

A PESSOA NATURAL NO CONTEXTO DA FAMÍLIA E A PROTEÇÃO DOS SEUS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO DIREITO ROMANO: ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL

Eduardo Vera-Cruz Pinto*
José Sebastião de Oliveira**

É necessário que o estudo do Direito Romano ocupe o primeiro lugar, no currículo, uma vez que constitui a base necessária e fundamental para conduzir os jovens à compreensão do Direito.

SUMÁRIO: Introdução; 2 Noção de pessoa; 2.1 Conceito de pessoa; 2.2 Origem do vocábulo; 3 Divisão das pessoas: físicas e coletivas; 4 Distinção entre capacidade de direito e de fato no Direito Romano; 5 Hipóteses de incapacidade de Direito para as pessoas naturais em face do Direito Romano; 5.1 Fatores que concorrem, no Direito Romano, para incapacidade de Direito; 5.1.1 A Degradação social; 5.1.2 A Religião; 5.1.3 A Profissão; 5.1.4 A Condição social; 6. Casos de incapacidade de fato diante do Direito Romano; 6.2.1 A Idade; 6.2.2 O Sexo; 6.2.3 As doenças e os problemas físicos como causa de incapacidade; 7 Início e extinção da pessoa natural ou física; 8 A proteção dispensada às pessoas naturais no Direito Romano: os menores púberes e a mulher; 9. A proteção processual dispensada às pessoas naturais, em termos de Direitos da Personalidade, no Direito Romano; 10 Considerações finais. Referências.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar no contexto do Direito Romano a extensão da proteção da pessoa humana na perspectiva dos Direitos da Personalidade, que a doutrina civil-constitucional moderna afirma ser um direito de formalização recente, mas que, efetivamente, teve o seu início na antiguidade clássica, em especial, no Direito Romano, conforme se procura demonstrar com esse trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Persona; Direito Romano; Pessoa Natural; Capacidade; Incapacidade; Direitos de Personalidade.

* Docente Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL; Presidente do Conselho Departamental da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL; Membro do Conselho Nacional da Magistratura Portuguesa; Docente dos Programas de Mestrados e Doutorados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL; Docente convidado do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; E-mail: secretariadocd@fd.ul.pt

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; Consultor Científico *ad hoc* da Área do Direito de Revistas da Universidade Estadual de Londrina – UEL; Docente aposentado de Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá – UEM; Docente e Coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Discente de Pós-Doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL; Advogado no Estado do Paraná. E-mail: drjso@brturbo.com.br

THE NATURAL PERSON WITHIN THE CONTEXT OF THE FAMILY AND THE PROTECTION OF THE PERSON'S RIGHTS IN ROMAN LAW: ASPECTS OF MATERIAL AND PROCEDURAL LAW

ABSTRACT. The extension of the protection of the person within the perspective of the Law of the person is analyzed according to Roman law. Modern civil and constitutional doctrine states that the Law of the person is a recently constituted right although it had its beginning in Antiquity, especially in Roman Law.

KEYWORDS: Persona; Roman law; Natural person; capacity; incapacity; personality rights.

LA PERSONA NATURAL EN EL CONTEXTO DE LA FAMILIA Y LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS DE PERSONALIDAD EN EL DERECHO ROMANO: ASPECTOS DE DERECHO MATERIAL Y PROCESUAL

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar en el contexto del Derecho Romano la prolongación de la protección de la persona humana en la perspectiva de los derechos de personalidad, que la Doctrina civil-constitucional moderna afirma ser uno de los derechos de formalización reciente, pero que, en efectivo, tuvo su inicio en la antigüedad clásica, en especial, en el Derecho Romano, conforme se busca demostrar con ese trabajo.

PALABRAS-CLAVE: Persona; Derecho Romano; Persona natural; Capacidad; Incapacidad; Derechos de Personalidad.

INTRODUÇÃO

O Direito Romano, neste início de século XXI, constitui-se, ainda, numa importante fonte do direito contemporâneo, com a consolidação dos Direitos da Personalidade, como suporte de garantia de proteção da dignidade da pessoa humana, em especial, consubstanciados nos direitos Constitucional e no Direito Civil. Faz-se necessária, então, a título de pesquisa, uma investigação

de maior profundidade na fonte romana¹, buscando o alcance da proteção da pessoa humana e até mesmo das pessoas coletivas, naquele direito, como fonte primeira de tal proteção.

Para uma melhor compreensão do significado da tutela dos direitos da personalidade no âmbito do Direito Romano e a sua evolução, faz-se necessária uma análise preliminar de alguns elementos pertinentes à pessoa, à personalidade e aos institutos da capacidade de fato e de direito, na ordem jurídica romana, para depois examinar, à luz do processo romano, as formas de defesas desses direitos.

2. NOÇÃO DE PESSOA

A pessoa, natural ou física, somente tinha a sua existência confirmada perante o Direito Romano, após comprovação da vida extraluterina, o que vale dizer, teria que sair do ventre materno², sendo o exercício da respiração uma das provas da existência da vida, para o ser humano, que acabava de nascer, mesmo que ocorresse o seu falecimento em seguida. O Direito Romano, baseava-se na regra de Paulo: *nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur*.

Os que nasciam mortos eram tidos como pessoas não nascidas, ou seja, por exemplo, o caso do natimorto. (D. 50, 16, 129). Exigia-se total despreendimento do rebento das víceras maternas. (D. 35, 2, 9, 1).³

Enquanto aguardava o nascimento, podia-se nomear curador para o nascituro, para que fosse exercida defesa de seus interesses; era a figura do *curator ventris*. (D. 26, 5, 20).

E, além do requisito nascimento, a pessoa deveria ter forma humana, que se refere a uma aparência de normalidade humana, pois, caso contrário, em que pese ter ocorrido o nascimento, mas, se apresentasse formato anormal, tais seres eram taxados de monstros ou prodígios, supondo-se que a mulher que o gerou tivesse praticado coito com um animal irracional, ou seja, fora do gênero humano. (D. 1, 5, 14).⁴

E, por último, fazia-se mister que a pessoa, ao nascer, tivesse maturidade fetal, requisito que diz respeito ao fator tempo da gestação, o qual começava a partir do 7º mês, para que a

1 Doutrina, com propriedade que: “o estudo das fontes do Direito Romano, numa perspectiva da realização concreta do Direito delas emanado pode ajudar a revelar formas de actualização do jurídico numa sociedade onde as expectativas sociais mudam cada vez mais depressa, adaptando as normais legais às concepções dominantes de justiça. (PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de direito romano**. Cascais, Lisboa, PT: Principia, 2010. v.1. p. 387)

2 Que afirma: “perchè un uomo (sai o nom sai soggetto di diritto) esista, è necessaria quella completa separazione del suo corpo dal corpo materno, che si chiama nascita.” (ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. Quattordicesima Edizione Riveduta. Napoli, ITA: Eugenio Jovene, 2006 .p. 46.)

3 Cf. NUOVO Digesto Italiano. A Cura di Mariano D’Amelio. Primo Presidente della Corte di Cassazione. Vocabolo Docimasia. Torino, ITA: Editrice Torinese, 1938, p.104, v.5. *La più usata è la docimasia idrostatica pulmonare, che si basa sul principio che Il feto, dopo aver respirato, há i polmoni pieni d’aria e quindi gli stessi immersi nell’acqua, per la maggiore leggerezza di quelli di un infante nato morto, che quindi non ha respirato, debbono galleggiare.* (Docimasia Hidrostatica de Galeno).

4 D.1, 5, 14: *Non sunt liberi, qui contra Forman humani generis converso more procreatur.*

mulher tivesse uma gestação mínima normal, segundo pensamento sustentado por Hipócrates, tido como o pai da medicina.⁵

2.1 CONCEITO DE PESSOA

Para que se possa contextualizar a identificação e a conceituação da pessoa, natural ou física, no âmbito do Direito Romano e o exercício dos seus direitos e obrigações perante a ordem jurídica romana, faz-se necessário examinar o vocábulo *persona*, desde a sua origem etimológica e toda a amplitude do seu significado no aspecto jurídico.

2.2 ORIGEM DO VOCÁBULO

Em primeiro lugar, tem-se que levar em conta que, numa relação jurídica, temos o sujeito do direito e o objeto do direito, e ao sujeito do direito se denomina de pessoa.

A palavra pessoa, que, em latim, era *persona*, etimologicamente tinha por significado máscara, ou seja, de *per* (por intermédio de) e *sonare* (fazer soar, ecoar), que fora emprestada da linguagem teatral na antiguidade greco-romana, em suas comédias e tragédias. Ela era uma *persona*, levando-se em conta que possibilitava ressoar a voz de uma pessoa por intermédio de um orifício, numa representação.

O que se constatou ao longo do tempo é que houve uma transformação no seu significado, de modo que, num primeiro momento, passou a significar o papel representativo de cada ator em um cenário teatral e, posteriormente, ao final, passou a corresponder ou expressar o próprio indivíduo, portanto, o que ele representava, dentro da própria sociedade onde vivia⁶

Enfim, o vocábulo latino *persona*, de uma representação teatral, passou a ser a palavra identificadora do indivíduo, do ser humano, no contexto do corpo social onde convivia com outras pessoas.

É preciso alertar, no entanto, que, em alguns textos romanos, também a palavra *homo* é usada como sinônimo de pessoa e como também é usado o vocábulo *caput*.⁷

O vocábulo *persona*, para o Direito Romano, tinha um significado muito amplo, podendo abranger pessoas *sui iuris* (um parter famílias) e *aliene iuris* (um escravo, ou seja, um *servus*

5 D.1, 5, 12: *Septimome mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hipocrates.*

6 Cf. MONTEIRO, W. de Barros. **Curso de direito civil: Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 61.

7 Cf. NOVISSIMO digesto italiano. 3. ed. Torino, ITA: Editrise Torinese, 1957. v. XII, p. 1015. Que diz: "Il concetto di persona física è espresso dai Romani in vario modo: con Il termine *homo* (così ad es., La stessa rubrica di D, h, t, 1 5); *persona*, parola di origine teatrale e entrata poi nel linguaggio giuridico (II.2 e 3), D, h, t., 1 e 5), *caput* (così I.1, pr., D, de *tutelis*, 26, 1) da cui l'espressione *capitis deminutio (máxima, média e mínima)*, inizialmente indicante la perdita per un dato gruppo, cittadino o familiare, di un suo membro, poi passata più in generale a significare Il cambiamento dello *status* per un determinato individuo."

est res).⁸

3. DIVISÃO DAS PESSOAS ENTRE FÍSICAS OU NATURAIS E COLETIVAS

Na verdade, o vocábulo *persona*, com origem etimológica latina significando máscara, no Direito Romano era utilizado tanto para o homem possuidor ou não de capacidade jurídica, ou seja, para pessoas *sui iuris* ou *alieni iuris*, v. g., para um homem romano da classe dos patrícios ou para um seu escravo, seu subordinado.⁹

O que se verifica é que a palavra *persona*, tanto era dirigida para homens livres, como para com aqueles que não eram detentores de capacidade de direito.

Temos de ressaltar que o Direito Romano, além de reconhecer na ordem jurídica, as pessoas naturais, também acabou por admitir, em favor de algumas organizações humanas, a possibilidade de terem patrimônio próprio, distintamente, do patrimônio das pessoas que as integra: *si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*.¹⁰

O que se constata, no que diz respeito ao reconhecimento da existência de interesses que podem atuar na ordem jurídica, é que se acabou por definir o conceito de capacidade jurídica, que está na razão da existência de um centro de atribuições de direitos e obrigações que fica outorgado a uma pessoa.

Na lição de Ebert Chamoun, esses centros ou esferas o direito nomina de personalidade, a qual é inerente tanto às pessoas naturais ou físicas, como também a um grupo de indivíduos considerados como uma unidade, nominado de pessoa jurídica, coletiva ou moral.¹¹

A verdade é que a ideia de uma entidade coletiva dotada de capacidade, distinta da dos seus membros que a constitui, os romanos chegaram a concluir, depois de muito tempo, ou seja, somente a partir do primeiro século da era cristã. (D. 5, 1, 76. Alf.)

Assim, na ordem jurídica romana, conviveram lado a lado, com as pessoas naturais ou físicas, também as pessoas jurídicas ou abstratas, que se dividiam em *universitas personarum* (v. g., as corporações) e as *universitas rerum* (v. g., fundações e herança jacente), que nada tinham a ver, com a estrutura das pessoas jurídicas da modernidade.

Temos que a noção de capacidade para a pessoa física acabou por se transferir para a pessoa jurídica, e àquela estavam vinculados direitos, como a *patria potestas*, a *manus maritalis*, e outros que as pessoas jurídicas jamais poderiam exercer.

Do *populus romanus* a ideia de pessoa jurídica, no direito clássico, transmitiu-se para os municípios, as colônias, as cidades, quando foi reconhecida personalidade jurídica às cidades, às cúrias e aos colégios. Posteriormente, às fundações com fins filantrópicos ou religiosos, depois

8 I.1, 2, 12 : *ac prius de personis videamus, nam parum est ius nosse, si personae quarum causa statutum est ignorentur.*

9 GAIUS 1,9: *Summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

10 Cf. JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano**. 4. ed., Coimbra, PT: Coimbra 2008. v. 1, p. 107.

11 Cf. CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 2. ed., Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1954, p. 57.

essa ideia foi estendida aos colégios e mosteiros e, ainda, às entidades assistenciais, como os hospitais, asilos para velhos, orfanatos, abrigos para pobres, etc.¹²

4. DISTINÇÃO ENTRE CAPACIDADE DE DIREITO OU JURÍDICA E CAPACIDADE DE FATO NO DIREITO ROMANO

No Direito Romano era nítida a distinção entre a capacidade de direito e a capacidade de fato, no que concerne ao indivíduo ou ser humano.

A capacidade de direito ou jurídica é aquela que outorga ao indivíduo a aptidão para que ele possa exercer todos os direitos e contrair todas as obrigações em geral. Já a capacidade de fato é a aptidão pessoal para a prática de atos que dizem respeito aos seus interesses perante a ordem jurídica.

Em Roma inexistia uma expressão própria para identificar a capacidade de direito, o que possibilitou uma controvérsia entre os juristas do período clássico, sobre o seu conceito.¹³

No *ius Romanum*, tanto a capacidade de fato como a de direito estavam condicionadas à satisfação de certas exigências, pois nem sempre o indivíduo que detinha a capacidade de fato era possuidor da de direito e, inversamente, nem sempre quem possuía capacidade jurídica era concomitantemente, possuidora capacidade de fato.

Quando uma pessoa romana, do sexo masculino, reunia as duas capacidades, simultaneamente, então se dizia que ela era uma pessoa absolutamente ou plenamente capaz, perante a ordem jurídica romana.

Quando um homem, já inclusive casado e com filhos, sendo pessoa *sui iuris*, era colocado sob curatela em razão de uma insanidade mental, podia-se afirmar que ele antes desse fato era pessoa plenamente capaz, ou seja, portador das duas capacidades. No entanto, em razão da doença tornou-se absolutamente incapaz.

Isso não quer dizer que perdeu sua capacidade de direito, pois continuou com a sua capacidade jurídica intocável, apenas não mais podendo, após a interdição, praticar atos por si próprios da vida civil, portanto, perdendo apenas a sua capacidade de fato, e esta passava a ser exercida por outra pessoa, que lhe foi nomeada como seu curador.

Se se for examinar a situação jurídica de um homem não livre, como, por exemplo, um escravo (*servus alicuius - vicarius*) detentor de maioridade civil, e não insano, tem-se que ele é detentor da capacidade de fato, mas não é detentor da capacidade jurídica (por ser *aliene iuris*), em razão de estar subordinado a alguém, mais precisamente ao seu senhor.

Este escravo não poderia ter patrimônio, tudo que adquiria incorporava-se ao patrimônio

12 GIGLIO, Alfredo José F. Del. **Direito romano**. São Paulo, SP: José Bushatsky, [19--?]. v. 2, p.171.

13 IGLESIAS, Juan. **Instituciones de derecho romano**. Barcelona, ESP: Casa Provincial Caridad, 1950. v.1, p. 55,

de seu dono ou seu senhor (*dominus*), em razão da *pátria potestas* do *paterfamilias*. Assim como todos os atos que praticava, na administração de patrimônio do seu senhor, este respondia pessoalmente por eles, perante terceiros.

Afirma o romanista Santo Justo que “durante muito tempo só o *paterfamilias* (por ser livre, cidadão e independente ou *sui iuris*) teve a capacidade jurídica de gozo e de agir. Mais tarde, foi reconhecida a estrangeiros, embora limitada aos seus direitos nacionais e no âmbito do *ius gentium*. Em 212 d.C, a *constituto Antoniniana*, período do Imperador Caracala, estendeu a cidadania a todos os homens livres do Império Romano os quais, em consequência, adquiriram a capacidade de gozo de direitos.”¹⁴

5 HIPÓTESES DE INCAPACIDADE DE DIREITO PARA AS PESSOAS NATURAIS EM FACE DO DIREITO ROMANO

A realidade era que no Direito Romano muitas causas poderiam implicar na configuração da incapacidade de direito; dentre as quais se podem citar: a degradação social, a religião, a profissão e a condição social da pessoa.

5.1 FATORES QUE CONCORRERAM NO DIREITO ROMANO PARA A INCAPACIDADE DE DIREITO

Em que pese a pessoa que viesse a nascer com o formato de pessoa humana receber a outorga de imediato da capacidade jurídica, pelo ordenamento jurídico romano isso não queria dizer que ela não pudesse sofrer restrições

O que se verificava no Direito Romano era que muitas causas poderiam implicar na configuração da incapacidade de direito, como a degradação social, a religião, a profissão e a condição social da pessoa.

Razão pela qual se faz mister a análise de caso a caso de cada causa, para uma melhor noção de seus alcances na restrição da incapacidade para a pessoa.

5.1.1 A DEGRADAÇÃO SOCIAL

Temos que a degradação social, prevista no Direito Romano, estava diretamente relacionada com a conduta ou comportamento social do indivíduo perante a sociedade romana e, neste caso, em sendo aplicada alguma sanção, poderia implicar em restrições pessoais, a ponto de se chegar mesmo a eliminar por completo a capacidade de direito.

A incapacidade de Direito estava diretamente relacionada com a questão do *status* de que a pessoa romana gozava no seio de sua sociedade. Assim, uma pessoa do sexo masculino *sui iuris* poderia gozar, concomitantemente, do *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*, o que configurava a sua plena capacidade, em especial quando se tratasse um *paterfamilias*.

O eminente jurista português Capelo de Souza afirma que: quanto ao Direito Romano, cabe dizer, liminarmente, que, ao longo de toda a sua extensa história, os estatutos jurídicos das pessoas físicas foram extremamente diversificados. Só tinha plena capacidade jurídica e, conseqüentemente, integrais direitos de personalidade, quem possuísse os três *status*: o *status familiae* (com a inerente qualidade de *paterfamilias*), o *status civitatis* (ou seja, a categoria de cidadão, que era desde logo negada aos estrangeiros), e o *status libertatis* (ou seja, a qualidade de pessoa livre, que era condição, embora não suficiente, da cidadania). As demais pessoas apenas tinham direitos em função do peso específico do seu *status*.¹⁵

Se uma pessoa *sui iuris* sofresse a aplicação de uma *capitis deminutio máxima ou media* perderia, no primeiro caso, todos os seus direitos, como homem com a nacionalidade romana; na segunda hipótese, perderia a sua cidadania, no entanto, também poderia sofrer uma *capitis deminutio mínima*, onde apenas sofreria algumas restrições pessoais em seus direitos perante sua família¹⁶.

No primeiro caso, a penalidade poderia ser aplicada a um devedor insolvente, para um ladrão, na hipótese de prisão em flagrante; para quem deixasse de se inscrever no *census*; ou ainda para um soldado legionário romano desertor, ou que se deixasse cair prisioneiro do inimigo (*potesta hostium*).

Já a *capitis deminutio media* tinha por objetivo privar a pessoa dos direitos de cidadania e dos de família, como era o caso para quem se proibia o uso da água e do fogo (*interdictis aqua et igni*), e com isso se evitar o retorno dos expatriados e dos deportados (*deportatio in insulam*) e os condenados ao desterro. (Ulpiano, D., 48, 22, 7, p. 3).

Configurava *capitis deminutio* mínima, quando a pessoa mudasse de status na sua família; a título de exemplo pode-se citar o caso de quando uma pessoa *alieni iuris* simplesmente se transferia de família, *verbi gratia*, no caso de adoção, e quando uma pessoa *aliene iuris* se tornava *sui iuris*, como no caso do filho que era emancipado (*emancipatio*) pelo seu *pater*.

5.1.2 A RELIGIÃO

O que se constata, na análise do Direito Romano, é que, durante a existência dos períodos históricos: primeiro período do *rex* e das gentes (753 a. C. - 509 a. C.); segundo período, transição monarquia/república (509 a. C. - 367 a. C.); o terceiro período: O *Populus Romanus* e a *res*

15 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito geral de personalidade**. Coimbra, PT: Coimbra, 1995, p. 47.

16 Cf. MONTEIRO, W. de Barros. **Curso de direito civil**. 37. ed., São Paulo, SP: Saraiva, 2004. v. 2, p. 28.

publica (367 a. C. - a 27 a. C.), e o quarto período: *O Princeps* ou Alto Império (27 a. C. - a 285 d. C.). Temos que a religião pagã nunca havia servido de base para se impor qualquer restrição à capacidade das pessoas físicas ou naturais, até o governo do Imperador Constantino.

No entanto, a partir do quinto período: *O Princeps* como *rex* no Império único (285 d. C. - 395 d. C.), com Constantino, veio a se constatar imposições de restrições às pessoas que não professavam a religião dos cristãos, ou seja, aos judeus, aos pagãos, os quais ficavam impedidos de praticar certos atos da vida civil, como servir de testemunhas em atos jurídicos, exercer cargos públicos, ser proprietários de servos, não se poder casar com mulheres que professavam o cristianismo, como foi o caso dos judeus.¹⁷

5.1.3 A PROFISSÃO

No Direito Romano, no referente ao exercício de certas profissões por parte das pessoas, algumas eram colocadas sob certas restrições em razão de serem consideradas infames. E dentre elas podem-se citar os que trabalhavam em circos, teatros, na condição de artistas atores e também aqueles que viessem a abraçar o ofício de gladiador, pois este, na realidade, se transformava em um matador de pessoas, para que pudesse salvar a própria vida, ao adentrar a uma arena para realizar uma luta contra outros gladiadores.

Também pessoas de melhores condições sociais poderiam sofrer restrições pessoais em razão de sua profissão ou função pública que exerciam. Assim, os magistrados provinciais estavam impedidos de realizar determinados atos dentro do território de sua jurisdição, v. g., adquirir bens imóveis, se casar com mulher da província de sua jurisdição, conceder liberdade aos próprios escravos de sua propriedade.

Aos senadores não era permitido contrair núpcias com mulheres libertas, e aos soldados legionários, na época clássica, não se permitia o matrimônio e a possibilidade de libertar seus escravos, enquanto legionários.

5.1.4 A CONDIÇÃO SOCIAL

Em todo o período da Realeza até o início da República, o povo romano estava rigidamente dividido em classes bem determinadas e isso implicava que pessoas de uma classe não se envolvessem com a da outra, levando-se em conta que possuíam condições sociais completamente distintas e não era permitida a realização de uniões entre elas, com a finalidade de se constituir família.

A classe dos cidadãos patrícios em Roma abrangia o exercício de todos os direitos pertinentes com a cidadania romana, pois era constituída de pessoas livres, descendentes de pessoas livres. Já

os plebeus faziam parte de uma classe inferior, que não detinham certas prerrogativas inerentes aos *cives romani*.

Em razão da condição social diversa, portanto, não era permitido o casamento de um plebeu com uma pessoa da classe dos patrícios. As pessoas da classe patrícia somente podiam contrair núpcias pelo casamento da modalidade *confarreatio*, que era uma modalidade religiosa de matrimônio, presidida pelo *Sumo Pontífice*, que, com o tempo caiu em desuso, sendo raro já na época de Augusto.

O certo é que veio a desaparecer com a adesão do Império Romano ao cristianismo como nova religião oficial, ou em substituição a religiã pagã.

Os plebeus, por sua vez, somente podiam contrair núpcias pela modalidade *coemptio*, que era um casamento civil, e referido por Gaio como uma *imaginaria venditio*.

A proibição da união de pessoas dessas duas classes de pessoas romanas somente foi superada com a Lei Canuleia no ano de 445 a. C.

Também as pessoas da plebe não tinham acesso às carreiras da magistratura e ao senado, pois tais funções estavam reservadas para quem pertencesse à classe patrícia. Essa situação, de restrições aos plebeus, somente veio a ser superada no final do período da República.

E, ainda, para finalizar, há que se registrar o tratamento discriminatório do Direito Romano, no aspecto penal, direcionado para as classes das pessoas, de acordo com a sua situação econômica, pela qual estavam divididas em classes médias e superiores, nominadas de *honestiores* e as classes inferiores nominadas de *humiliores*.

6. CASOS DE INCAPACIDADE FÍSICA DIANTE DO DIREITO ROMANO

Da mesma forma que ocorria com a incapacidade jurídica, tinha-se que diversos fatores podiam concorrer para a configuração da incapacidade de fato, como o sexo, a idade, as doenças mentais e a prodigalidade.

6.2.1 A IDADE

Outro fator que influía no exercício da capacidade das pessoas romanas era a sua idade civil. Assim, conforme a idade das pessoas, o Direito Romano lhes outorgava poderes condizentes com ela.

No que diz respeito à idade das pessoas, o Direito Romano partia do princípio de que o desenvolvimento físico corria par a passo com o desenvolvimento mental, de modo que a capacidade de fato se obtinha ao se atingir a puberdade, quando se permitia o uso da *toga virilis* por parte dos homens romanos.

A ordem jurídica romana, de acordo com a idade, distinguia as pessoas em: *infans*, *impubes*

e *minor*. A primeira ordem, os infans, era uma expressão destinada aos menores de até sete anos, ou seja, *qui fari non potest*; tidos por absolutamente incapazes; já os segundos, impubes, seriam os homens com idade inferior a quatorze anos e as mulheres com idade inferior aos doze anos de idade, mas superior a sete, portanto, os *qui loqui ou fari possunt e qui iam aliquem intellectum habent*.

Tem-se que a mulher romana, a partir dos doze anos e o homem romano, a partir dos quatorze anos, seriam pessoas púberes, adquirindo capacidade para se casarem, para administrar bens e também aliená-los, com exceção das restrições legais e levando-se em conta as condições pessoais de pessoas *sui iuris e aliene iuris*.

Sendo certo de que a pessoa maior de quatorze e menor de 25 anos ficava sob curatela, instituída pela *Lex Laetoria* ou *Plaetoria* do ano de 191 a. C., tendo em vista um novo tipo de incapacidade, criada no período do direito clássico romano.

Sem sombra de dúvidas, a doutrina é pacífica no sentido de que foi do confronto de posicionamentos entre sabinianos e proculeanos que veio a se definir no *ius Romanum* os limites de idade das pessoas para o início da capacidade de fato. Aquele primeiro povo, os sabinianos, estipulava o começo da puberdade com a idade núbil, que era comprovada em cada caso pelo feito do exame pessoal (*inspectio corporis*), enquanto estes, os proculeanos, preferiam fixar uma idade mínima para o casamento, fixando-se assim em doze anos para a mulher e em quatorze para o homem.¹⁸

É certo que o Direito Justinianeu optou pelo posicionamento dos proculeanos, tendo em vista que o exame nupcial, por ser detalhista no exame corporal, colocava em sérios constrangimentos as pessoas que a ele se submetiam, sendo considerado indecoroso, conforme disposições nesse sentido tanto no Código como nas Institutas de Justiniano.¹⁹

6.2.2 O SEXO

No contexto do *ius Romanum*, em se tratando de família patriarcal, o sexo era fator fundamental para distinguir o homem da mulher. Ela, qualquer que fosse a sua situação civil, ela estava sempre subordinada a um poder. No estado civil de solteira era tida como pessoa *alieni iuris*, submetida à *pátria potestas* do seu *paterfamilias* ou de um tutor. Se houvesse contraído matrimônio *cum manu*, estava submetida à *manus maritalis* e, no caso de estar solteira *sui iuris* ou viúva, ficava sob tutela permanente (*tutela perpetua mulierum*).

A realidade é que a mulher, perante o Direito Romano, não poderia exercer qualquer função

18 ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *Historia del derecho romano*. Tradução de Francisco de Pelsmacker e Ivañes, Madrid, [s.n.], 1980. p. 338.

19 C.5, 60, 3: “*Indecorum obervationem in examinanda marium pubertate resecantes, iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum púberes existimentur, indagacione corporis inhonesta cessante*”. No mesmo sentido, I.1,22. (INSTITUTAS do imperador Justiniano. Tradução. J. Cretella Junior; Agnes Cretella. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000.)

pública, não tinha capacidade postulatória em juízo em favor de alguém, na tinha capacidade testamentaria ativa e passiva, limitava-se a 10.000 asses, não podia adotar e nem ser chefe de família romana.

A mulher não podia obrigar-se por terceiros em razão do *senatusconsulto* Valeiano de 46 d. C., nem ser instituída herdeira de grandes patrimônios, em virtude da Lei Vocônia, de 169 a. C.

Essa situação de subordinação e impeditiva de exercícios de direitos por si mesma negada à mulher romana, ou seja, de incapacidade estava na crença de que ela era um ser muito frágil, advindo ainda da Lei das XII Tábuas.²⁰

6.2.3 AS DOENÇAS E OS PROBLEMAS FÍSICOS COMO CAUSAS DE INCAPACIDADE

Perante o Direito Romano, os doentes mentais, os pródigos, os *debiles*, de um modo em geral, eram afetados pela incapacidade de fato no que concerne à prática dos atos jurídicos.

Da mesma forma, quanto à incapacidade física, estavam afetados os impotentes, os eunucos, os surdos e os surdos-mudos. Os dois primeiros estavam proibidos de convolar *justae nuptiae*, enquanto os últimos, além de estar impedidos de praticar atos de disposição de última vontade, fundados na oralidade, também não podiam praticar atos solenes escudados no *ius civile*, tendo em vista a oralidade dos atos, o que era impraticável para tais pessoas. Mas a interdição destes era relativa.

Já no tocante a enfermidade mental, ela afetava a capacidade de agir das pessoas e dizia respeito ao elemento volitivo da pessoa, que não teria condições de praticar atos válidos perante a ordem jurídica, estando afetados por incapacidade, neste caso os *furiosi*, os *mentecapti* e os pródigos.

Eram considerados *furiosi* os loucos com intervalos de lucidez; os que fossem irrecuperáveis chamavam-se *mentecapti* e dementes. É necessário anotar que não havia uma uniformidade pacífica, entre os romanistas, quanto à conceituação das duas figuras afetadas de incapacidade de fato.²¹

Por final, os pródigos não eram considerados doentes mentais, no entanto, apresentavam uma anormalidade, que era a de dissipar de forma desregrada o seu patrimônio. Constatada a prática de prodigalidade, era decretada a sua interdição, com fins exclusivos de proteger o patrimônio familiar. Ao final, a interdição acabou por atingir a pessoa do pródigo e todo o seu patrimônio pessoal, nomeando-lhe um curador, para administração de seus bens.

20 : *Veteres voluerunt feminas, etamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse...* (MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **A lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1972. Táb. v, 1)

21 Que diz: "no direito pré-clássico, tendo em vista os termos da Lei das XII Tábuas, somente havia a curatela dos *furiosi*, no direito clássico é que, graças ao pretor, teria ocorrido a extensão da curatela aos dementes (ou *mentecapti*). (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 6. ed., Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2000. v. 2, p. 343.)

7. O INÍCIO E O FIM DAS PESSOAS NATURAIS

Alguém, para ser considerada uma pessoa ao nascer, à luz do Direito Romano, a condição normal era nascer com vida, estando totalmente separada do ventre materno, dar sinais de que tinha vida, apresentando rugidos ou vagidos, movimentos no corpo ou respiração, ter formato de pessoa humana e ainda ter tido um processo de gestação estendido ao período do sétimo mês, o que vale dizer, seis meses completos.²²

Essa mesma pessoa para ser sujeito de direitos e obrigações perante a ordem jurídica romana, precisava ainda reunir simultaneamente três elementos: *status libertatis* (ser livre), *status civitatis* (ser cidadão), *status familiae* (ser *sui iuris*).

É certo que, no direito contemporâneo, apenas sobreviveram dois desses estados da pessoa, ou seja, a nacionalidade e a família, levando-se em conta que todos os homens, ao nascer, são livres e capazes de direito e obrigações perante a ordem jurídica.

Tem-se que a personalidade civil do ser humano, ou seja, a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações, no mundo do direito, extingue-se com a sua morte.

A morte natural de uma pessoa, como se sabe, ocorre quando cessa a circulação sanguínea, pois cessa a oxigenação das células do corpo humano e, a partir deste momento, inicia-se biologicamente a deterioração e a decomposição do corpo humano. A partir desse fato temos o desaparecimento da pessoa humana, em termos de vida humana, do meio social onde ela vivia ou convivia.

O desaparecimento físico ou biológico da pessoa humana não ocorre concomitantemente com o da ordem jurídica, pois em direito verifica-se que a existência da pessoa natural se projeta no seu Espólio, para cuja tutela a lei garante um representante legal, até que efetivamente se pratiquem todos os atos necessários para se regularize por completo a vida jurídica terrena da pessoa, o que hodiernamente se faz por intermédio do processo judicial ou extrajudicial de inventário ou arrolamento de bens.

No Direito Romano, a extinção da pessoa natural operava-se com a sua morte, que coincidia com a sua morte biológica. Mas havia duas situações em que ela operava-se de forma distinta. A primeira era a hipótese em que o *de cuius* deixava bens e os seus herdeiros não viessem buscá-los de imediato, e isso configurava a *hereditas jacens* (herança jacente).

Neste caso, a herança jacente conserva a personalidade do defunto, até que os seus bens fossem entregues aos seus herdeiros ou sucessores, após a devida habilitação no inventário. Por uma ficção, o morto ficava aguardando os seus herdeiros aceitarem a sua herança deixada.²³

Sabe-se perfeitamente que no direito das sucessões moderno vige outro princípio, ou seja, o da *saisine*, do direito francês, onde o fato gerador do direito é a morte do autor da herança,

22 D. 25, 4, 1, 1 : *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel visceram.*
23 D. 41, 1, 34 : *hereditas jacens sustinet personam defuncti.*

e isso é o *quantum satis* para que se transmita de imediato, incontinenti, os seus bens, os seus direitos, aos seus herdeiros.²⁴

Outra hipótese, onde também o Direito Romano ditava regras distintas para a questão morte da pessoa natural, é para o caso de morte de várias pessoas estranhas, em um evento; por ficção considerar-se-iam todas mortas no mesmo momento.

No entanto, seria diferente se fossem de uma mesma família, constituída de pai, mãe e filho; o Direito Romano admitia o falecimento do filho em primeiro lugar, quando impúbere, e, se o filho era púbere, consideravam-se os pais mortos antes.²⁵

8. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE EM RELAÇÃO AOS MENORES IMPÚBERES E DAS MULHERES PERANTE O DIREITO ROMANO

O Direito Romano guardava grande preocupação em termos de defesa dos direitos dos menores impúberes e das mulheres; os primeiros em razão de sua tenra idade e as segundas porque eram consideradas pessoas frágeis, em razão do sexo e, por isso, deveriam estar sempre sob os cuidados de outrem, por não poderem se defender.

Na doutrina de Vandick da Nóbrega, “o menor, em Roma, com a morte do seu *paterfamilias* tornava-se juridicamente capaz, mas não podia exercer o completo gozo de seus direitos – não podia gerir o patrimônio. Por isso era submetido a uma tutela, que lhe permitia exercer direitos e gerir o seu patrimônio. Essa tutela era exercida sobre menores até a idade de 14 anos. Todavia os menores entre 14 e 25 anos de idade ficavam submetidos à curatela”.²⁶

Os pais poderiam proteger os seus filhos menores, em termos de guarda, por intermédio das tutelas, tendo em vista que poderiam deixar de exercer o pátrio poder sobre eles; e isso tanto poderia ocorrer em razão de sua morte, como também por sofrer uma *capitis deminutio máxima ou média*, que implicaria na perda dos *status libertatis e familiae*.

Assim, o *paterfamilias* poderia lançar mão, inicialmente, tanto da tutela testamentária como da legítima; e, posteriormente, já no período do direito clássico, ainda passou a contar com a possibilidade da tutela dativa, também denominada de honorária ou atiliana, que somente tinha sentido nas hipóteses da inaplicabilidade das duas anteriormente mencionadas.

Desde o Direito Romano quirritario, era vedado à mulher romana constituir tutela protetora

24 . Afirma o autor que o principio da transmissão *ex lege* dos bens hereditários aos sucessores universais do *de cuius* só foi introduzido no direito português, pelo alvará de 9 de novembro de 1754. Dali passou para o direito brasileiro, consolidado por Teixeira de Freitas, no art. 978. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 26. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. v. 7, p.14)

25 MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Instituições de direito romano**. 4. ed. São Paulo, SP: Max Limonad, 1971. p. 63.

26 NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e sistema do direito privado romano**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1959.

para os seus filhos ou exercê-la, levando-se em conta que era um ato próprio do detentor da capacidade jurídica plena, ou seja, do detentor do pátrio poder, o que vale dizer, era uma espécie de *virile officium*. Em razão do sexo, a mulher era excluída *ab omnibus officiis civilibus vel publicis* e, portanto, pessoa relativamente incapaz na família romana (*iure proprio*), ficando na condição de *fili familias*.

Posteriormente, com o abrandamento da rigidez do antigo Direito Romano (*ius quiritum*), a mãe viúva ou a avó foram beneficiadas com o exercício da tutela, desde que mantivessem o estado civil de viuvez, pois, com um novo casamento, voltariam à condição de pessoa subordinada (*alieni iuris*) e de, consequência, afetadas pela incapacidade. Tal situação ainda foi encartada no Código Civil brasileiro de 1916, somente sendo extirpada no ano de 1962, pelo Estatuto da mulher casada.²⁷

No que diz respeito à proteção das mulheres no Direito Romano, ela estava vinculada aos ditames dos *mores maiorum* e pelas *legis*. Infelizmente, ao se consultar a situação da mulher na história antiga, verifica-se que a sua situação sempre foi de inferioridade dentro do contexto de sua família.

No Direito Romano, a situação da mulher, infelizmente, também não era das melhores. Se ela estivesse vinculada à família romana como filha, onde existisse o *paterfamilias* estava subordinada a ele como pessoa *aliene iuris*; se ela fosse viúva dele, então era pessoa *sui iuris*, mas tão logo viesse a se casar e ficar vinculada ao seu marido, pela *conventio in manu*, retornava à mesma condição anterior, ficando sob a *manus* do novo marido.

O tutor era designado em Roma pelo *praetor urbanus de maioris partis tribunorum plebis sententia* e, nas províncias pelo governador. O único processo possível para constituição de tutela sobre as mulheres era a *auctoritatis interpositio*.

Com o decorrer dos tempos, o Direito das Gentes e o Direito Pretoriano foram abrandando a posição da mulher romana na família, sendo que a Lei Claudia eliminou a tutela legítima *adgnatorum* e, finalmente, uma constituição de Honório e Teodósio, em 410 d. C., acabou por conceder a todas as mulheres romanas o *ius liberorum*.

É de se ressaltar que a mulher *sui iuris*, mesmo que não viesse mais a se casar, ficaria submetida à *tutela mulierum*, nominada também de tutela do sexo.

9. A PROTEÇÃO PROCESSUAL DISPENSADA ÀS PESSOAS NATURAIS, EM TERMOS DE DIREITOS DA PERSONALIDADE, NO DIREITO ROMANO

Não se pode, modernamente, no Direito Processual Civil brasileiro atual²⁸, em particular,

27 BRASIL. Código Civil Brasileiro de 1916. São Paulo, SP: Saraiva. [196-]. Art. 6. São incapazes, relativamente a certos actos ou a maneira de exercer: Inc II – As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

28 Em matéria de Direito Processual Civil, no Brasil, como se sabe, vige o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) e inúmeras leis esparsas. A título de notícia, informa-se que tramita no

pensar quanto aos *Direitos da Personalidade* e seu exercício no mesmo sistema de proteção²⁹⁻³⁰ que era conferido pelo Direito Romano, até mesmo porque a *actio* Romana tinha outra concepção, como se exporá, em linhas gerais, adiante e, ainda, porque não se podia falar numa *organização judiciária, procedimento e processo*³¹, como ocorre hodiernamente.

Ademais, como se vê da evolução histórica do processo civil romano, que se desenvolveu de forma paulatina, inicialmente de caráter nitidamente de interesses privados, percebe-se a divisão em dois períodos: o sistema dos *iudicia privata*³² e o sistema da *cognitio extra ordinem*³³. Ainda se pode falar, de uma maneira bastante simplificada, que três são os sistemas de processo no Direito Romano: o da *legis actiones* (ações da lei)^{34,35}, o *processo formulário*³⁶ e o *extradonário*³⁷.

O Direito de ação, tal como se entende nos dias que correm, do ponto de vista meramente

Congresso Nacional um Projeto de Lei com vistas a um *Novo Código de Processo Civil*, já tendo sido aprovado no Senado Federal, estando, atualmente, tramitando na Câmara dos deputados.

29 Para proteção dos Direitos da personalidade, no Direito Processual Civil brasileiro, atualmente, pode-se pensar e utilizar do *Processo de Conhecimento (Tutela antecipada – art. 273, do CPC/73 e Tutela Específica – art. 461 do CPC/73)* e do *Processo Cautelar*.

30 Entre nós, no Brasil, ainda, pode-se pensar na proteção dos Direitos da Personalidade no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Confira-se, por exemplo, os *crimes contra a honra: calúnia* (art. 138 do CP), *difamação* (art. 139 do CP) e *injúria* (art. 140 do CP) e os *crimes contra o respeito aos mortos: impedimento ou perturbação de cerimônia funerária* (art. 209 do CPC), *violação de sepultura* (art. 210 do CP), *destruição, subtração ou ocultação de cadáver* (art. 211 do CP) e *vilipêndio a cadáver* (art. 212 do CP). A respeito da *iniuria* e da *actio iniuria* do Direito Romano, consulte Macarena Guerrero Lebrón, quando trata da Proteção jurídica da honra *post mortem* no Direito Romano, em especial o tópico da *Actio iniuriarum*. (LEBRÓN, Macarena Guerrero. **La protección jurídica Del honor post mortem em Derecho Romano y em Derecho Civil**. Granada, ESP: Comares, 2002, p. 5 *usque* 51)

31 A propósito, quando trata do Tribunal (*iudicium*) escreve Eduardo Vera-Cruz Pinto, “Em Roma, a competência para julgar estava dispersa, mesmo pulverizada por quase todos os cargos públicos, o que não permite falar de uma “organização judiciária” e ainda menos de um procedimento ou processo harmonizado”. (PINTO, Eduardo Vera-Cruz, 2010, op. cit., p. 466.)

32 É o primeiro processo, que percorre as épocas arcaica e clássica.

33 Surge no início do Principado. Neste momento percebe-se que a administração da justiça é tarefa própria e exclusiva do Estado, cabendo as partes, tão somente, a iniciativa do processo.

34 As ações da lei vêm desde os tempos primitivos de Roma até a *Lei Aebutia*, que, por sua vez, aboliu a *legis actiones*. Gaio (IV, 12) aponta cinco *legis actiones: per sacramentum, per iudicis postulationem, per conditiones, per manus injectionem, per pignoris capiones*.

35 Sobre a natureza e as características do processo romano, por meio da *legis actiones*, vale a pena transcrever os ensinamentos de Feliciano Seroa: Gi’ a da tutto quanto sopra esposto emergono natura e caratteri delle *legis actiones*. A) Esse sono schemi puramente processuali, assolutamente distinti dalle forme giuridiche di situazioni sostanziali con esse fatte valere. B) Conservano le trace di una pi’ u’ antica difesa privata e, talvolta, della lotta violenta fra i contendenti. C) Lasciano emergere ancora radici religiose e caratteri sacrali della contesa. D) Al carattere religioso e sacrale si collega in buona parte il loro rígido formalismo. E) Sono Schemi processuali tipici, in cui per’ o possono essere versati vari contenuti sostanziali”. (SERRAO, Feliciano. **Diritto privato economia e societ’ a nella storia di Roma I Dalla societ’ a gentilizia alle origini dell-economia schiavistica**. Napoli, ITA: Jovene, 2008. p. 434)

36 “Na vigência do *agere per formulas* havia casos em que o magistrado conhecia a questão litigiosa, fazia a prova dos factos e decidia o litígio através dum *decretum*. Portanto, o processo não se separava nas fases *in iure* e *apud iudicem* e tão-pouco havia um *iudex privatus* e o contrato arbitral que constituía a *litis contestatio*. Nesses casos não se tratava de um *iudicium* propriamente dito, mas duma simples *cognitio* designada *extra ordinem* ou *extraordinária cognitio*”. (JUSTO, A. Santos, 2008, op. cit., p. 389.)

37 O processo da *cognitio extra ordinem* teve seus precedentes na época do direito clássico.

formal ou processual foi fruto de uma lenta evolução histórica, ganhando foros de dignidade, com *status* próprio, por volta de 1850, numa polémica conhecida por Muther e Windscheid. Várias foram as teorias acerca da natureza jurídica do Direito de ação, desde a de Celso (teoria do direito civilista ou imanentista) até a teoria do direito autónomo e abstrato. O direito de ação, consoante se percebe, viveu e vive um vai-e-vem, como se fossem ondas.

Ressalte-se, por oportuno, que o interesse do presente texto é uma abordagem no que se refere aos *Direitos da Personalidade e sua protecção no âmbito do Direito Romano*. Em termos de ação, ou se preferir, *actio*, cabe desde logo acentuar que a mesma, “Em sentido material, é o instrumento jurídico que permite a uma pessoa obter a tutela dum direito subjectivo previamente reconhecido pelo ordenamento jurídico ou duma situação de facto que o magistrado prometeu proteger no seu *edictum*. A *actio* constitui, portanto, um meio que protege um direito subjectivo pré-existente pelo ordenamento jurídico (normalmente o *ius civile*) ou uma situação de facto que o magistrado considerou merecedora de protecção jurídica: no primeiro caso, temos a *actio civilis* ou *in ius concepta*; no segundo, a *actio praetoria*. Esta dualidade de *actiones* permite resolver o problema da relação entre *actio* e direito subjectivo (*ius*). No âmbito do *ius civile*, os direitos do *pater-familias* sobre pessoas e *res* sujeitas à sua *potestas* são anteriores às *actiones* que os tutelam; (...)”³⁸.

As ações do Direito Romano são *típicas*³⁹, porquanto iam brotando conforme fossem surgindo novas relações jurídicas litigiosas entre os sujeitos. Havia, assim, o direito lesado e a respectiva ação. Portanto, perfeitamente possível, nesse contexto, falar que não há direito sem ação, assim como não há ação sem o correspondente direito.

Se nesse período da história, no Direito Romano, é perfeitamente possível abordar acerca dos Direitos da Personalidade como um direito material, não há como não entender, também, pela protecção desses direitos pelo mesmo Direito. Pode-se vislumbrar, a título de exemplo, tal afirmação no caso da *capitis deminutio* (G. 1, 159). Na *capitis deminutio* verifica-se a alteração da capacidade de gozo ou personalidade, ou seja, alteração de um dos três *status*. Ocorria a *capitis deminutio máxima* quando se perdia a liberdade, como se constatava nas hipóteses dos escravos; a *capitis deminutio média* ocorria quando se conserva a liberdade, mas se perde a cidadania, por meio de uma condenação. Finalmente, na *capitis deminutio mínima* se verifica quando se muda de estado de família, como, por exemplo, no caso da adoção de uma pessoa *alieni iuris* ou da ad-rogação de uma pessoa *sui iuris*, na condição de *paterfamilias* e todos os

38 JUSTO, A. Santos, 2008, op. cit., p. 237.

39 Não se adentrará, aqui, no âmbito da classificação das ações e sua análise, no âmbito do Direito Romano, porque isto foge aos propósitos do presente texto. No entanto, aponta-se, para fins de registro, meramente exemplificativa, a seguinte classificação das ações: (1) *Actio civilis* e *actio honorária*, (2) *Actio in rem*, *actio in personam* e *actio mixta*, (3) *Vindicatio* e *condictio*, (4) *Actio in rem scripta*, (5) *Actio reipersecutória*, *actio penal* e *actio mixta*, (6) *Actio bonae fidei* e *actio stricti iuris*, (7) *Actio in bonum et aequum concepta*, (8) *Actio arbitrária*, (9) *Actio perpétua* e *actio temporária*. Prescrição, (10) *Actio directa* e *actio útil*, (11) *Actio privada* e *actio popular*, (12) *Actio ex contractu* e *actio ex delicto* (13) *Actio directa* e *actio contrária*, (14) *Actio simples* e *actio dupla*, e (15) *Actio praeiudicialis*.

demais membros de sua família.

É evidente que, dentro do sistema do ordenamento jurídico romano, toda vez que uma pessoa sofresse qualquer tipo de restrição aos seus direitos pessoais, em especial que viesse violar os seus direitos de personalidade, poderia se valer do direito processual romano, para que fosse viável a defesa de seus direitos.

Elimar Szaniawski, ao tratar *Da tutela da personalidade humana em Roma*, tecendo comentário, em particular sobre a capacidade dos escravos⁴⁰ e, principalmente, acerca da *capacidade processual*, apesar de registrar que, em Roma, muitos autores negassem essa capacidade⁴¹, ele a reconhece quando, com todas as letras, afirma: “(...) O escravo possuía capacidade religiosa, participando ativamente no *faz* e o sepulcro do escravo era considerado uma *res religiosa*. Apesar de os mais renomados autores negarem a capacidade processual dos escravos baseados em Gaio (D. 50, 17, 107) *cum servo nula actio*, esta posição encontra opositores que afirmam ter tido o escravo, em Roma, capacidade de estar em juízo demandando por sua própria liberdade. Exemplificando Robleda, esta tese, mediante a obtenção de liberdade pelo escravo por meio da libertação fideicomissária e pela liberdade concedida sob condição (Gaio 2, 200; ULP 2, 1; D. 35, 15 ULP). Na liberdade fideicomissária, quando o herdeiro, legatário, ou fideicomissário deixasse de cumprir a *clausula testamentaria*, não alforriando o escravo, poderia, o mesmo, dirigir-se ao *iudex* e requerer sua libertação pois possuía o *direito de agir*. Igualmente, o *statuliber* tinha a possibilidade de se dirigir ao *iudex* para a verificação do implemento da condição estipulada. Assim, se infere que possuía, o escravo, desde logo, um direito a liberdade e, posteriormente,

40 O escravo, no Direito Romano, mereceu um tratamento protetivo, tanto que muitas leis foram editadas para esse fim. Silvio A. B. Meira, ao escrever sobre o tema, **proteção do escravo**, assim manifestou: “Concorrem para as medidas protecionistas as idéias novas, que se infiltraram em Roma: o estoicismo grego, ao fim da República; o Cristianismo, durante o Império. O tratamento brutal que sofriam muitos escravos deu margem ‘a reação do Poder Público, que passou a promulgar leis protecionistas. 32. – **Lei Petronia**. D. 48.8. 11.2. *Modestino*: A lei Petronia proibiu aos senhores destinar seus escravos para as lutas com as feras, nos circos, slavo quando o fizessem como penalidade e com autorização do magistrado. Segundo as Institutas de *Gaio*, o senhor de um escravo assassinado poderia intentar ação criminal contra o homicida (Ins. III, 213). *Antonino Pio* estabeleceu que o senhor que tirasse a vida de seu próprio escravo seria considerado homicida e punido com as penas legais (ponto e vírgula) aquele que praticasse maus tratos sobre o escravo poderia ser obrigado a vendê-lo. *Cláudio* retirava ao senhor o direito de propriedade sobre o escravo, que abandonasse velho ou doente (*Suetônio*, Claud. 25). *Justiniano* conferiu a cidadania ao escravo doente, abandonado por seu senhor, C. 7. 6, Cost. 1. 3 *latina libertate tolenda et per certos modos in civitatem romanam transfusa*. Os escravos, que antigamente não demandavam em Juízo, poderiam, ao fim do Império, queixar-se aos magistrados contra os seus senhores (ponto e vírgula) as obrigações contraídas pelos escravos não deviam merecer amparo judicial. Admitiu-se, então, que, após a obtenção da liberdade, os direitos decorrentes dessas operações poderiam ser objeto de demanda em Juízo, como obrigações naturais. E o próprio parentesco – *cognatio servilis* – constituía impedimento para casamento entre libertos. Os escravos públicos (*servici publici*) dispunham de poderes para elaborar testamentos até ‘a metade do respectivo peculio”. (MEIRA, Silvío Augusto de Bastos, 1971, op. cit., p. 76-77).

41 Afirma o Autor: “Em Roma, para podder ejercitar una acción, es preciso ser ciudadano romano y paterfamilias; las mujeres, mientras existió la tutela, podían litigar con la *auctoritas de su tutor*. Pero además de esta capacidad de carácter general, debían estar legitimados los litigantes para poder entablar un determinado proceso. Las partes podían actuar en el proceso representadas por otras personas: el cognitor o el procurador. El primeiro sustituye realmente a la persona del demandante al ser nombrado *certis verbis y coram adversário* para litigar contra el, puesto que su nombramiento como tal se há realizado ante el pretor.” (GARRIDO, Manuel Jesús García. **Casuismo y jurisprudência romana (respuesta)**. 4.ed., Madrid, ESP: Ediciones Académicas, 2008. p. 47)

teria direito para defendê-la. Vamos encontrar diversas hipóteses que confirmam a existência de capacidade processual dos escravos: quando ocorria a supressão de cláusula testamentaria onde o *dominus* concedia a alforria ao escravo (D. 35, 1,51): na liberdade obtida *empra propriis*, segundo constituição de Marco Aurelio e Lucio Vero, ou ainda no *favore libertatis*, hipóteses em que o escravo poderia, administrativamente ou mesmo, judicialmente, garantir a obtenção de sua libertação, demonstram a subjetividade e a personalidade desses indivíduos que sofreram a *capitis deminutio máxima*. Assim, discordamos dos que ensinam que, no Direito Romano, escravos e estrangeiros não eram *personas*, mas meras *res* e, por terem sofrido a *capitis deminutio máxima*, teriam perdido sua capacidade jurídica, não sendo mais *caput*.⁷⁴²

Temos que a proteção das pessoas no Direito Romano ocorria por intermédio da *actio iniuriarum*, sendo certo de que, inicialmente, destinava-se apenas a proteger as ofensas à vida e à integridade física e, posteriormente, também protegia aos que fossem ofendidos em sua personalidade, apenas dependendo da comprovação da caracterização do *animus injuriandi* no que diz respeito ao ofensor, de tal modo que o direito pretoriano acabou por ampliar a proteção, abrangendo também a liberdade e a honra da pessoa.

Assim, como se pode observar, não há por que não se vislumbrar, no Direito Romano, o tratamento dispensado aos Direitos da Personalidade, enquanto direito material e, bem assim, o tratamento protetivo, também em nível processual. Evidentemente, que o tratamento, em termos de regramento, neste último nível é bem mais modesto, se comparado ao direito atual. Mas, o que se pode afirmar é que ele não deixou de merecer a atenção por parte dos Romanos.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, buscou-se resgatar a origem da palavra pessoa (*persona*), do mundo teatral e demonstrar como ela transmutou-se da linguagem cotidiana da vida artística para a linguagem jurídica, onde o vocábulo identificava a própria pessoa, no seu *modus vivendi* no seio da sociedade romana.

Posteriormente, fez-se uma abordagem, no âmbito do Direito Romano, visando a demonstrar o que se entendia por pessoa natural ou física e pessoa jurídica e como esse direito admitia a existência de cada uma delas em seu ordenamento.

Procurou-se demonstrar a distinção entre capacidade de fato e capacidade de direito no âmbito do Direito Romano, mediante a análise das causas que restringiam o exercício da capacidade civil plena, de um cidadão romano, no âmbito das duas capacidades.

Ficou evidenciado que as pessoas físicas ou naturais estavam vinculadas a um *status* social perante o Direito Romano, onde eram distinguidas entre ter capacidade plena e capacidade

42 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP:Revista dos Tribunais, 2005, p. 29 e 30.

não plena, donde se constatou que não obstante a pessoa ser um *aliene iuris*, *verbi gratia* na condição de escravo, useja, objeto de direito, mesmo assim poderia deter a capacidade de fato ou exercício, a tal ponto que praticava atos em nome de seu *dominus* e este poderia responder por tais atos, perante terceiros.

No contexto da família romana, verificou-se que o conjunto de pessoas que a constituía estava sob a administração de um chefe familiar, ou mais precisamente, o *paterfamilias*, a quem a ordem jurídica romana nominava de pessoa *sui iuris* e todas as demais pessoas lhe estavam subordinadas e eram nominadas de *aliene iuris*.

Pode-se dizer que o *paterfamilias* estava para a sua família assim como o Imperador estava para Roma, tamanho era o poder do chefe de uma família romana, que chegou inclusive ao *ius vitae ac necis.*, ou seja, o direito de vida e morte, sobre qualquer membro de sua família, assim como o Imperador também tinha o direito de vida e de morte, sobre qualquer súdito do seu vasto Império.

Assim, concluiu-se que a pessoa romana que chegasse a deter o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*, sendo um *paterfamilias*, então essa pessoa era detentora de uma personalidade jurídica plena perante o Direito Romano, de modo que esse *status* social somente poderia ser alterado, caso viesse sofrer algum tipo de redução de capacidade, fato possível por intermédio da *capitis deminutio* máxima, média ou mínima ou com a extinção em decorrência de sua morte.

Pelo que se depreendeu desse estudo, verificou-se que a tutela dos direitos da personalidade das pessoas romanas estava nas mãos do Estado Romano pelo império da lei e nas mãos do *paterfamilias*, por intermédio da *patria potestas*. A primeira justiça, que alcançava as pessoas romanas era a familiar, onde o *pater* chefiava a sua família, distribuía a justiça no interior dela entre os seus membros e, ainda, como sacerdote, presidia as solenidades religiosas; e, a segunda, era a aplicada pelo Estado.

Quando ocorria a inexistência do exercício da *patria potestas*, que poderia se extinguir por motivo de morte, perda da liberdade ou cidadania, em razão de ter sofrido o *paterfamilias* uma *capitis deminutio* máxima ou média, a proteção das pessoas dava-se por intermédio de uma tutela testamentária, onde a precaução do *pater* solucionava a sua futura ausência, ou então o Direito Romano resolvia pela tutela legítima, observando a preferência, para o exercício do *munus* pela ordem do parentesco familiar. E, por último, no período clássico, surgiu, ainda, a tutela dativa ou honorária, aplicada na impossibilidade de lançar mão de uma das duas anteriores.

As tutelas testamentária e legítima visavam a proteger as pessoas em razão de idade ou sexo, enquanto que a tutela dativa ou atiliana tinha a finalidade não somente de proteger o patrimônio, mas também as pessoas dos pupilos que a ela ficava subordinados.

O exercício da proteção da mulher perante o Direito Romano se dava, em primeiro lugar, pelo seu *paterfamilias*, perante o qual tinha a condição de *fili familias*, fosse filha, fosse a esposa

no casamento *conventio in manum*.

Temos que, mesmo que a mulher romana se tornasse pessoa *sui iuris*, com a morte do *paterfamilias* ela ficava submetida à *tutela mulierum*, sendo certo que, somente com a constituição de Honório e Teodósio no ano de 410 d. C., é que foi concedido a todas as mulheres romanas o *ius liberorum*.

Em termos de proteção de pessoa, no Direito Romano, no que diz respeito aos Direitos da Personalidade, verifica-se que, efetivamente, a proteção processual buscava-se por intermédio da *actio iniurarium*, inicialmente com aplicação restrita, mas depois ampliada pelo direito pretoriano, abrangendo, além da proteção contra as ofensas à vida e à integridade física, também os que fossem ofendidos em seus direitos de personalidade, no que se refere à liberdade e à honra, apenas ficando na dependência da prova da configuração o *animus injuriandi* por parte do ofensor.

A realidade é que analisar a aplicabilidade do *Ius Romanum* no que diz respeito à capacidade jurídica e de agir, com relação às pessoas, é um tema complexo e controvertido perante os próprios romanistas, levando-se em conta a durabilidade da existência do Império Romano e a sua ordem jurídica, que abrange desde a fundação da cidade de Roma até a queda do Império Romano no Oriente. Para isso há que se levar em conta as três fases do Direito Romano, ou seja, Direito das quiritas, o Período Clássico e o Pós-Clássico, quando, certamente, muito foram se alterando os conceitos e o pensamento jurídico acerca dos direitos de personalidade entre o tempo que demandou essas fases.

REFERÊNCIAS

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Historia del derecho romano**. Tradução de Francisco de Pelsmacker e Ivañes, Madrid, ESP: [s.n.], 1980.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. Quattordicesima Edizione Riveduta. Napoli, ITA: Eugenio Jovene, 2006

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 1916. São Paulo, SP: Saraiva. [196-].

COSTA, Moacyr Lobo da Costa. **Gaio: estudos biobibliográficos**. São Paulo, SP: Saraiva, 1989.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra, PT: Coimbra, 1995.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 2. ed., Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1954.

GARRIDO, Manuel Jesús Garcia. **Casuismo y jurisprudência romana (respuesta)**. 4. ed. Madrid, ESP:Ediciones Académicas, 2008.

GIGLIO, Alfredo José F. Del. **Direito romano**. São Paulo, SP: José Bushatsky, [19--?]. v. 2.

IGLESIAS, Juan. **Instituciones de derecho romano**. Barcelona, ESP: Casa Provincial Caridad, 1950, v.1.

INSTITUTAS do imperador Justiniano. Tradução. J. Cretella Junior; Agnes Cretella. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000.

JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano** 4. ed. Coimbra, PT: Coimbra, 2008. v. 1

LEBRÓN, Macarena Guerrero. **La protección jurídica del honor post mortem em derecho romano y em derecho civil**. Granada, ESP: Comares, 2002.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Instituições de direito romano**. 4. ed, São Paulo: Max Limonad, 1971.

_____. **A lei das XII Tábuas: fonte do direito público e privado**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1972.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo, SP: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Curso de direito civil**. 37. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. v. 2.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2000, v. 2.

NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e sistema do direito privado romano**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1959.

NOVISSIMO digesto italiano. Diretto da Antonio Azara; Ernesto Eula. Vocabulo Persona Fisica. 3. ed. Torino, ITA: Editrice Torinese, 1957.

NUOVO Digesto Italiano. A Cura di Mariano D'Amelio. Primo Presidente della Corte di Cassazione. Vocabulo Docimasia. Torino, ITA: Editrice Torinese, 1938.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de direito romano**, Cascais, Lisboa, PT: Principia, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 26. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. v. 7.

SERRAO, Feliciano. **Diritto privato economia e società nella storia di Roma 1 Dalla società gentilizia alle origini Dell'economia schiavistica**. Napoli, ITA: Jovene, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

Recebido em: 10 Novembro 2010

Aceito em: 10 Novembro 2011