# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## HISTÓRIA DO DIREITO

**ÁLVARO GONÇALVES ANTUNES ANDREUCCI**

**JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES**

**RICARDO MARCELO FONSECA**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H673
História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci, Juliana Neuenschwander Magalhães, Ricardo Marcelo Fonseca – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-193-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## HISTÓRIA DO DIREITO

## Apresentação

A história do direito é uma área jovem no campo acadêmico brasileiro. Como qualquer disciplina em consolidação, apresenta fortes desafios, que oscilam entre a profissionalização e o rigor acadêmico (indubitavelmente presentes na área no Brasil) e um certo diletantismo. Assim como o grande historiador francês do século XX, Phillippe Ariès, dizia-se (no caso dele, pela mais legítima modéstia) um mero "historiador domingueiro", no Brasil temos ainda muitos acadêmicos provenientes de outras áreas alheias à história do direito que se aventuram nas plagas da "história do direito". Os resultados desse fenômeno são heterogêneos: de um lado, vemos como altamente positivo que haja um interesse crescente pelo passado jurídico e pelo esforço de compreensão da esfera jurídica pelas lentes históricas; de outro lado, porém, vemos algumas aproximações à disciplina sem a devida mediação metodológica, sem a devida compreensão de que "atingir" o passado não é tarefa simples, mas que exige ferramentas e adestramento, sob pena de se cometer uma série de "pecados" teóricos – sendo que o maior deles para o historiador, segundo o célebre Lucien Febvre, era o pecado do anacronismo.

Os resultados compilados nessa nova coletânea do CONPEDI revela, a um só tempo, o robustecimento do GT de História do Direito, já que muito nos impressiona pela quantidade de trabalhos enviados (sendo alguns de excelente qualidade), e a heterogeneidade da produção acadêmica da área de história do direito no nosso país.

Como coordenadores do GT, nossa tarefa é sobretudo aquela de, durante o desenvolvimentos dos trabalhos no encontro do CONPEDI, encaminhar as discussões de modo a pontuar as especificidades teóricas e metodológicas do campo da História do Direito, refletindo sobre os limites de um campo do saber ainda em consolidação no Brasil.

Enquanto organizadores dos anais do GT, incumbe-nos organizar as contribuições dos participantes, ordenando-os tematicamente, em consonância com a temática geral do XXV Encontro Nacional do CONPEDI e de forma a tornar minimamente coerente a organização da diversidade temática e metodológica presente no corpo de textos apresentados. Assim, tendo em vista o arco temático "Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo", organizamos da seguinte forma os trabalhos apresentados no GT História do Direito do XXV CONPEDI:

1) História do Direito e do Pensamento Jurídico

2) História do Direito na Europa

3) História do Direito e construção do Estado brasileiro

4) História Constitucional brasileira

No primeiro bloco, História do Direito e do Pensamento Jurídico, inauguramos o volume, em homenagem à temática geral do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, com uma reflexão de caráter metodológico sobre a Nova História, a partir do estudo da obra Las mujeres ante la ley en la Cataluña moderna, de Isabel Pérez Molina, que aborda a condição das mulheres na Idade Moderna. No texto intitulado Melheres perante a lei na Catalunha moderna, Maria ereza Fonseca Dias pretende contribuir para a compreensão dos fenômenos sociojurídicos do passado relacionados à temática de gênero.

Em seguida apresentamos textos que abordam aspectos de uma historiografia dos conceitos, o primeiro intitulado O conceito de Justiça na História, escrito por Ana Carolina Nunes Furtado e o segundo O conceito de soberania entre a formação das cidades medievais e a sociedade internacional clássica, escrito por Marcelo Markus Teixeira e Idir Canzi. Nesse último, a pesquisa histórica sobre o conceito de soberania leva a uma problematização da noção de soberania na Idade Média, abrindo espaço para se discutir a modernidade desse conceito em face do surgimento de uma sociedade de Estados, assim como do Direito Internacional.

O segundo bloco é composto por artigos que abordam temas variados da história do direito na Europa. Dada a proximidade temática com o último texto do bloco precedente, inauguramos esse grupo de textos com o ensaio Estado, Direito e religião na ordem jurídica medieval, em que Viviane Lemos da Rosa e William Soares Pugliese desenvolvem diferentes aspectos da ordem jurídica medieval, com enfoque nos temas do pluralismo jurídico, da ausência de unidade politica e da importância que a religião adquiriu na formatação de uma cosmovisão medieval. Os dois últimos textos desse bloco recuperam expressões do Direito Romano, com enfoque sobre a visão romanista da estrutura familiar. No texto A família romana: contributo histórico-jurídico, no qual Maisa de Souza Lopes e Vivian Gerstler Zalcman, no qual se pretende recuperar a contribuição daquela visão para o contexto atual e no estudo. Já Ricardo Alejandro Lopez Tello e Adriana Silva Maillart, no ensaio Tribuno da Plebe: contextualização histórica do acesso à justiça por métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, têm por objetivo analisar a luta e o resultado das reivindicações da plebe,

enquanto excluídos na sociedade, sobretudo no que diz respeito às suas chances concretas de "acesso à justiça", pela via do "Tribuno da Plebe".

O terceiro bloco de artigos, reunidos sob a temática História do Direito e construção do Estado brasileiro tratam de aspectos variados da formação do direito e das instituições jurídico-políticas brasileiras, da época colonial à República. O bloco é integrado por textos sobre o direito penal colonial, de autoria de Karina Nogueira Vasconcelos e Rodrigo Teles de Oliveira e intitulado Penalidade e Colônia: da liberdade punitiva às Ordenações Filipinas numa análise da punibilidade dos homens livres na capitania de Pernambuco; sobre as origens do contrato de arrendamento rural no Brasil, no estudo apresentado por Luís Felipe Perdigão de Castro no texto Os contratos de arrendamento rural no Brasil: origens históricas; assim como sobre a História do Federalismo Fiscal no Brasil Império, Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou De Araújo e Mendonça, em que se aborda a influência do modelo federalista norte-americano no movimento descentralizador no Brasil da década de 1830, a partir da pesquisa historiográfica e da análise de estudos financeiros e de documentos político-legislativos do Império. Outro interessante estudo é Uma análise da elaboração do Código Comercial brasileiro à luz da doutrina e debates legislativos históricos, em que Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Raphael Vieira da Fonseca Rocha discorrem acerca dos debates na Câmara dos Deputados nos anos que precederam a promulgação do Código Comercial Brasileiro em 1850, dando relevo à votação do projeto em bloco. Nesse segmento, destaca-se ainda, como particularmente afinada com o campo temático do XXV CONPEDI, a pesquisa de Jahyra Helena Pequeno dos Santos e Ivanna Pequeno dos Santos sobre a demanda pelo voto feminino no Brasil e sua abordagem histórica.

O quarto e último segmento, sobre História Constitucional Brasileira inicia-se com uma interessante reflexão sobre as expressões da temporalidade na história constitucional brasileira, elaborada por Luiz Fernando de Oliveira no artigo Tempo que passa, tempo que fica: o prescritível e o imprescritível como expressões de temporalidades na história constitucional brasileira. Em seguida apresentam-se pesquisas diversas sobre as transformações históricas em diferentes aspectos do constitucionalismo brasileiro, como ocorre nos textos A evolução do modelo burocrático de gestão brasileiro na República, de autoria de Daniela Almeida Bittencourt e Fabrizia Angelica Bonatto Lonchiati; A tutela constitucional da cultura no Brasil, de Letícia Menegassi Borges e Análise da gestão privada de recursos públicos a partir da contextualização histórica das políticas publicas de saúde no Brasil, escrito por Elda Coelho De Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles. Ainda nesse bloco, uma reflexão sobre a evolução do constitucionalismo brasileiro à luz da nova

perspectiva do constitucionalismo latino-americano, no trabalho Texto e contexto do constitucionalismo brasileiro: releituras a partir do constitucionalismo latino americano do século XXI, que tem por autor Pedro Henrique Nascimento Zanon.

Dois textos abordam a temática da história das transições políticas no Brasil. De forma mais direta, o texto Poder Judiciário, Regime Autoritário e Memória: a narrativa institucional sobre o regime autoritário, de Vanessa Dorneles Schinke, descreve a narrativa oficial sobre a atuação do poder judiciário durante o regime autoritário de 1964-1985 que foi apresentada nos espaços de memória da justiça comum brasileira. Já o texto De Médici a Marighella: uma história "certa"escrita por linhas tortas, ou uma história "torta" escrita por linhas certas, escrito por Filipe Segall Tavares , José Maria Barreto Siqueira Parrilha Terra , parte de relato de um caso relacionado com a temática dos "lugares da memória" para empreender um debate, a partir de Michel Foucault, sobre aspectos epistemológicos da história do direito.

Veja-se, pois, uma amostragem da produção cientifica no campo da História do Direito no Brasil, que convidamos nosso leitor a visitar.

Prof. Dr. Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci (UNINOVE)

Profa. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ)

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

# A FAMÍLIA ROMANA: CONTRIBUTO HISTÓRICO-JURÍDICO

# THE FAMILY ROMAN: HISTORICAL-LEGAL CONTRIBUTION

**Maisa de Souza Lopes**
**Vivian Gerstler Zalcman**

**Resumo**

O objetivo do presente artigo é estudar a família romana e o seu contributo histórico-jurídico para a sociedade atual, com enfoque na evolução do parentesco agnatício ao cognatício e, ainda, quanto às mudanças ocorridas no matrimônio, do período pré-clássico à época justinianeia. Ao final, almeja-se concluir como se deu a construção da família em Roma e como esse progresso entre os quatro períodos da história pode contribuir com o estudo da família pós-moderna. Observou-se o desenvolvimento da família romana e constatou-se que algumas figuras evoluíram a ponto de se revelar relações de forma ética e humanizada.

**Palavras-chave:** Família, Direito romano, Parentesco, Matrimônio, Evolução

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article's purpose is to study the Roman family and their historical and legal contribution to contemporary society, focusing on the kinship's sanguineous male line evolution to the version preponderantly sanguineous and also as to changes in the marriage, the pre-classical period at the Justinian period. It aims to conclud how was the construction of family in Rome and how this progress among the four periods of history can contribute to the study of postmodern family. By analyzing the development of the Roman family and founding that some figures have evolved about to reveal relations of ethics and humane way.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Family, Roman law, Kinship, Marriage, Evolution

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a família romana e o seu contributo histórico-jurídico, com enfoque na evolução do parentesco agnatício ao cognatício, e, ainda, quanto às mudanças ocorridas no matrimônio, desde o período pré-clássico à época justinianeia. A escolha do tema justifica-se diante da inegável alteração do conceito de família na atualidade; assim, nada melhor do que estudar o passado para se entender o presente e melhorar o futuro.

Dessa forma, analisar-se-á, primeiramente, a família romana pré-clássica, aquela marcada pelo poder absoluto do *paterfamilias,* o que implica numa família rigidamente patriarcal. Nesse contexto será examinada a forma de constituição e extinção da família romana agnatícia e os poderes do *paterfamilias,* a *manus,* a *patria potestas,* a *dominica potestas* e o *mancipium,* além da *vitae necisque postetas,* do *ius vendendi,* do *ius noxae dandi e* do *ius exponendi.*

Deve-se ressaltar que a estrutura romana familiar clássica foi caracterizada pela decadência da família *proprio iure* e, portanto, dos direitos decorrentes do parentesco agnatício, com o evidente desenvolvimento da família natural (baseada no casamento e no parentesco cognatício) e do parentesco cognatício, estudo que se fará ancorado no processo de evolução das leis romanas, bem como ante o papel do pretor urbano.

Seguidamente, se verificará a consolidação do parentesco cognatício e da família natural, no regime familiar do período pós-clássico e da época justinianeia. Como a família natural tem por base o casamento, destacam-se as modificações ocorridas no matrimônio. Considera-se a relação entre os regimes *cum manu* e *sine manu* com os princípios jurídicos romanos e os seus condicionantes históricos; e, também, os aspectos patrimoniais do casamento.

Ao final, almeja-se concluir como se deu a construção da família em Roma e como essa evolução entre os quatro períodos da história pode contribuir com o estudo da família pós-moderna.

## 1. Breve apanhado sobre a história do Direito Romano e a importância do seu estudo

Inicialmente, convém apresentar um breve apanhado sobre a história do Direito romano, bem como sobre a importância do seu estudo, ou seja, qual o seu contributo para a formação dos juristas.

A evolução do Direito romano é dividida em quatro grandes fases. A primeira, conhecida como época arcaica ou pré-clássica, é datada de 753 a.C. a 130 a.C., quando da publicação da *Lex Aebutia,* de data incerta, mas compreendida entre os anos de 149 a 126 a.C. O segundo período da história do Direito romano é conhecido como clássico, iniciado em 130 a.C. e encerrado em 230 d.C.; o termo da época clássica se refere ao desaparecimento do último grande jurista clássico, Ulpianus, assassinado em 228 e à crise do Império. A terceira época é conhecida como pós-clássica, que abrange o período entre 230 a 530. O último período da história do Direito romano é conhecido como época Justinianeia, de 530 a 565, data da morte do imperador Justiniano[1].

Os pretores urbanos tiveram um papel relevante na evolução do Direito romano, por meio da criação de novos instrumentos (ações) para a resolução de conflitos. Todavia, a prerrogativa dos pretores que representava uma ameaça a centralização crescente do poder nas mãos do Imperador, tornou-se um inconveniente, razão pela qual o Imperador Adriano determinou um trabalho de compilação dos editos, proibindo os pretores, a partir de então, de alterá-los[2].

Outro fenômeno ocorrido, ensina NASCIMENTO JUNIOR, no período pós-clássico, quanto ao trabalho dos jurisconsultos, foi o dos casos de fraudes, por meio da citação falsa de livros dos jurisconsultos ou de outras fontes do direito, aliada ao aumento do arcabouço legislativo existente e a ausência do gênio criativo, o que gerou incertezas quanto ao Direito efetivamente em vigor e aplicável; dessa forma, surgiu a

[1] CRUZ, Sebastião. Direito Romano: Introdução. Fontes. 4ª ed. Coimbra: 1984, p. 43-51.
[2] NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do. BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. Reflexões sobre o estudo do direito romano. Anais do XXIII Encontro Nacional do Conpedi. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=281bc81fb21d55e2. Acesso em 13.04.2015.

necessidade de um trabalho de compilação das fontes jurídicas, com vista à fixação definitiva das regras vigentes[3].

O imperador Justiniano, aproveitando inteligentemente os trabalhos e o valor das escolas jurídicas do Oriente, máxime a de Beirute e a de Constantinopla, e com a ajuda imprescindível de grandes mestres do Direito antigo, como Triboniano, Teófilo e Doroteu, elaborou uma importantíssima compilação de todas as fontes antigas do Direito romano, constante das seguintes partes[4]:

1) As *Institutiones*, de novembro de 533, que se tratava de um manual de direito, que servia de introdução didática elementar às outras partes do *Corpus Iuris Civilis;*

2) Os *Digesta* ou as *Pandectae* (digesto ou pandectas), de dezembro de 533, que compreendia uma extensa coleção de fragmentos de obras de jurisconsultos notáveis, com a indicação do autor e livro de que procediam;

3) O *Codex* (Código), de 534, que abarcava uma coleção de constituições imperais (*de leges);*

4) As *Novellae* (Novelas), de 535 a 565, que abrangia uma série de constituições novas ou Novelas (*leges* novas), que foram promulgadas depois do *Codex* e que não chegaram a ser recolhidas numa coleção oficial.

Assim, Justiniano concretiza a velha aspiração de reunir, num só corpo e sem misturar, os *iura* e as *leges.* Essa obra, que procura responder às exigências do tempo, foi denominada *Corpus Iuris Civilis* por Dionísio Godofredo na edição que publicou em Genebra, em 1583. Conforme aponta SANTOS JUSTO não se trata duma codificação no sentido moderno, mas de uma imponente compilação que, embora se apresente como um mosaico de fragmentos extraídos de fontes de épocas diferentes, não deixa de ter um carácter orgânico e unitário[5].

Por conseguinte, a morte de Justiniano (565) é o marco final da História do Direito romano, pois, a seguir, consolidou-se o Império Bizantino, que subsistiu até XV, com a tomada de Constantinopla pelos otomanos em 1453. O direito produzido nessa

[3] NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do. BIANCHI, Patricia Nunes Lima. Op. Cit.
[4] CRUZ, Sebastião. Op. Cit, p. 36.
[5] JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano. Parte Geral. 4ª ed. Coimbra Editora, 2008, p. 94.

época ficou conhecido como Direito Bizantino, conquanto o *Corpus Iuris Civilis* continuou a ser base do direito no Império Romano do Oriente[6].

O estudo romanístico despontou no século XII, no ocidente, a partir da descoberta em Pisa, em 1050, de um manuscrito do Digesto de Justiniano e perdura até hoje[7]. Durante todo o período em que o direito romano em países europeus foi o *ius commune* ou, como ocorreu em Portugal, o direito subsidiário das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, o ensino dele era decorrência natural da necessidade de seu conhecimento para a sua aplicação prática, o que não dava margem a cogitações sobre a importância de seu estudo para a formação dos juristas desses países[8].

O questionamento dessa importância começa, e vai crescendo lentamente, a partir do momento em que o direito romano, pelo surgimento das codificações modernas, vai deixando de ser direito vigente, o que inicia-se, ainda no século XVIII, com a promulgação do Código da Prússia, e toma grande impulso com a entrada em vigor em 1º de janeiro de 1900 do B.G.B na Alemanha. Na medida que o direito romano deixava de ser direito positivo pela entrada em vigor de um Código Civil, consequentemente, o estudo dele ia perdendo ponderável parcela de interesse prático[9].

Contudo, destaca-se o quão útil é o estudo romanístico, notadamente no campo do direito privado. Destarte, pretende-se analisar a evolução da família romana, cuja base cultural servirá para se compreender o desenvolvimento do direito de família atual.

## 2. A família em Roma: do parentesco agnatício ao cognatício

A família romana, em sentido estrito, pode ser descrita como o núcleo ou conjunto de pessoas que estão submetidas à autoridade do *paterfamilias*, por razões naturais ou jurídicas. A concepção originária é a que considera o fundamento da família com base no parentesco civil (*adgnatio),* que predomina sobre o vínculo de sangue e filiação ou parentesco natural (*cognatício).* Destarte, pertenciam a família todos aqueles

[6] NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do. BIANCHI, Patricia Nunes Lima. Op. Cit.
[7] NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do. BIANCHI, Patricia Nunes Lima. Op. Cit.
[8] ALVES, José Carlos Moreira. O Direito Romano e a formação dos juristas. Perspectiva para o novo milênio. Estudos de Direito Romano. Brasília: Edições do Senado Federal, 2009, p. 643.
[9] ALVES, José Carlos Moreira. O Direito Romano e a formação dos juristas, cit, p. 643-644.

que estavam submetidos à autoridade do *paterfamilias* por haver nascido dentro do grupo, e os que foram incorporados por ato jurídico ou religioso[10].

A partir dessas primeiras lições, diferenciam-se, ainda, os conceitos de família *proprio iure, communi iure*[11] e a família natural. A família *proprio iure* é a organização jurídica que congrega uma pluralidade de pessoas sujeitas ao poder de um chefe, denominado *paterfamilias*[12]. A família *communi iure dicta* é a constituída pelas pessoas que teriam estado sujeitas à mesma *potestas* se o *paterfamilias* não tivesse morrido[13]. A família natural é o agrupamento constituído pelos cônjuges e filhos, independentemente de o genitor ser ou não *paterfamilias*[14].

GARCÍA GARRIDO comenta que a família era a base e fundamento da organização política em Roma. Família e *gens* são consideradas tradicionalmente como as células básicas da organização política. As *gentes* eram formadas por várias famílias que tinham em comum um nome gentílico. Para pertencer as assembleias populares e ter direito a voto, era necessário estar incluído no *censu populi* como *paterfamilias*[15].

A respeito da justificação da família romana, SANTOS JUSTO assevera que ela surgiu para satisfazer uma finalidade essencialmente política: assegurar a ordem internamente, e defender os seus membros exteriormente. Afirma, ainda, que a família firma-se como exclusiva: não se pode pertencer a duas famílias (à paterna e à materna), mas somente à paterna; tem um chefe (*paterfamilias)* a quem os outros membros obedecem; uma religião própria, cujo sacerdote é o *paterfamilias*, um conjunto de bens que constituem um patrimônio independente (*mancipium);* um tribunal doméstico; e o herdeiro (*heres)* não sucedia no patrimônio, mas na soberania do grupo familiar[16].

No período pré-clássico, o regime familiar era caracterizado pelo poder absoluto do *paterfamilias* [17]. A família é rigidamente patriarcal e goza de relativa

[10] GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Derecho Privado Romano (Instituciones). 17ª ed. Madrid: Ediciones Académicas, 2010.
[11] Quanto a estas duas acepções: D.50,16,195,2.
[12] D.50,16,195,2.
[13] D.50,16,195,2.
[14] D.50,16,195,1 e D.50,16,195,3.
[15] GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Op. Cit, p. 39.
[16] JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano – IV (Direito de família), p. 14.
[17] FERNANDEZ BARREIRO, Alejandrino. Relaciones familiares y derecho a la herencia por razon de parentesco em la experiência jurídico-cultural Romana. Revista Internacional de Derecho Romano y Tradicon Romanística, Ursicino Alvarez, 2004, p. 53.

autonomia frente ao Estado. Todas as questões são decididas pelo *paterfamilias*, com a assistência, de um conselho familiar[18].

Na família pré-clássica existiam as seguintes categorias de pessoas: o *paterfamilias*, os *filiifamilias*, as *matresfamilias e* as *filiaefamilias*[19]. O primeiro é aquele que não tem ascendentes masculinos vivos a quem esteja sujeito, pode ser o pai (genitor), avô paterno, bisavô dos membros nascidos na família de que é chefe, e é também titular da *potestas* sobre quem, através de negócio jurídico, ingressou na sua família; pode não ter mulher nem filhos, reduzindo-se a família à sua pessoa[20]. Os *filiifamilias* e as *filiaefamilias* são as pessoas livres submetidas ao poder do *paterfamilias,* aqui se inclui a esposa, esta se fosse *uxor in manu*, estava no lugar de filha (*filiae loco)* do *paterfamilias*, seus descendentes e mulheres[21].

D'ORS elucida que nem a puberdade do filho, nem seu matrimônio, nem seu ingresso no exército, nem seu acesso às magistraturas mais altas põe fim a esse poder paterno e à incapacidade jurídica do filho[22], que continua submetido ao *paterfamilias*, cuja *potestas* é vitalícia, salvo se for emancipado ou se, por adoção, passar a *patria potestas* de outro *paterfamilias.*

Quando o *paterfamilias* falece, a família se cinge em tantas famílias quanto os *filii* que se tornavam *paterfamilias*, ou seja, se divide em várias unidades cada uma delas dirigida por um *paterfamilias*, conforme a quantidade de filhos homens sem ascendentes, pouco importando se menores púberes ou impúberes[23] [24].

Portanto, a família romana (agnatícia) extinguia-se e constituía-se pela morte do *paterfamilias.* Depois, com o matrimônio e através do nascimento dos filhos das justas núpcias, da adoção e ad-rogação, a família alargava-se. Os filhos nascidos de justas núpcias, com uma cidadã livre, entravam embaixo da *potestas* do pai de família[25].

---

[18] MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. A evolução do *status familiae* em Roma do pré ao pós-classicismo. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=25. Acesso em 13.04.2015.
[19] D.1,6,4.
[20] JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano – IV (Direito de família), p. 17.
[21] MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. Op. Cit.
[22] D'ORS. Elementos de Derecho Privado Romano. 4ª ed. Ediciones da Universidad de Navarra, 2010, p.143.
[23] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Tradução de A. M. Hespanha e M. L. Macaísta Malheiros, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 611.
[24] D.50,16,952.
[25] GAIUS I,55 e D.1,6,3.

A adoção é o ato jurídico por virtude do qual um estranho ingressa, sujeito a *patria potestas* de outro *paterfamilias*, noutra família com o *status* de filho, filha, neta, neto, etc. Por fim, a ad-rogação é o ato através do qual um *paterfamilias* se submete a *patria potestas* de outro, como se tivesse nascido na família deste[26] [27].

O *paterfamilias* gozava de vários poderes: *a manus*, *a patria potestas*, *a dominica potestas e o mancipium.* Inicialmente, a *manus* identificava o complexo dos poderes do *paterfamilias* sobre os elementos da sua família, depois, aquele vocábulo adquiriu especificidade, passando a falar-se de *manus maritalis*, para expressar o poder do *paterfamilias* sobre a mulher que ingressava, com o matrimônio, na sua família, onde ficava na condição de filha legítima (*filiae loco).* A *patria potestas* é o poder que o *paterfamilias* exerce sobre os seus *filii.* A *dominica potestas* é o poder absoluto do *paterfamilias* sobre os escravos que são propriedade da família. O *mancipium* é o poder do *paterfamilias* sobre os filhos que lhe foram vendidos dentro de Roma ou entregues pelos seus *patres* para se libertarem da responsabilidade patrimonial derivada de delitos que esses filhos cometeram (*noxae deditio);* as crianças abandonadas e recolhidas (*alumni);* os indevidos sujeitos a execução pessoal (*addicti);* os homens livres que locavam os seus serviços como gladiadores (*auctorati);* etc[28].

CARLOS PERELLÓ se dedicou ao tema "da origem dos poderes do *paterfamilias",* a respeito dessa figura e da *patria potestas* esclarece[29]:

> Es *pater famílias* toda persona de sexo masculino que no se encuentra sometida a potestad ajena, independientemente del hecho que tenga o no hijos o de la edad que posea.
>
> Usualmente será el membro más anciano de la família cuya posicion se sostiene sobre la base de la *patria potestas, la dominica potestas y la manus.*
>
> La *patria potestas* es el poder que el derecho le reconoce sobre sus hijos, la *dominica potestas* se ejerce, en cambio, sobre los esclavos, mientras que la *manus* tiene como destinataria específica a la mujer.

Referido autor explica, ainda, que esse poder que detinha o *paterfamilias,* consistia essencialmente num monopólio patrimonial que os pais tinham sobre seus

[26] JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano – IV (Direito de família); GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Op. Cit., p. 40.
[27] D.1,7,1, cfr., também, GAIUS I,99.
[28] JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano – IV (Direito de família), p. 17-26.
[29] AMUNATEGUI PERELLO, Carlos Felipe. Origem de los poderes del *paterfamilias:* el *pater famílias y la patria potestas.* Madrid: Editorial Dykinson, 2009, p.43.

filhos, acompanhado de um conjunto amplíssimo de poderes, inclusive o poder de vida e morte sobre seus descendentes (*vitae necisque postetas),* o poder de venda dos filhos (*ius vendendi),* o direito de dar o filho em pagamento de dívidas (*ius noxae dandi),* o direito de expor ou abandonar o filho recém-nascido (*ius exponendi),* que serão esmiuçados a seguir[30]:

a) *Ius vitae et necis:* o direito de vida e morte sobre seus descendentes é a máxima expressão das faculdades concedidas ao *pater* sobre seus filhos e descendentes diretos, que constitui a manifestação última dos poderes absolutos que se atribuem no ordenamento jurídico romano; sem embargo que, o *pater* pode, em virtude dos seus poderes corretivos, aplicar outras sanções mais leves que a morte. Com efeito, esta faculdade era, no mundo antigo, própria dos amos diante de seus escravos, mas só o povo romano a manteve também para os pais sobre seus descendentes. Entretanto, logo se entendeu que não se tratava de poderes ilimitados, era necessária uma justa causa para que o *pater* pudesse exercer o *necis potestas.*

*b) Ius vendendi:* desde a época mais remota da antiguidade, o pai contava entre suas faculdades com a de vender seus descendentes. O filho vendido ocupa a mesma posição de um escravo. Em todo caso, sua condição não é de todo idêntica a dos escravos, posto que não podem ser maltratados. Existiam limitações à faculdade do *pater,* era proibido vender o filho: que tinha sido comprometido em matrimônio. Ademais, se um *pater* vendesse um *filius* três vezes, perdia a sua *patria potestas.*

c) *Ius noxae dandi:* trata-se da faculdade que detém o *pater,* para evadir da responsabilidade delitual ou quase delitual, que nasce dos atos praticados pelas pessoas que se encontraram em baixo da sua *potestas,* de entregar o responsável nas mãos da vítima.

d) *Ius exponendi:* é o direito de expor ou abandonar o *filius* recém-nascido. Consagrado na Lei das XII Tábuas apenas em relação a crianças deformadas, foi tolerado na época clássica e combatido pelos Imperadores Cristãos[31].

Para compreender a família romana, é indispensável, ainda, a clara noção das expressões *sui iuris* e *alieni iuris.* Conforme os ensinamentos de CRETELLA JÚNIOR,

[30] AMUNATEGUI PERELLO, Carlos Felipe. Op. Cit., p.44-169.
[31] JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano – IV (Direito de família), p. 21

quanto ao *status familiae*, as pessoas se dividem em independentes (*sui iuris)* e dependentes (*alieni iuris),* em relação ao *pater*[32]. O *sui iuris* não está sob a *patria potestas,* o *alieni iuris* está. Os *sui iuris* não se encontram submetidos a nenhum dos poderes domésticos (*potestas, manus, mancipium),* os *alieni iuris* estão submetidos. Os *sui iuris* exercem por si mesmos os seus direitos, representam a unidade da família e, por isso, podem ter outras pessoas sob seu poder, posto que são donos de sua pessoa física e de seu patrimônio, não estão sujeitos a ninguém. Os *alieni iuris* estão sujeitos a outra pessoa, não tem capacidade jurídica, não tem patrimônio[33].

No período clássico, ocorrem três fatores que irão modificar as relações na família romana: a decadência da família *proprio iure* e, portanto, dos direitos decorrentes do parentesco agnatício; a importância progressiva da família natural (baseada no casamento e no parentesco cognatício) e do parentesco cognatício; a regulamentação, pela lei, via atuação da magistratura pretoriana, das relações de família[34].

Nos fins da república, o pretor urbano, no âmbito do *ius honorarium,* inicia a adaptação da família às novas condições sociais de Roma. Para permitir ao *paterfamilias* que se utilize melhor dos serviços das pessoas a ele sujeitas (*alieni iuris* e escravos), concede-se a terceiros ações contra o *paterfamilias* com referência a negócios jurídicos que ele realize por meio de *alieni iuris* ou de escravo. Ademais, sob a influência de concepções religiosas, o pretor estabelece, *iure honorario,* mediante a *bonorum possessio unde cognati,* direito de sucessão entre cognados, quando não há agnados[35].

SANTOS JUSTO[36] comenta que as transformações das relações familiares foram tão grandes que até institutos fundamentais como a *patria potestas,* o *matrimonium, o status filii* e da mulher se descaracterizaram completamente, assumindo conteúdos novos. A mulher pode não se vincular à *manus* do marido e, nestas hipóteses, os seus bens (se for *sui iuris)* não ingressam na família a que aquela pertence; estabelece-se a sucessão hereditária entre mãe e filho; atribui-se àquela guarda destes

[32] D.1,6,1pr e GAIUS I,48.
[33] CRETELLA JÚNIOR, José. Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 66.
[34] MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. Op. Cit.
[35] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 251.
[36] JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano – IV (Direito de família), p. 15.

quando o *genitor* ou *tutor* tem má conduta; o poder de o *pater* corrigir o filho é limitado à *modica castigatio;* afasta-se o direito de os *patres* venderem os filhos; impõe-se a ideia de que a *patria potestas* é um poder-dever; admite-se que os *filii* podem obrigar-se civilmente e ter bens próprios (*peculium castrense);* etc.

No que tange ao *peculium castrense,* JOHN GILISSEN anota que se tratou de uma evidente degradação da *patria potestas,* porquanto a situação dos filhos-família tenha melhorado no referido período romano, mesmo que lentamente, pois se admitiu que os bens adquiridos por este na condição de soldado (soldo ou despojos) não ingressassem o patrimônio familiar, que, ainda, podiam dispor dos mencionados bens[37].

No século IV d.C. aparece o *peculium quasi castrense,* que amplia o patrimônio intocável do *filiusfamilias,* é composto pelos bens adquiridos por um *filiusfamilias* que exerça funções na corte imperial; no século V, é concedido o mesmo privilégio aos advogados e eclesiásticos[38]. Passam a integrar o patrimônio independente dos *filiifamilias,* também, os *bens adventícios,* os que resultavam da sucessão materna[39].

No direito clássico, a *patria potestas* podia ser extinta pela emancipação, o ato pelo qual o *paterfamilias* liberta o *filiusfamilias* do seu pátrio poder, que se torna *sui iuris*[40]. Anteriormente à Lei das XII Tábuas não se admitia a emancipação, ela só foi possível graças ao expediente imaginado pelos juristas romanos com base na interpretação do princípio, constante da Lei das XII Tábuas, de que, se o pai vendesse o filho três vezes, por ocasião da terceira venda o filho ficaria livre do pátrio poder[41].

No direito pós-clássico, a emancipação realizava-se mediante simples declaração escrita do pai diante do magistrado competente. Nota-se que, nas duas formas de emancipar antiga e mais atual, o *paterfamilias* embora não seja mais patrono do emancipado, conserva o direito de ser seu tutor e de lhe herdar os bens[42]; por outro lado, ao contrário do que ocorria anteriormente, a nova emancipação não acarretava

[37] GILISSEN, John. Op. Cit., p. 611.
[38] GILISSEN, John. Op. Cit., p. 611.
[39] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, p. 253.
[40] GAIUS I,132.
[41] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, p. 277.
[42] FERNANDEZ BARREIRO, Alejandrino. Op. Cit., p. 57.

para o emancipado a perda dos seus direitos sucessórios em relação ao antigo *paterfamilias*[43].

Os traços do regime familiar originário romano decairão, finalmente, na época pós-clássica e justinianeia, época na qual ocorreu a consolidação do parentesco cognatício e da família natural, quando a Novela justiniana nº. 118, do ano de 544, aboliu o parentesco agnatício, e pela afirmação do princípio do respeito à propriedade do filho e da filha[44] frente ao *paterfamilias,* o que vai implicar também em modificações na composição, administração e disposição dos diferentes tipos de pecúlio e bens adventícios[45].

No referido período, ainda, Constantino pune tanto o homicídio do pai em relação aos filhos, em 319 d.C., como vai igualar a punibilidade do infanticídio com a do homicídio[46].

Verifica-se, assim, a evolução da família romana, conquanto "o direito parte da cultura de um povo e sendo esta eminentemente dinâmica"[47], não poderia ser diferente. O traço principal desse progresso, ao meu ver, foi a valorização do parentesco cognatício em detrimento do agnatício. Nesse sentido, uma última nota se faz necessária:

> Não obstante a agnação tenha um caráter inteiramente artificial, de tal modo que a mãe não é parente de seus filhos no casamento *sine manu*, ao passo que são parentes dois irmãos adotivos do mesmo pai, por outro lado, o instituto da agnação é o único tipo de parentesco reconhecido pelo direito civil romano, porque somente os *agnatos* entram na linha sucessória, sendo os únicos a herdar.
>
> A cognação repousa na comunidade de sangue, sendo, pois, *cognatos* todos os indivíduos ligados pelo sangue. É o laço de sangue que há entre as pessoas que descendem umas das outras (filho, pai, avô, bisavô) ou de um ascendente comum (irmãos, que descendem dos mesmos pais). A cognação não leva em conta as linhas paternas ou maternas. "Entre os cognatos, há agnatos ligados pelo sangue, do lado dos homens (*a pater cognati),* havendo também parentes pelo lado das mulheres" (*Institutas, I, 15,1).*

[43] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, p. 278.
[44] Nesse período, admitiu-se que a filha – o que já se verificava com o filho – poderia obrigar-se por contrato, o que, aliás, era consequência do fato de, no direito pós-clássico, ter desaparecido a incapacidade relativa das mulheres púberes. In ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, p. 253.
[45] MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. Op. Cit.
[46] MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. Op. Cit.
[47] JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano – IV (Direito de família), p. 14.

> No antigo direito, só a agnação gerava direitos, o que não quer dizer que a cognação fosse desconhecida, no início, tanto assim que o incesto, em Roma, foi sempre proibido, quer entre cognatos, quer entre agnatos.
>
> Entretanto, por muito tempo os direitos civis de sucessão e tutela repousaram sobre a organização agnática da *domus* e da *gens.*
>
> Na época de Cícero sob a influência do pensamento filosófico grego, verificaram-se progressos marcantes na condição jurídica dos cognatos.
>
> Primeiro, o *pretor*, depois, o *senado*, em seguida, os *imperadores* dão lugar de relevo aos cognatos, nas sucessões e nas tutelas. Tanto na linha agnática, como na cognatícia passam os parentes a ter direito à pensão alimentícia.
>
> Em 543[48], Justiniano extingue a agnação e o direito de família repousa daí por diante na comunidade de sangue, como a entendemos em nossos dias, o que se deu através de duas novelas célebres: a Novela 118, do ano 543 e a Novela 127, do ano 548[49].

Por fim, é de se reconhecer que, na antiguidade, os grupamentos familiares eram formados com base na instintiva luta pela sobrevivência.

## 3. O matrimônio no direito romano e os regimes matrimoniais do pré-clássico à época justinianeia

A evolução da família romana com a consolidação da família natural[50], que é o agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos, independentemente de o marido e o pai ser, ou não, *paterfamilias* da mulher e dos descendentes imediatos, tem por base, portanto, o casamento; por isso releva o seu estudo do período pré-clássico à época justinianeia.

Como qualquer sociedade juridicamente organizada, os Romanos também sentiram a necessidade de determinar os elementos e requisitos para que a união entre homem e mulher pudesse produzir efeitos jurídicos. SANTOS JUSTO comenta que um problema tem dividido a romanística, quanto a possibilidade da existência de dois matrimônios: o *cum manu* e o *sine manu.* No *matrimonium cum manu,* realizado através da *confarreatio,* da *coemptio* e do *usus,* a mulher entrava na família agnatícia do marido, sujeitando-se à *manus* deste ou do seu *paterfamilias.* O *matrimonium sine manu*

[48] A Novela justiniana nº. 118 é do ano de 544, cf. nota 51.
[49] CRETELLA JÚNIOR, José. Op. Cit., p. 67.
[50] A respeito da proximidade entre a família natural romana e a família moderna nuclear ocidental ver CANTARELLA, Eva. Matrimonio e Sessualita nella Roma Repubblicana. Una Storia Romana di Amore Coniugale. Revista Complutense de Derecho Romano y Tradicion Romanistica. Alvarez, 2001, p. 25.

teria sido introduzido em Roma por volta do século III a.C., que realizava-se sem formas determinadas e substituiu rapidamente o matrimônio *cum manu*[51].

Porém, referido doutrinador assevera que as fontes permitem afirmar que os jurisconsultos romanos não conheceram estes dois tipos de matrimônio, mas um só *matrimonium,* baseado na vontade recíproca do homem e da mulher de se unirem numa relação conjugal[52]; esta relação existia enquanto persistia aquela vontade, que podia manifestar-se de qualquer maneira.

VIEIRA CURA[53] corrobora o entendimento de que, embora há autores que afirmem a existência de dois tipos distintos de casamento no direito romano antigo e ainda na época clássica, um *cum manu* e outro *sine manu*, os juristas romanos jamais aludem a esta distinção, reportando-se sempre a um único tipo de casamento, o *matrimonium.* Explica que a *confarreatio,* a *coemptio* e o *usus* não eram atos tendentes a fazer surgir o matrimônio, mas formas de *conventio in manum,* isto é, atos que permitiam ao marido a aquisição da *manus* sobre a mulher; o matrimônio existia, pois, independentemente da *conventio in manum.*

O mencionado autor apresenta a concepção do *matrimonium,* segundo o qual, havia *matrimonium* quando um homem e uma mulher livres e púberes, entre os quais existisse *conubium,* estabelecessem uma relação conjugal com a vontade efetiva, contínua (integrada pela *auctoritas* do *paterfamilias*, se algum dos esposos não fosse *sui iuris),* de estarem unidos duradouramente como marido e mulher, criando uma sociedade fundada na plena comunhão de vida entre ambos. Observa-se, desse modo, que o casamento romano tem como elemento fundamental a *affectio maritalis.*

Para que o casamento fosse legítimo, era necessária a observância de certos requisitos a que alude Ulpiano[54]: o consentimento, puberdade e *conubium.* Exigia-se apenas o consentimento de pessoas *sui iuris,* por isso, se os nubentes fossem *alieni iuris,*

---

[51] JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano – IV (Direito de família), p. 60.
[52] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, p. 282.
[53] CURA, António Vieira. A "união de facto" (*concubinatus*) no Direito Romano – (Da indiferença jurídica clássica a relevância jurídica pós-clássica e justinianeia. Juris et de Jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto, 1998, p. 1.305.
[54] *Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt (*O casamento é legítimo se entre os que o contraem existe *conubium,* e se o homem é púbere e a mulher é núbil, e se um e outro, se não *sui iuris,* consentem, ou, se *alieni iuris,* também seus pais). In ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, p. 293.

somente seus *patresfamilias* consentiam no matrimônio, podendo, em consequência, constrangê-los a se consorciarem. A puberdade da mulher se verificava aos 12 anos e do homem aos 14 anos. O *conubium* compreende: ser livre (escravos não podiam contrair matrimônio), ser cidadão, estar quites com o serviço militar, não ser casado, não ser parente agnatício ou cognatício em linha reta ou colateral, nem parentes por afinidade, e, ainda, era proibido casamento entre patrício e plebeu (mas deixou de ser assim em 445 a.C. – *Lex Canuleia)*[55].

MOREIRA ALVES explica que a mulher, pela *conventio in manum*, ingressava na família do marido, sujeitando-se à *manus* (poder marital) deste ou de seu *paterfamilias,* sendo que ocorria por um dos três modos[56]:

a) a *confarreatio:* era uma cerimônia religiosa, com formalidades bastante complexas, realizada na presença do supremo sacerdote de Júpiter, do Sumo Pontífice e de 10 testemunhas, na qual – em síntese – os noivos, simbolizando sua vontade de viverem em comum, dividiam e comiam um bolo (o *panis farreus* – donde derivou a denominação *confarreatio),* havendo a prolação de certas palavras solenes, e a observância de determinados ritos religiosos. A *confarreatio* persistiu mais tempo, possivelmente até a implantação do cristianismo como religião oficial do Império Romano;

ROBLES VELASCO, ao se dedicar sobre o tema dos ritos e simbolismos do matrimônio primitivo, afirma que o matrimônio primitivo não era uma união sentimental nem um contrato de aquisição, mas sobretudo uma iniciação religiosa. Os pormenores da cerimônia, como a sua própria celebração, a oração, os sacrifícios e a manduca do pão sagrado, além da utilização do véu vermelho, revelam a sua relação com o sagrado, observa-se que tudo gira em torno dos deuses. Por exemplo, a utilização do véu vermelho, é uma homenagem ao deus Marte, o deus da fecundidade, agricultura e fertilidade[57].

Questão interessante de se abordar é que a celebração do matrimônio por *confarreatio* era um privilégio das famílias patrícias, que eram as únicas que tinham

[55] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, p. 293.
[56] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, p. 273.
[57] ROBLES VELASCO, Luis Mariano. Matrimonio, uniones de hecho, concubinato y contuberninum de Roma a la actualidad. Anais do XIII Congresso Internacional y XVI Congresso Iberoamericano de Derecho Romano, p. 56-57.

seus próprios deuses, o culto dos seus antepassados e sua religião doméstica. As uniões plebeias estavam desprovidas desse caráter sagrado, o que salientava sua inferioridade[58].

b) a *coemptio:* era cerimônia em que, utilizando-se dos ritos da *mancipatio,* se celebrava uma venda fictícia, provavelmente da mulher, por si mesma, ao marido; desaparece inteiramente no século IV d.C.; e

c) o *usus:* modo de aquisição da *manus* que se assemelhava à usucapião, pois o marido, pelo *usus,* adquiria a *manus* sobre a mulher se vivesse em comum com ela durante um ano inteiro; a mulher, porém, podia evitar a *conventio in manu* pelo *usus* se, durante o ano, se afastasse da casa do marido três noites consecutivas (era a *usurpatio trinoctii).* Foi o primeiro a cair em desuso, no tempo de Gaio (século II d.C.), já era simples reminiscência história.

O marido ou o seu *paterfamilias* ao adquirir a *manus,* passa a ter sobre a mulher poderes semelhantes aos que possui com relação aos seus *filiifamílias:* o direito de vida e morte, o direito de vender e o *ius noxae dandi.*

A *manus* podia extinguir-se por modo indireto (em virtude da morte do marido *sui iuris* ou da mulher) ou direito pela *difarreatio* e pela *remancipatio.* A *difarreatio* era o modo de extinção da *manus* obtida pela *confarreatio,* bastava uma cerimônia religiosa inversa, da qual resultava a exclusão da mulher da família, extinguindo-se dessa forma a *manus.* A *remancipatio* extinguia a *manus* que fora obtida pela *coemptio* ou pelo *usus.* Da mesma maneira como a emancipação, a *remancipatio* resultou do preceito da Lei das XII Tábuas segundo o qual o pai que vendesse o filho três vezes perdia a *patria potestas*[59].

O instituto da *manus* causa estranheza no que diz respeito ao estabelecimento do parentesco entre os familiares, pois, como explica D'ORS, a mulher *in manu* era considerada como filha do seu marido *sui iuris* e irmã agnada de seus filhos; se o seu marido era *alieni iuris,* a *manus,* sempre do marido, era absorvida pela *patria potestas* sob a qual seu marido se encontrava, de modo que a mulher estava sob a *potestad* do seu sogro, como neta ou como bisneta, quando a *manus* era do neto daquele

[58] ROBLES VELASCO, Luis Mariano. Op. Cit., p. 59.
[59] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, p. 278.

*paterfamilias* [60]. O matrimônio *cum manu* se torna menos frequente e acaba por desparecer na época imperial.

Assim sendo, o casamento *sine manu* tende a suplantar o matrimônio *com manu,* a partir do século III a.C., sendo próprio do período clássico. É aquele em que a mulher não cai sob o poder do marido, ela continua sob a *manus* do *pater* da família de que provém. Falecendo este, a mulher, mesmo casada, torna-se *sui iuris*, ou seja, independente, adquirindo capacidade jurídica real, podendo ter um patrimônio próprio, que é administrado e disposto livremente por ela[61]. Portanto, há integral independência econômica entre os cônjuges. O regime de casamento é idêntico à atual separação absoluta de bens.

No casamento *sine manu*, verifica-se a inexistência de qualquer forma, o que, na opinião de CRETELLA JUNIOR, aberra da tradição romana, que empresta valor absoluto ao formalismo. Mas, mencionado doutrinador ressalta que, no casamento *sine manu,* há não só uma cerimônia simbólica, a condução da mulher para a casa do marido, o que parece uma evocação à lenda do *rapto das sabinas* pelos romanos, como também, na maioria dos casos, há a constituição de um dote, garantido por escrito (*instrumentum dotale)* [62].

O dote é considerado um conjunto de bens que a mulher, o seu *pater* ou outra pessoa transfere para o marido (independentemente de ser ou não titular da *manus),* primeiro para compensar a *uxor in manu* da perda dos direitos hereditários em consequência da ruptura do vínculo com a sua família paterna; depois para contribuir para as despesas da vida matrimonial (*onera matrimonii);* e finalmente, para assegurar o sustento da mulher viúva e dos seus filhos. Inicialmente, a obrigação de dotar teria sido puramente moral, garantida pela *fides* paterna; depois foi consagrada pela *lex*[63].

O dote evoluiu e pode-se afirmar que passou por três fases, segundo SANTOS JUSTO, na primeira fase, o dote era absorvido no patrimônio da família agnatícia do marido; na segunda fase, o dote continuava a ser considerado propriedade do marido,

[60] D'ORS. Op. Cit., p.145.
[61] MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. Op. Cit.
[62] CRETELLA JÚNIOR, José. Op. Cit., p. 73.
[63] JUSTO, António dos Santos. Relações Patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro. Revista El Derecho de Família: de Roma al Derecho Actual. Universidad de Huelva, p. 331.

porém é concedida, à mulher, a faculdade de recuperar o dote, no caso de dissolução do casamento, então ela "é credora, mas não proprietária dos bens dotais"; na terceira fase, é concedida à mulher a possibilidade de reivindicar os bens dotais, também quando da dissolução do casamento, "afirmando-se, portanto, como proprietária"[64].

Justiniano, no ano 530, a fim de proteger o bem dotal, promulga novas leis a favor da mulher, oportunidade na qual concede-lhe hipoteca geral sobre todos os bens do marido, a contar do casamento; por isto, ela conseguirá a restituição do dote, de preferência, a todos os credores do marido. No seguinte ano, transforma a hipoteca geral em privilegiada, facultando à mulher preferência total e exclusiva, passando ela a frente de todos os credores do marido, mesmo dos que já eram, antes do casamento[65].

A partir dessas lições a respeito do dote, é possível concluir que este instituto evoluiu paralelamente à família romana e atendeu a tendência de limitar-se os poderes do marido e garantir proteção à mulher, num evidente caminhar para a concretização da sua independência.

MIRTA BEATRIZ ALVAREZ explana que as Constituições Imperiais mudaram o sentido do matrimônio a partir da influência do Cristianismo, provocando uma profunda transformação nos textos jurídicos dos séculos V e VI; enquanto a regra *consensus facit nuptias* no direito clássico significava o consentimento reciproco, duradouro e ininterrupto dos cônjuges durante a subsistência do matrimônio; no direito pós-clássico, só se referem a vontade inicial, manifestada no momento da constituição da relação conjugal. Assim, a autora afirma que no período pós-clássico, o matrimônio foi entendido pelos juristas romanos como um pacto, um acordo reciproco do qual se segue o vínculo autônomo do matrimônio de fato[66].

Em suas conclusões, MIRTA BEATRIZ ALVAREZ assegura que, entre o matrimônio clássico e o matrimônio canônico, Justiniano estava mais próximo do segundo. Ele considerava que a *affectio maritalis* era o elemento constitutivo do matrimônio, apesar de não renegar explicitamente de maneira categórica o princípio

[64] JUSTO, António dos Santos. Relações Patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro, p. 335.
[65] CRETELLA JÚNIOR, José. Op. Cit., p. 82.
[66] ALVAREZ, Mirta Beatriz, SEONDA, Mariana Veronica. El matrimonio Romano: Definicion, elementos y requisitos y su recepcion em el Codigo Civil de Velez. Revista El Derecho de Família: de Roma al Derecho Actual. Universidad de Huelva, p. 278.

clássico de que era necessária a continuidade do acordo para que o matrimônio perdurasse, constata-se que, no seu pensamento, o consentimento inicial manifestado deveria se dar de forma irrevogável, por isso ele estabeleceu tantos obstáculos de forma e impôs duras penas aos que se divorciavam.

Por todo exposto, observa-se que o matrimônio romano evoluiu a ponto de se revelar de forma ética e humanizada, concebido pela união livre, entre homem e mulher, sem qualquer exigência de cumprimento de formalidades para sua constituição, e dissolúvel, em que ambos cônjuges vivem em pé de igualdade, sem que nenhum esteja submetido ao outro, podendo cada um dispor livremente de seus bens.

## CONCLUSÃO

Constatou-se que a família romana passou por grandes transformações do período pré-clássico à época justinianeia e foi objeto de uma grande evolução humanística. O trabalho realizado corroborou a importância do estudo do direito romano, ainda mais que estamos enquadrados num ordenamento jurídico assente, sob certa medida, na herança romana.

No período pré-clássico, observou-se que a família agnatícia reunia pessoas submetidas a um *paterfamilias*, o que representava a afirmação do poder exclusivo dos homens na sociedade. O chefe detinha um direito quase absoluto sobre os componentes da família, tinha o direito de vida e morte sobre eles, o direito de dar o filho em pagamento de dívidas, o direito de vendê-lo, bem como o direito de emancipar, casar, promover o divórcio, etc.

Não obstante, no período clássico, já nota-se a produção de um direito evoluído, fixado por juristas de forma mais coerente, nesse sentido, a família romana vivenciou a decadência do parentesco agnatício e a valorização do cognatício, situação na qual teve um importante papel o pretor (p. ex. que estabeleceu o direito de sucessão entre cognados). Ademais, verificou-se que os poderes do *paterfamilias*, retro comentados, foram restringidos, de tal sorte que o pai só tinha o direito de castigar o filho, não mais direito de vida e morte, a venda do filho pelo pai desaparece, dentre outros.

No mesmo período, também se averiguou a decadência do casamento *com manun* (aquele em que a mulher se desvincula totalmente da sua família de origem e passa a se submeter ao mando do marido ou do seu *paterfamilias),* que foi suplantado pelo casamento *sine manu.* No matrimônio *sine manu* a mulher não fica sob o poder do marido, permanece vinculada a sua família de origem, falecendo o seu *paterfamilias*, ela, mesmo casada, torna-se *sui iuris.* Inclusive, há de se notar, que a mulher podia ter um patrimônio próprio, que era administrado e disposto livremente por ela.

A época pós-clássica e justinianeia ficou marcada pela concretização dos progressos que já se havia notado no período anterior. Assim, ocorreu a consolidação do parentesco cognatício e da família natural e a afirmação do princípio do respeito a propriedade dos filhos e da mulher frente ao *paterfamilias.* Quanto ao matrimônio, este se estabeleceu sem exigência de cumprimento de nenhum formalismo, sendo reconhecido apenas como um acordo recíproco entre os cônjuges.

Conclui-se que o matrimônio romano evoluiu a ponto de se revelar de forma ética e humanizada, concebido pela união livre, entre homem e mulher, e dissolúvel, em que ambos cônjuges vivem em pé de igualdade, sem que nenhum esteja submetido ao outro, podendo cada um dispor livremente de seus bens.

## REFERÊNCIAS


ALVAREZ, Mirta Beatriz, SEONDA, Mariana Veronica. El matrimonio Romano: Definicion, elementos y requisitos y su recepcion em el Codigo Civil de Velez. Revista El Derecho de Família: de Roma al Derecho Actual. Universidad de Huelva.

ALVES, José Carlos Moreira. O Direito Romano e a formação dos juristas. Perspectiva para o novo milênio. Estudos de Direito Romano. Brasília: Edições do Senado Federal, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 6.

AMUNATEGUI PERELLO, Carlos Felipe. Origen de los poderes del *paterfamílias:* el *pater famílias y la patria potestas.* Madrid: Editorial Dykinson, 2009.

CANTARELLA, Eva. Matrimonio e Sessualita nella Roma Repubblicana. Una Storia Romana di Amore Coniugale. Revista Complutense de Derecho Romano y Tradicion Romanistica. Ursicino Alvarez, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRUZ, Sebastião. Direito Romano: Introdução. Fontes. 4ª ed. Coimbra: 1984.

CURA, António Vieira. A "união de facto" (*concubinatus)* no Direito Romano – (da indiferença jurídica clássica a relevância jurídica pós-clássica e justinianeia. Juris et de Jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto, 1998.

D'ORS. Elementos de Derecho Privado Romano. 4ª ed. Ediciones da Universidad de Navarra, 2010.

FAYER, Carla. La Familia Romana. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1994.

FERNANDEZ BARREIRO, Alejandrino. Relaciones familiares y derecho a la herencia por razon de parentesco em la experiência jurídico-cultural Romana. Revista Internacional de Derecho Romano y Tradicon Romanística, Ursicino Alvarez, 2004.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Derecho Privado Romano (Instituciones). 17ª ed. Madrid: Ediciones Académicas, 2010.

GILISSEN, John. Introdução histórica do direito. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano. Parte Geral. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

JUSTO, A. Santos. Relações Patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro. Revista El Derecho de Família: de Roma al Derecho Actual. Universidad de Huelva.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. A evolução do *status familiae* em Roma do pré ao pós-classicismo. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=25. Acesso em 13.04.2015.

NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do. BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. Reflexões sobre o estudo do direito romano. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=281bc81fb21d55e2. Acesso em 13.04.2015.

ROBLES VELASCO. Luis Mariano. Matrimonio, uniones de hecho, concubinato y contuberninum de Roma a la actualidad. Anais do XIII Congresso Internacional y XVI Congresso Iberoamericano de Derecho Romano.