

# J. E. Labbé e a Natureza Jurídica do Casamento Romano.

*José Carlos Moreira Alves*

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo.  
Ministro do Supremo Tribunal Federal.

1. Atualmente, os romanistas, em sua grande maioria, entendem que o casamento romano difere profundamente do moderno. Se neste o consentimento inicial externado em face da autoridade celebrante vincula os nubentes por toda a vida ou até a obtenção do divórcio, nos ordenamentos jurídicos que o admitem, aquele era mero estado de fato que perdurava enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecer casados. Havia, assim, situação análoga à da posse, com um elemento subjetivo — a intenção contínua de ser marido e mulher (*affectio maritalis*) — e um objetivo — a convivência ainda que simplesmente ideal, traduzida pelo *honor matrimonii*. Daí, a definição de BONFANTE (*Corso di Diritto Romano*, I, ristampa, p. 256, Milano, 1963) :

“ .. o matrimônio romano pode definir-se: a convivência do homem e da mulher sob a autoridade do marido com a intenção efetiva, contínua de ser marido e mulher”,

cujos elementos ele, linhas adiante, assim explica :

“O requisito propriamente fundamental, porquanto representa, por assim dizer, a alma e a essência do matrimônio, é a *affectio maritalis*. *Affectio* indica uma vontade duradoura, não momentânea, tal, em suma, que se converte em um estado de ânimo: esse sentido da palavra está ainda gravado nos nossos derivados e usados, “essere affetto, affezione morbosa”, e semelhantes: o significado sentimento de afeição é um derivado secundário daquele sentido psicológico.

A intenção de ser marido e mulher significa a intenção de estabelecer uma sociedade íntima quanto a todas as relações, perpétua, de transmitir à esposa a própria posição e a própria dignidade social (o denominado matrimônio morganático não teria sido reconhecido como matrimônio pelos romanos, mas como uma forma de concubinato), de procriar e de criar os filhos. Quanto ao outro requisito, a vida comum, ela não deve ser entendida no sentido materialístico ou demasiadamente literal, porém com um significado ético e social como a efetiva subsistência daquelas recíprocas relações morais e sociais que se manifestam e se resumem na significativa expressão romana, *honor matrimonii*”

2. Essa teoria é recente, porquanto, segundo a opinião comum, data do fim do século passado, ou, mais precisamente, de 1889.

Até então, estivera viva a controvérsia sobre a natureza jurídica do casamento romano, o que, aliás, já vinha dos glosadores. Entenderam eles, a princípio, que o matrimônio, em Roma, era um *contractus personarum* (contrato sem fundo patrimonial), em contraposição ao *contractus rerum*. Mas, em virtude da influência dos canonistas, passaram a caracterizá-lo como ato jurídico (*actus legitimus*), à semelhança da adoção. Os pós-glosadores, porém, retornaram à tese primitiva. E os franceses da Escola Culta (CUJÁCIO, DONELO e outros) se fixaram no contrato de sociedade, opinião geralmente seguida pelos representantes dessa Escola, nos séculos XVII e XVIII. Nos fins da centúria XVIII, GLÜCK atacou vigorosamente a teoria em voga, salientando, entre outros argumentos, que, segundo os romanos, o vocábulo *contractus* jamais designou ato jurídico de natureza pessoal, como sucede com relação ao casamento. Não fora SAVIGNY, e a crítica de GLÜCK teria abalado seriamente a teoria contratualista. No *Sistema do Direito Romano Atual* (trad. SCIALOJA, v. III, § 140, p. 406), SAVIGNY reformulou o conceito de contrato, definindo-o de modo mais amplo — “o concurso de várias pessoas numa concorde declaração de vontade, pela qual se determinam suas relações jurídicas” —, e possibilitando o enquadramento, aí, do casamento, afastada a objeção de GLÜCK. E até quase o início do século atual, os autores prestigiaram a teoria contratualista, divergindo, no entanto, quanto à espécie de contrato a que pertenceria o matrimônio.

3. Essa doutrina, porém, jamais conseguiu a adesão unânime dos romanistas. Em tempos mais afastados, manifestaram-se contra ela DUARENO e HÚBERO que encontraram eco, muito mais tarde, em GLÜCK. A crítica desses autores, porém, era apenas negativa, pois se esforçavam em fazer ruir a tese tradicional, mas não conseguiam substituí-la por outra melhor.

De acordo com a opinião corrente, quem obteve êxito nesse empreendimento foi um romanista italiano, MANENTI, em livro publicado em Siena, em 1889, sob o título *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio*. Nesse trabalho — a que o próprio autor denominava “modesto lavoro” (*ob. cit.*, p. v —, esboçou-se a teoria moderna sobre a estrutura jurídica do casamento romano, possibilitando aos romanistas aprofundar-se na trilha aberta e fazer ressaltar, de forma nítida, a natureza do consórcio em Roma. Destacou-se, sobretudo, nessa empresa BONFANTE, já nas páginas que, a propósito, escreveu, em 1900, em seu *Diritto Romano*.

4. MANENTI, ao tratar do casamento no direito justiniano, acentuou que, para a conclusão do matrimônio nesse período não se exigia qualquer solenidade, nem a conjunção carnal, bastando apenas o *consensus*, consoante — como já observara SCHEURL — a regra “*nuptias non concubitus sed consensus facit*”. E assim caracterizou a natureza desse *consensus*:

“... esse *consensus*, que *facit nuptias*, não é de considerar-se no sentido ordinário da palavra consentimento, acordo momentâneo de duas vontades que produz um vínculo obrigatório perene, que se conserva tal ainda que aquelas vontades se tornem depois discordantes, como nos contratos em geral, os quais têm por precípua escopo o de assegurar o intercâmbio dos serviços humanos contra a mutabilidade do querer humano. De feito, o requerido pela *nuptiae* é um consentimento consistente num acordo de vontades não instantâneo, mas continuado, com efeito limitado no tempo à sua própria duração. É sem dúvida por essa sua continuidade principalmente que ele concretamente assume natureza e denominação de *affectus*, *affectio (maritalis, uxoris)*.”

Ora, essa *affectio*, essa vontade, que dava existência e mantinha o matrimônio encontra sua expres-

são no fato mesmo da comunhão de vida, por meio da qual ela dava contínua prova de sua permanência” (p. 42/43).

Deu, pois, relevo ao elemento subjetivo, deixado na penumbra o elemento objetivo, que só foi ressaltado posteriormente pelos romanistas que seguiram a formulação de BONFANTE, embora, atualmente, alguns o neguem, como ORESTANO, no volume primeiro (e único até hoje publicado) de seu exaustivo estudo *La Struttura Giuridica del Matrimonio Romano — Dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano, 1951.

5. Os romanistas italianos, apesar da tendência de realçar o valor da contribuição de seu compatriota, reconhecem que ele teve precursores, como os alemães SCHEURL e MAYNZ, mas salientam que ambos se limitaram a formular, vagamente, a concepção moderna, sem procurar aprofundá-la e desenvolvê-la. MAYNZ (*Cours de Droit Romain*, III, 4.<sup>a</sup> ed., § 306, p. 12, nota 2, Bruxelas, 1877), po rexemplo, não vai além destas palavras:

“É de dizer-se que o casamento constitui uma espécie de contrato consensual como se diz por vezes? Não, o casamento não é um *contrato* que dá nascimento a uma obrigação jurídica: é uma condição civil, que implica um estado de coisas fundado na união, a *coniunctio*, o *consortium* das partes. Assim, não basta uma manifestação qualquer de vontade para criar o vínculo conjugal; convém que a *intenção* das partes seja conforme ao estado de fato. É por isso que não há casamento quando a mulher *ausente* declara a um homem, por carta ou por mensagem, que ela consente em tomá-lo ou em tê-lo como esposo; ao passo que o casamento se conclui quando a mulher entra no domicílio do marido ausente e concorde, pois essa entrada implica *consortium*”.

A própria aproximação do casamento à posse já ocorrera, anteriormente, a DEMANGEAT (*Cours Élémentaire de Droit Romain*, I, 3.<sup>a</sup> ed., p. 242, nota 1, Paris, 1876: “Sob esse aspecto (o *postliminium* em face do casamento dissolvido por ter sido o marido capturado pelo inimigo), pode-se comparar o casamento à posse: um homem que possuir por ele mesmo uma certa coisa tendo sido feito prisioneiro pelo inimigo, sua posse se interrompe e o *postliminium* não eliminará a interrupção”), e, séculos antes, ao glosador VACÁRIO (cfe. ORESTANO, ob. cit., I, n.º 17, p. 54).

No entanto, mesmo aqueles que atacam vigorosamente a concepção moderna da natureza jurídica do casamento romano, como PIERO RASI (“Consensus facit nuptias”, p. 14 e segs., Milano, 1946), não hesitam em afirmar que foi MANENTI quem primeiro lançou, de forma categórica, os fundamentos da doutrina ainda hoje dominante.

São de ORESTANO (*ob. cit.*, n.º 18, p. 59/60) estas palavras:

“Em 1889 vê a luz o escrito de Manenti, a que já temos acenado e do qual verdadeiramente pode dizer-se que começa a renovação desses estudos.

Os acenos da teoria de Manenti já se encontram em Scheurl, de que ele se utiliza amplamente. Mas a importância do escrito de Manenti supera todos os precedentes, seja pelos desenvolvimentos dados à nova visão do matrimônio romano, seja pela enorme influência que exerceu sobre a doutrina romanística posterior, especialmente italiana, que é a que mais tem estudado os problemas do matrimônio”.

6. Tem passado, entretanto, inteiramente desapercibida notável contribuição sobre a natureza jurídica do casamento em Roma do jurista francês J. E. LABBÉ, professor de direito romano na Faculdade de Direito de Paris, que, em 1883 — seis anos antes de vir à luz o livro de MANENTI — publicou, em apêndice à décima segunda edição da conhecida obra de ORTOLAN, *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien (Législation Romaine, v. II, p. 684 a 687, Paris)*, um trabalho denominado *De la nature du mariage*.

Essa dissertação de LABBÉ foi escrita para demonstrar o erro em que incidiu ORTOLAN, ao pretender que o matrimônio romano nada mais era do que um contrato real, tanto que exigia, como elemento de fundo, a *deductio uxoris in domum mariti*. Atacando a tese de ORTOLAN, LABBÉ define o casamento romano como “um estado, uma maneira de viver, uma relação contínua entre duas pessoas, um hábito de vida comum (*consuetudo vitae*), que se estabelece voluntariamente entre um homem e uma mulher, estado em que o homem comunica à mulher as honras, a consideração e a dignidade social de que é cercado” (*ob. cit.*, p. 685).

Caracterizando melhor sua posição, acentua LABBÉ que “o casamento não se forma num dado momento como um contrato; não, ele supõe condições múltiplas que podem realizar-se umas após outras e chegar, em seguida, a concorrer em conjunto”

E acrescenta: “Ele começa a existir pela reunião dessas condições; ele se prolonga por sua permanência; ele se dissolve pela cessação de uma delas”.

Linhas adiante, é ainda mais clara a concepção da necessidade da permanência da vontade dos cônjuges de viverem como marido e mulher, para que o matrimônio persista:

“O casamento é, pois, um estado de fato que supõe a reunião e a permanência de um certo número de condições. A condição primeira é a vontade comum dos esposos, vontade realizada de viver como *marido e mulher*. Que ocorrerá ao casamento, se um dos cônjuges cair em estado de demência? Não parece que o casamento deve cessar, porque um dos esposos não tem mais vontade? Semelhante questão não se levantaria a propósito de um contrato. Uma vez formado ele produz seus efeitos, não obstante uma mudança no estado das vontades que, acordes um dia, constituíram e vincularam definitivamente as obrigações. O casamento não é um contrato, é um estado duradouro. Na espécie, a solução que prevaleceu é a de que o matrimônio subsiste apesar da loucura superveniente de um dos cônjuges. O motivo que ULPIANO dá para isso é digno de nota e confirma nossa maneira de ver: *Retinetur matrimonium... quasi voluntatis reliquis in foriosis manentibus*. A vontade anterior à loucura se torna latente; ela não cessa; ela não é substituída por uma vontade contrária” (*ob. cit.*, p. 686).

É curioso observar que um dos argumentos mais ponderáveis contra a tese da persistência da vontade dos nubentes de serem marido e mulher é justamente a existência de textos como o de ULPIANO (D. I, 6, 8), referido por LABBÉ em defesa de sua concepção. Com efeito, como acentua ROBLEDA (*El matrimonio en derecho romano*, p. 134), o sentido mais óbvio desses textos é o de que “o casamento não se dissolve pelo fato da demência, embora o demente tenha cessado de querer seu casamento, ou seja, tenha cessado de poder continuar dando-lhe vida com a qualidade de consentimento que para isso se requer”. Assim, porém, não pareceu a LABBÉ, que argumenta, em contrário, com o fato de que semelhante questão não se apresentaria se o casamento dependesse apenas do consentimento inicial, e que justifica a solução do jurista romano com a observação de que a vontade anterior à loucura se torna latente, não cessando já

que não é substituída por vontade contrária. Essa observação, com base no mesmo texto de ULPIANO, é a da defesa que, há pouco, em 1975, VOLTERRA (*Precisazioni in tema di matrimonio classico, in Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, terceira série, v. XVII, p. 254/257) apresentou contra a objeção de ROBLEDA, alegando, em última análise, que assim decidiam a questão os jurisconsultos romanos, porque, mantendo-se inalterada a união conjugal inclusive por parte do cônjuge são, eram aqueles induzidos “a considerar que a vontade do demente, como a do cônjuge são, não tivesse cessado (*voluntatis reliquiis in furiosis manentibus*) e que, em verdade, perdurasse o consentimento e, conseqüentemente, o matrimônio” (p. 256).

Em prol de sua tese, LABBÉ se vale, ainda, de argumentação análoga, em muitos pontos, a de que se servem, hodiernamente, os defensores da teoria que se baseia em MANENTI. Assim, acentua que a faculdade de divórcio e de repúdio existente no direito romano resultava dessa natureza do matrimônio: “ela decorreu antes, como uma conseqüência, da natureza do casamento, da necessidade da permanência das vontades que o constituem, da igualdade de posição dos cônjuges na ausência da *manus*” (*ob. cit.*, p. 686). Palavras semelhantes às utilizadas por BIONDI (*Istituzioni di Diritto Romano*, 3.<sup>a</sup> ed., p. 570, Milano, 1956): “O conceito de divórcio está em íntima relação com o de matrimônio. Como este não é ato jurídico mas situação permanente fundada na *affectio maritalis*, assim o divórcio não é ato jurídico que destrua tal situação, mas a própria extinção desta pela cessação da *affectio maritalis*”. Por outro lado, observa ainda LABBÉ que o *ius postliminii* não reintegrava o matrimônio dissolvido pelo cativo de um dos cônjuges, porquanto “o casamento que é um fato, cessou: ele não pode renascer senão por um consentimento novo realizado com a retomada da vida em comum, *matrimonii causa*”; e acrescenta: “O *ius postliminii* restabelece o pátrio poder, que é um direito, como se o cativo jamais tivesse existido, e não o estado de casado, que se constitui de fatos sucessivos” (*ob. cit.*, p. 687). Também nesse ponto não distoa a assertiva de BIONDI (*ob. cit.*, p. 558) de que “ao matrimônio, como à posse, não é aplicável o *postliminium*, tratando-se de relações que subsistem enquanto subsiste o fato que lhes serve de base”.

Mas, há mais. LABBÉ, sob certos aspectos, foi mais longe que MANENTI, colocando-se em posição que é, atualmente, a de vários autores da escola italiana. Sustenta VOLTERRA (*Ancora sulla manus e sul matrimonio, in Studi in onore de Siro Solazzi*, p. 675 e segs., Napoli, 1948; e *Nuove Osservazioni*

sulla "conuentio in manum", In *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, Verona, 1948, III, p. 29 e segs., Milano, 1953) que não havia, em direito romano, duas espécies de casamento (o casamento *cum manu* e o casamento *sine manu*), mas que o conceito de matrimônio era um só, ocorrendo, sim, a possibilidade de ser ele, ou não, acompanhado de um ato solene — a *conuentio in manum* —, pelo qual o marido (ou seu *pater familias*) adquiria a *manus* sobre a mulher. A mesma conclusão já havia chegado LABBÉ (*ob. cit.*, p. 685), ao dar conceito unitário ao casamento romano, salientando: "Tais são os dados essenciais do casamento considerado em si mesmo, independentemente da *manus* que não é a consequência necessária dele". De outra parte, embora ainda hoje predomine a tese de que a concepção do casamento foi a mesma em todos os períodos de evolução do direito romano, autores há — como VOLTERRA (*La conception du mariage d'après les juristes romains*, p. 58 e segs., Padova, 1940; e *Una misteriosa legge attributa a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, v. III, p. 139 e segs., Napoli, sem data) e D'ERCOLE (*Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, v — 1939 —, p. 18 e segs.) que defendem a tese de que, nos direitos pós-clássico e justinianeu, por influência do cristianismo, a estrutura jurídica do casamento se modificou profundamente, passando o matrimônio, como sucede no direito moderno, a fundar-se na vontade inicial dos nubentes, desta resultando o vínculo conjugal. Teoria semelhante sustenta LABBÉ na parte final de seu trabalho, onde adverte:

"Tal é, a nosso juízo, o casamento romano, pelo menos na origem. À medida que se avança na história, e sobretudo no Baixo-Império, a instituição se transforma. O casamento mais se assemelha a um contrato gerador de obrigações duradouras, dissolúvel somente por causas determinadas. Esse movimento foi começado pelos imperadores pagãos no interesse da moralidade social; continuou com os imperadores cristãos por influência de crenças religiosas" (*ob. cit.*, p. 687).

Nesse ponto, aliás, é de notar-se que a posição de MANENTI não é seguida por ninguém. Com efeito, MANENTI limitou sua tese ao direito justinianeu, que é justamente o período em que é ela mais discutível, como se vê da argumentação daqueles que — como VOLTERRA (*La conception du mariage*

*d'après les juristes romains*, p. 58 e segs., Padova, 1940) sustentam que, “no direito pós-clássico a vontade dos nubentes, uma vez manifestada, cria o casamento, que continua a existir, como relação jurídica, independentemente da persistência dessa vontade”.

7 Verifica-se, portanto, que anos antes da publicação do livro de MANENTI, LABBÉ chegou, em matéria de casamento romano, a conclusões mais próximas das atualmente em voga do que aquele romanista italiano. É certo que suas idéias caíram no esquecimento porque não tiveram a divulgação de autores da têmpera de BONFANTE e de SCIALOJA. Mas, nem por isso, a primazia deixa de pertencer-lhe.