*".

3 *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality: Gay People in Western Europe From the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, University of Chicago Press, 1981, p. 82, e, ainda que em tom menos assertivo*, Same-Sex Unions in Pre-Modern Europe*, Villard Books, Nova Iorque, 1994, p. 80. Em sentido concordante, William N. ESKRIDGE JR., *A History of Same Sex Marriage*, in "Virginia Law Review", 1993, pp. 1445-1446.

Sobre a influência de BOSWELL na moderna historiografia dedicada à homossexualidade, cf. Bruce W. FRIER, *Roman Same-Sex Weddings from the Legal Perspective*, in "Classic Studies Newsletter", vol. X, Winter 2004, § 17 (disponivel em http://www.umich.edu/~classics/news/newsletter/winter2004/weddings.html), e David E. NEWTON, *Same-Sex Marriage: A Reference Handbook*, ABC-CLIO, LLC, Santa Bárbara, Califórnia, 2010, p. 138.

Para concretos exemplos dessa influência, consultem-se Kathleen A. LAHEY/Kevin ALDERSON, *Same-sex Marriage: the Personal and the Political*, Insomniac Press, Toronto, 2004, p. 16 (que consideram que a obra de BOSWELL datada de 1994 trouxe nova luz ao reconhecimento jurídico do "matrimónio" homossexual em Roma), R. Claire SNYDER, *Gay Marriage and Democracy: Equality For All*, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 2006, pp. 21-22 (que endossa as conclusões do Autor sobre o "casamento" romano entre pessoas do mesmo sexo), e Sylvain LAROCQUE, *Gay Marriage: the Story of a Canadian Social Revolution*, tradução de Robert CHODOS, Louisa BLAIR e Benjamin WATERHOUSE, James Lorimer & Company, Toronto, 2006, p. 60 (referindo-se ao "*seminal work*" de BOSWELL).

4 Assim, e dando nota das várias críticas sofridas por BOSWELL a este propósito, Craig Arthur WILLIAMS, *Roman Homosexuality: Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity*, Oxford University Press US, 1999, pp. 245-246 e 362, notas 1 e 2.

5 *Christianity*, cit., p. 26, em especial nota 48.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

pressuponha a não existência de "matrimónio" entre homens por não haver qualquer documento paralelo ao *ketubah* judaico (o que, efectivamente, era desnecessário no direito romano)[6], isso está longe de implicar qualquer conclusão sobre a admissibilidade de "matrimónios" homossexuais em Roma. Especialmente quando, como o próprio BOSWELL admite, os judeus tinham pleno conhecimento destes aspectos da vida social romana.

E padece, igualmente, de falta de solidez a hipótese alternativa apresentada de o *ketubah* aludido no Talmude não dizer respeito a um acordo matrimonial *tout court* mas a questões de dote – é que, como veremos de seguida, exemplos que nos chegam de cerimónias "matrimoniais" romanas entre homens envolvem o dote, pelo que certamente não era a isso que se referiam os ensinamentos rabínicos quando negavam que houvesse matrimónio homossexual entre os gentios.

Mas as fontes literárias mencionam outros casos que, alegadamente, se poderiam arrolar como comprovativo do carácter matrimonial de semelhante tipo de situações[7].

Desta feita, acham-se, em textos de Marcial, narrações de "matrimónios" entre homens: o casamento de um tal Callistratus (a "noiva") e um homem descrito como "rígido" ("*O barbudo Callistratus casou com o rígido Afro, do mesmo modo que uma virgem se casa com o seu marido. As tochas brilhavam, o véu cor de fogo cobria o rosto e nem as tuas palavras faltaram, Thalassus* [deus do casamento]. *Estabeleceu-se um dote. Ainda não estás satisfeita, Roma? Será possível que estejas à espera que dê à luz?*")[8] e o alerta contra um homem aparentemente imponente mas que ainda no dia anterior tinha sido "noiva" ("*Vês aquele, Decianus, de cabelo despenteado e cujo semblante grave até tu temes, que fala dos Curios e dos nossos protectores, os Camillos? Não te fies na aparência: ontem foi noiva*")[9].

6 [7] Sobre o não formalismo do matrimónio romano, ao contrário do que se passava nos direitos orientais, António dos SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – IV* (*Direito da Família*), STVDIA IVRIDICA, n.º 93, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 59-60.

7 *Vide* BOSWELL, *Christianity*, cit., p. 82, e, na sua esteira, ESKRIDGE, *A History of Same Sex Marriage*, cit., pp. 1446-1447, WILLIAMS, *ob. cit.*, pp. 246 e ss. (com a crítica, neste ponto, de Bruce W. FRIER, in "Bryn Mawr Classical Review 1999.11.05", disponível em http://bmcr.brynmawr.edu/1999/1999-11-05.html), LAROCQUE, *Gay Marriage*, cit., p. 59, James NEILL, *The Origins and Role of Same-Sex Relations in Human Societies*, Jefferson, Carolina do Norte, 2009, p. 208, e, admitindo "*some precedent for same-sex marriage in the Roman tradition*", Mathew KUEFLER, *The Marriage Revolution in Late Antiquity: the Theodosian Code and Later Roman Marriage Law*, in "Journal of Family History", vol. 32, 4, 2007, p. 362. No mesmo sentido, e muito antes de BOSWELL, Edward WESTERMARCK, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, vol. II, 2ª edição, MacMillan, Londres, 1917, p. 463: "*formal marriages between men were introduced with all the solemnities of ordinary nuptials*".

8 Epigrammaton, 12, 42
"*Barbatus rigido nupsit Callistratus Afro,*
Hac qua lege viro nubere virgo solet.
Praeluxere faces, velarunt flammea vultus,
Nec tua defuerunt verba, Talasse, tibi.
Dos etiam dicta est. Nondum tibi, Roma, videtur
Hoc satis? expectas numquid at et pariat?".

9 Epigrammaton, 1, 24:
"*Aspicis incomptis illum, Deciane, capillis,*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

Também Juvenal descreve pormenorizadamente o casamento entre um certo Gracchus e um corneteiro: "*Gracchus deu um dote de quatrocentos sestércios a um corneteiro, que talvez toque trombeta recta; assinaram os documentos, foram desejadas felicidades, sentaram-se num grande jantar, a noiva sentou-se ao colo do marido. Nobres de Roma, precisamos de um censor ou de um adivinho? Talvez pensasses que a monstruosidade era maior se uma mulher parisse um vitelo ou uma vaca parisse um borrego. O homem que agora se veste com folhos, cauda e véu de noiva já usou os instrumentos sagrados, balançando-os nas suas correias místicas, e transpirou debaixo do escudo de Marte. Pai da cidade, de onde veio tanta perversão entre os teus pastores do Lácio? Gradiue* [um dos títulos de Marte], *como é que este desejo se apoderou dos teus descendentes? Vê, aqui tens um homem de boas famílias e fortuna a ser dado em casamento a outro homem e nem o teu capacete treme, nem a tua lança atinge a terra, nem protestas perante o teu pai. Então afasta-te, retira-te do campo que tão severamente esqueceste. 'Amanhã de madrugada tenho um compromisso no vale Quirinal' Qual é a cerimónia? 'Para que é que se pergunta? É um amigo que se vai entregar a um marido, mas convidou pouca gente'. Se vivermos o suficiente, vamos ver estas coisas serem feitas abertamente, até as vão querer noticiar. Entretanto, estas extraordinárias noivas estão atormentadas porque não vão conseguir ter filhos com que mantenham a atenção dos seus maridos. A natureza fez bem em não lhes conceder poderes sobre os seus corpos. Morrem estéreis e não conseguirão ajuda das pílulas do inchado Lyde ou por estenderem as mãos ao ágil Lupercus* [figura que concedia fertilidade]" [10].

---

cuius et ipse times triste supercilium,
qui loquitur Curios adsertoresque Camillos?
Nolito fronti credere: nupsit heri".

10 *Saturae*, 2, 117-142:
"*quadringenta dedit Gracchus sestertia dotem*
cornicini, siue hic recto cantauerat aere;
signatae tabulae, dictum 'feliciter,' ingens
cena sedet, gremio iacuit noua nupta mariti.
o proceres, censore opus est an haruspice nobis?
scilicet horreres maioraque monstra putares,
si mulier uitulum uel si bos ederet agnum?
segmenta et longos habitus et flammea sumit
arcano qui sacra ferens nutantia loro
sudauit clipeis ancilibus. o pater urbis,
unde nefas tantum Latiis pastoribus? unde
haec tetigit, Gradiue, tuos urtica nepotes?
traditur ecce uiro clarus genere atque opibus uir,
nec galeam quassas nec terram cuspide pulsas
nec quereris patri. uade ergo et cede seueri
iugeribus campi, quem neglegis. 'officium cras
primo sole mihi peragendum in ualle Quirini.'
quae causa officii? 'quid quaeris? nubit amicus
nec multos adhibet.' liceat modo uiuere, fient,
fient ista palam, cupient et in acta referri.
interea tormentum ingens nubentibus haeret
quod nequeant parere et partu retinere maritos.
sed melius, quod nil animis in corpora iuris
natura indulget: steriles moriuntur, et illis
turgida non prodest condita pyxide Lyde,
nec prodest agili palmas praebere luperco".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

Por seu turno, cerimónias nupciais entre o Imperador Nero e outros homens foram também relatadas com pormenor, sarcasmo e reprovação.

Tácito, após apontar que Nero "*se conspurcou através da entrega a todas as vergonhas lícitas ou ilícitas que pudessem contribuir para a sua ruína*", acrescenta que ele se casou com um grego (o "imundo" escanção Pitágoras), cumprindo todas as solenidades matrimoniais, com véu nupcial a cobrir o Imperador, áuspices, dote, leito e archotes nupciais[11].

Suetónio descreve o desempenho de Nero como noiva do eunuco Sporus ("*Castrou um rapaz, Sporus, transformando-o numa mulher e, casando-se com ele com dote e véu, levou-o para sua casa à frente de uma multidão e tratou-o como sua mulher. Ainda se repete a piada de que a humanidade estaria melhor se o seu pai, Domitius, tivesse tido uma mulher assim*")[12], o que se terá repetido com o seu liberto Doryphorus, "*com o qual casou como fizera com Sporus, imitando os gritos e os lamentos das virgens que se submetem*" [13].

Também Aurelius Victor relata o "casamento" com Doryphorus, onde Nero surge perante o Senado vestido como uma noiva virgem, tudo acompanhado de entrega de dote e de rijos festejos[14].

Outro impressivo exemplo foi o do Imperador Heliogábalo, célebre pela vida escandalosa que levava[15]. Segundo Dião Cássio, e no que aqui directamente interessa, Heliogábalo mantinha uma relação com um *auriga* cário de nome Hierocles, a quem se referia como seu marido[16].

Expõe-se, ainda, um argumento alicerçado no *Codex Theodosianus* (9,7,3), onde se refere uma constituição de 342, que proibiu os homens de casar como se fossem mulheres, sob pena de morte[17]. Daí se poderia concluir que no

11 *Annales*, 15, 37: "*ipse per licita atque inlicita foedatus nihil flagitii reliquerat, quo corruptior ageret, nisi paucos post dies uni ex illo contaminatorum grege (nomen Pythagorae fuit) in modum solemnium coniugiorum denupsisset. inditum imperatori flammeum, missi auspices; dos et genialis torus et faces nuptiales, cuncta denique spectata, quae etiam in femina nox operit*".

12 *Nero*, 28: "*Puerum Sporum exsectis testibus etiam in muliebrem naturam transfigurare conatus cum dote et flammeo per sollemnia nuptiarum celeberrimo officio deductum ad se pro uxore habuit; exstatque cuiusdam non inscitus iocus bene agi potuisse cum rebus humanis, si Domitius pater talem habuisset uxorem*".

13 *Nero*, 29: "*conficeretur a Doryphoro liberto; cui etiam, sicut ipsi Sporus, ita ipse denupsit, voces quoque et heiulatu vim patientium virginum imitatus*".

14 *Liber de Caesaribus* (5, 5): "*ad extremum amictus nubentium virginum specie, palam senatu, dote data, cunctis festa more celebrantibus in manum conveniret lecto ex omnibus prodigiosis*".

15 Barthold Georg Niebuhr, *The History of Rome: From the First Punic War to the Death of Constantine*, Edited by Leonard Schmitz, Printed by S. Bentley and Co. for Taylor and Walton, 1844, p. 306, afirma que os vícios de Heliogábalo eram demasiado repugnantes para serem descritos, ultrapassando em muito os de Calígula ou de Nero.

16 *Historia Romana*, 80, 13-17, cuja versão inglesa se pode encontrar em Thomas K. Hubbard, *Homosexuality in Greece and Rome: A Sourcebook of Basic Documents*, University of California Press, 2003, pp. 495-496.

17 "*Impp. Constantius et Constans aa. ad populum. Cum vir nubit in feminam, femina viros proiectura quid cupiat, ubi sexus perdidit locum, ubi scelus est id, quod non proficit scire, ubi venus mutatur in alteram formam, ubi amor quaeritur nec videtur, iubemus insurgere leges, armari iura gladio ultore, ut exquisitis*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

século IV se tentou terminar com uma prática formalizada e aceite[18].

poenis subdantur infames, qui sunt vel qui futuri sunt rei. Dat. prid. non. dec. Mediolano, proposita Romae XVII kal. Ianuar. Constantio III et Constante II aa. conss. (342 dc. 4)".

18 Cf., v.g., WILLIAMS, *Roman Homosexuality*, cit., p. 246, e LAROCQUE, *Gay Marriage*, p. 60. Mathew KUEFLER, *The Marriage Revolution in Late Antiquity*, cit., p. 362, e *The Manly Eunuch: Masculinity, Gender Ambiguity, and Christian Ideology in Late Antiquity*, University of Chicago Press, 2001, pp. 100-102, propõe outra explicação para o texto legal: pretender-se-ia a proibição de casamentos com eunucos (no sentido de castrados – prática da qual o caso de Sporus era exemplo). O Autor admite que não há referências expressas a eunucos no *Codex Theodosianus*, mas a linguagem metafórica utilizada, e uma eventual proibição, em 390, de relações sexuais entre homens e eunucos (*lex* "*Non patimur urbem Romam*…" – *Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio* 5,3), permitiriam estabelecer um padrão evolutivo nesse sentido. Parece-nos que é uma interpretação duvidosa, sem apoio claro nas fontes e que não é a que melhor se coaduna com as referências anteriores ao papel feminino de homens (consabidamente não castrados) enquanto "nubentes".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

3. A RESPOSTA NEGATIVA DAS FONTES

Havendo, pois, alusões expressas a "matrimónios" entre pessoas do mesmo sexo desde o ano 64 (concretamente, envolvendo Nero), será de aceitar a tese do seu reconhecimento pelo direito romano?

A verdade é que as definições de matrimónio presentes no *ius civile romanorum*, a de Modestinus (D. 23,2,1) e a das Instituições de Justiniano (I. 1,9,1), não deixam margem para dúvidas quanto à resposta negativa: "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris comunicatio*" e "*Nuptiam autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*"[19].

É certo que já se questionou a genuinidade da definição de Modestinus, apontada como interpolação dos compiladores justinianeus devido à utilização do vocábulo *consortium* (usado apenas em constituições pós-clássicas) e à referência à *communicatio*, que seria própria de um contexto cristão[20]. Mas o segmento "*coniunctio maris et feminae*" (literalmente, união entre macho e fêmea) é aquele que não suscita dúvidas quanto ao seu carácter clássico, tanto que foi substituído nas *Institutiones* pela mais suave expressão "*viri et mulieris coniunctio*"[21].

Ora, se, na época clássica, textos jurídicos definem expressamente o matrimónio como a união entre *homem* e *mulher*, não parece que subsista o argumento de que aquelas cerimónias descritas em fontes literárias cronologicamente próximas eram matrimónios juridicamente reconhecidos[22]. Recorde-se que, tendo falecido por volta de 240, Herennius Modestinus foi "o último jurista clássico, mas já não se lhe pode chamar… grande"[23]. Consequentemente, fica posta de lado qualquer veleidade criativa imprimida na definição apresentada em D. 23,2,1, que certamente seguiu a tradição jurídica romana.

No mesmo sentido, podem referir-se outras fontes especificamente jurídicas.

Desde logo, um dos requisitos de validade do *matrimonium* romano era

19 Isto é, respectivamente, "*a união do homem e da mulher, consórcio de toda a vida e comunicação do direito divino e humano*" e *"a união do homem e da mulher com a intenção de viverem em comunidade indissolúvel*" – cf. Santos Justo, *Direito Privado Romano – IV*, cit., p. 61.

20 Cf. Emilio Albertario, *La Definizione del Matrimonio secondo Modestino,* in *"Studi di Diritto Romano"*, vol. I – Persone e Famiglia, Giuffrè Editore, Milão, 1933, pp. 181-182.

21 Albertario, *La Definizione del Matrimonio* cit., p. 183; o Autor aponta essa diferença de formulações como sinal de que o texto atribuído a Modestinus não terá sofrido interpolação, senão também aí se teria operado a mesma alteração.

22 Assim, Frier, *Roman Same-Sex Weddings from the Legal Perspective,* cit., §§ 19–20, Karen K. Hersh, *The Roman Wedding: Ritual and Meaning in Antiquity*, Cambridge University Press, Nova Iorque, 2010, p. 33, e a recensão que recaiu sobre Boswell, *Same-Sex Unions,* cit., da autoria de Brent D. Shaw, *A Groom of One's Own?,* in "The New Republic", 18 de Julho de 1994, pp. 33-41, disponibilizada em http://www.fordham.edu/halsall/pwh/bosrev-shaw.html. Veja-se, aí, III, § 7.

23 *Vide* Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius Romanum) I – Introdução. Fontes,* 4ª edição, Coimbra, 1984, p. 401.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

o da capacidade natural dos nubentes, que deveriam ser capazes de procriar, o que seria aferido pela puberdade (atingida aos 12 anos pelas mulheres e aos 14 pelos homens, segundo a prevalecente orientação proculeiana): Gaius 1,196; C. 5,60,3[24].

Em decorrência deste requisito, e ao contrário dos *spadones* (os que por natureza não conseguiam procriar e que traduziremos por "eunucos")[25], o *castratus* estava impedido de contrair matrimónio (D. 23,3,39,1: " *Se a mulher se casou com um eunuco, o juiz deve distinguir se foi, ou não, castrado, para afirmar que, se foi castrado, não há dote; se não é castrado, há dote e acção de dote, porque há matrimónio*")[26], o que, com toda a certeza, implicaria a mesma solução para o "casamento" homossexual, uma vez que o fundamento da proibição era a impossibilidade absoluta de procriação[27]. Note-se que o preceito em causa apenas prevê o casamento com mulheres *(mulier nupserit),* o que reforça que só eram pressupostas uniões de pessoas de sexos diferentes.

Outro requisito de validade do matrimónio era a *affectio maritalis*, isto é, a vontade de os cônjuges viverem como tal. Esse *animus* era revelado por determinados indícios, como a *testatio*, a *deductio in domum mariti* (cerimónia nupcial, com a entrada da mulher na casa do marido) [28] e o *honor matrimonii* (a vivência da *uxor* como *domina* da casa do marido, participando na condição social do último[29]). Ora, as fontes pertinentes são explícitas quanto à ligação de um homem a uma mulher.

Através das *testationes*, jurava-se que a convivência com uma certa mulher tinha o objectivo de procriação de filhos legítimos (por exemplo, "*testatione interposita quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit*" – *Tituli Ex Corpore Ulpiani* 3,3, a propósito da aquisição do *ius quiritium* pelos *latini*, ao abrigo da *lex*

24 Cf., por todos, Santos Justo, *Direito Privado Romano – IV,* cit., pp. 66-67.

25 D. 50, 16, 128: "*Spadonum generalis appellatio est: quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur*": eunuco é uma denominação geral que inclui os que são eunucos por natureza e também os que foram castrados, bem como qualquer outro género de eunuco.

26 "*Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse: in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est*". Cf. Santos Justo, *ob. cit.*, p. 67.

Já se colocou a hipótese de esse texto ser interpolado, tal como D. 28, 2, 6 e D. 40, 2, 14, 1 (Edoardo Volterra, *Matrimonio (diritto romano),* in "Enciclopedia del Diritto", vol, XXV, Giuffrè Editore, Milão, 1975, p. 737), o que poderia levantar a dúvida de, no direito clássico, se ter aceitado o casamento de eunucos, tal como se aceitava o dos *spadones.* Ainda que assim seja, tal não invalida minimamente o claríssimo não reconhecimento do *matrimonium* entre pessoas do mesmo sexo, que deriva da definição apresentada por Modestinus.

27 Neste exacto sentido, Olís Robleda, *El Matrimonio en Derecho Romano. Esencia, Requisitos de Validez, Efectos, Disolubilidad*, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1970, p. 150.

28 Cf. Santos Justo, *Direito Privado Romano — IV,* cit., pp. 62-63, Volterra, *Matrimonio* cit., pp. 739-740 e nota 34 da p. 742, Riccardo Orestano, *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano dal Diritto Classico al Diritto Giustinianeo*, vol. I, Giuffrè Editore, Milão, 1951, pp. 152 e ss., e António A. Vieira Cura, *A «União de Facto» (Concubinatus) no Direito Romano – Da Indiferença Jurídica Clássica à Relevância Jurídica Pós-Clássica e Justinianeia,* in "Juris et de Jure – Nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto", Porto, 1998, p. 1308.

29 A este respeito, consultem-se Volterra, *Matrimonio,* cit., pp. 740-741, Orestano, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 314 e ss., Vieira Cura, A «*União de Facto» (Concubinatus) no Direito Romano*, cit., pp. 1308-1309, e Pasquale Voci, *Istituzioni di Diritto Romano*, 6ª edição, Giuffrè Editore, Milão, 2004, p. 518.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

Iunia Norbana), ou seja, de contrair *iustae nuptiae*[30]. É pressuposta, pois, a união entre pessoas de sexos diferentes.

E, como se pode observar, respectivamente, em D. 23,2,5 ("*Uma mulher pode casar com um homem que está ausente, quer por carta que lhe dirija, quer através de núncio, se ela for conduzida a casa dele. Mas a mulher ausente não pode casar com o marido, quer através de carta, quer através de núncio. A entrada tem de ser em casa do marido e não da mulher, porque é o domicílio matrimonial*")[31] e D. 24,1,32,13("*Se a mulher e o marido tiverem vivido separadamente, mas mantiveram reciprocamente a consideração do matrimónio, o que sabemos que já ocorreu entre pessoas de nível consular, penso que não são válidas as doações, já que as núpcias subsistiram, porque não é a união de facto que faz o matrimónio mas a afeição marital. Já se o doador faleceu primeiro, então a doação é válida*")[32], o cerimonial da *deductio in domum mariti*, bem como o relevo jurídico da vivência doméstica e social da *uxor*, confirmam que o matrimónio não unia pessoas do mesmo sexo.

Como elemento fundamental para a existência de matrimónio era a *affectio maritalis*, e não a efectiva convivência entre os cônjuges, era considerada cerimónia matrimonial aquela em que o homem (mas não a mulher) estivesse ausente – o que se corrobora, por exemplo, em D. 23,2,5 (já analisado) e em *Pauli Sententiae* 2,19,8 ("*Vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest"*)[33], outra vez se demonstrando que o *matrimonium* devia ser celebrado entre pessoas dos dois sexos.

Não menos importante, o *conubium* (capacidade jurídica de contrair casamento, reconhecida aos cidadãos livres e sem a qual não haveria *iustum matrimonium*[34]) é definido como "*o direito de casar com uma esposa segundo o direito romano*" ("*Conubium est uxoris iure ducendae facultas*" – *Tituli Ex Corpore Ulpiani* 5,3)[35], o que imediatamente nos conduz a uma concepção de matrimónio entre pessoas de sexos diferentes[36].

30 Volterra, *Matrimonio*, cit., pp. 739-740, nota 30; Santos Justo, *Direito Privado Romano — IV,* cit., p. 63; e, com grande desenvolvimento, Orestano, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 348 e ss., (quanto ao exemplo do texto, pp. 352-359).

31 "*Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*".

32 "*Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit*".

33 V.g., Orestano, *La Struttura Giuridica*, cit., p. 157; Volterra, *ob. cit*., p. 742; Santos Justo, ob. cit., p. 63, nota 364; Vieira Cura, *A «União de Facto» (Concubinatus) no Direito Romano*, cit., pp. 1307-1308.

34 *Tituli Ex Corpore Ulpiani* 5,3: "*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt, conubium sit*…".

35 Entre outros: Santos Justo, *Direito Privado Romano — IV,* cit., pp. 67-68; Volterra, *ob. cit*., pp. 733-735; Voci, *Istituzioni*, cit., 520; Vieira Cura, *A «União de Facto» (Concubinatus) no Direito Romano*, cit., p. 1306, nota 31; Robleda, *El Matrimonio en Derecho Romano*, cit., pp. 168 e ss., especialmente 172; Susan treggiari, *Roman Marriage: Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, reimpressão, Oxford University Press, Nova Iorque, 2002, p. 43 (cuja tradução seguimos).

36 Partem claramente desse pressuposto Robleda, *El Matrimonio en Derecho Romano*, cit.,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

Por outro lado, a própria figura do concubinato (*concubinatus*) assenta, já na época clássica, na união entre homem e mulher, embora sem a presença de *affectio maritalis*[37].

Apesar de, nessa altura, não se reconhecerem ao concubinato quaisquer efeitos jurídicos, revelou-se importante a sua delimitação face às situações que eram consideradas *stuprum* pela *lex Iulia de adulteriis* (de 18 a. C.)[38]. E de vários dos textos pertinentes[39] decorre a já mencionada conclusão: somente uniões estáveis de pessoas dos dois sexos eram previstas.

Em D. 25,7,1pr.,-1[40] são referidas as *mulheres* que poderiam ser mantidas como concubinas sem o risco de se cometer o crime de *stuprum.* D. 48,5,35pr.[41] menciona que comete estupro o que mantém *mulher* livre sem que haja matrimónio, com excepção da que fosse concubina. A presunção de *matrimonium* e não de *concubinatus* (D. 23,2,24) surge quanto à convivência entre homem e mulher livre que não seja prostituta[42], enquanto um fragmento da autoria de Paulus (D. 25,7,4)[43] indica que a mulher só deve ser considerada concubina se essa é a intenção ao viver-se com ela. Por sua vez, D. 24,1,3,1[44] trata de uma doação de um senador à concubina.

Deste modo, dificilmente se poderia vislumbrar o reconhecimento de "casamentos" entre homens no direito romano clássico (como os que são descritos nas fontes literárias), pois, mesmo quanto ao mero *concubinatus*, os textos jurídicos pressupõem sempre uniões heterossexuais – o que seria de estranhar se o "matrimónio" homossexual fosse reconhecido, até por um argumento *a minori ad maius*[45]. Se nos fragmentos clássicos não se dá a mais

p. 172, e TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit., p. 43.

37 Sobre a *affectio maritalis* como ponto fulcral da distinção entre *matrimonium* e *concubinatus* (relação materialmente semelhante ao matrimónio, mas a que falta aquele *animus*), ROBLEDA, *El Matrimonio en Derecho Romano*, cit., pp. 109-110, e VIEIRA CURA, ob. cit., pp. 1309-1311.

38 Cf. VIEIRA CURA, *A «União de Facto» (Concubinatus) no Direito Romano*, cit., pp. 1297-1298 e 1311-1312.

39 Socorremo-nos de alguns dos apresentados e analisados por VIEIRA CURA, *ob. cit.,* pp. 1299-1303.

40 "*Quae in concubinatu est, ab invito patrono poterit discedere et alteri se aut in matrimonium aut in concubinatum dare? Ego quidem probo in concubina adimendum ei conubium, si patronum invitum deserat, quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere.*"; "*1. Cum Atilicino Sentio et puto solas eas in concubinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*".

41 "*Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*".

42 "*In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*". São fortes as suspeitas de interpolação, mas não atingem o requisito da união homem-mulher (ORESTANO, *La Struttura Giuridica*, cit., p. 362).

43 "*Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet*".

44 "*… Divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*".

45 Sobre este tipo de inferência lógica (se a lei proíbe o menos, também proíbe o mais), cf., por exemplo, João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador,* Livraria Almedina, reimpressão, Coimbra, 2000, p. 187.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

pequena relevância (ainda que social) às uniões homossexuais estáveis (e elas, fora de qualquer dúvida, existiram), parece de todo improvável que tal tivesse sido feito a matrimónios.

Mas resta uma interrogação: como explicar os excertos de obras coevas que apresentam cerimónias nupciais entre indivíduos do sexo masculino[46]?

A resposta não pode esquecer que consistiam, como já foi afirmado, em trabalhos de índole literária e não jurídica. A posição do *ius romanum* era cabal. O que não significa que, socialmente, não se tivessem efectuado cerimónias sem eficácia jurídica denominadas "nupciais", embora imitando, até, o aparato de matrimónios válidos (com pormenores como a invocação de *Thalassus*, véus, archotes, vestidos, leito de núpcias e dote)[47]. Mas há, tão-só, mimetismo, não uma equiparação.

As teses de Boswell assentam numa suposta imprecisão de critérios definidores que caracterizaria a figura do matrimónio nas civilizações da Antiguidade, o que se aproveita para considerar como "casamento" qualquer união permanente entre duas pessoas, com o reconhecimento da comunidade[48]. E também Eskridge acaba por confessar que toda a sua construção, tendente a tentar provar uma suposto precedente histórico de "matrimónio" homossexual, se baseia em realidades que não eram casamentos juridicamente admitidos[49].

Contudo, se a noção de *matrimonium* e a sua disciplina no direito romano não oferecem incertezas a respeito do carácter heterossexual das uniões reconhecidas, mais se demonstra a total impropriedade desses raciocínios[50].

Boa parte dos textos que se indicam como demonstrativos do reconhecimento romano do "casamento" entre pessoas do mesmo sexo consiste numa crítica social de cariz notoriamente satírico (de que não escapa uma aristocracia decadente, violadora de regras de conduta e de tradições de que deveria ser guardiã), inclusive recorrendo a chalaças obscenas, como bem já se notou[51]. Recordem-se, designadamente: o nubente "rígido" por quem Callistratus, apesar de barbudo, se perdeu de amores; o homem que parece imponente mas que, afinal, pouco respeito merecia, pois tinha sido noiva; o noivo corneteiro

46 De notar que não existem vestígios semelhantes de uniões entre mulheres – Hersh, *The Roman Wedding*, cit., p. 33.

47 Cf. Frier, *ob. cit.*, § 20, e treggiari, *Roman Marriage*, cit., p. 169 (nesta obra – pp. 161 e ss. – encontra-se uma minuciosa descrição dos elementos que compunham as celebrações matrimoniais romanas).

48 *Christianity*, cit., p. 26.

49 *A History of Same Sex Marriage*, cit., p. 1435.

50 Para uma certeira crítica à confusão, presente no trabalho de Eskridge, entre uniões homossexuais e a figura do matrimónio, F. C. DeCoste, *The Halpern Transformation: Same Sex Marriage, Civil Society and the Limits of Liberal Law*, in "Alberta Law Review", 2003, nota 49 (compulsado em http://www.marriageinstitute.ca/images/decoste.pdf).

51 Shaw, *A Groom of One's Own?,* cit., IV (dois últimos §§); Frier, *Roman Same-Sex Weddings from the Legal Perspective,* cit., IV, §§ 4-5; Hersh, *The Roman Wedding*, cit., pp. 33 e ss. (que coloca a possibilidade de as sátiras de Marcial e de Juvenal serem invenções – p. 36).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

de quem se diz que talvez toque uma "trombeta recta"; o comportamento de Nero, imitando uma virgem na sua noite de núpcias com Doryphorus. Pode-se legitimamente concluir que nenhuma instituição socialmente pacífica e, sobretudo, aceite pelo Direito seria sujeita a tal zombaria, ou, pelo menos, ao tom contundente de Suetónio e de Tácito[52].

O *matrimonium* romano era uma instituição social, mais do que jurídica[53] (apesar dos importantes efeitos jurídicos que produzia)[54], do que provém a importância decisiva da *affectio maritalis*, ou seja, o consentimento dos cônjuges: segundo Ulpianus (D. 24,1,32,13), já anteriormente citado, "… *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio* …"[55].

Se, na época arcaica, o *ius sacrum* exigia, como requisito para a celebração do matrimónio, um sacrifício oferecido aos deuses[56], no direito clássico o matrimónio mantinha-se enquanto persistisse o consenso do marido e da mulher nesse sentido, não obedecendo a formas ou formalidades especiais, o que se conclui de fontes como D. 24,1,66pr. (para que haja matrimónio é desnecessária a assinatura das *tabulae* nupciais constitutivas do dote)[57], D. 39,5,31pr. (é o exame da união de vida que permite averiguar se há matrimónio, pois este não se constitui através de documentos)[58] e, muito especialmente, D. 20,1,4 (validade

52 Ponto focado por Shaw, *ob. cit.,* IV, § 13.

53 Neste exacto sentido Albertario, *La Definizione del Matrimonio,* cit., p. 182.

54 Como realça Max Kaser, *Direito Privado Romano,* tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999, p. 317.

55 Ou seja, "*não é a união de facto que faz o matrimónio mas a afeição marital*", na tradução proposta por Santos Justo, *Direito Privado Romano – IV*, cit., p. 64. Cf., ainda, *v.g.*, Orestano, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 187 e ss. e 200 e ss. (pp. 208 e ss. para uma resenha de esclarecedoras fontes literárias), Robleda, *El Matrimonio en Derecho Romano*, cit., p. 82, treggiari, *Roman Marriage*, cit., pp. 54 e 161, e Vieira Cura, *A "União de Facto" (Concubinatus) no Direito Romano*, cit., p. 1307.

56 Conforme expõe Riccardo astolfi, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*, Cedam, Pádua, 2000, p. 15, o sacrifício era essencial à celebração do matrimónio ("*apud veteres neque uxor duci neque ager arari sine sacrificiis peractis poterat*" – Servius, *In Vergilli Aeneidos Librum Tertium Commentarius*, 136), o que é confirmado pela proibição de núpcias em dias em que não fossem permitidos sacrifícios (Macróbio, *Saturnalia*, 1,15,21).

57 "*Seia Sempronio cum certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero, an ea donatio rata sit. Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi: itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere*": Seia, estando para casar com Sempronius em certo dia, antes de ser levada a sua casa e de serem assinados os documentos de constituição do dote, deu-lhe um certo montante de áureos: pergunto, esta doação será válida? Respondo que não importa se a doação foi feita antes da introdução em casa ou antes de serem assinados os documentos, o que muitas vezes acontece depois de se contrair matrimónio; a não ser que a doação tenha sido feita antes de se contrair o matrimónio, o qual se entende contraído por efeito do consenso, a doação não é válida.

58 "*An autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium*": se foi precedido pelo *honor* e pela *affectio*, respondo que, comparadas as pessoas, é examinada a natureza da sua união de vida: não são os documentos que constituem o matrimónio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

das núpcias, ainda que sem registo escrito de quaisquer testemunhos)[59] [60].

Os meios de prova do *consensus* eram vários e nenhum deles parece ter tido qualquer valor especialmente qualificado perante os outros[61]. Entre eles contavam-se o *honor matrimonii* e a *deductio in domum mariti*, que eram indícios[62] dos quais se inferia a *affectio maritalis*[63], mas que, na verdade, não constituíam requisitos de validade ou, sequer, de existência do matrimónio[64]: compulsem-se, entre outros, D. 24,1,32,13 (se é a afeição marital, e não a união de facto, que fazem o casamento, o *honor matrimonii*, referido no mesmo parágrafo como demonstrativo da existência do matrimónio entre ausentes, é um reflexo da vontade de os cônjuges estarem casados e que permite comprová-la), D. 24,1,66pr. (essencial é o consenso e não a entrada da mulher na casa do marido, que muitas vezes ocorre quando já se contraiu matrimónio), D. 35,1,15 (não é por a mulher não entrar no quarto do marido que não há matrimónio, pois o que o constitui é o *consensus*)[65] e D. 23,2,24 (deflui da presunção aí contida que, à falta de melhor, o *matrimonium* podia ser provado através da vida em comum com uma mulher livre e que não fosse prostituta)[66].

59 "…*Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt*": porque se fazem escrituras sobre estas coisas para que mais facilmente se possa provar através delas, mas também sem elas o que se fez é válido se houver prova, assim subsistem as núpcias, ainda que não tenha havido testemunhos escritos.

Do teor da parte anterior do fragmento resulta notória a aproximação entre o *matrimonium* e as obrigações derivadas do *consensus* ("*obligationes quae consensu contrahuntur*" – Orestano, *La Struttura Giuridica*, cit., p. 206).

60 *Vide*, exemplificativamente, Santos Justo, *Direito Privado Romano – IV*, cit., pp. 62-63, Orestano, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 206-207, Kaser, *Direito Privado Romano*, cit., p. 324, Robleda, *El Matrimonio en Derecho Romano*, cit., pp. 90 e ss., Volterra, *ob. cit.*, pp. 738-739 (com importante citação de fontes literárias e jurídicas), Voci, *Istituzioni*, cit., p. 519, e Diogo Leite de Campos, *A Invenção do Direito Matrimonial*, in "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", vol. LXII, 1986, pp. 2-3 (referindo-se a um "estado assente num consenso").

Por influxo cristão, era diferente a concepção dos direitos pós-clássico e justinianeu, tomando relevo apenas a vontade inicial dos cônjuges, pois para a dissolução do matrimónio era necessário o divórcio fundamentado em justas causas reconhecidas: cf. Santos Justo, *ob. cit.*, pp. 64-65 e 95 e ss. Volterra, *Matrimonio*, cit., pp. 785 e ss., e Vieira Cura, *A "União de Facto" (Concubinatus) no Direito Romano*, cit., pp. 1313-1314.

Claro que o que nos interessa particularmente é o "matrimónio da época pagã" (de novo, Santos Justo, *cit.*, p. 58), pois é quanto a ele que se suscitou a dúvida da extensão às uniões homossexuais. É pacífico que o matrimónio romano-cristão (como o designa Leite de Campos, *A Invenção*, cit., pp. 7 e ss.) não englobou o "casamento" entre pessoas do mesmo sexo, que, pelo contrário, foi severamente punido – recorde-se C. Th. 9,7,3.

61 Orestano, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 313-314.

62 Ou modos de objectivação, na terminologia de Orestano, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 240 e ss. e 303 e ss..

63 Veja-se, por todos, Santos Justo, *Direito Privado Romano – IV*, cit., p. 63.

64 Tese prevalecente desde as investigações de Volterra e de Orestano (cf. Robleda, *El Matrimonio en Derecho Romano*, cit., p. 82).

65 "*Cui fuerit sub hac condicione legatum "si in familia nupsisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*": se o legado foi feito sob a condição de a mulher "casar na família", a condição parece estar verificada assim que for tomada como *uxor*, ainda que não tenha entrado no quarto (*cubiculum*) do seu marido, pois não são as relações sexuais que fazem as núpcias, mas o consenso.

66 Orestano, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 170 e ss., 204, 249 e ss., 314 e ss. e 360 e ss.; Volterra, *Matrimonio*, cit., pp. 741-742; Robleda, *El Matrimonio en Derecho Romano*, cit., pp. 82-84, 86-87, 93, nota 96, e 132-133; treggiari, *Roman Marriage*, cit., p. 167; Voci, *Istituzioni*, cit., p. 519; Kaser, *Direito*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

Dado que não tinham vinculatividade jurídica, os ritos nupciais podiam ser dispensados[67], mas, em contrapartida, a respectiva prática não conduzia forçosamente ao surgimento de uma relação conjugal. Logo, não é devido à pompa[68] e aos rituais que rodearam alguns "casamentos" homossexuais descritos que se pode entrever a celebração de matrimónios válidos, pois esta não implicava aqueles (e vice-versa)[69].

Neste conspecto, e pela sua acuidade, respigamos a seguinte passagem, da autoria de FRIER: "*Nonetheless, because such rituals were only loosely connected to the legal inception of marriage, a possibility arose that is scarcely conceivable in the modern world: the full wedding ceremony and the ensuing cohabitation could be, in effect, culturally detached from the legal institution of marriage. If this happened, the marriage ceremony could then be used in ways that invoked the more general social implications or the imagery of weddings, even though the parties themselves did not thereby intend to create, and were not understood by others to be creating, an actual marriage. In short, the Roman marriage ceremony may have "floated free" from the legal institution of marriage, in a fashion and to a degree that may today seem quite surprising*"[70].

Sem *consensus* não existia matrimónio, como sucedia com as *nuptiae simulatae*[71]. E, porque apenas era juridicamente admitida a *affectio maritalis* entre homem e mulher, os cerimoniais em que esta intenção não estivesse presente constituíam, em qualquer hipótese, simples farsas[72], que nem sequer colocavam os complexos problemas da prova da verdadeira vontade das partes[73]. Nesta matéria, como ficou patente, poder-se-ia imitar, mas ninguém tentava dissimular o que quer que fosse...

Privado Romano, cit., p. 325; VIEIRA CURA, *A "União de Facto" (Concubinatus) no Direito Romano*, cit., p. 1309, nota 39; Álvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª edição, Ediciones Universidad de Navarra, 1997, p. 294.

A *deductio* já era dispensável na época arcaica, sendo apenas obrigatória a oferta do sacrifício: ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*, cit., pp. 15, 19 e 23.

67 O que é confirmado por uma declamação de Quintiliano (*Declamationes Minores*, 247): " '*De toda a maneira, desejo um casamento em casa'. O casamento é certamente necessário em outros casos (embora o direito de modo algum o exija, mas há uma razão para isso: mostrar vontade*…" ('*Nuptias tamen in domo desidero. Nuptiae in aliis sint sane necessariae (quamquam ne id quidem utique ius exigit, causam tamen hanc habent, ostendendae voluntatis*…). *Vide* ORESTANO, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 318-323.

68 A *deductio* também é denominada, precisamente, *pompa* (TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit., p. 169), isto é, cortejo: "*Si donationum ante nubtias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nubtiarum celebritas omittatur*…" (C. Th. 3,7,3 = C. 5,4,22).

69 FRIER, *Roman Same-Sex Weddings from the Legal Perspective,* cit., §§ 21 e ss..

70 *Roman Same-Sex Weddings from the Legal Perspective,* cit., § 28.

71 D. 23,2,30: "*Simulatae nuptiae nullius momenti sunt*" (as núpcias simuladas não têm valor algum). Cf. ORESTANO, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 231-232, e ROBLEDA, *El Matrimonio en Derecho Romano*, cit., pp. 102-103.

72 TREGGIARI, *Roman Marriage*, cit., p. 169, refere-se a "*mock marriage*".

73 Apontados por ORESTANO, *La Struttura Giuridica*, cit., pp. 232-233 e 322-323.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

4. O VERDADEIRO CONTRIBUTO DO DIREITO ROMANO PARA A ACTUAL DISCUSSÃO SOBRE O "CASAMENTO" ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

A intenção que esteve por detrás da utilização dos elaborados cerimoniais já descritos não é fácil de perscrutar[74]. Mas os relatos que deles chegaram até nós mostram que o *ius romanum* não sentiu qualquer necessidade de legitimar o fenómeno que lhes estava subjacente, atendendo aos interesses que se reconheciam à instituição matrimonial, *maxime* a filiação, matéria tida como de interesse público, especialmente desde a legislação de Augusto[75].

Uma eventual tolerância para com aquelas situações (que, de todo o modo, acabaria mais tarde) não correspondeu a qualquer reconhecimento jurídico. A noção apresentada nas fontes revela implicitamente que a finalidade essencial antevista no *matrimonium* era a da procriação[76] – sintomaticamente, as críticas aos "matrimónios" homossexuais acabaram por abordar, e em termos incisivos, a questão da impossibilidade de geração de filhos[77]. Atalhe-se, aliás, que, na civilização romana, outros valores eram associados ao casamento, como o amor, o companheirismo e a realização pessoal[78], mas sempre com referência à única comunhão de vida que se achou merecedora de reconhecimento público, a existente entre homem e mulher.

O exemplo romanístico a ser tido em conta na actual controvérsia é, destarte, apenas um: quando não se encontram interesses públicos a tutelar, afigura-se suficiente deixar um assunto privado como tal[79].

74 Remete-se para as reflexões de Hersh, *The Roman Wedding*, cit., pp. 36 e ss.. Cf., ainda, Frier, in "Bryn Mawr Classical Review 1999.11.05", cit.: "*Their purpose is obscure*".

75 Cf. Frier, *Roman Same-Sex Weddings from the Legal Perspective,* cit., § 37.

A aludida legislação de Augusto consistiu nas *leges Iulia de maritandibus ordinibus* (de 18 a.C.) e *Papia Poppaea nuptialis* (do ano 9 da nossa era), cuja complementaridade levou a que ficassem conhecidas como *lex Iulia et Papia*. Através delas, estabeleceram-se obrigações de contrair matrimónio e de procriação (dentro do matrimónio), com a atribuição de recompensas ou castigos. Visaram-se o aumento demográfico e, até, a salvaguarda da dignidade social da família (nomeadamente, com a proibição de casamentos com prostitutas, adúlteras ou artistas) e da situação do erário público (que poderia suceder ao *de cujus*, em detrimento de quem não tivesse filhos). Cf., por exemplo, Santos Justo, *Direito Privado Romano — IV,* cit., pp. 80-83, e Riccardo astolfi, *La lex Iulia et Papia*, 4ª edição, Cedam, Pádua, 1996, especialmente pp. 325 e ss..

76 Assim, Robleda, *El Matrimonio en Derecho Romano*, cit., pp. 61-66, e Vieira Cura, *A "União de Facto" (Concubinatus) no Direito Romano*, cit., p. 1307.

77 Hersh, *The Roman Wedding*, cit., p. 37.

78 Assim, Frier, in "Bryn Mawr Classical Review 1999.11.05", cit., e a profunda investigação de Suzanne Dixon, *The Roman Family*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1992, pp. 68-71.

79 Sobre as razões para não consagrar legalmente o "matrimónio" homossexual, sem embargo dos direitos que aos homossexuais não devem deixar de ser garantidos por razões de dignidade humana, consulte-se Nuno de Salter Cid, *Direitos Humanos e Família: Quando os Homossexuais Querem Casar*, in "Economia e Sociologia", n.º 66, 1998, pp. 232 e ss..

Como afirmou recentemente o *Conseil Constitutionnel de la République Française*, na *Décision* n° 2010-92 QPC, de 28 de Janeiro de 2011 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html), "*la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille*".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

Assim, caem por terra os argumentos de que a proibição de casamentos entre pessoas do mesmo sexo seria uma decorrência bíblica, interrompendo uma longínqua tradição, e que, dada a sua suposta origem, violaria a separação entre Estado e Igreja (como as relações homossexuais consensuais eram toleradas em Roma antes dos Imperadores cristãos, embora satirizadas, a proibição de matrimónio homossexual seria espelho de uma visão exclusivamente cristã, o que atentaria contra a laicidade do Estado)[80]. O lapso lógico do raciocínio é notório, pois olvida-se que, ainda que as uniões homossexuais fossem socialmente frequentes ou, pelo menos, não perseguidas, nunca alcandoraram o estatuto matrimonial, mesmo antes da penetração do Cristianismo – e esse é que constitui o verdadeiro precedente[81].

Não obstante a forte influência canonística na disciplina do direito da família durante o período do direito intermédio[82], o estudo da instituição matrimonial romana pelas várias correntes do pensamento jurídico europeu foi intenso[83] e forneceu um decisivo contributo para o direito moderno, nomeadamente com a formação das doutrinas do casamento como contrato[84].

Logo, o conceito de casamento constitucionalmente consagrado[85] tem um substrato histórico do qual o direito romano, ao invés de entorse ou negação, apenas pode ser raiz e esteio profundo, muito para além de questões de índole religiosa. Esse conceito histórico de casamento não admite que se veja na lei fundamental qualquer reconhecimento do "casamento homossexual"[86]. Subsequentemente, o casamento entre homem e mulher pode ser a única concepção acolhida pelo poder legislativo, democraticamente legitimado[87].

Tal foi o entendimento que, correctamente, prevaleceu no Tribunal

80 *Vide* Robert Frakes, *Why the Romans Are Important in the Debate About Gay Marriage*, na "History News Network" da George Mason University, disponível em http://hnn.us/articles/21319.html. Ensaiando uma argumentação similar, Eskridge, *A History of Same Sex Marriage*, cit., p. 1497, nota 268.

81 É, portanto, uma absoluta falta de rigor afirmar (como faz Snyder, *Gay Marriage*, cit., p. 22) que a pretensa aceitação romana do casamento entre pessoas do mesmo sexo não sobreviveu ao Cristianismo – não se pode colocar a questão da sobrevivência do que nunca existiu. Padece do mesmo vício Larocque, ob. cit., p. 60.

82 Cf., por exemplo, Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 4ª edição com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Livraria Almedina, Coimbra, 2009, p. 299.

83 Ainda que assente numa perspectiva histórica e não de estudo do direito vigente (pois este era constituído, em matéria matrimonial, pelo direito canónico) – Volterra, *Matrimonio*, cit., pp. 727-728.

84 Por todos, Orestano, ob. cit., pp. 22 e ss..

85 *V. g.*, pelo art. 36.º da Constituição da República Portuguesa e pelo art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil.

86 Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra 2007, pp. 567-568.

87 Assim, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *loc. cit.*, e Jónatas E. M. Machado, *A I(n) definição do Casamento no Estado Constitucional. Fundamentos Meta-Constitucionais e Deliberação Democrática*, in "Família, Consciência, Secularismo e Religião", Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 33-34.

Mesmo para quem, como Vera Lúcia Raposo (*Direitos Reprodutivos: Homossexualidade, Celibato e Parentalidade*, in "Família, Consciência, Secularismo e Religião", Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 77), não aceita que a Constituição contém um conceito determinado de casamento, a exclusividade do matrimónio entre pessoas de sexos diferentes é "*uma opção do legislador ordinário, não arbitrária, mas hasteada nas concepções ético-sociais dominantes*".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

Constitucional português, através do Acórdão n.º 359/2009[88]. De facto, o elemento histórico da interpretação[89], alicerçado naquele conceito contido nos nºs 1 e 2 do art. 36º da Constituição, conduz à identificação do casamento como "*uma instituição social que é apresentada aos cônjuges com um significado relativamente estável, enquanto união entre homem e mulher, designadamente assente na função que lhe cabe na reprodução da sociedade*"[90].

A decisão foi corroborada pelo Acórdão nº 121/2010[91], interessando especialmente o seu ponto 26, no qual se conclui que não há qualquer imposição constitucional da consagração legislativa do "casamento" entre pessoas do mesmo sexo: "*Tal como no acórdão n.º 359/2009, também agora, perante uma alteração legislativa desta natureza, se afigura útil recordar o que o Tribunal afirmou no Acórdão n.º 105/90: (…) E, se estas considerações são em geral pertinentes, mais o serão ainda quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio «aberto» da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico. Nessa situação sobretudo – em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um "pluralismo" mundividencial ou de concepções – sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir*".

É certo que o aresto acabou por decidir que não eram inconstitucionais as alterações da redacção dos artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º/1 do Código Civil, no sentido de permitir o "casamento" homossexual[92]. Mas ficou explícito que a solução contrária (previsão exclusiva do casamento como união de pessoas de sexos diferentes) é constitucionalmente admissível e está à disposição do legislador, que poderá, a qualquer momento, alterar a solução legal. Como apontaram, na sua declaração de voto, os Conselheiros Maria Lúcia Amaral e Rui de Moura Ramos, "*Trata-se pois de uma escolha que, versando sobre matéria que não integra o núcleo indisponível do instituto constitucionalmente protegido, se encontra no âmago da liberdade de conformação política do legislador democrático.*

88 Compulsável in *Diário da República*, 2.ª série — N.º 214 — 4 de Novembro de 2009, pp. 44970 e ss.

89 Sobre a necessidade da sua consideração, no âmbito da interpretação constitucional, *vide* José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, p. 1219.

90 Identicamente, a *Corte Costituzionale* italiana (*Sentenza* nº 138, de 14 de Abril de 2010, in www.cortecostituzionale.it) concluiu que "*Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto instituto*".

91 In *Diário da República*, 2.ª série — N.º 82 — 28 de Abril de 2010, pp. 22367 e ss.. A fundamentação do acórdão contém uma valiosa resenha de direito comparado.

92 Não se esqueça, porém, que os Conselheiros Borges soeiro e Benjamim Rodrigues votaram vencidos, considerando que estender a capacidade matrimonial a pares homossexuais desfiguraria a garantia institucional do casamento, assegurada pelo art. 36º. A nosso ver, é uma posição mais respeitadora do preceito constitucional do que as três declarações de voto (também minoritárias) que pretendiam encontrar uma imposição do casamento homossexual, pois não ignora a inultrapassável realidade que é o conceito histórico de casamento.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

Nestes termos, é ela revisível por decisão soberana do mesmo legislador. Não cabe a este Tribunal interferir no âmbito das decisões do legislador democrático que, por opção constitucional, permanecem livres…".

No mesmo sentido, pronunciaram-se, através das decisões já indicadas, a *Corte Costituzionale* ("*Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette* …") e o *Conseil Constitutionnel*, que afirmou lapidarmente: "*il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation*".

O conceito histórico de casamento é inultrapassável por via hermenêutica, pelo que os tribunais não o podem afastar[93]. Qualquer tentativa de reconhecimento do "casamento" homossexual, por via judicial, não passará, há que dizê-lo, de uma pura usurpação de funções legislativas, com a concomitante violação do princípio da separação de poderes.

As célebres palavras de WARREN BURGER, *Chief Justice* do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América entre 1969 e 1986, na declaração de voto que proferiu na decisão *Bowers v. Hardwick*[94] ("*To hold that the act of homosexual*

93 De novo nos escoramos na *Sentenza* nº 138/2010, da *Corte Costituzionale*.

94 478 U.S. 186 (1986). Por intermédio do acórdão *Bowers*, o *Supreme* não tratou da questão de que aqui curamos, mas, sim, da constitucionalidade da criminalização da homossexualidade consentida. A orientação que nele fez vencimento foi revertida no caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), que considerou que semelhante intervenção estadual violava as garantias de *due process of law*.

Não faz parte do escopo do presente trabalho a análise desse problema. Na verdade, a decisão *Lawrence* não reconheceu um direito ao "casamento" entre pessoas do mesmo sexo e, na sua declaração de voto, ao acompanhar o resultado da tese maioritária, a *Justice* SANDRA DAY O' CONNOR sublinhou que os interesses ligados à preservação da instituição matrimonial poderiam legitimar tratamento diferente entre casais heterossexuais e pares homossexuais.

Todavia, o conteúdo do acórdão (proferido com seis votos a favor contra três) está longe de permitir que se dê como afastada a hipótese de um eventual reconhecimento judicial do suposto direito fundamental ao "casamento" homossexual. Como já se alertou, ao afirmar que "*When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring*", o Supremo Tribunal dos E.U.A. parece deixar margem de manobra para que futuramente, e por via pretória, se possa ligar o "matrimónio" entre pessoas do mesmo sexo à liberdade sexual, considerando-o uma imposição da lei fundamental (cf. a declaração do *Justice* ANTONIN SCALIA ao votar vencido e, no mesmo sentido, *Defending a Higher Law*, American Society for the Defense of Tradition, Family and Property, Spring Grove, Penn., 2004, p. 193, nota 2).

Adivinha-se que o problema se venha a colocar perante o *Supreme Court*, em virtude da decisão *Perry v. Schwarzenegger*, tomada pelo *United States District Court for the Northern District of California*, em 4 de Agosto de 2010 (https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf). Aí se decidiu que as garantias de *due process of law* e de *equal protection* da Constituição federal feriam de inconstitucionalidade uma alteração da Constituição da Califórnia por referendo, que determinou a exclusividade do reconhecimento jurídico do casamento entre homem e mulher.

Para o fazer, porém, o *District Chief Judge* VAUGHN R. WALKER, com o objectivo de alcançar um resultado pré-determinado, inverteu os dados do problema. Apoiando-se na decisão *Lawrence* (p. 61 – e mostrando o quão vãs foram as precauções da *Justice* O' CONNOR), WALKER não deixou de reconhecer que "*consistent historical features of marriage, including that civil law, as opposed to religious custom, has always been supreme in regulating and defining marriage in the United States*" (p. 14) e que "*Marriage in the United States has always been a civil matter*" (p. 60). Mas se, desse modo, se serviu do precedente histórico para afastar alegadas influências religiosas, é inadmissível que depois, convenientemente, o tenha esquecido quanto à definição do matrimónio. Com efeito, neste aspecto, o *civil law* seguiu sempre a tradição jurídico-cultural

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199

sodomy is somehow protected as a fundamental right would be to cast aside millennia of moral teaching"), são plenamente adaptáveis a este contexto: sustentar que o "casamento" entre pessoas do mesmo sexo está, de alguma maneira, protegido como direito fundamental, seria ignorar uma tradição jurídica milenar, também legada pelo *ius romanum* e que foi recebida pela nossa civilização[95].

romano-judaico-cristã e, justamente por isso, a Constituição federal (de 1787…) nunca poderia pressupor algo diferente.

95 "*A instituição matrimonial transitou, nestes moldes, para o direito civil e para os conceitos de família e de casamento consagrados nos textos legais e constitucionais emergentes das revoluções liberais no Ocidente*" – Jónatas Machado, *A I(n)definição do Casamento*, cit., p. 14.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0199