

DIREITO ROMANO

ROMAN LAW

REYNALDO PORCHAT

Catedrático de Direito Romano da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Civil

SUMÁRIO: Da pessoa physica: condição natural de sua existencia. O nascituro. Extinção da pessoa physica. Condição civil da capacidade juridica: Status. Status libertatis, civitatis familiæ. Capitis deminutio. Existimatio. Capitis deminutio.

NOÇÃO GERAL DE PESSÔA; SUA DIVISÃO. PESSOA PHYSICA.
CONDIÇÃO NATURAL DE SUA EXISTENCIA: NASCIMENTO PERFEITO;
SEUS REQUISITOS. O NASCITURO. EXTINÇÃO DA PESSOA PHYSICA.

Suppondo toda relação jurídica um sujeito e um objecto de direito, impõe-se a necessidade de estudarmos cada um destes elementos.¹²

O sujeito do direito é a pessoa; e della trataremos em primeiro lugar, não só em obediencia á ordem que adoptámos para a exposição das materias do direito romano, como ainda porque os proprios jurisconsultos romanos entendiam que, sendo o direito estabelecido por causa dos homens, deve-se, antes de tudo, conhecer o

-
1. Artigo publicado originalmente em: PORCHAT, Reynaldo. Direito Romano (Noção geral de pessoa; sua divisão. Pessoa physica. Condição natural de sua existencia; nascimento perfeito; seus requisitos. O nascituro. Extinção da pessoa physica). *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 19, ano 1911, p. 9-52.
 2. Revisão e notas por Felipe Augusto Ferreira Caixeta (Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo e do Grupo de Extensão de Organização e Desenvolvimento da Revista de Direito Civil Contemporâneo, ambos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo) - fcaixeta0@gmail.com.

estado das pessoas – *cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit, primo de personarum statu., dicemus*³ (Hermogen. fr. 2 – *de stat. hom.* (1-5). Também o imperador Justiniano, no § 12 das Inst. – *de jur. nat.* [Corpus Juris – ed. de Mommsen]⁴ (1-2), – depois de mostrar que todo o direito de que usamos ou se refere às pessoas, ou às cousas, ou às ações, acrescenta que, seria conhecer muito pouco do direito se se ignorasse a pessoa, por causa de quem foi elle estatuido – *ac prius de personis videamus, nam parum est jus nosse, si personæ quarum causa statutum est, ignorentur*⁵.

Se perante o direito natural todo homem é pessoa, como já o reconhecera Ulpiano, no fr. 32 – *de reg. jur.* (50-17) – *quia quod, ad jus naturale attinet omnes homines æquales sunt*⁶ – no direito civil romano não se observa a mesma identidade de idéas, porque a expressão – *persona* – ora abrange mais do que o homem, estendendo-se a entidades de pura criação jurídica, ora significa menos que o homem, porque exclue os escravos que, segundo o *jus civile*, não são pessoas e são tidos por ninguém – *quia nullum caput habuit*⁷ (§ 4 I. – *de cap. min.* (1-16) Paulo fr. 3 § 1 – *de cap. minutis* (4-5) – *quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur*⁸ (fr. 32 – *de reg. jur.* (50-17), sendo afastados da communhão do direito civil e pretoriano (fr. 20 § 7 – *qui*

3. “Como, portanto, todo direito é constituído por causa dos homens, nós declaramos ter seguido a ordem do edito perpétuo, primeiramente com o *status* das pessoas e depois os outros, aplicando os títulos próximos e os conjugados a estes conforme comporte a matéria”. A tradução deste trecho foi retirada do apêndice da obra MADEIRA, Hécio Maciel França. ‘*Qui in utero est*’: O Nascituro no Direito Romano Justinianeu. Fontes, Terminologia e Princípios. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Doravante, todo trecho traduzido com base nessa obra será indicado por [Mad.].
4. O texto entre colchetes era, na versão original, a única nota de rodapé do artigo. Para facilitação da leitura, a nota foi transposta ao corpo do texto.
5. “Mas primeiro tratemos das pessoas; pois, de pouco vale conhecer o direito, se se ignoram as pessoas por causa das quais foi ele estatuido”. A tradução deste trecho foi retirada da obra CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano: Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o Português, em confronto com o Texto Latino*. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 2. Doravante, todo trecho traduzido com base nessa obra será indicado por [Cor.].
6. “[...] porque, no que diz respeito ao direito natural, todos os homens são iguais”. A tradução deste trecho foi retirada da obra MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Manual de Introdução ao Digesto*. São Paulo: YK, 2017. Os trechos indicados com “<>” indicam opções integrativas do tradutor com o objetivo de facilitar a compreensão do texto, conforme explicado na p. 429 da obra. Doravante, todo trecho traduzido com base nessa obra será indicado por [Mor.].
7. O trecho completo é: “O escravo alforriado não sofre nenhuma alteração de capacidade, pela não ter tido” [Cor.].
8. “No que diz respeito ao *ius civile*, os escravos não são tidos como alguma <pessoa>”. [Mor.]

testam. fac. poss. (28-1), e quasi totalmente equiparados às cousas (§ 1.º I. – *de reb. corp.* (2-2) – A escravidão era comparada quasi á morte (Ulp. fr. 209 – *de reg. juris* (50-17).

Para termos, pois, uma definição rigorosa e technica de pessoa, é preciso que não a confundamos com a idéa de homem, podendo dizer-se acertadamente, com Van Wetter, que pessoa é todo ser capaz de direitos. Nessa fórmula se contém todo o objecto definido, porque ella encerra não só a pessoa singular, *physica* ou natural, como tambem a pessoa *collectiva*, moral ou juridica.

Deve-se notar que, além desse significado tecnico, a palavra – *persona* – se encontra algumas vezes, nas fontes, com diferentes accepções. Assim, vemol-a empregada como synonyma de – *homo* – no princ. das I. – *de jure person.* (1-3), onde Justiniano, reproduzindo as expressões de que usa Gaio, no fr. 3 – *de stat. hom.* (1-5) [É 1-5] diz: a summa divisão do direito das pessoas é que todos os homens ou são livres ou escravos – *summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*⁹. No mesmo sentido é ella usada no princ. das I. – *de his qui sui vel alieni juris sunt* (1-8), onde Justiniano, depois de classificar as pessoas de accôrdo com o fr. de Gaio – *cod. tit.* (1-6), em *sui juris* e *alieni juris* – *quædam personæ sui juris sunt quædam alieno juri subjectæ sunt*¹⁰ – acrescenta que destas estão umas em poder do pai, outras em poder do senhor, – *earum... aliæ in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum sunt*¹¹ – ampliando, portanto, o significado de pessoa, de modo a comprehender os homens que estão em poder do senhor, isto é, os escravos que, como vimos, não são pessoas. Tambem Ulpiano chama ao escravo – pessoa servil – no fr. 22 – *de reg. jur.* (50-17), dizendo – *in personam servilem nulla cadit obligatio*¹².

Uma outra accepção da palavra – *persona* – é aquella que designa a qualidade pela qual um individuo tem capacidade juridica. Neste sentido é que se entende a frase de Cicero, quando diz que um homem só pode ter muitas pessoas – *unus homo multas personas sustinere potest*. Um exemplo disso se vê no § 4 das I. – *de inof. testam.* (2-18), onde se permite ao tutor que acceta um legado do testamento do

9. “A divisão principal do direito das pessoas consiste em todos os homens ou serem livres ou escravos”. A tradução deste trecho foi retirada das obras VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes *et al.* *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*. São Paulo: YK, 2017. v. 1 e VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes *et al.* *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*. São Paulo: YK, 2017. v. 2. Doravante, todo trecho traduzido com base nessas obras será indicado por [Vas.].

10. “[...] certas são independentes, outras sujeitas a poder alheio [...]”. [Cor.]

11. “Demais, das sujeitas a poder alheio estão umas sob o pátrio poder, outras sob o poder dominical”. [Cor.]

12. “Não recai nenhuma obrigação na pessoa do escravo”. [Mor.]

pai, em nome do pupillo, querelar de inofficioso, em seu proprio nome, o mesmo testamento, se nelle nada lhe foi deixado por seu pai. Tambem no fr. 3 – *de adopt. et emanc.* (1-7) se mostra que um filho-familia, que fosse consul ou presidente de provincia, podia confirmar a propria emancipação ou adopção.

Postas de lado essas acepções, e considerada a pessôa como a entidade capaz de direitos, divide-se ella em duas especies: a pessôa physica, tambem chamada natural ou singular, e a pessôa juridica, tambem chamada moral ou civil ou collectiva. A pessôa physica é o homem capaz de direitos, excluido o escravo que, perante o direito romano, não tinha capacidade juridica. A pessôa juridica é a entidade formada por um conjuncto de homens ou pelo destino que se dá a um patrimonio, á qual a lei reconhece uma personalidade juridica.

DA PESSÔA PHYSICA: CONDIÇÃO NATURAL DE SUA EXISTENCIA

A parte do direito em que se faz o estudo da pessôa physica costuma ser denominada, segundo a linguagem romana – *jus personarum* – como se vê na epigraphie das Institutas liv. I tit. III, ou *status personarum*, segundo o fr. 2 de Hermogeniano – *de stat. hom.* (1-5).

Mas que é *jus personarum*? Qual a sua extensão? Deve notar-se que esta expressão não abrange o tratado de todos os direitos das pessôas, pois, se assim fosse, só nesta parte se estudaria a totalidade do direito civil, visto que todos os direitos têm por sujeito a pessôa. É preciso, portanto, delimitar o sentido dessa expressão para que reconheçamos que com ella os romanos apenas se referiam á parte do direito em que se trata da materia concernente á capacidade juridica das pessôas, estudando-se as condições dessa capacidade e as suas causas modificadoras.

Pessôa physica póde ser definida, no direito romano, como o homem capaz de direitos.

Para a existencia de uma pessôa physica são necessarias duas condições: uma natural – o nascimento perfeito, outra civil – o *status*.

O nascimento é perfeito, e, portanto, apto a produzir effeitos juridicos, sómente quando reúne as condições seguintes: 1.º estar o feto completamente separado do ventre materno; 2.º nascer vivo; 3.º ter forma humana; 4.º ser viavel.

É de grande interesse a verificação desses requisitos, para caracterisar um nascimento perfeito, porque o nascimento de um homem é um facto importantissimo, do qual resultam profundas alterações nas relações juridicas existentes, sobretudo nas concernentes ao direito de successão, onde as linhas hereditarias podem ramificar-se em differentes direcções conforme a existencia ou não existencia de um filho. Assim, o facto do nascimento abre a successão legitima, rompe o testamento do pai, requer a nomeação de curador para receber a successão, e produz grandes

efeitos quanto ao direito das mães, isentando-as de certas penas ou atribuindo-lhes alguns privilégios, em virtude da instituição do *jus liberorum*.

A separação completa é uma condição que se justifica pela própria natureza das cousas, porque antes de verificar-se essa separação, não é possível dizer-se que haja um ser diferente daquele em cujo ventre foi gerado: vivendo da própria vida materna pela propulsão da mesma circulação sanguínea, o feto, uma parte das vísceras maternas, e não pôde, por consequência, ter capacidade jurídica. O direito romano assim o reconheceu de modo expresso, determinando Ulpiano, no fr. 1 § 1.º – *de inspic. vent.* (25-4), que o parto, antes de dado á luz, é uma parte da mulher ou de suas vísceras – «*partus enim antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*¹³, no que está de acordo com Papiniano, no fr. 9 § 1 *ad leg. falc.* (35-2), quando declara que não se pôde correctamente chamar homem ao parto antes de dado á luz – *partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur*¹⁴. E Justiniano, na const. 3.ª – *de posth. hered.* (6-29), resolvendo as questões que se haviam levantado ácerca das condições de capacidade de um filho, postumo, decidiu que este só rompe o testamento paterno se nascer vivo e perfeitamente – *et sancimus, si vivus perfectè natus est. si vivus ad orbem totus processit*¹⁵.

É indiferente que o nascimento se realice naturalmente ou por meio de uma operação cirúrgica, pois os romanos consideravam o parto artificial como um verdadeiro parto. Assim Ulpiano, tratando da querela do testamento por inoficioso, opinou que o filho extrahido do ventre materno por meio da operação cesariana, pôde querelar o testamento feito pela mãe – *simili modo et eum qui post testamentum matris factum exceceto ventre extractus est posse queri dico*¹⁶ (fr. 6 – *de inof test.* (5-2).

Identica disposição se encontra no fr. 12 – *de liberis* (28-2), onde o mesmo juriconsulto preceitua que, quando se diz que o nascimento de um filho annulla o testamento de seu pai, isto se refere mesmo ao que foi extrahido do ventre materno pela operação cesariana – *quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, natum accipe, etsi exseceto ventre editus sit*¹⁷. Porisso se considera como tendo filho – *filium habere* – aquella mulher de cujo utero se extrahiu o feto por incisão, quando estava

13. “[...] pois o parto antes de ser separado é uma porção da mulher, ou de vísceras”. [Mad.]

14. “[...] o parto enquanto não nascido, não se diz propriamente que foi um homem”. [Mad.]

15. “[...] e sancionamos que se nasceu perfeitamente vivo, embora imediatamente depois caiu por terra ou nas mãos dos obstetras morreu, o testamento não menos se torna roto, indagando-se apenas isto: se veio ao mundo todo vivo [...]”. [Mad.]

16. “Da mesma forma eu digo poder se queixar também aquele que depois de feito o testamento foi extraído do ventre da mãe”. [Mad.]

17. “Quanto ao fato de se dizer que um filho nascido rompe o testamento, toma por nascido também se, cortado o ventre, nascer”. [Mad.]

ella in articulo mortis – etiam ea mulier cum moreretur, creditus filium habere, quæ exciso utero edere possit¹⁸ (fr. 141– de verb. sign. (50-16)).

Os romanos mostravam mesmo especial cuidado em salvar a vida dos que se achavam ainda no ventre materno, tanto que era proibido desde o tempo dos reis, que se desse á sepultura o corpo de uma mulher morta em estado de gravidez, antes que lhe fosse aberto o ventre para tentar a salvação do filho; e aquelle que infringisse esse preceito era reputado como o autor da morte do filho – *negat lex regia mulierem quæ prægnans mortua sit humari, antequam partus ei excidatur. Qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*¹⁹ (fr. 2 – de mortuo inf. (11-8)).

Em aparente antinomia com os textos acima citados, que estabelecem a equiparação do parto artificial ao natural, apresenta-se o fr. 132 § 1 – de verb. sign. (50-16), onde Paulo diz ser falso o considerar-se como tendo dado á luz aquella a quem, depois de morta, se extrahiu o filho – *falsum est eam perperisse cui mortuæ filius excoctus est*²⁰. Não ha, porém, antinomia alguma, porque Paulo se refere ahi exclusivamente ao beneficio das mães, instituido pelo *jus liberorum*, e só para esse fim se preocupa, neste texto, em distinguir o sentido das expressões – *peperisse e filium habere*.

A segunda condição é a vida. Não basta que a criança tenha sido destacada do ventre materno; é necessario que nasça viva, porque, si nascer morta é impossivel adquirir a qualidade de pessoa. Na citada const. 3 – de posth. (6-29), Justiniano exige expressamente essa condição, nas frases já referidas – *si vivus perfecte natus est – si vivus ad orbem totus processit*. Do mesmo modo diz Paulo, no fr. 129 – de verb. sign. (50-16), que aquelles que nascem mortos não se consideram nem nascidos nem procreados, porque nunca puderam ser chamados filhos – « *qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari poterunt*²¹. É bastante, porém, que tenha vida no momento do nascer, não importando que morra logo depois, mesmo que ainda esteja nas mãos da parteira – *licet illico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit*²² (cit. const. 3 h. t.).

18. “Também se crê ter um filho aquela mulher que pôde dar à luz por meio da extração por corte do útero quando morria”. [Mad.]

19. “A lei régia nega que a mulher que morreu grávida seja enterrada antes que o parto lhe seja retirado por corte: quem tiver feito contrariamente parece ter feito perecer a esperança do *animans* junto com a grávida”. [Mad.]

20. “Falso é dizer que deu à luz, aquela de quem se retirou o filho quando morta”. [Mad.]

21. “Os que nascem mortos não parecem nascidos nem procriados, porque nunca puderam ser chamados de filhos”. [Mad.]

22. “[...] embora imediatamente depois caiu por terra ou nas mãos dos obstetras morreu [...]”. [Mad.]

Mas pergunta-se, qual o signal por onde se conhece que a criança nasceu com vida?

Os antigos muito disputaram sobre este ponto, duvidando se rompia o testamento paterno o nascimento do filho postumo que morresse antes de emitir a voz.

A emissão da voz parecia, portanto, a alguns autores que era o unico signal revelador da vida. Os sabinianos, porém, opinavam que, se nascesse vivo, embora não emitisse voz, rompia o testamento, porquanto dar-se-ia o mesmo effeito se a criança tivesse nascido muda – *sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat*²³, e Justiniano, na cit. const. 3, applaudiu essa opinião – *eorum etiam nos laudamus sententiam*²⁴ – fazendo cessar toda a controversia anterior. Ficou, portanto, desde então estabelecido definitivamente que para realisar-se essa segundaa condição, é sufficiente a manifestação da vida por qualquer modo, o que cumpre á sciencia medica verificar com os recursos de que pode dispor.– Merecem atenção as experiencias feitas por Ch. Vaillant applicando a radiographia para saber se um recém-nascido respirou.

A terceira condição – que o recém-nascido tenha forma humana – apresenta um interesse puramente historico, não sendo mais justificados, depois dos progressos dos estudos physiologicos, os receios que dominavam os romanos de que pudesse nascer do ventre da mulher outra entidade que não fosse humana.

Sómente taes receios é que levaram o legislador a determinar que o feto, para ter capacidade juridica, precisava não ser um monstro ou prodigio – *ad nullum declinans monstrum vel prodigium*²⁵ (cit. const. 3.^a).

Não se deve confundir o *monstrum* com o *ostentum*. *Ostentum* é um termo de significação ampla que, segundo define Labeão, é tudo aquillo que é gerado e nascido contra a natureza – *omne contra naturam cujusque rei genitum factumque*²⁶. Divide-se em duas especies: o *ostentum* propriamente dito, que é aquelle que apresenta qualquer parte do corpo conformada de modo contrario á natureza humana, como, por exemplo, o que nasce com tres mãos ou com tres pés ou com falta de algum membro, e o *monstrum* que é aquelle que não tem figura de homem, que é considerado prodigioso e pelos gregos chamado fantasma. « *Duo genera autem sunt ostentorum unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua*

23. “[...] os Sabinianos estimavam se nasceu vivo, mesmo que não emittiu vagido, tornava-o assim mesmo (roto) [...]”. Roto se tornava o testamento. [Mad.]

24. “[...] nós também louvamos a opinião deles [...]”. [Mad.]

25. “[...] sem inclinar-se a nenhum monstro ou prodígio”. [Mad.]

26. “[...] tudo que feito e gerado de qualquer coisa contra a natureza”. [Mad.]

*alia parte corporis, quæ natura contraria est; alterum, cum quid prodigiosum videtur, quæ Gæci Υαντιάματα vocant*²⁷. fr. 38 *de verb. sign.* (50-16).

A lei só fere de incapacidade o *monstrum vel prodigium*, como diz a const. 3 cit., mas não o simples *ostentum* que sem duvida alguma tem capacidade, como se deduz dessa mesma constituição e dos frs. 14 – *de stat. hom.* (1-5) e 12 § 1 *de liberis* (28-2), que mostram ter capacidade aquelles que nascem com membros de mais ou membros de menos.

Cumprer notat que a monstruosidade do filho sómente a este prejudica, impedindo que se lhe reconheça capacidade jurídica, mas em nada prejudica á mãe, ao menos quanto a liberação das penas, como resolveu Ulpiano no fr. 135 – *de verb. sign.* (50-16).

Não havendo textos que indiquem quaes sejam os caracteres pelos quaes se possa verificar que o individuo tem forma humana, Savigny recorre a um argumento de analogia para concluir que a configuração da cabeça é que deve apresentar o signal indicativo da apparencia humana. Esse argumento é derivado do fr. 44 pr. – *de relig.* (11-17), onde Paulo diz que se um corpo mutilado estiver inhumado em diversos logares, não se consideram todos estes como logares religiosos, mas sómente aquelle onde estiver sepultada a principal parte do corpo, isto é, a cabeça, cuja imagem faz com que se conheça o homem.

É, porém, esse, como reconhece o proprio Savigny, um recurso de simples analogia incapaz de supprir a falta da legislação, que silencia completamente quanto a este ponto.

A quarta condição se refere á viabilidade do feto. Cumprer-nos, desde logo, declarar que preferimos adoptar o termo « viabilidade » – a despeito da elegante critica feita ao uso do vocabulo pelo emerito Ruy Barbosa, que prefere substituil-o pela expressão « vitalidade ». Além dos argumentos exhibidos pelo provector professor Carneiro, em rebate á critica do illustrado jurisconsulto, convencem-nos da preferencia que devemos dar áquelle primeiro vocabulo não só o uso consagrado tenazmente pela technica do direito patrio, como ainda a evidente distincção que se nota no significado da palavra « viabilidade » – aptidão organica para viver, e « vitalidade » – força, exuberancia de vida.

A respeito da exigencia desse requisito pelo direito romano disputam extensamente os autores, creando sobre o assumpto uma das mais interessantes controversias que ainda hoje occupam a attenção dos estudiosos. (V. Clovis – *Proj. do Cod. Civ.* v. 2 pg. 132.)

27. “São dois os gêneros dos ostentosos: um, toda vez que nasce algo contra a natureza, como quando por acaso nasce com três mãos ou pés ou alguma outra parte do corpo que é contrária à natureza; outro, quando algo pareça prodigioso, os quais os gregos chamam de fantasmas”. [Mad.]

De uma parte sustentam a exigencia desse requisito, pelo direito positivo dos romanos, juriconsultos da estatura de Puchta, Mackeldey, Glück, Windscheid, Van Wetter, Serafini, Namur, de outra parte negam essa exigencia juriconsultos não menos notaveis, como Savigny, que ao assumpto dedica o longo append. III do 2.º vol. do seu *Systema de Direito Romano*, Mayns, de Crescenzo. Nesta Faculdade de Direito²⁸ seguiram a opinião de Savigny os lentes, de saudosa memoria, Chrispiano Soares, conselheiro Ribas, Dutra Rodrigues, Abranches, e Duarte de Azevedo que ainda hoje é eximio mestre de direito entre nós.

Pelo valor das autoridades bem se vê que não é possível preferir uma ou outra opinião. Para que se possa opinar com segurança sobre materia tão controvertida, é preciso que haja o maximo cuidado no expor a questão, no exhibir os argumentos de um e de outro lado, e no refutar, em seguida, aquelles que nos pareçam improcedentes.

Para ficar conhecida precisamente a questão sobre a qual se vai discutir, é necessario ponderar que, segundo os medicos legistas, a inviabilidade fetal pode provir ou da immaturidade do feto, ou de uma enfermidade ou lesão qualquer. A questão que se debate no direito romano se refere exclusivamente á inviabilidade produzida pela immaturidade do feto, nada tendo com a que fôr proveniente de lesão organica ou de qualquer enfermidade. Demais, é preciso ficar bem claro que a discussão enterreirada neste ponto versa sómente sobre o direito positivo dos romanos – *de jure constituto* – não se tratando, nesta cadeira, de indagar das razões ou argumentos concernentes ao direito a constituir, onde, de passagem, podemos dizer que parece será definitivamente desprezado o requisito da viabilidade, como já o fôra no « Projecto de Codigo Civil » actualmente sujeito ao estudo do Senado.

Os sustentadores da condição da viabilidade dizem que, segundo os textos romanos, só é pessoa aquelle que nasce vivo e tem condições para continuar a viver em virtude de haver completado, no utero materno, o tempo natural de uma gestação perfeita. Para basear a sua affirmação nas fontes, partem elles do ponto de vista em que se collocaram os romanos, quando reconheceram a necessidade de ser estabelecido pela lei um prazo certo para a vida intra-uterina, a fim de poderem ser decididas com segurança certas questões levantadas ácerca da legitimidade do filho. Segundo o direito romano, cae sob o patrio poder, e portanto é filho legitimo, o nascido de justas nupcias; mas, para se lhe reconhecer essa qualidade, era preciso que tivesse elle sido gerado quando os pais se achavam ligados pelo justo matrimonio, embora houvesse nascido posteriormente á dissolução deste (pr. 1. *de patria pot.* (1-9) – *In potestate nostra sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis*

28. O autor se refere à Faculdade de Direito de São Paulo, atualmente, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, instituição na qual ocupou a cátedra de Direito Romano e da qual foi diretor. Foi também o primeiro reitor da Universidade de São Paulo (USP).

*procreaverimus*²⁹. Da mesma forma não se considerava legítimo o filho que, nascido durante as justas nupcias, tivesse sido gerado antes da realização destas.

A concepção era, pois, o facto importantíssimo, cujo momento necessitaria ser determinado para concluir-se ou não pela legitimidade de um filho.

Mas, como o phenomeno da concepção é envolvido em profundo mysterio, de modo a não poder a sciencia physiologica determinar-lhe o momento preciso, e como fôra de alta inconveniencia deixar a fixação da epoca de tão importante phenomeno ao arbitrio do juiz, desaparelhado de elementos para bem verificá-la, o direito romano procurou resolver a difficuldade baseando-se na experiencia e na autoridade dos medicos, e fixou um prazo de vida intra-uterina, do qual deviam derivar-se as consequencias juridicas para a solução dos casos dados.

Determinou, portanto, de accordo com a opinião de Hypocrates, qual o menor prazo possível para a completa gestação de um feto, estabelecendo que elle pode nascer vivo e perfeito desde o 182.º dia da concepção, e admittiu que o maior tempo de possível permanencia no utero materno é o de 10 mezes.

Em virtude dessa regra prescripta pela lei, facilmente ficou decidido que, tomando-se como base o dia do nascimento, que é um facto certo e sujeito á prova, considera-se filho legítimo aquelle que nasce perfeito no periodo do casamento, desde o principio do 7.º mez, ou no 182.º dia da sua realização, bem como aquelle que nasce após o casamento, mas dentro do prazo de 10 mezes da sua dissolução, pois, quer o nascido no casamento, quer o nascido depois, presume-se, em virtude da regra prefixada, que foram concebidos quando os pais se achavam ligados por justas nupcias.

São estes os textos fundamentaes em que assentam as conclusões expostas: Paulo, fr. 12 – *de statu hom.* (1-5) – *Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis ed ideo credendum est, eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est justum filium esse*³⁰. Ulpiano fr. 3 § 11 – *de suis* (38-16) – *Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem*³¹. § 12 *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et D Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum: nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa*³².

29. “Sob o nosso poder estão os nossos filhos, queprocriamos de justas nupcias”. [Cor.]

30. “Já se entende nascer perfeito o parto no sétimo mês, segundo a autoridade do doutíssimo varão Hipócrates: e por isso se deve crer que aquele que nasceu no sétimo mês de justas nupcias é um filho legítimo”. [Mad.]

31. “Depois de dez meses da morte não será admitido o nascido à herança legítima”. [Mad.]

32. “Mas quanto àquele que nasceu no centésimo octogésimo segundo dia, Hipócrates escreveu e o Divino Pio determinou por rescrito a seus pontífices, que parece nascido no tempo

Só posteriormente é que o direito estabeleceu certas modificações em favor dos filhos, considerando como legítimos mesmo os nascidos antes do 182.º dia por entender que o reconhecimento do marido, manifestado pelo subsequente matrimônio era bastante para os legitimar (const. 10 e 11 – *de natur. liberis* (5-27).

Foi em vista da regra estatuida pelos frs. de Paulo e de Ulpiano, onde se dispõe que não é de justo tempo o parto nascido antes do 7.º mez, ou do 182.º dia da concepção, que os defensores da condição da viabilidade fundaram um dos seus argumentos, dizendo que, se pelos principios de physiologia acceitos pela lei, é inviavel e não pôde continuar a viver o feto nascido antes do necessario tempo de vida intra-uternia, segue-se que não é possível reconhecer-lhe capacidade juridica, devendo antes ser considerado como nascido morto, ou como um aborto, o feto inviavel por immaturidade.

Ainda no § 1 do liv. 4 tit. 9 das *Sentenças* de Paulo encontraram elles um argumento em favor da viabilidade. Paulo disse que para poderem as mães romanas gosar das vantagens do *jus liberorum*, (instituição creada em favor das mães que tivessem um certo numero de filhos), era bastante que tivessem dado á luz tres filhos, se fossem ingenuas, e quatro se fossem libertas, comtanto que nascessem vivos e de pleno tempo – *Matres tam ingenuæ quam libertinæ cives romanæ ut jus liberorum consecutæ videantur ter et quater peperisse sufficit, dummodo vivos et pleni temporis pariant*.

Attendendo ao sentido destas ultimas palavras do trecho de Paulo, concluem elles que ainda mais uma vez o jurisconsulto mostra a necessidade de nascer o feto não só vivo como de pleno tempo, isto é, viavel, tanto mais quanto, no § 5.º, accrescenta que aproveita á mãe o feto nascido no septimo mez – *septimo mense natus matri predest*.

Tambem recorrem á expressão – *perfecte* – da const. 3 – *de posth.* (6-29), dizendo que ella se refere ao feto que nasce *perfeito*, isto é, viavel.

Por ultimo, fundam-se no disposto, na const. 2 *de posth.* (6-29), onde os imperadores Diocleciano e Maximiano já tinham estatuido que o aborto não tem nenhum direito, não podendo o aborto da mulher romper o testamento do marido – *uxoris abortu testamentum mariti non solvi*³³.

O aborto, dizem elles, não sendo outra cousa mais do que o parto immaturo, é certo que a legislação romana não admittia que se reconhecesse direito a um parto nessas condições, isto é, a um feto inviavel por falta de tempo de gestação. O citado

legítimo, e não parece concebido na servidão, quando a mãe dele próprio fora manumitida antes do centésimo octogésimo segundo dia”. [Mad.]

33. “É de evidentíssimo direito que por aborto da esposa o testamento do marido não se dissolve [...]”. [Mad.]

Paulo, no liv. 4 tit. 9 § 6 das suas *Sentenças*, diz positivamente que nem se considera como tendo dado á luz aquella que abortou naturalmente ou por ingestão de drogas – *aborsus et abactus venter partum efficere non videtur*.

É evidente, pois, que ao parto nascido antes do septimo mez, e que porisso mesmo não tem condições de viabilidade, não se pôde attribuir capacidade juridica.

Contra toda a argumentação exposta levantam-se aquelles que negam ser a viabilidade uma condição da pessoa perante o direito romano, e invocam, em apoio da sua theoria, o contexto da const. 3.^a – *de posth.* (6-29), onde não ha referencia alguma a esse requisito. Nessa const., allegam elles, estão expressamente indicados os tres primeiros requisitos exigidos, sobre os quaes nunca surgira a minima divergencia. Ora, se Justiniano quizesse estabelecer a viabilidade como uma das condições da capacidade, tel-a-ia referido claramente ahi ao lado das outras, tanto mais quanto não é possivel negar que os antigos romanos já haviam tratado algumas questões sobre viabilidade fetal, como nos mostram Paulo, no cit. § 1 liv. 4 tit. 9 e Aulo Gellio no liv. 3 cap. VI das *Noites Atticas*. A falta de uma palavra nessa const., e em qualquer outro texto, ácerca de tal requisito, autorisa a concluir que os romanos não cogitaram delle como condição de capacidade. Demais, as expressões de Justiniano, quando se refere á separação, vida e forma humana, dizendo – *tantummodo requiringdo*, – são tão precisas e concludentes, que não deixam logar á menor duvida.

Em frente das razões apresentadas pro e contra a exigencia da viabilidade na legislação romana, pergunta-se: de que lado está a verdade?

É certo que os que negam a viabilidade se apoiam em um texto bastante claro, que é a citada const. 3.^a. É certo tambem que quasi todos os argumentos dos sustentadores desse requisito não resistiram á critica vigorosa de Savigny, no alludido appendice III de sua obra.

Com effeito, o invocado fr. 12 de Paulo – *de statu hom.* (1-5) evidentemente não se refere á capacidade do nascido, para o fim de negar-lhe os direitos do homem, mas exclusivamente determina o tempo que serve de base para a presumpção da paternidade, estabelecendo assim a legitimidade do filho nascido no 182.^o dia da concepção, ou no 7.^o mez do casamento.

Da mesma forma o fr. 3 §§ 11 e 12 de Ulpiano – *de suis* (38-16) só se refere á legitimidade e ingenuidade do filho, para o effeito de regular a sua admissão á herança legitima. A letra dos textos é clarissima, e a logica não permite ampliar o sentido de disposições que regulam a legitimidade de filhos á importante e fundamental questão de saber se um recém-nascido é ou não capaz de direitos.

Tambem não procede o argumento deduzido do cit. § das *Sentenças* de Paulo, porque, como as suas palavras nitidamente o demonstram, o jurisconsulto só teve em vista ahi as vantagens das mães em virtude do *jus liberorum*, que foi estabelecido pelo senatus consulto Tertulliano.

Quanto ao argumento derivado da expressão – *si vivus perfectè natus est*³⁴, da const. 3 – *de posth.* (6-29), também não aproveita a solução da dificuldade, porque bem pondera Savigny que essa expressão não significa uma criança viável, como pensam os seus adversários; PERFECTÈ *natus* não exprime o contrario de um feto immaturo, mas se refere ao feto que morre na ocasião do nascimento, antes da sua completa separação do corpo materno, conceito esse que se vê confirmado pelas palavras empregadas logo depois: – *si vivus ad orbem totus processit*³⁵.

Refutados esses argumentos dos partidários da viabilidade, resta, entretanto, um que escapou à lógica de Savigny, embora se ache por elle indicado como um dos fundamentos da opinião de Oeltze na sua classica obra – *De partu vivo vitali et non vitali* –: é o deduzido da const. 2 – *de posth.* (6-29).

Como vimos acima, o direito romano estabeleceu ahí que o aborto da mulher não tem nenhum direito, porque é incapaz de romper o testamento do marido.

Ora, sendo o aborto um feto immaturo, e inviável por falta de tempo de gestação, é concludente que, segundo a citada constituição, o recém-nascido inviável não tem capacidade jurídica.

Nada é possível oppôr a essa conclusão; e é porisso que a theoria da viabilidade se mantém inabalável, a despeito dos magnos esforços dos adversários que a pretendem combalir.

A viabilidade, diz Glück, consiste na sufficiente perfeição dos orgãos necessarios á vida para continuar a existencia intra-uterina; e desde que o feto não attingiu aquelle grau de desenvolvimento e perfeição para poder continuar a existencia, diz-se que é immaturo, abortivo, não é capaz de succeder, em vista do disposto na cit. const. 2.^a.

Ora, a regra estabelecida pelo direito romano, de accôrdo com a opinião de Hyppocrates, é que não nasce perfeito o parto antes do 182.º dia ou do principio do 7.º mez da concepção. Já Plinio dizia que – *ante septimum mense haud unquam vitalis est*. Portanto, pode-se affirmar, com Glück, que o parto que não completou o termo hyppocratico no utero materno, e foi dado á luz no sexto, quinto ou quarto mez, deve considerar-se abortivo. Segundo Ludwig, aborto é o que nasce antes do principio do 7.º mez da concepção. Em vista de taes considerações, é logico inferir que, de conformidade com o preceito estatuido na cit. const. 2.^a, o aborto, mesmo que apresente movimentos vitaes, isto é, o feto inviável por falta de tempo de gestação, aquelle que esteve no utero menos de 182 dias, não rompe um testamento, porque não tem capacidade jurídica.

34. “[...] se nasceu perfeitamente vivo [...]”. [Mad.]

35. “[...] se veio ao mundo todo vivo [...]”. [Mad.]

Por consequencia, a viabilidade fetal é condição de capacidade jurídica em frente do direito positivo dos romanos.

Não importam as longas e interessantes considerações de Savigny demonstrando, em alguns casos, a impossibilidade da applicação dessa theoria, devido a difficuldades invenciveis que podem apresentar-se, e deante das quaes seja impotente a pericia medica. São essas considerações que merecem attendidas ao tratar-se do assumpto perante o direito a constituir – *de jure constituendo*. Ahi não vacillamos em estar de accôrdo com Savigny, e com Clovis Bevilaqua, que, no Projecto do Código Civil Brasileiro, art. 4, dispensou a viabilidade, afastando-se acertadamente do direito romano, bem como do código civil francez e do italiano.

Deante da legislação romana, porém, tratando de uma questão *de jure constituto*, acompanhamos convencidamente a opinião de Glück, Mackeldey, Van Wetter e outros que, conduzidos pela letra do texto, apresentam a viabilidade como condição da capacidade jurídica.

Nos casos de dúvida sobre a viabilidade, ou mesmo quando um feto tenha nascido antes do 182.º dia, sobrevivendo, entretanto, até ao principio do 7.º mez, os commentadores tem entendido que, por equidade, deve-se decidir em favor do recém-nascido reconhecendo-lhe a capacidade.

O NASCITURO

Do que ficou dito, sabemos que o feto, antes de ter nascido perfeitamente (separado, vivo, com forma humana e viavel) não é pessoa, não tem capacidade jurídica. Entretanto, cumpre observar que a lei attende á vida anterior do feto ainda no utero materno, desde a epoca da concepção, para o fim de resguardar, de defender aquelles direitos que, com o nascimento, venha elle adquirir. E é natural: se antes do nascimento já existe um ente humano, que vive desde que foi concebido, e se o nascimento futuro é um facto quasi certo, que deve ser esperado; se é imminente o aparecimento de uma pessoa, nada mais justo do que se tomarem aquellas medidas de precaução e de garantia em prol dessa entidade, que provavelmente será dentro de pouco tempo uma pessoa.

Assim, diz Ulpiano que o pretor, além do interesse que toma pelos filhos já nascidos, não despreza o daquelles que ainda estão no ventre materno, attendendo á esperança que se tem do seu nascimento; porisso se propoz defendel-os creando a posse em nome do ventre, para garantir-lhes a successão – fr. 1 – *de ventre in poss. mit.* (37-9).

Dahi as disposições jurídicas em favor do nascituro, patenteando o interesse que o direito romano lhe dispensava: O fr. 26 – *de stat hom.* (1-5) diz que aquelles que estão no utero, em quasi todo o direito civil são tidos por nascidos, e a elles se entregam as heranças legitimas – *qui in utero sunt, in toto penè jure civili*

*intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimæ hereditates his restituuntur*³⁶. E no fr. 3 – *si pars hered.* (5-4), Paulo nos mostra a grande atenção que os antigos davam aos que se achavam ainda no ventre, conservando integros os direitos que lhes eram reservados – *antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent: sicut apparet in jure hereditatum*³⁷. Esses preceitos, porém, visam exclusivamente as vantagens do que tem de nascer, não podendo o seu sentido ser ampliado para outros efeitos ou em favor de outras pessoas. Assim, diz o mesmo Paulo no fr. 7 *de stat. hom.* (1-5), que o filho, que ainda está no ventre materno, se considera como nascido sempre que se trata de suas vantagens, embora a outrem não possa aproveitar antes do nascimento – *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partûs quæritur: quanquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit*³⁸; e no fr. 231 – *de verb. sign.* (50-16), insiste na mesma observação, advertindo: – *quod dicimus, eum qui nasci speratus pro superstite esse, tunc verum est cum de ipsius jure quæritur: aliis autem non prodest, nisi natus*³⁹.

De conformidade com esses princípios é que, no direito antigo, não gosava do *jus liberorum* a mulher que houvesse dado á luz dois filhos, mesmo que ficasse grávida do terceiro, se por qualquer causa este não houvesse nascido vivo e de tempo – *dummodo et pleni temporis pariant* (§§ 1.º e 5.º liv. 4 tit. 9 das *Sentenças de Paulo*).

36. “Os que estiverem no útero, em quase todo o direito civil são entendidos como estarem *in rerum natura*. Pois também são restituídas a eles as legítimas heranças”. [Mad.]. O termo “*in rerum natura esse*” é traduzido de formas diferentes pela doutrina, não sendo possível estabelecer consenso acerca de sua verdadeira significação. MADEIRA, Hécio Maciel França. Op. cit. p. 58-70, em sua pesquisa terminológica sobre os princípios das fontes romanas, realiza um estudo aprofundado desse termo. Para o autor, após analisar as traduções propostas para a expressão e confrontá-las com o estudo direto das fontes, conclui que significa “existir na natureza das coisas”. Outras traduções trazem a expressão “existir como ser humano já nascido”.

37. “Os antigos assim velaram ao filho ventre que todos os direitos se reservassem íntegros a ele para o tempo do nascimento. Assim parece no direito das heranças [...]”. [Mad.]

38. “Quem está no útero, igualmente é protegido como se estivesse *in rebus humanis*, todas as vezes que se pergunta das vantagens do próprio parto: embora de modo algum favoreça a outro antes de nascer”. [Mad.]. Também quanto ao termo “*in rebus humanis esse*” não é possível estabelecer consenso sobre seu verdadeiro significado. MADEIRA, Hécio Maciel França, Op. cit. p. 70-80 estuda as fontes romanas e as traduções propostas para a expressão e entende “*in rebus humanis*” como sendo “o ambiente em que se desenvolvem os atos sociais do homem durante a sua vida, desde o nascimento até a morte”.

39. “O que dizemos, que aquele que é esperado nascer, é tomado por supérstite; o que é então de verdade quando se pergunta de seu próprio direito; a outros, porém, não favorece, senão quando nascido”. [Mad.]

Para synthetisar todas essas disposições, ha a conhecida maxima juridica assim formulada – *nasciturus pro jam natu habetur si de ejus commodis agitur*⁴⁰.

Porisso nas leis sobre estado e sobre successão, encontram-se sempre disposições que mandam attender áquillo que fôr mais favoravel ao nascituro. Justiniano, no princ. I. – *de ingenuis* (1-4) decide que, para ser ingenuo o filho, basta que sua mãe seja livre ao tempo do nascimento, mesmo que tivesse sido escrava no momento da concepção. Da mesma forma é ingenuo o que nasceu de mãe escrava, se esta era livre quando concebeu, porque não deve o infortunio da mãe prejudicar ao que está no ventre. E levantando-se a questão de saber se era livre ou escravo o filho de uma mulher que fosse manumittida quando grávida, e estivesse de novo reduzida á escravidão na epoca do nascimento, Justiniano resolveu, de accordo com a opinião de Marciano, que é livre o filho, attendendo a que, para determinar o estado de liberdade do feto, basta que a mãe fosse livre algum tempo entre a concepção e o parto. Adriano estatuiu que é cidadão romano o que foi concebido em justas nupcias, mesmo que na epoca do nascimento sua mãe se ache desterrada (fr. 18 – *de stat. hom.* (1-5). Tambem se considera como filho de senador aquelle que foi concebido quando o pai era senador, embora na epoca do nascimento já tivesse o pai fallecido ou perdido essa dignidade. (fr. 7 §§ 1.º e 2.º – *de senatoribus* (1-9). Quanto á legitimidade do filho, já vimos tambem que, em regra, é ella fixada pela concepção durante as justas nupcias. (fr. 12 – *de stat. hom.* (1-5) e fr. 3 § 11 – *de suis* (38-16).

Ácerca de direito de successão, o já citado fr. 16 – *de stat. hom.* (1-5) dispõe que ao que está no ventre é deferida a herança legitima, sendo pelo pretor creada a *bonorum possessio ventris nomine*, em virtude da qual um curador especialmente nomeado exerce a posse em nome do ventre, tomando todas as medidas provisórias tendentes á conservação dos bens do nascituro, e providenciando para que seja fornecido á mãe, á custa dos bens da herança, não só o alimento, como tudo aquillo que fôr necessario para a sustentação e producção do fruto que tem no ventre. (v. todo o tit. – *de ventr. in possess. mit.* (37-9) principalmente o fr. 1.º, e o fr. 20 – *de tut. et curat.* (26-5).

40. O brocardo, também encontrado como “*conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*”, apesar de comumente utilizado para referir-se ao princípio geral romano da paridade entre o nascituro e o já nascido, era inexistente literalmente nas fontes romanas, sendo formulado apenas posteriormente, provavelmente durante o *ius commune* por obra da comunidade científica, como atesta, na doutrina nacional, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Pessoas Físicas e Jurídicas*. atual. por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 1. p. 264. A máxima jurídica, entretanto, revela fielmente o tratamento dado pelo direito romano justiniano ao nascituro e é derivada da fusão de dois fragmentos do Digesto (Ulp. 8 *ad Sab.*, D. 29, 2, 30, 1 e Paul. 1. s. *de port. q. lib. dam. conc.*, D. 1, 5, 7).

Para a execução dessas medidas provisórias, o legislador romano, ignorando de quantos filhos seria o parto da mulher grávida, e considerando o que algumas vezes acontece, estabeleceu um termo médio, e mandou que se supposesse o nascimento de três gêmeos, desprezando assim as narrações fabulosas de partos de quatro, de cinco, e até de vinte filhos como o daquela mulher de Peloponeso a que se refere Paulo no fr. 3 – *si pars. hæred. pet.* (5-4).

Assim, se já existir um filho anteriormente nascido, a este se assignará provisoriamente a quarta parte da herança, que será augmentada proporcionalmente, se não nascer um filho em condições de herdar, ou se o parto produzir apenas um ou dois filhos, e diminuída se – *ferè portentosum videtur*⁴¹ – produzir mais de três (fr. 7 princ. – *de reb. dub.* (34-5) fr. 4 – *si pars. hered. pet.* (5-4), fr. 36 – *de solut. et liberat* (46-3).

O interesse e protecção que os romanos dispensavam ao nascituro, justifica o disposto no fr. 4 – *de mort. infer.* (11-8) mandando abrir o ventre da mulher que morreu grávida, para tentar-se a salvação da vida do filho, e a medida determinada no fr. 3 – *de poenis* (48-19), pela qual devia ser adiada a execução da mulher grávida, que fosse condemnada á morte, para que pudesse dar á luz antes da execução. (id. fr. 18 – *de stat. hom.* (1-5).

Não pareça haver contradicção entre o afirmar que só é pessoa a criança que nasceu perfeitamente, com as condições exigidas pela lei, e o dizer que a lei protege aquelle que ainda não nasceu, prescrevendo regras em favor de seus futuros direitos.

A verdade é que, como anteriormente ficou demonstrado, o feto antes de nascido não é pessoa e não tem, portanto, capacidade jurídica. Por isso não tem representação social: – *non est pupillus qui in utero est*⁴² (fr. 161 – *de verb. sign.* (50-16). Nem lhe pôde ser nomeado tutor, mas sómente curador: *ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est*⁴³ – fr. 20 – *de tut. et curat.* (26-5).

O que o direito faz, como um acto de protecção, é consideral-o *como se fosse pessoa*, para attender ás suas vantagens, ordenando as medidas de precaução para que sejam defendidos os direitos que elle realmente adquire ao nascer. E como o nascimento é esperado como um acontecimento quasi certo, de realizar-se, justificam-se os actos provisórios em prol de uma pessoa a constituir-se. A effectividade de todas essas medidas e disposições jurídicas são, porém, condicionaes, dependem de um

41. “[...]parece quase um prodigioso”. [Mad.]

42. “Não é “pupilo” quem está no útero”. [Mad.]

43. “O tutor ao ventre não pode ser nomeado pelos magistrados do povo romano, o curador pode: pois está compreendido no edito que um curador deva ser constituído”. [Mad.]

facto: o nascimento perfeito, (frs. 7 e 10 – *de ventr. in possess. mit.* (37-9), fr. 7 (8) – *de reb. dub.* (34-5). Se esse facto, por qualquer motivo, não se realizar, a pessoa não se constitui, e, por consequencia, aquellas medidas e disposições não produzirão effeito algum. (De Crescenzo – *Dir. Civ. Rom.* Vol. I § 14).

EXTINÇÃO DA PESSÔA PHYSICA

A pessoa physica que, como vimos, começa com o nascimento, extingue-se com a morte. A respeito da morte, o direito não estabelece regras; e uma vez verificado o facto pela pericia medica, a consequencia juridica immediata é que está extincta a pessoa, produzindo-se o têrmo da capacidade juridica. Este facto produz importantes effeitos nas relações juridicas, principalmente nas concernentes ao direito de successão.

Entretanto, como pôde acontecer que alguém morra durante uma longa ausencia, e não seja possivel apresentar a prova da morte, surgindo dahi um estado de duvida capaz de produzir prejuizos aos interessados na herança, é justo que se admitta uma regra em virtude da qual se possa determinar, perante o direito, senão a certeza, ao menos a presumpção da morte do ausente.

A legislação romana nada dispoz ácerca de tal assumpto; mas o direito costumeiro fez com que no seculo XVIII ficasse adoptado como regra que o ausente por longo tempo do seu domicilio, sem dar noticias suas, seria presumido morto desde a data em que deveria ter completado a idade de 70 annos. Se já tinha 70 annos quando se ausentou, a presumpção nasce cinco annos depois da sua partida. A escolha dessa idade para a determinação do prazo, funda-se nas palavras dos psalms (XC. 10), onde se diz que é de 70 annos a média da vida do homem. Desde esse momento da presumpção da morte, considera-se extincta a pessoa, e abre-se a successão, entrando os herdeiros na posse dos bens (*successio ex nunc*). Essa é a opinião de Savigny.

Quanto ao momento da abertura da successão, têm divergido os autores. Alguns pensam que, embora a presumpção da morte date do dia em que o ausente teria completado 70 annos, a successão deve considerar-se como aberta no dia em que o ausente se afastou do seu domicilio (*successio ex tunc*); outros entendem que só pôde abrir-se a successão quando houver uma sentença judiciaria passada em julgado pronunciando a presumpção da morte.

A opinião de Savigny é, porém, a que tem sido geralmente acceita pelos autores e a que assenta em melhores fundamentos doutrinarios, fazendo coincidir a abertura da successão com o momento da morte presumida cujos effeitos o direito reconhece.

Cumpra notar que essa presumpção cede a prova em contrario.

Acontecendo que algumas vezes morrem em uma catastrophe, como por exemplo, em um terremoto, um incendio, um naufragio, duas pessoas ligadas pelo direito hereditario, não sendo possivel, em virtude das circunstancias do desastre, determinar-se qual a que morreu primeiro, o que muito importaria para regular-se a successão do sobrevivente, o direito romano estabeleceu como regra geral a presumpção de que ambas morreram ao mesmo tempo (fr. 9 pr. e § 3.º, frs. 16, 17, 18 – *de reb. dub.* (34-5), fr. 34 – *ad senat. cons. Trebell.* (36-1), fr. 32 § 14 – *de don. int. vir* (24-1), fr. 26 – *de mortis causa don.* (39-6).

Esta regra soffre excepção para o caso em que morre um filho juntamente com seu pai ou sua mãe. Neste caso o direito distingue: se o filho era impubere, presume-se que morreu primeiro; se era pubere, presume-se que morreu depois. (fr. 9 §§1 e 4 *dereb. dub.* (34-5), frs. 22 e 23 *h. t.*) fr. 26 pr. – *depactis dotal.* (23-4). Esta excepção se funda na supposição de que o organismo do impubere resiste menos á vida do que o de seus pais, ao passo que o do pubere é mais resistente.

A excepção é por sua vez delimitada por duas sub-excepções: 1.ª Attendendo aos interesses do patrono como herdeiro dos bens do liberto que morre sem filhos, o direito determinou que quando morre um liberto junto com seu filho, observa-se a regra geral presumindo-se a morte simultanea, (fr. 9 § 2.º *de reb. dub.* (34-5) 2.ª Também se observa a mesma regra geral no caso em que um testador haja imposto ao seu herdeiro um fidei-commisso com a condição – *si sine liberis decesserit*⁴⁴ – e o herdeiro morre em um desastre juntamente com seu unico filho (frs. 17 e 18) § 7 *ad sc. Treb.* (36-1) – Em tal caso presume-se, portanto, que se realisou a condição de morrer sem filho.

CONDIÇÃO CIVIL DA CAPACIDADE JURIDICA: *STATUS*

Status libertatis, civitatis familiae. Capitis deminutio. Existimatio

Vimos na lição anterior que o nascimento perfeito é a condição natural para a existencia da pessoa physica. Mas o direito romano exigia tambem uma condição civil, sem a qual o homem não podia ter capacidade juridica, não era pessoa. Essa condição civil é o *status*. A expressão *status* tem dado logar a grandes controversias para a determinação de seu significado, devido a encontrar-se empregada nas fontes com as excepções mais variadas. Entretanto, a despeito das diversas significações com que o vocabulo se apresenta, pode-se concluir que elle tinha em Roma um sentido especial e tecnico, rigorosamente juridico. Nesse sentido é que deve ser tomado sempre que o depararmos nas fontes desacompanhado de qualquer outra palavra adjectiva. Então pode ser definido com Heinecio e Glück – a qualidade civil fundamental ligada ao homem, em virtude da qual elle tem direitos.

44. “[...] se morresse sem filhos [...]”. [Mad.]

O interesse que desperta, no estudo do direito romano, o conhecimento da verdadeira significação technica da palavra *status*, provocou da parte do nosso illustado Mestre Dr. Brasílio Machado um synthetico e substancioso estudo, que constituiu a dissertação com que se apresentára para um dos concursos desta Faculdade.

Para verificar-se que os romanos ás vezes empregavam *status* com o fim de indicar uma simples qualidade ou posição juridica da pessoa, sem referencia alguma áquelle sentido technico que ficou indicado, basta attentar-se nas disposições de alguns textos. Por exemplo: no fr. 2 § 2.º – *ubi pupillus* (27-2) o jurisconsulto escreve – *status facultatum*, e no fr. 32 § 1 – *de peculio* (15-1) escreve – *status peculii* para expressar a força economica dos bens e a importancia do peculio; no fr. 9 § 1 – *de duob. reis* (45-2) encontra-se – *status obligationis* – para traduzir a responsabilidade de uma pessoa pela obrigação que assumira; no fr. 21 – *de stat. hom.* (1-5) vê-se – *statum* significando o estado da pessoa ingenua, isto é, que nasceu livre; no fr. 5 § 2 – *de extraord. cognit.* (50-13) depara-se – *status dignitatis* exprimindo o estado de dignidade de uma pessoa; no fr. 1 § 2 – *de just. et jur.* (1-1) temos visto – *status rei romanæ* referindo-se ao interesse dos negocios da republica; e já na lei das Doze Taboas (II-2) empregava-se a expressão – *status dies* para determinar o dia em que se deve fazer alguma cousa. Ainda existem as expressões *status agnationibus*, *status ætatis*, *status sexûs*, *status integritatis* – exprimindo a determinação do estado de uma pessoa em virtude dos laços de agnação, ou em virtude da idade, do sexo ou da saude.

A despeito dessa variedade de significados que apresenta o vocabulo, não é possível duvidar, perante o estudo systematico das fontes, que no direito romano a palavra *status* se acha consagrada com aquelle sentido rigorosamente juridico, que exprime a condição civil de capacidade.

Neste sentido, tem por synonymo – *caput* – palavra esta adoptada tambem com accepção especial nas fontes.

Savigny, na excellente dissertação que consta do append. 6 do 2.º vol. de seu *Syst. de Dir. Rom.*, procura demonstrar com dados historicos, que não foi aceita pelos romanos tal synonymia. A argumentação de Savigny, porém, embora opulenta de muita erudição, não convence. Aceitamos a opinião de Ortolan e da generalidade dos commentadores, para os quaes as palavras – *status* e *caput* – têm, na sua accepção technica, identica significação.

Os autores têm investigado por que, ao termo de uso tão vulgar – *caput* – (cabeça), attribuiram os romanos um tão elevado sentido equiparando-o a *status*. Dentre todas as explicações, que foram dadas, da origem desse significado, resta hoje a de Niebuhr como a que melhor satisfaz aos espiritos, parecendo approximar-se mais da realidade historica. Niebuhr diz que os romanos costumavam fazer o recenseamento das pessoas, registrando no livro do censo todos os que tinham capacidade

jurídica. Como esse livro se dividia em capítulos, e só as pessoas eram registradas sob o seu respectivo capítulo – *caput*, dizia-se que quem não era pessoa não tinha *caput*. Ficou, portanto, generalizado, no direito, o uso do vocabulário nesse sentido, para significar o homem que não tinha *status*, isto é, que não tinha capacidade jurídica. Por isso é que Justiniano, para dizer que o escravo não tem capacidade de direito, emprega esta expressão – *servus nullum caput habuit*⁴⁵(§ 4.º – *de cap. minut.* (1-16). [É O PARÁGRAFO 4] [GRALHA]

Cumprido notar que, além desse sentido especial reconhecido pela linguagem do direito, a palavra – *caput* – é empregada pelos autores, e mesmo pelos juristas e legisladores, em outras acepções. Assim Paulo a escreve para significar apenas o homem, o simples indivíduo, dizendo, no fr. 3 § 1.º – *de capit. minutis* (4-5) – *servile caput nullum jus habet* – o homem escravo não tem direito algum. Justiniano usa de – *caput* – para referir-se a um capítulo da lei Aquilia (§ 12 – *de leg. Aquilia* (4-3). E constantemente – *caput* – é encontrada no mais vulgar dos seus significados, o que não impede que fique reconhecida a sua acepção técnica equivalente a *status*, como se vê no cit. § 4 das *Institutas*, no fr. 1 pr. – *de tutel.* (26-1) de Paulo « *in capite libero* » no tit. 11 § 5.º das *Reg. sing.* de Ulpiano « *liberum caput* », e em muitos outros textos.

Estabelecido que *caput* é sinônimo de *status*, e que *status* é a condição civil de capacidade, não se faz preciso juntar a este substantivo adjetivo algum para determinar-lhe o sentido. Entretanto, como os autores costumam tratar da idade, do sexo e da saúde das pessoas sob a denominação de *status naturales*, adoptou-se o hábito de dizer que há duas espécies de *status*: o *status civilis*, que é o *status* propriamente dito, criado pelo *jus civile*; e o *status naturalis*, derivado da própria natureza. O primeiro compreende o *status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae*, o segundo compreende o *status aetatis*, *status sexus*, *status integritatis*.

Nesta lição trataremos somente do *status civilis*. Como diz Ortolan, são três os seus elementos: *libertas*, *civitas*, *familia*, aos quais correspondem os três estados fundamentais, chamados também *status principales*: *libertatis*, *civitatis*, *familiae*.

Apezar de não haver dúvida de serem estes os três *status*, Savigny observa que não se encontram nas fontes essas expressões assim claramente ligadas. Ele só deparou *status libertatis* – em uma antiga const. de Constantino inserta no Código Teodosiano. Mas, então, como podemos assegurar que esses *status* têm seu fundamento no *jus civile*?

É o que se conclui com certeza do estudo do conjunto dos textos que se referem à perda ou mudança do *status*, a que os romanos dão o nome de *capitis deminutio*.

45. O trecho completo poderia ser traduzido por: “O escravo alforriado não sofre nenhuma alteração de capacidade, pela não ter tido”. [Cor.]

Assim Paulo, no fr. 11 *de cap. min.* (4-5), diz que ha tres especies de *capitis deminutiones*: a maxima, a media e a minima, e que, portanto, são tres as que temos: liberdade, cidade e familia. *Capitis deminutiones tria genera sunt: maxima, media et minima: tria enim sunt quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam*⁴⁶. Embora não se encontre nesse fr. a palavra *status*, todavia ahi vemos a expressão correspondente a – *caput* – que nos autorisa a afirmar que a liberdade, a cidade e a familia constituem os tres *status civiles*. Isso está confirmado pelo princ. I. *de cap. minut.* (1-16), onde Justiniano define a *capitis deminutio* como a *prioris status commutatio*⁴⁷.

O *status libertatis*, que consiste na qualidade que tem o homem de ser livre, tem o seu fundamento no direito natural. É o *status* independente dos outros e o mais importante, porque sem elle o homem não tem capacidade juridica, não é pessoa, pois o escravo, sendo de propriedade do senhor, é equiparado a coisa. O *status libertatis* assegura ao homem todos os direitos compreendidos no *jus naturale* e no *jus gentium*.

O *status civitatis*, que consiste na qualidade de ser cidadão romano, exerce uma grande influencia sobre a capacidade juridica, pois só o cidadão romano é que pode gosar do *jus civile*. O *status civitatis* presuppõe o *status libertatis*, visto que não pode ser cidadão romano quem não tem liberdade.

O *status familiae*, que consiste em fazer parte de uma familia civil, presuppõe o *status civitatis*, porque só quem tem o direito de cidade é que pode ter uma familia romana.

Quanto ao *status libertatis* os homens se classificavam em livres e escravos – *summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*⁴⁸ (princ. I. *de jur. person.* (1-3), fr. 3 *de stat. hom.* (1-5). Livres eram aquelles que tinham a faculdade natural de fazer o que queriam, se lh'os não prohibia a força ou a lei; escravos eram aquelles que, em virtude de uma instituição do direito das gentes, ficavam submettidos, contra a natureza, ao dominio de outrem. *Libertas (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur*⁴⁹. (§§ I. 1 e 2 *de jur. person.* (1-3), fr. 4 *de stat. hom.* (1-5).

46. “São três as espécies de diminuição de capacidade: a máxima, a média e a mínima. Com efeito, três são os estados que possuímos: o de liberdade, o de cidade e o de família”. [Vas.]

47. “[...] mudança do estado anterior [...]”. [Cor.]

48. “Por onde, a suprema divisão, no atinente ao direito das pessoas, é esta, a saber, todos os homens ou são livres ou escravos”. [Cor.]

49. “Quanto à liberdade, pela qual cada um é considerado livre, é a faculdade natural daquele a quem é dado fazer o que quiser, salvo o proibido pela força ou pelo direito. Quanto à escravidão, é uma instituição do direito das gentes, pela qual alguém está, contrariamente à natureza, sujeito ao poder alheio”. [Cor.]

São chamados servos (*servi*) porque os generaes, que os capturavam, costumavam conservá-los (*servare*) sem os matar (§ 3 I. *h. t.* fr. 4 cit.).

A condição dos escravos é uma só, e entre elles não ha differença; os livres, porém, se classificam em ingenuos e libertos – *in servorum conditione nulla est differentia, in liberis multæ sunt: aut enim sunt ingenui aut libertini*⁵⁰ (§ 5 I. *h. t.* e fr. 5 *h. t.*). Chamam-se ingenuos aquelles que são livres logo ao nascer, ou sejam filhos do matrimonio de dois ingenuos, ou de um ingenuo e um liberto, ou de pae e mãe libertos, ou de mãe livre e pae escravo ou incerto. (fr. I. *de ingen.* (1-4). Marciano diz em duas palavras: *ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt*⁵¹ (fr. 5 § 2 cit.). A condição do ingenuo não é prejudicada pelo facto de ter sido reduzido a escravidão, se depois é manumittido. (§ 1 I. *h. t.*) salvo o caso do fr. 21 *destat. hom.* Chamam-se libertos aquelles que foram manumittidos de uma escravidão legitima. Manumissão é a dação da liberdade (alforria), pois, emquanto alguem se mantém em servidão, está sujeito ao poder dominical; manumittido, fica livre desse poder. A manumissão, da mesma forma que a escravidão, foi instituida pelo direito das gentes como um beneficio aos homens. Dahi é que resultou a classificação dos homens em livres, escravos e libertos (I. *de libert.* (1-5) e fr. 5).

No direito antigo, todos os libertos se tornam cidadãos romanos. Depois de Augusto e de Tiberio dividiram-se elles em tres classes: *cives*, *dedititii* e *Latini juniani*. Os *cives* eram os que, obtendo a liberdade maior e legitima, ficavam logo cidadãos romanos.

Os *dedititii*, creados pela Lei *Ælia Sentia*, sob Augusto, eram aquelles que, manumittidos depois de terem sido, quando escravos, condemnados, por sua má conducta, a certas penas, que se acham indicadas nos comm. de Gaio – I. 13, não podiam tornar-se cidadãos romanos, mas eram equiparados aos estrangeiros que se rendiam á discreção depois de haverem tomado armas contra o povo romano (*perigrini dedititii*). A condição desses libertos era a peor de todas, pois, entre as restricções que soffriam na sua capacidade, notavam-se as seguintes: não podiam fazer testamento nem receber em virtude de testamento; não tinham accesso á cidade romana, nem mesmo podiam residir em Roma ou em um raio de cem milhas. (Gaio I. 14, 25, 26 e 27). Segunda a lei *Ælia Sentia*, para que um liberto se tornasse cidadão romano, era preciso que se verificassem as tres condições seguintes: 1.^a que tivessem 30 annos no momento da manumissão; 2.^a que o senhor tivesse tido sobre elle a propriedade *ex-jure Quiritium*; 3.^a que a manumissão fosse feita por uma das formas solemnes – *vindicta, censu aut testamento*. (Gaio I. 17). Se faltasse uma

50. “A condição dos escravos é uma única, ao passo que, em relação aos homens livres, uns são ingênuos e outros são libertos”. [Vas.]

51. “Ingênuos são os que nascem de mãe livre [...]”. [Mad.]

só dessas condições, o liberto não era cidadão romano, nem mesmo livre perante o direito; considerava-se como livre apenas de facto – *in libertate morabatur* –, e o magistrado o protegia como tal durante a vida. Mas morria escravo, e tudo quanto possuía passava para o seu antigo senhor.

Foram os libertos desta classe, isto é, aqueles cuja manumissão fora feita sem as condições exigidas, que ficaram denominados *Latini Juniani*, em virtude da lei *Junia Norbana*, sob Tiberio, que melhorando-lhes a posição, declarou que ficavam eles livres não só de facto, mas também de direito, e os equiparou aos colonos latinos. O nome de *latini juniani* lhes foi dado em atenção ao seu estado de latinos e à lei *Junia Norbana*, que os favoreceu. (Gaio I. – 16-17-22).

Justiniano aboliu essas diferenças de classes de libertos, e restaurou o antigo direito segundo o qual a liberdade era uma e simples. Assim, diz elle, constituimos cidadãos romanos, como o foram outr'ora, todos os libertos, sem distincção quanto á idade do manumittido, nem quanto a do senhor manumittente, nem quanto ao modo de manumissão, e acrescentamos ainda muitos modos pelos quaes podem os servos conseguir a liberdade com o direito de cidade, que é a unica que presentemente pode ser dada ». De então em diante todos os libertos se tornavam immediatamente cidadãos romanos. (§ 3 I. – *de libert.* (1-5), tendo o direito de regeneração e o de usar aneis de ouro. (Nov. 78 cap. 1).

Quanto ao *status civitatis*, classificavam-se as pessoas, pelo direito antigo, em cidadãos (*cives*) e estrangeiros (*perigrini* ou *hostes*); posteriormente appareceu a classe intermédia dos *latini*.

Cidadãos romanos eram os que tinham o direito de cidade, que lhes assegurava o gozo do *jus civile* – *jus proprium ipsius civitatis* – quer quanto aos direitos politicos que lhes permittia o exercicio dos cargos publicos (*jus honorum*) e o direito do voto (*jus suffragii*), quer quanto aos direitos privados, que tinham por fundamento o *connubium* e o *commercium*, os quaes, no dizer do saudoso Dutra Rodrigues, eram as chaves com que se abriam as relações juridicas privadas dos cidadãos romanos.

O *connubium* ou *jus connubii* era o direito de contrahir *justum matrimonium*, *justæ nuptiæ*, isto é, o casamento segundo o *jus civile*, do qual resultavam os importantissimos effeitos reconhecidos pelo direito civil, como, por exemplo, o patrio poder e a agnação. Segundo a lei das XII Taboas, era prohibido o *connubium* entre patricios e plebeus. Essa prohibição foi, porém, abolida pela lei *Canuleia*, publicada no anno 309 de Roma.

O *commercium* ou *jus commercii* era o direito de ter uma propriedade civil ou quiritaria (*dominium ex jure Quiritium*), de praticar todos os actos a ella referentes, como por exemplo, a *mancipatio*, a *usucapio*, etc. Quem tinha o *commercium* podia também ser *creditor* ou *debitor* em uma obrigação contrahida segundo o *jus civile*, e figurava como *familiæ emtor*, *libripens* ou testemunha no testamento de outrem.

Aquella a quem fosse concedido o *commercium*, sem a autoridade de cidadão romano, não podia fazer testamento segundo o *jus civile* ou receber heranças, se não obtivesse uma licença especial para isso. (Gaio I. – 23-24).

O *jus civitatis* se adquiria ou pelo nascimento, seguindo o filho a condição do pai ou da mãe, conforme fosse originado ou não de justas nupcias – frs. 19 e 24 *destat. hom.* (1-5), ou pela manumissão, ou por concessão.

Extrangeiros eram aquelles que, residindo ou não em Roma, não tinham o direito de cidade, e, portanto, não gosavam do *jus civile*, quer quanto aos direitos politicos, quer quanto aos direitos privados. Não tinham, por isso, nem o *connubium* nem o *commercium*, salvo por um favor especial. (Ulpiano – *Reg. Sing.* t. V-4, t. XIX-4). Os direitos privados pelos quaes se regulavam os extrangeiros, que tinham apenas o *status libertatis*, eram sómente os comprehendidos no *jus naturale* e no *jus gentium*.

Os extrangeiros que tinham tomado armas contra a republica e, vencidos, eram obrigados a render-se a discreção, recebiam o nome de *dedititii*.

Chamavam-se latinos os habitantes das cidades ou territorios que faziam parte da *federação latina*, quasi sempre aliados de Roma, e os habitantes das *colonias latinas*. O seu direito foi variavel: além do *jus naturale* e do *jus gentium* que naturalmente lhes competia, conseguiram elles, nos fins da republica, a faculdade de gosar uma parte do *jus civile*, sendo-lhes concedido geralmente o *commercium* mas não o *connubium*, salvo por concessão particular. Tinham tambem a vantagem de adquirir o *jus civitatis* mais facilmente que os extrangeiros. (Ulpiano – *Reg. Sing.* t. III, Gaio I. – 28 a 36).

Se nos primeiros tempos foi profunda e radical a distincção entre cidadãos e extrangeiros, de modo a serem estes chamados *hostes*, ou *barbari*, conforme tinham ou não relação com Roma, o desenvolvimento progressivo das ideas foi aos poucos apagando a differença, e a instituição da *latinitas* já foi um grande passo dado para isso. Mais tarde Antonio Caracalla iniciou a grande reforma, quando, com o fim de augmentar as rendas do fisco proveniente da *vicesima hereditatum*, ou imposto percebido sobre as successões dos cidadãos romanos, concedeu o direito de cidade a todos os que nessa epoca eram subditos livres do imperio – *in orbe romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini, cives romani effecti sunt*⁵² (fr. 17 *de stat. hom.* (1-5). Justiniano finalmente, decretando que todos os libertos eram cidadãos, completou essa reforma (Nov. 78), e nenhuma importancia teve mais a antiga distincção, sendo o nome de extrangeiro dado apenas aos *barbari*, com os quaes Roma não tinha relações de qualquer natureza.

52. “Por uma constituição do imperador Antonino foram considerados cidadãos romanos todos os que vivem no império romano”. [Vas.]

Entretanto, cumpre não esquecer que a qualidade de cidadão podia ainda ser perdida em consequência de certas penas, ficando privadas de invocar o *jus civile* as pessoas que assim fossem punidas. (fr. 17 § 1 – *de pænis* (48-19).

Quanto ao *status familiae* classificam-se as pessoas em *sui juris* e *alieni juris* – *quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ sunt*⁵³ (pr. I. *dehis qui sui* (1-8), fr. 1 cit. *Sui juris* são as pessoas independentes, qualquer que seja a sua idade, mesmo que estejam na infância. O homem *sui juris* chama-se *paterfamilias*, e a mulher *materfamilia*.

Como esta, embora *sui juris*, não pode ter o patrio poder, e, por consequência, não transmite a outrem a sua *familia*, Ulpiano diz, com elegância, que ella é necessariamente o principio e o fim da sua propria familia sob o ponto de vista civil – *mulier autem familiae suæ et caput, et finis est*⁵⁴ (fr. 195 § 5 – *de verb. sign.* (50-16).

Das pessoas *sui juris* umas exercem por si mesmas os seus direitos, outras não têm capacidade para exercel-os. Estas ultimas são collocadas ou sob tutela ou sob curatela.

Pessoas *alieni juris*, são aquellas que estão submettidas ao poder de outrem – *in aliena potestate*. No direito antigo os poderes sobre as pessoas livres eram a *manus*, o *mancipium* e o *patria potestas*. Os dois primeiros desapareceram com o progresso do direito, permanecendo apenas o ultimo, que foi acolhido no direito justinianeu. Não se falla aqui da *dominica potestas* porque é o poder do senhor sobre o escravo, e este, como já vimos, não é pessoa.

Sómente as pessoas *sui juris*, que representam a unidade da familia, é que podem ter outras sob seu poder e adquirir direitos para si; as *alieni juris* adquirem para aquellas sob cujo poder se acham. Os filhos de familia gosam, porém, de vantagens especiaes relativamente aos peculios, de que depois trataremos.

CAPITIS DEMINUTIO

Chama-se *capitis deminutio* a mudança de estado produzida pela perda do *status libertatis*, ou do *status civitatis*, ou pela mudança do *status familiae*. Era essa uma instituição de grande importancia no direito romano, que produzia civilmente notaveis modificações na capacidade juridica, sendo o seu conhecimento indispensavel para quem deseje ter uma idéa precisa do direito das pessoas. Não sendo, porém, assumpto de interesse pratico na actualidade, daremos aqui sómente rapida noção, dizendo apenas quanto baste para mostrar, em traços geraes, a natureza do instituto.

53. “[...] certas são independentes, outras sujeitas a poder alheio”. [Cor.]

54. “Porém a mulher <independente do poder de outrem> é principio e fim de sua familia <porque não pode ter ninguém sob seu poder>”. [Mor.]

O significado da expressão *capitis deminutio* tem dado logar a controversias; e Savigny, que no app. 6.º do 2.º vol. do seu *Systema de Direito Romano*, disserta largamente sobre a materia, afasta-se da opinião *commum* dos *commentadores*, sustentando que a *capitis deminutio* envolve em si uma condição *deterior*, e significa uma diminuição de capacidade da pessoa, que passa a ocupar uma posição inferior.

Mas se é verdade que essa diminuição de capacidade se verifica sempre que a *capitis deminutio* se refere ao *status libertatis* e ao *status civitatis*, entretanto é mister reconhecer que ella muitas vezes não existe quando a *capitis deminutio* se refere ao *status familiae*. Neste caso dá-se apenas, as mais das vezes, uma mudança de estado, sem que haja diminuição ou abatimento na posição jurídica da pessoa.

Ortolan, pondera, judiciosamente que Savigny, embora conhecedor profundo das fontes historicas, deixou-se arrastar pelas consequencias deduzidas de um ponto de vista falso, e affrontou a verdade contida nos textos.

Com effeito, não é sómente o jurisconsulto Paulo, é tambem Ulpiano, é todo o conjunto e toda a logica do direito romano, que nos mostram que a *capitis deminutio minima* consistia apenas em uma mudança de estado em virtude da qual a pessoa perdia a familia a que pertencia, para entrar em uma outra ou começar uma nova. As palavras dos textos são bem expressivas: Justiniano, definindo a *capitis deminutio* em geral, diz que – *est prioris status commutatio*⁵⁵. (pr. I. – *de cap. min.* (1-16), e Gaio diz que *est status permutatio*⁵⁶ (fr. I – *de cap. min.* (4-5). Ao passo, porém, que os textos, quando se referem ao *status libertatis* ou ao *status civitatis*, contêm a expressão *amittitur* c. § 1 I. – *de cap. min.* (1-16): *civitatem et libertatem amittit*⁵⁷, fr. 11 – *de cap. min.* (4-5): *cum omnia haec amittimus, amittimus civitatem*⁵⁸, usam sempre de *mutatio*, *commutatio* ou *permutatio* quando se referem ao *status familiae* c. § 3 I. h. t.: *status hominis commutatur*⁵⁹, fr. 11 h. t.: *familia tantum mutatur*⁶⁰, fr. § 1.º *8ad senat. cons. Tert.* (38-17): – *salvo statu*, Ulp. *Reg. Sing.* t. 11 § 13: *status duntaxat hominis mutator*.

As *capitis deminutio* se dividem em tres especies: a *maxima*, a *media vel minor*, e a *minima*. Dá-se a *maxima* quando se perde o *status libertatis*, que arrasta consigo a perda do *status civitatis* e do *status familiae*, pois, um escravo não pode ser cidadão romano nem ter uma familia civil.

55. “É [...] a mudança do estado anterior”. [Cor.]

56. “[...] quer dizer mudança de estado”. [Vas.]

57. “[...] perde [...] a cidade e a liberdade [...]”. [Cor.]

58. “[...] quando se perdem todos eles, [...] perde-se a cidade”. [Vas.]

59. “[...] o estado do homem se muda [...]”. [Cor.]

60. “[...] somente se muda de familia [...]”. [Vas.]

Dá-se a *média vel minor* quando se perde o *status civitatis*, conservando-se o *status libertatis*. Arrasta, como consequência, a perda do *status familiae* porque, quem não é cidadão romano, não pode ter uma família civil.

Dá-se a *minima* quando ha uma mudança no *status familiae*, em virtude da qual a pessoa passa de uma para outra família, conservando sempre o *status libertatis* e o *status civitatis*.

Essas noções estão expressas de um modo preciso no cit. fr. 11 de Paulo – *de cap. min.* (4-5): *Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima, media, minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam, igitur cum omnia haec amittimus hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, medium esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat*⁶¹. Repete-as o pr. e §§ 1, 2 e 3 I. – *de cap. minutione* (1-16).

CAUSAS. Quaes as causas que produzema *capitis deminutio* no direito justinianeu? Justiniano as indica nesse mesmo titulo.

A *capitis deminutio maxima* resulta: 1.º – da condennação atroz, que torna o homem servo da pena, como quando é condenado ao ultimo supplicio de ser entregue aos animais ferozes no circo (*qui bestiis subjiciuntur, ad bestia damnati*⁶² (§ 3 I. *quib.mod. jus.* (1-12). O homem assim condenado era escravo da pena – *servus penae*, enquanto aguardava a execução; 2.º da ingratidão do libertado para com seu patrono, em virtude da qual podia este pedir ao magistrado que condemnasse aquelle a reentrar na escravidão (fr. 6 § 1 – *de agnosc.* (25-3), Cod. – *delibertis* (6-7), – 3.º da simulação de estado de escravo feita por um homem livre maior de vinte annos, que fraudulentamente se deixa vender como tal, para depois partilhar, o preço da venda com o vendedor. (fr. 1 §§ 1 e 5 – *quib. ad libert.* (40-13), fr. 7 – *de lib. caus.* (40-12). A condennação ao trabalho das minas (*in metallum dati – in opus metallii* – (fr. 17 – *de poenis* – (48-19) e também fazia servos da pena no direito anterior. Justiniano, porém, aboliu mais tarde esta especie de escravidão na nov. 22 cap. 8.

61. “São três as espécies de diminuição de capacidade: a máxima, a média e a mínima. Com efeito, três são os estados que possuímos: o de liberdade, o de cidade e o de família. Assim, quando se perdem todos eles, isto é, liberdade, a cidade, a família dá-se a máxima diminuição de capacidade; quando, porém, perde-se a cidade, conservando-se a liberdade, dá-se a média diminuição de capacidade; quando se conserva a liberdade e a cidade, e somente se muda de família, tem lugar a mínima diminuição de capacidade”. [Vas.]

62. “[...] os lançados às feras”. [Cor.]. O trecho completo é o seguinte: “E escravos da pena se tornam os condenados às minas e os lançados às feras”. Vale ressaltar que o trecho traduzido por Alexandre Correia é: “Servi autem poenae efficiuntur, qui in metallum damnantur et qui bestiis subiciuntur”. Nota-se que não há a expressão “*ad bestia damnati*”.

A *capitis deminutio media* resulta: 1.º da interdicção da água e do fogo. Era uma fórmula pela qual se impunha indirectamente a pena de banimento perpetuo a um cidadão romano. Sendo atigamente um título sagrado o de cidadão romano, de modo que ninguém podia ser d'elle privado sem o seu consentimento, como nos informa Cícero, na bellissima oração – *pro domo XXIX e XXX* – em que reinvidicou os seus direitos desrespeitados por Clódio – os romanos serviam-se de um meio indirecto para obrigar um cidadão a expatriar-se, prohibindo-lhe, por sentença, o uso da água, do fogo, e do tecto, elementos necessarios sem os quaes não podiam viver na cidade. – *Id autem ut esset faciendum, non ademptione civitatis, sed tecti et aquae et ignis interdictione faciebant.* (Cícero cit. XXX); 2.º da deportação para uma ilha determinada, de onde o condemnado não podia sair, sob pena de morte fr. 4 e fr. 17 §1.º *de poenis* (48-19). Esta pena ficou substituindo de facto a da interdicção da água e do fogo; 3.º pela cond. a trab.º perpetuo fr. 17(48-19).

A *capitis deminutio minima* resulta: 1.º de uma mudança de estado em relação á familia, como quando uma pessoa *sui juris* passa a ser *alieni juris* (adrogação) § 1 I. – *de adopt.* (1-11) ou quando uma pessoa *alieni juris* passa a ser *sui juris* (emancipação), § 61 – *quib. mod. jus. potest.* (1-12), ou quando uma pessoa *alieni juris* em uma familia passa para outra familia na mesma posição de *alieni juris* (adopção) §§ 5 e 6 I. – *de adopt.* (1-11). Deve-se notar que no § 3 do tit. citado das Institutas, Justiniano apenas exemplifica, apontando os dois casos de *capitis deminutio minima*, que ahí se vêm; estes, porém, não excluem a adopção, que indubitavelmente existia no direito justinianeu. Na parte referente ao direito de familia trataremos especialmente desses casos que produzem a mudança do estado de familia. No direito antigo tambem soffriam *capitis deminutio minima* as pessoas que ficavam *in mancipio* e as mulheres *in manu*.

EFFEITOS. – Os efeitos da *capitis deminutio* são importantissimos na esphera do direito civil.

Qualquer que fosse a sua causa, a *capitis deminutio* produzia sempre a extincção da personalidade civil do *capite minutus*. Este soffria uma morte civil, em virtude da qual perdia todos os direitos concernentes á ordem puramente civil (*jus civile*). Assim, quanto á pessoa, ella sahia de sua familia e de sua gens, (§ 3 I. – *de leg. adg. tut.* (1-15), rompendo-se todos os laços de parentesco civil baseado na *patria potestas*, na *manus*, na agnação, e na gentilidade, bem como os laços derivados do patronato. Gaio (111-51). O testamento tornava-se irritado, (§ 4 e segs. I. – *quib. mod. test.* (2-17); dissolvia-se a sociedade. Gaio III (-133). Ficava, porém, intacta a pessoa natural, e mantinham-se os laços de sangue com tudo aquillo que se originava antes no facto, do que no direito – *in facto potius quam in jure*. Por isso, ao passo que a agnação desaparecia, subsistia a cognação. (Gaio – Inst. – I – 158). Justiniano laborou em uma confusão nas Inst. § 6 *de cap. min.* (1-16); resolvia-se a *manus*, mas permanecia o casamento, que resultava da communhão de vida entre

os conjuges. Se este casamento parece extinguir-se no caso da *capitis deminutio maxima* ou *media*, deve se notar que não é isso um efeito civil da *capitis deminutio*, mas é, como observa Girard, uma consequencia do novo estado do individuo, que lhe não permite estar em casamento romano (Demangeat, pag. 358), e invocar as consequencias romanas do parentesco.

Relativamente aos bens, a *capitis deminutio* produzia extincção do patrimonio do individuo, que ficava sem activo e sem passivo. O seu activo passava, em geral, para aquelle de quem provinha a *capitis deminutio*, salvo os direitos ligados á pessoa do *capite minutus*, como o usufructo e o uso, que pereciam com ella. (fr. 1 – *quib. mod. ususfr.* (7-4) e fr. 8 *h. t.*).

As dividas extinguiam-se, apagando o vinculo da obrigação civil, e mesmo aquelle que recebia o patrimonio do *capite minutus* não era obrigado a pagal-as, salvo tratando-se de certas dividas especiaes como as provenientes de successão adquirida antes da *capitis deminutio*. Todavia, attendendo a que a *capitis deminutio* era uma instituição puramente civil, e nada póde contra a natureza – *quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*⁶³. (Gaio, fr. 8 *de cap. min.* (4-5), o vinculo obrigacional se desligava sómente *jure civile*, mas permanecia a obrigação natural (*jure naturali*) produzindo todos os efeitos admittidos pelo direito. Ulpiano, fr. 2 § 2 *h. t.* Por excepção subsistia a divida oriunda de um delicto, pois que significava o preço do direito de vingança contra a pessoa *physica* autora do crime.

Sendo altamente prejudicial aos credores esse efeito da *capitis deminutio*, pelo qual as dividas ficavam desde logo extinctas, introduziu o pretor, usando de diferentes processos, uma importante modificação, em virtude da qual aquelle que recebia os bens não podia conserval-os senão depois de feita a deducção das dividas (*deducto ære alieno*).

Os efeitos da *capitis deminutio maxima* e da *capitis deminutio media* conservaram-se sempre os mesmos; os da *capitis deminutio minima* soffreram radical alteração em vista da grande transformação por que passou a familia romana, chegando a perder toda a importancia em face das reformas introduzidas por Justiniano, que alicerçavam a familia nas bases naturaes da cognação.

Os direitos publicos e politicos não eram attingidos pela *capitis deminutio*, só se referia ao direito civil; e se, nos casos da *maxima* ou da *media*, o individuo perdia esse direito, não era isso senão uma consequencia da perda do direito de cidadão (fr. 5 § 2 e fr. 6 *h. t.*), que fatalmente soffria.

63. “[...] porque a razão civil não pode prejudicar os direitos naturais”. [Vas.]

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Direito romano e cultura europeia, de Reinhard Zimmermann. Trad. Otavio Luiz Rodrigues Junior e Marcela Paes de Andrade Lopes de Oliveira – *RDCC* 7/243-278 (DTR\2016\20330); e
- Interview with Reinhard Zimmermann and Jan Peter Schmidt, de Otavio Luiz Rodrigues Junior e Sergio Rodas – *RDCC* 379-413 (DTR\2015\13140).