UNIVERSIDADE DE FORTALEZA
CCJ – CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DISCIPLINA: DIREITO ROMANO
Apontamentos do Prof. Antonio Carlos Machado (2006-2)

UNIDADE V – DIREITO DAS PESSOAS (PARTE II)

1) A FAMÍLIA ROMANA: EVOLUÇÃO DO CONCEITO

- a) A palavra ‘família’ obteve vários significados no Direito Romano. Etimologicamente, o vocábulo origina-se de ‘famulus’ (servo, em latim), compreendendo-se, numa primeira acepção de família como a habitação e o conjunto de tudo o que pertencia ao seu dono, ou seja, a própria casa, a esposa, os filhos, os escravos, os animais domésticos, os objetos de trabalho, enfim, todos os bens móveis e imóveis. É o conceito de família como patrimônio familiar, reunindo tudo que podia ter um valor econômico.
- b) Num momento posterior, família passou a significar o conjunto dos seres humanos subordinados à autoridade do ‘paterfamilias’, excluindo-se assim os animais, bens imóveis e objetos de trabalho. Importante salientar que o ‘paterfamilias’ não era exatamente o ‘pai’ nem estava baseada no casamento, mas era o chefe da família, considerando a base patriarcal da família romana.
- c) Esta é denominada a ‘familia comuni iure’, constituída pelo ‘pater’ (dominus) e pessoas oriundas da mesma ‘domus’ (casa) e da mesma ‘gens’ (clã). O ‘paterfamilias’ tem o ‘dominium in domo’ ou ‘potestas’, isto é, o domínio na casa, o poder sobre o grupo doméstico.
- d) A ‘familia comuni iure’ mantinha a sua unidade, mesmo quando o patriarca fundador havia morrido, porque consideravam membros da família todos os que estariam subordinados a ele, se estivesse vivo. O descendente masculino mais idoso se tornava o novo pater, mas a ‘família’ não se separava. Desse modo, a ‘familia comuni iure’ era, na verdade, a reunião de várias pequenas famílias composta de pai, mãe e filhos, reunidas sob o mesmo tronco comum (gens).
- e) Evoluindo mais, firmou-se o conceito de ‘familia proprio iure’, que era a reunião das pessoas submetidas a um determinado paterfamilias enquanto vivo. Assim, quando o paterfamilias morre, as pessoas sob sua ‘potestas’ tornam-se ‘sui iuris’, ou seja, independentes, vindo os homens a se tornarem ‘patres’ de novas famílias que se formarão. As mulheres também se tornam ‘sui iuris’ (materfamilias), mas não têm o pátrio poder e nem podem transmitir a outrem o direito de constituir nova família, ao morrerem.
- f) O ‘paterfamilias’ exercia na ‘domus’ um tríplice poder: ele era, ao mesmo tempo, sacerdote (poder religioso), o dirigente (poder econômico) e o magistrado (poder jurídico-político). Estes poderes estão contidos no conceito de ‘patria potestas’ (o pátrio poder), que não se extingue com a maturidade ou o casamento dos filhos. Daí ser a família romana muito numerosa e conter relações muito complexas.

2) CARACTERÍSTICAS DA FAMÍLIA ROMANA

- a) Monogamia - esta era uma norma observada rigorosamente. A proibição da poligamia era tão forte que somente os solteiros podiam ter concubinas, e apenas uma. Portanto, mesmo o casamento não-oficial era monogâmico.

- b) Patriarcalismo - o paterfamilias era o chefe absoluto, imperando a linhagem masculina. Esta era a tradição mais antiga preservada pelos romanos.
- c) Autonomia - a autoridade estatal não podia intervir no âmbito privado da família. A 'potestas' do paterfamilias gerava o direito de inviolabilidade do lar, onde ele era não somente o administrador, mas também o sacerdote e o magistrado. A 'domus' era o seu território privilegiado.

3) PARENTESCO

- a) A palavra parentesco deriva de 'parentes' (pais), que por sua vez deriva do verbo 'parere' (gerar, parir). Esta geração pode ser entendida como consanguínea ou como legal. O parentesco por consanguineidade chama-se cognação, independente de ser pelo lado paterno ou materno; o parentesco legal chama-se agnação, envolvendo todos aqueles que se encontram sob a 'potestas' do paterfamilias, tenham ou não a consanguineidade. Agnatos são todos os dependentes do paterfamilias pela linhagem paterna, incluindo-se aí também os cognatos.
- b) O parentesco por agnação era o mais importante no Direito Romano antigo, na verdade, era o único parentesco reconhecido juridicamente, porque somente os agnatos entram na linha sucessória.
- c) Aos poucos, o parentesco por cognação foi se impondo juridicamente, sobretudo por influência do pensamento grego, até que a agnação foi extinta pela Novela 118, de Justiniano. Foi com esta concepção que o sentido do parentesco foi transmitido para os direitos dos povos modernos.
- d) Ao lado da agnação e da cognação, os romanos também reconheciam o parentesco por afinidade, definido por Modestino como sendo 'o parentesco que se estabelece entre um cônjuge e os parentes do outro'. Tinha pouca importância e não gerava direitos.
- e) As linhas e os graus de parentesco conhecidos pelos romanos são os mesmos adotados nos direitos modernos. A linha reta compreende as pessoas que descendem umas das outras; a linha colateral compreende as pessoas que descendem de um ancestral comum, mas não uns dos outros. Quanto aos graus, conta-se um grau a cada geração, até o sétimo grau.

4) OS DIVERSOS PODERES DO PATERFAMILIAS

- a) A organização familiar romana repousava na autoridade soberana do paterfamilias em sua casa e na rígida disciplina que ali existia. O paterfamilias exercia poder de vida e de morte sobre as pessoas a ele subordinadas, isso era reconhecido desde a Lei das XII Tábuas.¹ Porém, este poder absoluto foi aos poucos sendo abrandado pelas sucessivas legislações romanas, por exemplo, o direito de abandonar os filhos ou vendê-los, casar ou descasar os filhos sem o consentimento destes.
- b) O paterfamilias dispõe do patrimônio familiar totalmente segundo a sua vontade, podendo deixá-lo por testamento a quem quiser, mesmo em prejuízo dos herdeiros. Ele era a única pessoa da família capaz de direitos e obrigações. Se alguma pessoa da família adquirisse qualquer bem ou direito, isto passava para o pater. Por outro lado, se contraísse alguma obrigação, esta nem sempre era dever do pater, que poderia satisfazer diretamente ou entregando o filho responsável pelo dano à vítima ou ao ofendido. A isso chamava-se 'noxae datio' (doação noxal), pela qual o filho passava para a 'potestas' de outro pater. Este tratamento paradoxal, próprio do direito quiritário romano, foi posteriormente alterado pelo

¹ Conforme Cretella Junior, a Lei das XII Tábuas não permitia ao pater matar os filhos, mas permitia que ele abandonasse os recém nascidos, o que era indiretamente equivalente.

direito pretoriano, quando os pretores passaram a admitir ações de ressarcimento diretas contra o paterfamilias, em caso de dano causado pelos filhos.²

- c) Este poder patrimonial absoluto do paterfamilias foi se atenuando com a evolução do Direito Romano, desde que foi reconhecido o direito do ‘filiusfamilias’ ao patrimônio adquirido durante o serviço militar; assim também os bens adquiridos por herança pela linhagem materna, até que Justiniano estabeleceu que somente o usufruto dos bens dos filhos pertenciam ao pater e não os próprios bens, modificando assim essencialmente o direito romano arcaico.
- d) A ‘patria potestas’ extinguiu-se com a morte do pater ou do filius, ou ainda em certas situações especiais:
 - i) Emancipação - o filho vendido por três vezes tornava-se emancipado; assim o neto e a filha vendidos apenas uma vez;
 - ii) Abandono do filho ou doação noxal;
 - iii) Perda do status libertatis ou status civitatis do pater;
 - iv) Elevação do filho a certas dignidades
 - v) Casamento da filha ‘cum manu’.

5) OS ESPONSAIS E O MATRIMÔNIO

- a) Entende-se por sponsais a promessa de casamento, que era realizada entre os paterfamilias dos cônjuges. Deriva etimologicamente do verbo ‘spondeo’ (prometer), donde provêm ‘sponsa’ (esposa - prometida) e ‘sponsalia’ (sponsais). Era uma promessa solene vinculada a um contrato, que continha uma pena pecuniária sobre quem o rompesse. Para a celebração dos sponsais, devem ser observados os mesmos requisitos necessários para o matrimônio, exceto em relação à idade.
- b) Os sponsais podiam também ser rompidos por justa causa, como por exemplo, a morte de um dos sponsi, a superveniência de impedimento matrimonial. Mas pode ser rompido também por má conduta da sponsa, que permitia o seu repúdio ou com a contratação de outros sponsais, o que acarretava a infâmia.
- c) De início, os sponsais eram um acontecimento marcadamente social, vindo na sua evolução a acarretar efeitos jurídicos maiores, ao ponto de os prometidos (sponsi) serem equiparados a cônjuges.
- d) Também o matrimônio, inicialmente, era considerado mais um fato social do que jurídico. Mesmo assim, estes efeitos só eram reconhecidos entre os cidadãos romanos, não operando nas uniões dos plebeus e com estrangeiros. A própria palavra ‘matrimônio’ só era usada para as celebrações entre cidadãos romanos, também chamado de ‘justas núpcias’, o casamento legítimo de acordo com o direito civil. Convém destacar que a palavra ‘justas’ aqui não tem a ver com a justiça e a equidade, mas com o próprio ‘ius’, ou seja, com a legalidade.

6) FORMAS JURÍDICAS DO MATRIMÔNIO

- a) Os romanos conheciam duas formas jurídicas do matrimônio: ‘cum manu’ e ‘sine manu’,

² Havia as exceções, como era o caso do ‘senatusconsultum Macedonianum’, que paralisava a ação do credor. Conta-se que um menor de nome Macedo ficou, certa vez, tão endividado que matou o próprio pai, a fim de receber precocemente a herança. Disso surgiu a decisão do Senado de que o credor que empresta a um menor assume o risco pelo não recebimento da quantia emprestada.

conforme o poder que o marido exercia sobre a esposa (poder marital).

- b) O casamento ‘cum manu’ tinha três formas de celebração: confarreatio, coemptio e usus. Em todos estes, o marido tinha o poder marital sobre a mulher.
 - i) Confarreatio - casamento religioso solene, próprio dos patrícios, na presença de dez testemunhas e do sacerdote de Júpiter. Na ocasião, oferecia-se a Júpiter um bolo (farreum) especialmente preparado para a ocasião. Cerimônia luxuosa, acessível somente aos abastados.
 - ii) Coemptio - menos cerimonioso que o anterior, ocorria a compra da esposa na presença dos pais dos nubentes e de cinco testemunhas.
 - iii) Usus - casamento que se consolidava com o decurso temporal, após um ano ininterrupto de coabitação harmoniosa. Não havia compra. Era uma espécie de usucapião da mulher pelo marido, que seria evitado se a mulher passasse três noites consecutivas fora de casa no período de um ano.
- c) Casamento ‘sine manu’ era aquele em que a mulher se casava, mas continuava sob o poder do paterfamilias dela. Era um consentimento precário dado pelo pater para o casamento e que podia ser revogado a qualquer momento, voltando ela à condição de solteira e podendo casar-se novamente.³
- d) Embora o matrimônio fosse, em geral, negociado entre os paterfamilias, contudo eram considerados elementos constitutivos do matrimônio romano a ‘affectio maritalis’ (afeição marital) e o ‘honor matrimonii’ (honra do matrimônio). Disso se seguia a possibilidade do divórcio e até mesmo a facilidade deste.
- e) ‘Affectio maritalis’ é o amor, a devoção de um cônjuge para com o outro, que deve ser demonstrado e reafirmado no cotidiano da vida familiar. ‘Honor matrimonii’ é a demonstração pública desta afeição perante a sociedade, como prova de boa convivência. Tratando-se de atos contínuos de vontade entre os cônjuges, o matrimônio dissolvia-se quando deixava de haver esse interesse mútuo ou mesmo unilateral dos cônjuges.

7) O DOTE

- a) É um instituto característico do sistema matrimonial romano ‘cum manu’, vinculado ao regime patriarcal da sociedade. Saindo da ‘patria potestas’ do paterfamilias e passando para o poder marital, a mulher saía de sua família para entrar na família do marido perdendo os laços de parentesco e com isso saía também da linha sucessória da herança.
- b) Para compensar isso, o pater costumava doar à filha que se casava ‘cum manu’ o equivalente à sua parte na herança, que no entanto passava a pertencer ao marido dela ou ao paterfamilias deste.
- c) Além disso, visto que competia ao marido o sustento da família, o dote era considerada uma justa contribuição da mulher para reforçar a base econômica familiar. Contudo, os bens dotais tinham natureza diferente dos bens patrimoniais do marido, porque destinavam-se à família toda e o marido não podia dispor deles segundo a sua vontade, conforme fazia com o seu próprio patrimônio.
- d) Essa distinção patrimonial era reforçada com o instituto da ‘cautio rei uxoriae’, uma espécie de nota promissória assinada pelo marido comprometendo-se a devolver o dote no caso da

³ O casamento sine manu gerava uma situação totalmente esdrúxula no interior da família. A mulher continuava a pertencer à sua família originária, não tendo vínculo com a família do marido. Com isso, ela não tinha parentesco com os próprios filhos.

dissolução do matrimônio, o que era bastante comum na época.

8) DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO

- a) Embora fosse, via de regra, um consórcio de toda a vida, havia a possibilidade de ruptura do compromisso matrimonial por causas socialmente aceitas. Importante ressaltar que quase não havia interferência estatal na celebração e na dissolução do matrimônio, que eram fatos relacionados ao âmbito familiar. Só nos últimos tempos do Império Romano houve algumas disposições oficiais acerca da guarda dos filhos nos casos de divórcio.
- b) O matrimônio podia ser dissolvido:
 - i) Pela morte física ou jurídica (*capitis deminutio*) de um dos cônjuges;
 - ii) Pelo divórcio decorrente de mútuo consentimento, por motivos religiosos, por justa causa ou mesmo sem justa causa (unilateral).
- c) Se o matrimônio fora celebrado sob a forma de ‘*confarreatio*’, fazia-se a ‘*difarreatio*’, um procedimento de formalidades inversas; se a forma tinha sido a ‘*coemptio*’, fazia-se a ‘*remancipatio*’. Para outras formas de realização, a dissolução fazia-se simplesmente pela separação do casal.

9) OUTRAS FORMAS DE UNIÃO CONJUGAL

- a) Além do matrimônio quiritário, havia outras formas de união conjugal que aos poucos foram se inserindo no Direito Romano, sobretudo no âmbito do ‘*ius gentium*’. Tais eram: ‘*concubinatus*’, ‘*matrimonium sine connubio*’ e ‘*contubernium*’, havendo ainda os matrimônios realizados conforme os direitos nacionais dos respectivos peregrinos.
- b) *Concubinatus* é a união estável do homem e da mulher sem ‘ *affectio maritalis*’ e ‘ *honor matrimonii*’. No início era apenas tolerado, mas no baixo Império foi reconhecido juridicamente, chamado de ‘*inaequale conjugium*’ (união desigual), desde que obedecidos os mesmos requisitos pessoais para o matrimônio (idade núbil, monogamia, não parentesco).
- c) É uma união de fato, cujos filhos não são reconhecidos como legítimos, mas só naturais. Poderão ser legitimados se os cônjuges vierem a casar-se formalmente. Porém, em geral, essas uniões aconteciam entre pessoas que não podiam legalmente casar-se.
- d) *Matrimonium sine connubio* é aquele entre romanos e peregrinos, sendo que estes não possuem o ‘*ius conubii*’. Também chamado matrimônio do direito das gentes ou matrimônio injusto (sem ‘*ius*’, sem legalidade).
- e) *Contubernium* é a união de fato simplesmente entre uma pessoa livre e um(a) escravo(a) ou entre escravos. Não tinha quaisquer consequências jurídicas nem gerava parentesco. Só muito depois, por influência do cristianismo, a situação dos escravos foi atenuada.
- f) Matrimônio segundo os direitos nacionais era o que ocorria na região grega do Império Romano, quando os romanos permitiam a celebração dos matrimônios segundo os seus próprios costumes. Também não gerava efeitos jurídicos perante o Direito Romano.

10) ADOÇÃO E AD-ROGAÇÃO

- a) Adoção é o ato pelo qual uma pessoa ‘*alieni iuris*’, homem ou mulher, sai da sua família de origem para outra família, mudando assim de ‘*patria potestas*’. A adoção teve muita importância no Direito Romano, para diferentes situações:

- i) Dar um herdeiro a quem não o tem, com intuitos familiares ou políticos;
 - ii) Transformar plebeus em patrícios;
 - iii) Dar o 'ius civitatis' a um latino.
- b) Ad-rogação é o ato pelo qual uma pessoa 'sui iuris' entra para outra família na condição de 'filius', isto é, alguém 'alieni iuris'. Aplica-se somente aos homens. Tinha muita importância no Direito Romano e era cercada de muitas formalidades e exigências. É o oposto da emancipação, pela qual o paterfamilias torna alguém que é 'alieni iuris' em alguém 'sui iuris'.

11) TUTELA E CURATELA

- a) Tutela e curatela são os institutos jurídicos destinados à proteção das pessoas incapazes, assim consideradas aquelas que, em razão da idade, do sexo ou da saúde mental, não estão aptas a exercitarem seus direitos.
- b) Os 'alieni iuris' estão fora destes institutos, uma vez que estão sob a 'patria potestas'. Assim, somente os 'sui iuris' ficam sob tutela (impúberes do sexo masculino, temporariamente; impúberes e púberes do sexo feminino, perpetuamente) ou ficam sob curatela (loucos, pródigos, menores de 25 anos).
- c) A tutela dos impúberes (homens e mulheres) que não tinham mais paterfamilias, portanto, eram 'sui iuris' podia ser testamentária, legítima (quando era prevista em lei), dativa ou honorária (não havendo testamento nem lei, era dada pelo pretor).
- d) A tutela das mulheres púberes (assim consideradas após os 12 anos) 'sui iuris' era para a realização de certos atos relativos a bens patrimoniais, para os quais a lei as considerava incapazes. Era perpétua porque durava a vida toda, nunca adquiriam a capacidade plena.
- e) A curatela dos loucos era temporária ou permanente, dependendo do estado da pessoa curatelada. Os romanos entendiam como 'furiosi' aquelas pessoas que alternavam períodos de lucidez com crises de loucura; e 'mente captus' ou 'insanus', o louco permanente. O curador, diferentemente do tutor, não deve cuidar somente dos bens, mas também da pessoa.
- f) A curatela dos pródigos, assim entendida a pessoa 'sui iuris' que esbanja seu patrimônio, é a proteção dos sucessores legítimos presumidos. Não havendo estes, não tem sentido a curatela.
- g) A curatela do menor de 25 anos foi introduzida a partir da lei Pletória (195 a.C.), em virtude das modificações sócio-políticas de Roma, do incremento das relações comerciais e da pouca experiência dos jovens. Muitas vezes, eles próprios pediam um curador, como garantia para a administração dos seus bens ou porque os emprestadores temiam emprestar-lhes dinheiro.
- h) Por analogia, recebeu também o nome de curatela a proteção do nascituro, cujo pai tivesse falecido ou fosse prisioneiro de guerra; curatela do ausente, do devedor insolúvel e da herança jacente (patrimônio deixado por alguém, enquanto os herdeiros se habilitavam em juízo).

Fortaleza, 10 de setembro de 2006.

Antonio Carlos Machado