

A "Affectio Maritalis" e a união livre: atualidade do Direito Romano

EDUARDO DE OLIVEIRA LETTE

Doutor em Direito Privado. Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade de Maringá — PR e Professor convidado no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná.

A idéia deste trabalho me surgiu da releitura de uma escritora, recentemente falecida, absolutamente genial — embora a extensão de sua genialidade ainda não tenha sido devidamente considerada — que é Marguerite Yourcenar.

Diriam alguns, apressadamente, o que Yourcenar tem a ver com o Direito, sem nem jurista é? E eu responderia, sem vacilar, que a sensibilidade humana e a percepção da ordem social não são, necessariamente, apanágio dos juristas, nem dos homens, mas de todo aquele que se preocupa com a vida e a alma humanas. E a obra de Yourcenar é a expressão mais veemente de tal indagação. Ainda, o parâmetro que se pretende estabelecer entre uma realidade anterior ao Cristianismo e a que temos vivido atualmente, ou seja, entre o casamento romano e a atual forma de união que vem sendo imposta ao mundo pelos jovens, a união livre, ambas se desenvolveram à margem do Direito (ao menos como hoje concebemos o Direito), independente de qualquer imposição normativa.

Na ocasião em que relia Yourcenar (*O Tempo, Esse Grande Escultor*) fazia uma incursão tímida nessa nova realidade representada pela união livre, que os juristas, equivocadamente, procuram desconhecer, como se não existisse e que, certamente, serão obrigados a reconhecer e legislar, num futuro não distante, assim como ocorreu no Brasil com o divórcio.

Subestima-se e tenta se anular uma realidade social, como se ela fosse um câncer maligno que precisa ser extirpado e esquece-se que toda manifestação do grupo social é válida enquanto manifestação comunitária. Faz-se vistas grossas ao tumor e, quando menos nos apercebemos, ele já se enraizou de forma generalizada, já se agigantou em ramificações imensas por todo o organismo social.

O Direito então, ciência eminentemente dinâmica e social — ainda que no Brasil tenha se revelado estático e elitista —, se acorda e tenta apreender o fenômeno através de todo um aparato técnico concretizado

por regras, princípios e normas, quase sempre, completamente alheio às pretensões do grupo social. Essa dicotomia entre realidade social e ciência jurídica explica, em parte, o descompasso de nossas disposições normativas em matéria familiar, por exemplo, e realidade social. Legisla-se levando em consideração um padrão ideal de comportamento, desconhecendo-se integralmente o comportamento e as pretensões deste mesmo grupo social.

Os romanos, cujas concepções do casamento e da dissolução da sociedade conjugal tiveram profundas repercussões na cultura mundial, especialmente no campo do Direito, mesmo depois da queda do Império do Ocidente e do poder sempre emergente da Igreja (ou seja, do século VIII a.C. até o século VI da era cristã), erigiram um sistema jurídico calcado na realidade humana e tendo como pressuposto básico o interesse primeiro do homem. A idéia de que o Direito deve atender aos interesses maiores do Estado — tão comum a nós — era inconcebível à mentalidade romana.

O sistema jurídico romano se legitima na medida em que apreende a realidade humana, na proporção que detecta uma situação fática e procura adaptá-la às prerrogativas da aldeia global. O homem permanece sempre o princípio, o meio e o fim de qualquer pretensão normativa, é a razão de ser do próprio Direito. Nesta perspectiva, o Direito não é, nem pode ser, imposto ao homem, mas é um instrumento de legitimação e de legalização de um costume surgido a nível humano. O Direito reconhece como válido aquilo que já era reconhecido como tal pelo grupo social.

Sob esta ótica, o Direito só se justifica e só se mantém na medida em que retrata com fidelidade as expectativas e anseios surgidos no meio social.

Só é autêntica a ciência — e o Direito é ciência — que se ajusta à arte, à vida e ao homem. “*Ars imitatur natura*”, afirma o princípio aristotélico tão presente no direito romano.

O sistema jurídico romano sempre partiu desse pressuposto, que explica, em parte, a permanência e atualidade de seus princípios. O jurista romano “é um intérprete do humano eterno, da tradição fecunda, indestrutível, silenciosa e profunda, que é a substância da história”.⁽¹⁾ E mais adiante: “O jurista romano conhece o homem, e por isso cuida dos pormenores da vida de sua alma.”⁽²⁾

O casamento romano — A base da família natural romana assenta sobre a noção de casamento, ou, segundo o direito romano, “a convivência do homem e da mulher com a intenção de ser esposo e esposa, de ter filhos e constituir uma sociedade íntima e perpétua”.⁽³⁾ Ou seja, o casa-

(1) IGLESIAS, Juan. O direito romano e a nossa época. In: Silvio A. B. Meira. *Novos e velhos temas de Direito*, p. 219.

(2) IGLESIAS, Juan. *Idem*, p. 223.

(3) FRANCISCI, Pietro. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, p. 458.

mento fica assegurado por dois elementos básicos: a convivência e a intenção. A perpetuidade não tem a característica de obrigatoriedade legada pelo direito canônico. A perpetuidade só pode existir onde houver convivência e intenção. Faltando esses elementos, desaparece a noção de perpetuidade.

Para dar continuadores à família do marido, a mulher deve pertencer a ela e, por isso, entra nessa família como se fosse filha do marido — *loco filiae* —, separando-se integralmente de sua família de origem. A submissão ao marido processava-se através da *manus*, que, embora não fosse prevista em nenhuma norma — já que, por longo tempo, o casamento celebrou-se sem nenhuma formalidade jurídica —, ficava garantida e perfeitamente determinada pela *deductio*, ou seja, a intenção da mulher de viver como esposa do marido. Intenção que logo será chamada de *affectio maritalis*, por Justiniano.

O que caracteriza essencialmente o casamento é o *affectus* ou *affectio maritalis*, isto é, “a vontade do marido de tratar uma mulher com dignidade de esposa, de a elevar a seu nível e de a associar a todos seus destinos”.⁽⁴⁾

A mulher também deve ter *animus uxoris*, ou seja, a intenção de ser esposa. Tal intenção só é encontrada no casamento, inexistindo no concubinato, embora reconhecendo a legalidade desta instituição entre os romanos (*Matrimoniū consensus, non concubitus facit. Concubina ab uxore solo dilectu separatur*).

Vale lembrar que nesta intenção não é percebível nenhuma forma de sentimento, senão, como afirma COSTA,⁽⁵⁾ uma situação que se revela pela própria continuidade. É a convivência e a duração da vida em comum que concretizam, a nível social, a intenção de viver como esposa de um determinado homem.

Considerando que o casamento romano não exige nenhuma forma jurídica, apenas as condições de fundo, as formalidades exigidas têm caráter meramente religioso. O casamento romano é um ato privado, um fato independente da sanção de qualquer poder público. “É um ato não escrito, (...) É mesmo um ato informal, (...) enfim, o casamento é um acontecimento privado, como hoje é o noivado”.⁽⁶⁾

A família romana, formada por um conjunto de pessoas e coisas, estava submetida a um chefe, a um senhor, o *pater familias*. O poder deste, “que em regra era o mais antigo dos membros da família, é um direito soberano, enquanto sua paternidade é original nela como *pater familias*,

(4) NAMUR, P. *Cours d'Institutes et Histotie du Droit Romain*, p. 89.

(5) COSTA, Emilio. *Historia del Derecho Romano Público y Privado*, p. 255 em diante.

(6) VEYNE, Paul. Les noces du couple romain. In: *L'Histoire*, nº 63, p. 47.

ou seja, que não lhe foi concedida por um órgão superior, nem a tem derivada do Estado, como membro da comunidade política". (7) É uma paternidade unitária cuja soberania retira sua força e eficácia do *pater* e que se manifesta externamente através da *manus* (mão) e *potestas* (poder).

Afastando qualquer possibilidade de o Estado intervir na esfera familiar, de caráter estritamente privado, o direito do *pater* não tem outro limite senão os costumes da época ou, excepcionalmente, os conselhos apresentados, jamais impostos, pelo conselho doméstico (*consilium domesticum*).

As mulheres nunca se desligavam da *patria potestas*, pois, contraindo casamento *cum manu*, passavam ao poder do marido ou do *pater familias* do marido. (8)

Primitivamente os romanos só conheciam o casamento de direito civil, *justae nuptiae* ou *justum matrimonium*, que se dividia em duas espécies, conforme a mulher permanecesse livre (*sine manu*) ou passasse sob o poder de seu marido (*cum manu*).

O casamento era frequentemente precedido de uma promessa recíproca de se esposar — *sponsalia* (esponsais, hoje noivado) contrato verbal concretizado através da *sponsio*, ou seja, a promessa do *pater familias* de dar a filha em casamento ao futuro genro. Cerimônia mais religiosa que civil, as *sponsalia*, quando não eram seguidas da execução do casamento, permitiam ao noivo ou ao pai da noiva uma ação de indenização pecuniária (*actio de sponsu*) pela inexecução da promessa.

Os elementos constitutivos do casamento podem ser divididos em três grandes grupos: elemento psicológico, elemento biológico (com características próprias, distintas do posterior direito canônico) e o elemento sociológico, que dá um toque de originalidade ao direito romano, uma vez que a concepção é desconhecida no direito moderno.

O elemento psicológico, ou *consensus*, é da essência do casamento romano, calcado, como vimos, na *affectio maritalis* ou no *animus uxoris*. Como nenhuma solenidade era exigida e "a união dos sexos não precisava ser consumada para que o casamento tivesse existência legal" (9) *nuptias non concubitus, sed consensus facit* (não é a coabitação que faz o casamento, mas o consentimento, a intenção), o elemento psicológico supera o elemento biológico.

(7) FRANCISCI, Pietro. Ob. cit. p. 154.

(8) "Os menores de 14 anos eram postos sob tutela, os maiores de 14 anos e menores de 25 ficam sob curatela (sexo masculino); as mulheres em geral, qualquer que fosse a sua idade, solteiras ou viúvas, mantinham-se sob tutela." (Apud SILVIO MEIRA. *Instituições de Direito Romano*, pp. 107-108). Era a chamada tutela perpétua das mulheres. Estas estavam sempre sob o poder de alguém: se solteira, do próprio *pater*; se casadas *cum manu*, do marido ou do *pater familias* deste; se casadas *sine manu*, do próprio *pater*; se solteiras sem *pater*, ou se viúvas, do tutor.

(9) NAMUR, P. Ob. cit., p. 90.

O direito canônico inverterá a situação e só reconhecerá a existência de casamento onde ocorrer a conjunção carnal. Ali, onde menos se esperava a valorização do elemento biológico, exatamente numa esfera onde deveria predominar a espiritualidade, exatamente ali se constrói toda uma teoria da importância do físico sobre o espiritual. Ironia histórica de complexa interpretação.

Na mentalidade romana, o consentimento manifestável pela intenção é suficiente à criação dos laços conjugais.

A valorização do consentimento, porém, não nos autoriza a ver no casamento romano um contrato consensual no sentido comum do termo. Tais contratos podem se formar entre ausentes, por carta ou mensageiro, enquanto o casamento romano é impossível na ausência da mulher — *vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest*. Assim, quando os textos declaram que o casamento se forma *solo consensu*, a expressão serve unicamente para exprimir que o mero fato da vida em comum é suficiente quando acompanhado da *affectio maritalis* e do *animus uxoris*.

A abstração jurídica palpável e visível na concepção romana do casamento é notável se considerarmos a época de sua elaboração e o estágio de evolução da civilização. Revela-se ainda mais impressionante pela audácia da proposição: um casamento desvinculado de qualquer interferência estatal, jurídica ou religiosa (ainda que reconhecendo a ocorrência das cerimônias religiosas), sem imposições, sem normas preestabelecidas, em que somente a vontade, manifestada pelo consentimento, a intenção de casar e viver como marido e mulher — *affectio maritalis* e *animus uxoris* — são levados em consideração.

Como a maioria das instituições da época, o casamento é muito mais um fato social que um ato jurídico. Ele é regido pelos costumes familiares, ⁽¹⁰⁾ noção estranha ao direito atual.

Da afirmação que o elemento psicológico se traduz e se materializa pelo consentimento não se pode inserir a idéia errônea que o casamento se forma de “modo material pela simples união dos corações”. ⁽¹¹⁾ Exis-

(10). O conjunto das relações domésticas — emancipação, adoção, a libertação dos escravos (*manumissio*) etc. — está regulado por um conjunto de normas tradicionais com bases religiosas: os *mores*. Através desses *mores*, se encontravam regulados os ritos e os efeitos do casamento, assim como o divórcio, a tutela perpétua das mulheres, o dote matrimonial. Todas estas matérias se resolviam na intimidade e privacidade do círculo familiar ou da gens. O Estado era elemento alheio a estas relações e não tinha nenhuma legitimidade para interceder ou participar nestas questões.

(11) A troca de consentimentos ocorria sempre diante das testemunhas, os noivos segurando a mão direita — *dexterum iunctio*. Após o festim nupcial ocorria o rito mais importante: a condução da mulher a casa do marido — *eductio uxoris in domum mariti*, momento que determinava a existência da vida conjugal mas não necessariamente a sua consumação pois a presença do marido não era indispensável.

tem sinais, indícios exteriores que atuam como prova da vontade recíproca dos esposos. A *affectio maritalis* se traduzirá pela coabitação e pela atitude do marido frente à esposa. A constituição do dote é outra prova da existência do *honor matrimonii*, distinguindo o casamento do concubinato.

Mas o mais importante deste consentimento, elemento vital na formação do casamento, é que ele deve durar, é um consentimento contínuo que persiste, durante a união dos cônjuges. A legitimidade do casamento não decorre de um documento escrito (como ocorre atualmente), mas sim da permanência da intenção. Contrariamente ao direito atual, no qual o consentimento manifestado perante o oficial do registro (Código Civil Brasileiro, art. 194) é simplesmente inicial, com o poder de criar um estado durável (mesmo quando a intenção de manter o casamento já não mais existe entre os cônjuges), o casamento romano subsiste na medida da intenção (*animus*) dos cônjuges de viverem como marido e mulher. (11)

O que era mantido pela espontaneidade e pela autenticidade dos sentimentos, no direito romano, será imposto pela Igreja — e a influência do Cristianismo foi decisiva nessa tendência — através da introdução da noção de indissolubilidade do vínculo matrimonial. A partir do Cristianismo o consentimento perde seu caráter de continuidade. Torna-se uma mera formalidade, inicial, mantida por força de uma indissolubilidade imposta e, provavelmente, contrária à natureza humana, senão não seria obrigatória.

O elemento biológico, também presente na concepção de casamento, manifesta o lado prático dos romanos: a procriação. Os cidadãos tinham o dever de casar a fim de procriar, em justas núpcias, crianças que, sendo legítimas, perpetuavam o corpo cívico. O homem deve ser púbere e a mulher núbil — *viripotens* —, isto é, o homem deve ter 14 anos e a mulher, 12.

O elemento sociológico, ou *conubium*, é de difícil compreensão se não nos reportarmos à mentalidade da época, dominada pela influência do social sobre o pessoal. Contrariamente ao que se tem afirmado, o *conubium* não se confunde com a noção moderna de impedimento matrimonial. Trata-se de uma concepção exatamente oposta à nossa, e melhor seria, para se dirimir qualquer dúvida, começar afirmando, como fez MEIRA. (12) ser o *conubium* “a capacidade jurídica para realizar o casamento de acordo com o direito romano”. Ou, como querem OURLIAC e MALAFOSSE: “o *conubium* não é uma capacidade absoluta de se casar com qualquer pessoa, (mas) é a capacidade de se casar com esta ou aquela pessoa”. (13)

(12) MEIRA, Silvio A. B. Ob. cit., p. 521.

(13) OURLIAC, P. et MALAFOSSE, J. de. *Histoire du Droit Privé. Le droit familial*, p. 160.

Tanto é verdade que não há um casamento romano, mas diversos casamentos, ou tantos casamentos quantas forem as classes sociais. Assim, a *confarreatio* é o casamento religioso utilizado pelos patrícios, a *coemptio* foi o casamento originariamente utilizado pelos plebeus, o *contubernium* era a união íntima de escravo e escrava, e assim por diante.

O casamento *sine manu*, sem qualquer formalidade e só dependente do consenso entre os nubentes de viverem como marido e mulher, ilustra com clareza o princípio bem conhecido da economia das formas, praticado pelos romanos. Aqui, mais do que nunca, a *affectio maritalis* assume papel de grande relevância, já que é o primeiro e único elemento consumidor do casamento.

Sem a presença de testemunhas ou a assistência de uma autoridade religiosa ou estatal, o casamento se materializava na ação recíproca dos esposos de viverem maritalmente, e nisto, guardadas as diferenças decorrentes da época e do ambiente social que o geraram, muito se aproxima de nossa atual união livre, contrária a qualquer formalidade e vinculada tão-somente à intenção das partes, que a legítima.

Da mesma forma como se consumava o casamento, com a maior facilidade e calcado tão-somente na intenção das partes, intenção que deveria perdurar para garantir a união, também se dissolvia o casamento, sem nenhuma formalidade jurídica.

A dissolução do casamento *sine manu* podia ocorrer independentemente da vontade das partes (pela morte ou pela *capitis deminutio maxima* ⁽¹⁴⁾ de um dos cônjuges) ou em consequência da vontade de um dos cônjuges (*repudium*) ou pela vontade de ambos (*divortium*).

A princípio, o repúdio era apanágio do homem. A mulher submissa à *manus* não podia repudiar o marido; só este podia repudiá-la. Somente ao tempo do Império é que a mulher passou a ter direito de também repudiar, colocando-se no mesmo pé de igualdade a seu marido.

A dissolução, no casamento *sine manu*, poderia operar-se por meio do divórcio, por consentimento mútuo — *mutuo consensu* — ou através de manifestação unilateral da vontade *repudium* ou *repudiatio*.

Contrariamente ao nosso direito moderno, tanto o divórcio quanto o repúdio são atos extrajudiciais independentes de qualquer intervenção da autoridade pública. O que importa era a inequívoca manifestação de vontade no sentido de afastar o outro cônjuge. Esta manifestação podia revestir-se de um estilo lapidar: “Vai-te” (*Beate foras*) ou prático: “Leva tuas coisas” (*Res tuas tibi habeto*) até a pronúncia de fórmulas violentas e cheias

(14) O *civis* que perdesse a liberdade teria automaticamente rompido o seu casamento, porque um escravo não podia contrair justas núpcias, assim como o cidadão que perdesse o *ius civitatis*.

de desprezo: “Vai-te; tu me és desagradável, pois tu não paras de te assoar”, ou então: “Parte depressa; eu espero uma outra mulher cujo nariz será menos úmido” (JUVENAL, Sátira 6).

Ao lado do repúdio, o divórcio foi praticado em todas as épocas históricas, pelos romanos, desde a Realeza, passando pela República e pelo Alto Império, até o Baixo Império. Até o século III, porém, observa-se raros casos de divórcio na sociedade romana, podendo atribuir-se a inexistência dessa prática à rigidez da organização da família romana antiga, subordinada ferreamente ao *pater* e argamassada em bases sólidas e austeras.

A partir desse período, os romanos começaram a se desembaraçar de suas mulheres, independente da alegação de um motivo sério, sem que ninguém reagisse ou se indignasse.

Na época de Cícero o divórcio pelo consentimento dos dois cônjuges, ou pela vontade de um só, tornou-se a moeda corrente nas relações familiares. ⁽¹⁵⁾

O direito romano apresenta de forma integral as diversas etapas de evolução das relações entre marido e mulher. O sistema de subordinação da mulher, com a absorção de sua pessoa e de seu patrimônio pelo marido o pelo *pater*, é substituído por um sistema de independência absoluta. E o que é mais espantoso é constatar o delineamento — a nível de relações patrimoniais —, ainda que rudimentar, de uma comunidade de bens entre os cônjuges, esboço que se afirma a trajetória dos antagonismos detectados.

Por outro lado, a experiência romana estabelece nitidamente uma tendência que irá acompanhar constantemente o avanço do direito de família, desde os primórdios até hoje: a defasagem sempre presente entre o mundo fático e o mundo jurídico. Ainda, a impotência dos juristas diante de certas situações fáticas criadas pela vida privada de marido e mulher, de difícil penetração da disposição normativa.

Se os juristas conseguem controlar as convenções matrimoniais, decidir sobre sua nulidade ou validade, determinar a esfera de poder e controle exercido pelo marido sobre a mulher, há setores de foro íntimo e mesmo situações de fato típicas da comunidade matrimonial que sempre escaparão ao controle da lei. Nem a cogência da normatividade, nem o império da lei, nem tampouco o poder insinuante da Igreja, ou a influência sutil das

(15) Sila casou, em quintas núpcias, com a jovem divorciada Valéria. Pompeu, duas vezes viúvo (de Emilia e de Julia), havia, antes delas, divorciado duas vezes. Viúvo de Cornélia, César repudiou Pompéia e casou pela quarta vez antes de morrer. O virtuoso Catão, o Jovem, depois de haver se separado de Marcia, não vacilou em a retomar quando a fortuna que ele possuía veio a se anexar a de Hortensio, que ela havia esposado e perdido no intervalo. Mesmo Cícero, com 57 anos, não hesitou — para restabelecer suas finanças com o dote trazido pela jovem e rica Publilia — em despachar sua mulher Terência, depois de 30 anos de vida em comum, e mãe de seus filhos. Terência parece não ter sofrido muito com a separação, pois ainda se casou duas vezes (com Sallustre e Messala Corvinus), tendo morrido com mais de 100 anos.

convenções sociais conseguem atingir certas camadas impermeáveis do ambiente familiar.

Como disse YOURCENAR, “Os códigos, é verdade, são uma coisa, e o costume, outra: isto é verdade principalmente no domínio sensual”.⁽¹⁶⁾ E no domínio familiar, “onde, mais do que em qualquer outra parte, o ser humano parece possuir a faculdade de respirar à vontade numa zona comparável à das grandes profundezas, bem abaixo da superfície mutável das idéias, das opiniões, dos preceitos, bem abaixo mesmo da camada do feito expresso pela linguagem ou claramente percebido por aquele que o realiza⁽¹⁷⁾ os códigos revelam-se ainda mais distantes dos fatos e da realidade.

Esta é uma verdade tão real ao homem romano quanto ao homem do século XX.

A grandeza dos sistemas jurídicos está em apreender ou não esta realidade. Alguns sistemas a ignoram, outros, mais realistas, constataam estas situações de fato e procuram adaptá-las, homologando-as, ratificando-as.

O sistema jurídico romano se insere perfeitamente na segunda tendência, o que explica, em grande parte, a permanência e atualidade de seus princípios. Só é autêntica a ciência que se ajusta à arte, à vida, ao homem. Reafirmando sempre o princípio aristotélico *Ars imitatur natura*, o maior mérito do método utilizado pelos juristas romanos repousa precisamente no sentimento da realidade humana, no conhecimento melhor do homem.⁽¹⁸⁾

Sentindo “horror por tudo aquilo que o alheia da vida, do concreto, entendendo que a realidade evidente é, para ele, o próprio homem”,⁽¹⁹⁾ o jurista romano sempre colocará o homem em seu preciso lugar, o lugar do qual o deslocamos em nossa época.

Resta, agora, examinarmos as tendências atuais em matéria de vínculo matrimonial para determinarmos em que medida a proposta romana de casamento permanece atual, apesar dos vinte séculos que nos separam daquela experiência.

A união livre — no final dos anos 60 o mundo foi testemunha daquilo que se chamou uma revolta cultural, a mais expressiva dos dois últimos séculos. O elemento chave desta revolta foi materializado pela tormenta parisiense de 1968 (maio de 1968), que forneceu ao mundo estupefato o exemplo de uma contestação violenta da sociedade pelos estudantes.⁽²⁰⁾ Com efeito, os jovens atacaram sistematicamente uma sociedade tradicional que eles blasfemavam, vilipendiavam e destruíam por ser reprodutora de

(16) YOURCENAR, Marguerite. *O Tempo, Esse Grande Escultor*, p. 110.

(17) YOURCENAR, Marguerite. *Ob. cit.*, p. 110.

(18) IGLESIAS, Juan. *Ob. cit.*, p. 222.

(19) IGLESIAS, Juan. *Ob. cit.*, p. 222.

(20) MATOS, Olgária C. F. Paris 1968. *As Barricadas do Desejo*, pp. 28-30. No mesmo sentido: C. Lefort, E. Morin, Jean-Marc Coudray. *Mai 68: la Brèche*.

padrões estereotipados não mais correspondentes às aspirações da nova geração.

A revolta dos estudantes não se acomodava em nenhum padrão científico. O Direito, como manifestação eminentemente científica, sofreu duramente com as novas tendências, mas, de todas as áreas jurídicas, o Direito de Família foi o que mais viu contestar seus princípios e regras norteadores de sua estrutura. A nível familiar proclamou-se francamente que as novas tendências legislativas deveriam, na medida do possível, ser neutras quanto às diferentes formas de coabitação e quanto aos diversos julgamentos de valor.

A maior revolução do comportamento sexual dos últimos séculos tinha início, e tudo deixava antever a morte muito próxima da instituição mais antiga criada pelo homem: o casamento. Uma nova moral surgia aos olhos atônitos da sociedade tradicional.

A união livre como forma de contestação veemente ao casamento formalista imposto por uma ordem jurídica submetida aos interesses maiores do Estado era a resposta mais radical que as novas mentalidades encontravam para subestimar a ordem imperante. Hostilizada inicialmente, tolerada num segundo momento, a união livre passou a ser francamente aceita pela maioria das legislações modernas e, agora, pela Constituição brasileira.

“Union libre” (união livre) na França, “Wilde Ehe (casamento selvagem) ou Ehe ohne Trauschein” (casamento sem certificado) na Alemanha, “união livre” ou “amizade colorida” no Brasil, a nova forma de união se resume num aspecto fundamental que nos faz pensar no casamento romano: a relação familiar que liga homem e mulher, ou os pais aos filhos, não está subordinada a existência de casamento. Daí resulta o reconhecimento de uma igualdade entre família legítima e família de fato, e, igualmente, uma indicação de princípio significativa: quando, concretamente, os dois grupos de famílias cumprem funções idênticas, eles devem ser protegidos da mesma forma, mesmo a nível legal.

A multiplicação das uniões livres, o fenômeno mais impressionante do final deste século, não mudou de natureza e continua sendo a antítese do casamento, mas os casais não casados apresentam novas características que permitem uma melhor assimilação ao casamento criando condições favoráveis ao seu desaparecimento.

Quais são estas características? Segundo BÉJIN,⁽²¹⁾ nove são os critérios determinantes que procuram conciliar o inconciliável, a saber, a vida conjugal e as uniões extraconjugais.

O primeiro critério, da duração potencial de vida em comum, deixa claro que, se, antigamente, somente a morte interrompia a vida conjugal

(21) BÉJIN, André. Le mariage extra conjugal d'aujourd'hui. In *Sexualités Occidentales*, p. 169-180.

e a união extraconjugal era uma ligação efêmera das elites ou das camadas sociais mais marginalizadas da sociedade, a união livre atual não é tão efêmera quanto as ligações ilícitas de antigamente e é comum a todos os segmentos sociais. "Tudo se passa como se uma duração fosse renegociada todos os dias pelos parceiros." (22) Assim, o que faz durar a ligação não é a existência de um documento ou a ocorrência de um princípio de indissolubilidade, mas a intenção de manter o vínculo.

A atualidade do direito romano é absoluta se considerarmos as características daquele casamento. A intenção de casar é que garante o casamento e a possibilidade de rompimento é total.

O segundo critério diz respeito à consagração social da união, ou seja, a união não tem a chancela nem da autoridade civil, nem da religiosa, mas é simplesmente ratificada pela comunidade.

Aqui, a semelhança entre a união livre e o casamento romano é mais intensa já que, como vimos, em Roma é a convivência e a duração da vida em comum que concretizam, a nível social, a intenção de viver como esposa de um determinado homem. A união livre, como afirmou BÉJIN, desfruta hoje de uma semiconsagração social. Não é assimilada à prostituição nem à promiscuidade sexual. "Constitui-se como uma espécie de rito preliminar que anuncia a verdadeira passagem social, que é o casamento." (23)

O terceiro critério, das finalidades essenciais da união, revela um traço novo na união que nossos antepassados desconheciam: a busca febril do prazer. Para os novos parceiros "o entendimento sexual surge como absolutamente necessário, senão como suficiente para que uma ligação se mantenha". (24)

Este princípio nos faz lembrar o repúdio romano e a facilidade com que se dissolviam os casamentos. Embora não se falasse em interesse de ordem sexual, é evidente que a frequência dos rompimentos tinha muito a ver com esta questão.

O quarto critério, da diferenciação das funções na vida em comum inexistente, ou é atenuado na união livre porque estruturada com objetivos distintos. Enquanto o casamento "marcava o nascimento de uma unidade ao mesmo tempo de produção e reprodução, supunha uma diferenciação de funções bastante nítida entre os cônjuges". (25) As tradicionais atividades do homem e da mulher caracterizavam as zonas permitidas a cada cônjuge. A clássica divisão sexual do trabalho reafirmava a diferenciação. Na medida em que produção e reprodução foram substituídas pela satisfação

(22) BÉJIN, A. Ob. cit., p. 170.

(23) BÉJIN, A. Ob. cit., p. 171.

(24) BÉJIN, A. Ob. cit., p. 171.

(25) BÉJIN, A. Ob. cit., p. 172.

sexual dos parceiros, a diferenciação tendeu a desaparecer e a incessante "negociação" na divisão das atribuições tornou-se a regra.

Embora inexistisse no direito romano qualquer possibilidade de igualdade entre os cônjuges, pois era um direito dos homens para os homens, o concubinato romano, ⁽²⁶⁾ assimilável a atual união livre, garantia total liberdade entre os parceiros e uma relativa igualdade entre as partes.

O quinto critério refere-se ao grau de fidelidade exigido entre os parceiros. No casamento tradicional os esposos se devem fidelidade mútua. Não se trata, como é sabido, de uma decisão livre, mas de submissão a uma regra da moral religiosa, social e jurídica.

Na união livre inexistente a norma universalmente aceita ou observada da fidelidade, ao menos, como decorrência de um princípio imposto. Nem por isso, na união livre, se vive em estado de infidelidade, mas, se os parceiros mantêm a fidelidade, é pela situação relativamente simétrica, igualitária, da sua união. Ambos sabem que a qualquer deslize em matéria sentimental implica em total risco de destruição da relação. A existência dessa possibilidade, comum a ambos os parceiros, torna a união especialmente frágil, exigindo de ambas as partes constante autocontrole.

Provavelmente no casamento romano não ocorre tal grau de fidelidade. A própria situação submissa da mulher não favorece qualquer possibilidade de fidelidade comum a ambas as partes, mas ao contrário, garante a existência de uma dupla moral: a exigência de uma fidelidade absoluta por parte da mulher e a aceitação de uma fidelidade relativa por parte do homem.

Mas, se considerarmos a estrutura jurídica da família romana, de conotação patriarcal, é perfeitamente admissível tal disparidade de tratamento. Atualmente, porém, com o advento da família nuclear, é a igualdade que se impõe atingindo todos os aspectos da vida em comum, especialmente os que se referem à vida afetiva, como a fidelidade.

O sexto critério, da expressão dos sentimentos, tangencia, novamente, a *affectio maritalis* dos romanos, ou seja, a vontade do marido de tratar sua mulher com dignidade de esposa, de a elevar a seu nível e de a associar a seu destino.

(26) O concubinato romano, diverso do entendimento que atualmente a palavra provoca, mesmo nos espíritos mais esclarecidos, tinha características e contornos próprios. Jamais se confundindo com um simples encontro passageiro, o concubinato romano ou união de fato, quase sempre duradoura, passou por diversas fases. Ignorado pelo Direito e não produzindo nenhum efeito jurídico (na República), AUGUSTO reconheceu licitude na união prolongada de homem e mulher no início do Império. Admitido como uma forma inferior de casamento, um *inaequale conjugium*, quando submetido a certas condições chegou a produzir efeitos jurídicos. O concubinato era frequentíssimo entre todos os estratos sociais e, segundo nos informam os estudos sociológicos e históricos sobre a sociedade romana, manifestava-se como uma reação à concepção de casamento legítimo, não repelida pela moral.

No casamento tradicional, “destinado a durar, a dar frutos, a influir nos patrimônios, atividades e alianças, era muito (...) difícil aparecer se entregando exclusivamente às razões do coração (...), era preciso manter um certo decoro, ser púdico, decente, pelo menos em público. (...) Manifestar muito livremente seu carinho pela esposa diante de outrem era rebaixá-la, e, portanto, atentar contra a honra, contra a dignidade dela”. (27)

A expressão dos sentimentos na união livre encontra-se em posição diametralmente oposta. Há mesmo exagero na manifestação da paixão que se revela livremente: “não fazem segredo de seu amor e de seus desejos mútuos”. (28) Mais uma vez o casamento romano permanece atual, pois o que o caracterizou foi a expressão de total franqueza e espontaneidade em todos os momentos, desde o cotidiano até à manifestação artística (pintura, escultura, baixos relevos). Despídos de qualquer noção de pecado, legada pelo Cristianismo, os romanos nunca confundiram amor com pecado.

O sétimo critério, do fundamento normativo da relação sexual, está diretamente vinculado à idéia de dívida conjugal”, ou *debitum conjugale*, típica dos casamentos legitimados pela união carnal dos esposos.

A noção de dívida conjugal surgiu com o direito canônico. O casamento, a partir do Cristianismo e da influência crescente da Igreja, passou a se consumir com a união carnal. “Cada um dos cônjuges era considerado o proprietário do outro e podia, a esse título, exigir o que lhe era devido dentro do respeito das conveniências sociais e das prescrições rituais e religiosas.” (29)

A idéia é totalmente estranha ao casamento romano, onde, como se viu, a união dos sexos não precisava ser consumada para que o casamento tivesse existência legal. Além disso, os parceiros atuais consideram que ao decidirem viver juntos não alienam com isso a plena propriedade e o pleno gozo de sua autonomia. O fato de viver junto não acarreta, *ipso facto*, qualquer perda de suas faculdades pessoais. A harmonia do casal existe independente de dívidas e obrigações. A noção mesma de dívida é inadmissível, porque provoca a perda da autonomia pessoal.

O oitavo critério, da atitude diante da fecundidade, revela, ainda uma vez, a dicotomia existente entre as duas concepções, do casamento e da união livre.

Como vimos, ao examinar os elementos constitutivos do casamento romano, o aspecto biológico também esteve presente na concepção romana de casamento. Os cidadãos tinham dever de casar e procriar, em justas núpcias, crianças que, sendo legítimas, perpetuariam o corpo cívico.

A procriação, porém, contrariamente ao ocorrido no direito canônico, não é um fim em si, razão máxima do casamento. Para a Igreja, a procria-

(27) BEJIN, A. Ob. cit., p. 175.

(28) BEJIN, A. Ob. cit., p. 175.

(29) BEJIN, A. Ob. cit., p. 176.

ção passa a ser um meio de legitimação da própria união sexual. Remédio à concupiscência e única justificativa do aspecto biológico, a procriação está acima de qualquer interesse individual ou comum do casal.

Na medida em que a sexualidade é encarada como obrigação da mulher ao marido, pode-se imaginar a absoluta ausência de afetividade no relacionamento conjugal. Se considerarmos, de resto, a enorme influência da Igreja condenando qualquer expectativa de prazer e só admitindo a relação com vistas à reprodução, pode-se vislumbrar, em toda sua extensão, a aridez das uniões.

A união livre encara a questão sob um prisma totalmente diverso: em primeiro lugar, porque o fim da união não é a procriação, mas a realização plena do casal, em todos os níveis: afetivo, sentimental, físico e psicológico. em segundo lugar, atualmente, as conseqüências que um nascimento ilegítimo podia provocar no passado inexistem. Nesse sentido a atual Constituição brasileira, ao não mais considerar a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, nada mais fez do que ratificar um anseio há muito sentido por todos os segmentos sociais da sociedade brasileira.

Finalmente, a existência ou não de filhos deixa de ser imposta pela natureza (como ocorreu praticamente até finais do século XVIII) e passa a ser decidida ou adiada "... sem que nenhum dos dois parceiros jamais tenha manifestado uma recusa absoluta de ter um descentente" (30).

O controle da natalidade, absurdamente inadmitido pela Igreja, passa integralmente à esfera do casal, que passa a decidir soberanamente sobre a oportunidade, a validade e a necessidade da procriação.

Certamente as mulheres romanas não dominaram a questão da natalidade, mas, considerando a superioridade do elemento afetivo sobre o biológico, no casamento romano, é lícito inserir a supremacia daquela união em relação ao padrão imposto ao mundo ocidental, pela Igreja, com o aval do direito canônico.

Não há dúvida nenhuma que a união livre está mais próxima daquela concepção de casamento do que o modelo canônico.

O último critério encerra todas as características vistas até aqui e retoma a idéia central que resume integralmente a atual tendência.

Trata-se da área afetiva e da autonomia por ela gerada em relação ao grupo ou à comunidade circundante.

A segunda metade do século XX verá triunfar definitivamente o amor sobre qualquer consideração de ordem prática ou utilitária. Com o triunfo do sentimento, o casal moderno se libera de toda pressão do meio social, da família, da comunidade.

(30) BEJIN, A. Ob. cit., p. 177.

Restringindo-se o nível de relacionamento ao pai, mãe e filhos, aumentava-se proporcionalmente o estreitamento dos laços afetivos. Quanto maior a intensidade do sentimento familiar, maior os progressos da vida privada, da intimidade doméstica, e de identidade: os membros da família se unem pelo sentimento, pelo costume e pelo gênero de vida.

No casamento tradicional a área afetiva era por demais restrita pela incidência de um implacável controle comunitário. Homens e mulheres deveriam agir de acordo com padrões previamente estabelecidos. Em tal ambiente fica quase impossível o casal se confinar num "egoísmo a dois". Os parentes, criados, amigos e vizinhos exerciam constante pressão uns sobre os outros, criando uma rede constrangedora, embora protetora, de relacionamentos afetivos fortemente marcados.

O advento da família nuclear, que é um verdadeiro estado de espírito, antes que uma estrutura, distingue a nova união de todos os outros padrões familiares pelo sentido muito peculiar de solidariedade que une entre si os membros da unidade doméstica ao mesmo tempo que os separa da coletividade.

Os membros da família nuclear têm um aguçado sentimento de viver num clima afetivo privilegiado que os protege contra qualquer intrusão, isolando-os atrás do muro da privacidade.

Estes, os nove critérios.

A história da humanidade se repete. E o retorno a antigos esquemas e valores reafirma veementemente a permanência de um direito que continua atual, apesar da passagem inexorável dos séculos.

O esquema do pensamento romano, de ordem eminentemente privada e alheio a qualquer interferência estatal, praticamente reproduzido pela união livre atual, revela um traço fundamental da ordem familiar que não pode ser subestimado, sob pena de se incorrer em equívoco, este que, o que ocorre dentro de um lar, e lar existe independentemente de qualquer aval jurídico, "importa muito mais do que o mais bem elaborado sistema de normas e leis. Não há no mundo lei alguma capaz de conferir um sentido à ação humana".⁽³¹⁾

E os romanos tinham consciência desta realidade tão simples e tão pouco considerada pelos atuais juristas.

Quer consideremos a noção "intenção", quer a "afetividade", quer a liberdade que existia na ocorrência de uma união ou na sua dissolução, avulta sempre a imagem do homem pairando acima de interesses oriundos da esfera pública ou da religiosa.

Se a revolução de 68 contestou todos os princípios plenamente aceitos pela sociedade tradicional, certamente não o fez por mero capricho, mas

(31) BACH, J. Marcos. *O Futuro da Família: tendências e perspectivas*, p. 22.

por reconhecer e vivenciar as conseqüências nefastas de um jurídico sistema doutrinário marcado pelo absolutismo ideológico, metafísico e teológico.

Provavelmente a família nuclear — na verdade o tipo que melhor responde às condições socioculturais de nossa época, embora não se enquadrando nos parâmetros éticos convencionais —, própria do casamento atual ou da mera união livre, comprovou de forma inquestionável que a família é uma unidade essencialmente afetiva. Na medida em que os movimentos espontâneos ditados pelo amor têm o mais amplo e vigoroso espaço de expansão, reduz-se a parte institucionalizada a um mínimo indispensável.

Não é admissível estabelecer entre as diversas concepções de casamento uma escala de valores. Todas são legítimas enquanto traduzem estruturas sociais e psicológicas diferentes, enquanto respondem a aspirações e ideais humanos. Por isso é abusivo e contrário à natureza da família qualquer excesso de tutela institucional e moral.

Razão tem BACH ao afirmar que "A ordem familiar se baseia no amor solidário e gratuito, ultrapassando, por conseguinte, em sentido qualitativo os acanhados termos da 'ordem social' baseada no império da justiça, sem condições de ir além desse limite". (32)

Bibliografia

- BACH, J. Marcos. O futuro da família: tendências e perspectivas. *Família e Sociedade Contemporânea*. Vozes, Petrópolis (RJ), 1983.
- BEJIN, André. Le mariage extra conjugal d'aujourd'hui. In: *Sexualités Occidentales* (sous la direction de Philippe Ariès et André Béjin), Points, Éditions du Seuil, Paris, 1982.
- COSTA, Emilio. *Historia del Derecho Romano Público y Privado*. Trad. do italiano por Manuel Raventos y Noguer, Editorial Reus, Madrid, 1930.
- FRANCISCI, Pietro de. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- IGLESIAS, Juan. O direito romano e a nossa época. In: SILVIO A. B. MEIRA. *Novos e Velhos Temas de Direito*. Forense, Rio de Janeiro, 1973.
- MATOS, Olgaia C. F. Paris 1968: *As Barricadas do Desejo*. 2ª ed., Coleção Tudo é História, nº 9, São Paulo, Brasiliense, 1981.
- MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. 2ª ed., Max Limonad, São Paulo, s.d.
- NAMUR, P. *Cours d'Institutes et Histoire du Droit Romain*. Bruxelles, Éditions Bruylant, 1888.
- OURLIAC, Paul et MALAFOSSE, J. de. *Histoire du Droit Privé*. Tome III — *Le droit familial*. Presses Universitaires de France, Paris, 1968.
- VEYNE, Paul. Les noces du couple romain. In: *L'Histoire*, nº 63, Paris, 1984.
- YOURCENAR, Marguerite. *O Tempo, Esse Grande Escultor*. Trad. Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1985.

(32) BACH, J. Marcos. Ob. cit., p. 48.