

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

ANA KELLY MILEO KRAVUTSCHKE

HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL ROMANO

CURITIBA

2018

ANA KELLY MILEO KRAVUTSCHKE

HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL ROMANO

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, do Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Marcelo Bueno Mendes

CURITIBA

2018

ANA KELLY MILEO KRAVUTSCHKE

HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL ROMANO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela banca examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Professor Membro da Banca

Curitiba, ____ de _____ de 2018.

“Primeiro levaram os judeus,
e eu não protestei porque não sou judeu.

Depois levaram os comunistas,
e eu não protestei porque não sou
comunista.

Então levaram os sindicalistas,
e eu não protestei porque não sou
sindicalista.

Então me levaram,
e já não havia ninguém para protestar por
mim”.

(Pastor Martin Niemöller)

SUMÁRIO

RESUMO.....	01
1 HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL ROMANO.....	02
1.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA.....	02
1.2 FONTES DE DIREITO ROMANO.....	03
1.3 LEI DAS XII TÁBUAS.....	05
2 DIREITO CIVIL ROMANO.....	07
2.1 PARTE GERAL.....	07
2.1.1 Direito Objetivo.....	07
2.1.2 Direito Subjetivo.....	08
2.1.3 Pessoa Física.....	09
2.1.3.1 Vida extrauterina.....	09
2.1.3.2 Necessidade de forma humana.....	10
2.1.3.3 Personalidade e capacidade jurídica.....	10
2.1.3.4 Causas restritivas da capacidade jurídica.....	11
2.1.4 Pessoa jurídica.....	12
2.1.4.1 Direito pré-clássico.....	12
2.1.4.2 Direito clássico.....	13
2.1.4.3 Direito pós-clássico.....	14
2.2 PARTE ESPECIAL.....	16
2.2.1 Direitos das Coisas.....	16
2.2.1.1 Propriedade.....	17
2.2.1.1.1 Modos de aquisição à título originário.....	18
2.2.1.1.2 Modos de aquisição à título derivado.....	19
2.2.1.1.3 Outras formas de aquisição de propriedade.....	20
2.2.1.2 Posse.....	20
2.2.1.2.1 Servidões prediais.....	21
2.2.1.2.2 Usufruto.....	22
2.2.1.2.3 Superfície.....	23
2.2.1.2.4 Penhor.....	24

2.2.1.2.6 Hipoteca.....	24
2.2.2 Direito das Obrigações.....	24
2.2.2.1 Relação jurídica obrigacional.....	25
2.2.2.2 Objeto da obrigação.....	26
2.2.2.3 Reforço e garantia das obrigações.....	26
2.2.2.4 Transmissão de obrigações.....	28
2.2.2.5 Modos de extinção das obrigações.....	29
2.2.2.6 Outros modos de extinção das obrigações.....	31
2.2.3 Direito de Família.....	31
2.2.3.1 Família <i>proprio iure</i>	32
2.2.3.2 Família natural.....	32
2.2.3.3 Procriação em justas núpcias.....	33
2.2.3.4 Adoção.....	34
2.2.3.5 Legitimação.....	35
2.2.3.6 Tutela e curatela.....	35
2.2.4 Direito das Sucessões.....	36
2.2.4.1 Testamento e sucessão testamentária.....	37
2.2.4.2 Sucessões <i>ab intestato</i> ou legítima.....	38
2.2.4.3 Herança.....	38
2.2.4.4 Partilha.....	39
2.2.4.5 Colação.....	40
2.2.4.6 <i>Ius accrescendi</i>	40
2.2.4.7 Codicilo.....	40
2.2.4.8 Legado.....	41
2.2.4.9 Fideicomisso.....	41
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar a importância do estudo Direito Civil Romano, visto que, o nosso atual Código Civil Brasileiro, até hoje, é composto de diversos institutos oriundos das leis romanas. Encontramos influência do Direito Romano no direito das coisas, no direito da obrigação, direito de família, no direito sucessório, os quais foram objeto deste trabalho, mas, também, podemos observá-lo no direito processual civil, no direito penal, no direito contratual, no direito público, etc., sendo assim, é de grande valia seu aprendizado, pois proporciona um estudo mais aprofundado das origens do direito que compõe nosso arcabouço jurídico atual. A Lei das XII Tábuas foi a primeira legislação escrita, equiparando patrícios e plebeus, igualando em direitos e deveres toda uma sociedade, que outrora se mostrava desorientada. Assim sendo, ressalta-se que é riquíssima fonte de direito privado, pois foi a primeira sistematização de matéria jurídica, concedendo-lhe um caráter científico.

Palavras-chave: direito civil romano, lei escrita, institutos de direito civil.

1 HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL ROMANO

1.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA

O direito romano se conceitua num conjunto de normas existentes na sociedade romana (regras costumeiras) desde suas origens, teoricamente, em 754 a.C. até 565 d.C., quando ocorreu a morte do imperador Justiniano. Divide-se, em história externa e história interna ou fases do desenvolvimento do *ius romanum*, sendo esta, o objeto deste trabalho.

A história interna abrange as instituições de direito privado romano ou sistema de direito privado romano. É dividida em três fases:

a) Direito pré-clássico ou antigo (que data das origens de Roma até, aproximadamente, entre 149 e 126 a.C.), sendo o período rudimentar da formação das instituições jurídicas, e, conforme Santos (2013, p. 12), “(...)primava pelo formalismo, pela rigidez e pela identidade entre direito, moral e religião, sendo que somente em torno de 451 a.C., com a elaboração da Lei das XII Tábuas, tornando o direito menos costumeiro, ou seja, não escrito, pelo escrito. Já em 242 a.C., visto a necessidade comercial que se estabelecia, nasceu o *ius gentium* ou direito dos povos, o qual regulava as práticas comerciais entre romanos e estrangeiros.

Conforme Giordani (1997, p. 5), “em virtude do *ius gentium* houve aquisição e gozo de certos direitos privados, comuns a cidadãos romanos e a estrangeiros”. Sendo assim, o *ius gentium* originou um direito comum à todos, oriundo da necessidade das atividades comerciais, como forma de resolução de conflitos entre cidadãos romanos e estrangeiros.

b) Direito clássico, o qual se iniciou em 126 a.C. e terminou em 305 d.C., conforme ressalta Santos:

“É o tempo do apogeu do Direito Romano, quando atingiu sua maior perfeição. É a época dos grandes juristas e das escolas de discussão

do direito. Perdeu força o formalismo e foi atenuada a influência da religião, mercê do contato com outras culturas, do trabalho dos juristas, do próprio desenvolvimento da mente humana.”¹

A filosofia grega contribuiu, neste período, de forma robusta, embasando uma nova visão, interpretação e aplicação do direito. Surge, também, a jurisprudência. Neste período o Estado começa a ser participativo na formulação de leis, com os imperadores iniciando a editar constituições imperiais, alterando, portanto, as fontes antigamente utilizadas. Houve, também, o abrandamento das regras, que eram rígidas e formais, inserindo a questão da equidade e senso de justiça.

c) Direito pós-clássico ou romano-helênico (até a data da morte de Justiniano, 565 d.C.). Apontado como o tempo de decadência do direito, pois houveram influência do direito oriental e do cristianismo. Era elaborado quase exclusivamente pelo Estado, havendo, neste período, compilações foram realizadas, destacando-se o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.

Depois da morte de Justiniano, o Direito Romano passou a ser nomeado como Direito Bizantino, até o advento da queda de Constantinopla por Maomé II, no ano de 1453.

A grande herança jurídica do Direito Civil Romano, provém, certamente do *Corpus Iuris Civilis*, organizado por determinação de Justiniano por uma comissão de juristas, no século VI, ultrapassando fronteiras e influenciando sistemas jurídicos de diversos países até hoje.

1.2 FONTES DE DIREITO ROMANO

Entende-se como fonte de direito romano o órgão produtor, revelador, elaborador, de criação ou origem da norma jurídica, tais como: o costume, a lei, os editos dos magistrados, plebiscitos, interpretação dos prudentes.

¹ SANTOS, 2013, p. 14.

Os costumes, que compreendiam o *ius non scriptum*, são as tradições transmitidas entre as gerações que coordenavam o relacionamento humano, sem a intervenção da lei. É a forma mais antiga e espontânea do nascimento de um direito, sendo passadas entre gerações. Foi minimizada sua influência em razão do surgimento da lei escrita.

Já a lei possui duas modalidades: a *lex rogata* e a *lex data*. A primeira emanada de um magistrado ou de um tribuno da plebe (desde quando os plebiscitos foram equiparados às leis); a segunda oriunda de um magistrado que recebera poderes específicos. De grande valor também, a *Lex Aebutia* (século II, a.C.) que introduziu o processo formulário e a Lei das XII Tábuas (uma *lex data*), uma das mais importantes da época.

O edito ou *edictum* dos magistrados eram promulgações feitas pelos magistrados romanos (*ius edicendi*). Era uma proclamação oral de um tipo de programa do magistrado no início do ano em que desempenharia sua função, na qual os particulares deveriam se pautar para obter a tutela de seus direitos. O edito era *perpetuum* ou *repentinum*, conforme Alves:

“*Edictum perpetuum* (edito permanente – esse o significado de *perpetuum* nessa expressão) era aquele divulgado no início de cada ano, e destinado a perdurar durante esse espaço de tempo. *Edictum repentinum* (edito imprevisto) era o promulgado pelo magistrado – e divulgado numa assembleia popular – para regular situações não previstas no *editum perpetuum*.”²

Considera-se fonte de direito tais editos porque, além de relacionar os meios de proteção aos direitos constantes no *ius civile*, concediam também medidas judiciais que tinham a finalidade de corrigir, afastar ou suprir a sua aplicação, quando ele fosse insuficiente. Com a Lei *Aebutia*, a qual instituiu o processo formulário há um aumento dessa interferência dos magistrados, os quais passaram a redigir um documento

² ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. *Direito Romano*. 18ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 25.

chamado “fórmula”, que elencavam a demanda a ser apreciada pelo juiz negando ou criando direitos decorrentes do *ius ciuile*.

O plebiscito (do latim *plebe* e *scitum*) era a ordem da plebe. Era deliberada nos comícios através da proposta de um magistrado plebeu. Inicialmente, somente era direcionada aos plebeus, sendo, a partir da *Lex Hortensia de Plebiscitis* (286 a.C.), englobando todos os cidadãos, a qual estabeleceu a aplicação do plebiscito para todos os romanos, pois, antes dessa lei, os patrícios não se achavam vinculados às deliberações.

Já a interpretação dos prudentes, que são os juristas que prestavam consultas públicas, equivale à jurisprudência que significa “interpretação das leis”. Há três aspectos de sua atividade: *cauere*, *agere* e *respondere*. Nóbrega explica cada uma delas conforme a seguir:

“*Cauere* é uma medida de precaução que os cidadãos deviam tomar, quando tivessem que realizar oralmente ou por escrito algum ato jurídico. Os prudentes eram ouvidos na defesa do interesse da parte (...). *Agere* (...) é a expressão geral que o “prudente” dava à causa perante o Tribunal (...). *Respondere* é atividade mais importante dos *prudentes* e consiste em responder às consultas sobre questões a eles submetidas por quem tivesse algum interesse em determinado caso. Muitas vezes a simples resposta do “prudente” dirimia dúvidas e evitava tempo perdido numa causa forense.”³

1.3 A LEI DAS XII TÁBUAS

Segundo a história, a Lei das XII Tábuas, também denominada *Lex XII Tabularum* ou *Lex Decenviralis*, surgiu da luta entre a plebe e o patriciado, com a finalidade de determinar a lei a ser aplicada, não deixando o arbítrio dos magistrados patrícios contra a plebe. Houve a concordância entre eles da criação de uma magistratura de dez membros (*decemviri legibus scribundis*), que teriam a função de

³ NÓBREGA, Vandick Londres da. **Compêndio de Direito Romano. Volume I.** 6ª ed. Revista e aumentada. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1970. p. 112.

redigir um código que fosse aplicável igualmente a todos os romanos, seja patrício, seja plebeu. Em 452 a.C. são eleitos os dez membros (chamado decênviros), o quais, em 451 a.C., formulam um código com dez tábuas. Em 450 a.C., visto a necessidade de complementação, mais duas tábuas foram escritas, tornando-se, assim, doze. Segundo Santos:

“Ela representa o *ius civile* romano que evoluiu e se transformou, constituindo o maior contributo jurídico-cultural legado à humanidade pelo povo romano.”⁴

Consistia em um conjunto de normas que tinha por objetivo estabelecer a igualdade jurídica entre os cidadãos romanos (patrícios e plebeus). Versava sobre diversas searas, sobretudo a justiça privada, crimes, processo civil romano, direito de crédito, direito público, etc. Os romanos as consideravam fonte de todo o direito público e privado. Foi uma das primeiras leis que eliminaram a diferença de classes.

Segundo Alves, “por pretenderem os decênviros perpetuar-se no poder, há revolta popular que os depõe”.⁵

1.4 *CORPUS IURIS CIVILLIS*

Após assumir o poder, Justiniano (528 d.C.), nomeou uma comissão de dez membros para realizar a compilação as constituições imperiais vigentes. Em 529 d.C. já estava pronta. Após a compilação das *leges*, era necessário resolver as questões dos *iura*, que ainda não tinham sido compilados, pois havia entre os jurisconsultos diversas controvérsias a dirimir. Para sanar esse problema, Justiniano expediu 50 constituições. Em 530 d.C., Justiniano encarrega 16 membros para compilar os *iura*, com prazo de termina-los em 10 anos. Porém, o concluíram em apenas três anos. Era

⁴ SANTOS, 2013, p. 61.

⁵ ALVES, 2018, p. 26.

o chamado *Digesto* ou *Pandectas*. Findo o *Digesto*, Justiniano pediu a três de seus compiladores que redigissem um manual escolar, com a finalidade de prover uma introdução ao direito compendiado no *Digesto*. Assim, nasceram as *Institutas*.

Porém, como salienta Alves, com o *Digesto*, surgiu um problema:

“(…) entre o *Nouus Iustinianus Codex* e as *Pandectas* havia contradições que necessitavam de ser sanadas. Por isso Justiniano nomeou comissão de cinco membros para atualizar o *Codex*. Em 29 de dezembro de 529 d.C., a nova edição do Código foi promulgada.”⁶

Após elaboradas, Justiniano realizou alterações legislativas por meio de constituições imperiais, as chamadas *Nouellae* ou *Novelas*.

A todos esses conjuntos legislativos, o romanista francês Dionísio Godofredo, no ano de 1538, o denominou de *Corpus Iuris Civilis*.

2 DIREITO CIVIL ROMANO

2.1 PARTE GERAL

2.1.1 Direito Objetivo

O Direito Objetivo classifica-se quanto à forma, à fonte, à extensão e ao interesse.

⁶ ALVES, 2013, p. 50.

Quanto à forma, divide-se em *ius scriptum* (direito escrito) e *ius non scriptum* (direito não escrito), sendo derivadas de ideias gregas. A primeira, é representado pela lei, e, a segunda é representada pelo direito consuetudinário.

Quanto à fonte, o direito objetivo classifica-se em *ius civile* (direito civil), *ius honorarium ou praetorium* (direito honorário ou pretoriano) e *ius extraordinarium* (direito extraordinário). O *ius civile* é constituído pelo costume, lei, *senatusconsulto*, resposta dos jurisconsultos e as constituições imperiais. O *ius honorarium* ou *praetorium* se constituíam dos editos dos magistrados com funções judiciárias. Já o *ius extraordinarium* era formado pelas constituições imperiais. Após o período pós-clássico, esta divisão não mais é utilizada, sendo compilada em um sistema único, chamado *ius civile*. Subdivide-se em fonte de produção e cognição, sendo aquela a elaboração de leis materiais formais e materiais, sendo o primeiro proveniente do *senatusconsulto* e o segundo proveniente do Senado Romano. As fontes de cognição se subdividem-se em jurídicas e extrajurídicas. As judiciais são oriundas de fontes de produção formais, como, por exemplo, a Lei das XII Tábuas; enquanto as extrajurídicas são provenientes de autores literários, inscrições em moedas, monumentos, notícias que tomamos conhecimento daquele contexto histórico.

Quanto à extensão, divide-se em *ius comune* (direito comum) e *ius singulare* (direito singular). O primeiro fazia referência à pessoas, coisas e relações jurídicas em geral, o segundo, a certa categoria de pessoas e relações jurídicas.

Quanto ao interesse, classificava-se em *ius publicum* (direito público) e *ius privatum* (direito privado). Ulpiano conceituava que o *ius publicum* é aquele que fazia referência ao interesse do Estado Romano, enquanto *ius privatum* fazia referência aos direitos dos particulares.

2.1.2 Direito Subjetivo

Forma-se a relação jurídica quando a norma concede à determinada parte o direito de exigir da outra, determinado comportamento. Àquele é titular do direito jurídico subjetivo, sendo, aquele o titular do dever jurídico. Tal relação é

composta por duas partes, sendo assim, composta por um direito subjetivo e um dever jurídico.

“Em face dessa colocação, o direito subjetivo nada mais é do que a relação jurídica focalizada pelo seu aspecto dominante de poder. Por isso, Perozzi o define como a *faculdade concedida pelo direito objetivo a alguém de exigir um certo comportamento de outrem.*”⁷

2.1.3 Pessoa Física

Não há direito sem um titular que o possua, sendo necessário a existência de uma pessoa. Porém, no Direito Romano, os escravos não eram considerados pessoas, ou seja, não eram detentores de direitos, mas sim considerados coisas. O nascimento e a morte eram o marco do início e o fim da pessoa física.

2.1.3.1 Vida extrauterina

Para os juristas romanos, o feto apenas era composição das vísceras da mulher, não possuindo direitos. Havia, portanto, a necessidade de nascer com vida e possuir forma humana. O nascimento poderia ocorrer pela forma natural ou pela cirúrgica, o qual se realizava somente em mulher que falecesse quando grávida.

Porém, não bastava apenas o nascimento, devendo possuir vida ao nascer.

A ordem jurídica não o reconhecia como sujeito de direitos, mas havia uma expectativa dele ser, portanto, protegia antecipadamente direitos que poderia vir à ter. Sendo assim, tinha o direito de ser nomeado herdeiro em um testamento, devendo, a mulher que o estava gerando, instituir o *curator uentris*, ou seja, um curador. Surgiu,

⁷ ALVES, 2018, p. 91.

então, no direito justiniano, a regra de que consideraria como vivo o nascituro quando se tratasse de vantagem ao seu favor (*in rerum natura esse*).

2.1.3.2 Necessidade de forma humana

Não havia definição do que era aquele sem forma humana. Até o século XIX, considerou-se *monstrum* aquele que nascesse com aspectos físicos típicos de conformações animais, sendo, teoricamente, gerado da relação da mulher com animais. Não há definição para o nascido de um ser humano que não venha a ter forma humana. Posteriormente, a ciência comprova que a relação entre o ser humano e outras espécies não geraria, de modo algum, um híbrido. Porém, eram considerados monstros aqueles que:

a) nasciam com configuração animalesca (os romanos acreditavam que poderia haver híbridos proveniente da relação de humanos e animais);

b) nasciam com deformidades físicas excepcionais, como, por exemplo, a anencefalia.

2.1.3.3 Personalidade e capacidade jurídica

Personalidade jurídica é a aptidão daquele capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Porém, Alves ressalta uma distinção entre personalidade e capacidade jurídica no Direito Romano:

“(…) A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade. No direito romano, há exemplos esclarecedores dessa distinção. Basta citar um: no tempo de Justiniano, os heréticos (que eram pessoas físicas; logo possuíam personalidade jurídica) não podiam receber herança ou legado (por

consequente, sua capacidade jurídica era menor do que a de alguém que não fosse herético).”⁸

No direito romano, haviam dois requisitos para o ser humano adquirir personalidade jurídica: ser livre e ser cidadão romano. Ou seja, excluem-se os escravos e os estrangeiros. Paulatinamente, foram sendo atribuídos aos estrangeiros alguns direitos, passando, o quesito de cidadão romano a ter influência na quantificação da capacidade jurídica apenas, não interferindo na personalidade jurídica.

2.1.3.4 Causas restritivas das capacidades jurídicas

Dentre as diversas causas que restringem a capacidade jurídica, estão: a condições de liberto, a infâmia, a religião, o sexo feminino e o exercício de função ou cargo público.

Haviam dois tipos de pessoas livres: o liberto era aquele que nasceu na condição de escravo e conseguiu sua alforria ou nasceu livre, mas tornou-se escravo e reconquistou sua liberdade; o ingênuo era aquele que não havia sido escravo, ou, se foi, readquiriu sua liberdade retroativamente devido à ficção do *postiliminius* (romano que fora capturado pelo inimigo e voltava ao território de origem recuperando seus direitos). Porém, não adquiria de imediato caso fosse pago pelo *redemptor* o valor de resgate. Somente após o ressarcimento é que se tornaria livre.

Os infames eram aqueles que não se portavam conforme os costumes romanos, preceitos de direito, moral e honradez.

A religião predominante, inicialmente, era o paganismo romano, sendo tolerante com as demais religiões. Enquanto houve seu predomínio, permitiam que se praticasse em Roma apenas religiões que não causassem perturbação à ordem pública. O cristianismo não era perseguido por razões religiosas, mas políticos, pois

⁸ ALVES, 2018, p. 103.

havia aqueles que se recusavam a participar do culto ao imperador, configurando crime de lesa-majestade, sendo punidos com a pena de morte. Após ocorrer o predomínio do cristianismo, iniciou-se ataques às demais religiões, resultando na diminuição da capacidade jurídica dos não cristãos.

A mulher não podia exercer função pública, não podia fazer testamento, não podia ser testemunha, não podia litigar, não podia ser chefe de família, etc.

Algumas funções ou cargos públicos precediam de limitações na capacidade jurídica. Senadores, por exemplo, não podiam se casar com mulher de costume ou profissão reprovada. Os governadores das províncias e os funcionários que ali serviam não podiam se casar de forma legítima com mulheres dos locais onde desempenhavam suas funções.

A extinção da capacidade jurídica ocorria por duas formas:

- a) a *capitis deminutio máxima*; e
- b) a morte.

A *capitis deminutio* é a perda do *status libertatis*, tornando-se, por exemplo, escravo, deixando de ser cidadão romano, tornando-se coisa.

Com a morte a capacidade jurídica é extinta. Deve ser provada por quem a alega. Havendo acidente, na impossibilidade de se determinar quem foi à óbito primeiro, presumia-se que tivessem morrido simultaneamente, nada herdando uma da outra. No tempo de Justiniano havia a regra de que, se tratando de pai e filho, se este fosse púbere, presumia-se que morreu depois, se impúbere, antes.

A capacidade de fato é regra geral, entendo que todo ser humano a possua. Porém, há fatores que geram a incapacidade:

- a) idade;
- b) sexo;
- c) alienação mental
- d) prodigalidade.

Quanto à idade, os romanos a dividiam em impúberes e púberes, ou seja, se estavam aptos a reproduzir-se. Para a mulher foi fixada a idade de 12 anos, e, para os homens, 14 anos.

Em relação às mulheres, após o século IV d.C., passaram a ser capazes.

A alienação mental consistia naqueles que possuíam alguma doença mental que limitasse seu raciocínio.

Os pródigos eram aqueles que gastavam descontroladamente seus bens.

A incapacidade de fato pode ser absoluta ou relativa. Aqueles que possuem incapacidade absoluta, não podem realizar qualquer ato que produza efeito jurídico, sendo eles:

“(...) os pupilos ou infantes até os 7 anos, os mentecaptos ou dementes, bem como os furiosos na sua fase de crise (nos períodos de lucide eram capazes. Aos surdos-mudos e aos perpetuamente inválidos era dado curador, porque não podiam estar à frente de seus negócios. A ausência, também, era prevista no direito romano, como motivo de incapacidade absoluta (...)”⁹

Já a incapacidade relativa permite a realização de ato jurídico, desde que não lhe diminua o patrimônio, sendo eles: os pródigos, as mulheres e os pupilos.

Os impúberes menores de 25 anos também não podiam realizar plenamente os atos da vida civil, devendo ser assistido por um curador. A alegação para essa necessidade era o fato da inexperiência para a realização dos atos.

2.1.4 Pessoa jurídica

2.1.4.1 Direito pré-clássico

⁹ SANTOS, 2013, p. 129.

No direito pré-clássico não existe o conceito de personalidade jurídica. Os romanos compreendiam que, se um patrimônio pertencia à várias pessoas, seu titular não era uma entidade abstrata, mas sim, cada um dos indivíduos a que o bem pertencia (cada um respondendo por sua parcela). Portanto, não há que se falar em pessoa jurídica neste período.

2.1.4.2 Direito clássico

Já no direito clássico começa a surgir a ideia de uma entidade abstrata, relacionado ao homem (pessoa física), que possuem direito subjetivo. Há o reconhecimento da existência das corporações.

Alves define as corporações como:

“(...) um conjunto de pessoas físicas – ao qual a ordem jurídica outorga personalidade – que se reúnem para a consecução de determinado objetivo. A corporação (pessoa jurídica) não se confunde com os homens (pessoas físicas) que a integram. Tem ela patrimônio diverso do das pessoas físicas que a formam; os atos da vida civil que pratica por intermédio de seu representante, revertem em seu benefício ou em seu detrimento, e não no de cada uma das pessoas físicas associadas; é, enfim, independente das pessoas que a constituem, pois estas podem ser, total ou parcialmente, substituídas, sem que se extinga a corporação.”¹⁰

Eram classificadas em dois grupos: *universitas personarum* e *universitas rerum*. A primeira eram agrupamentos de pessoas, sendo de direito público (o Estado Romano, o fisco, as províncias, etc.) e de direito privado (associações religiosas, sociedades, colégios, etc). Já a segunda eram os conjuntos de bens que destinavam a determinados objetivos, sendo oriunda de ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

¹⁰ ALVES, 2018, p. 137.

Também poderiam ser públicos ou privados, estipulado tempo ou por tempo indeterminado.

Para a formação da personalidade jurídica, eram necessários, ao menos, três pessoas, um estatuto onde houvesse sua regulamentação e finalidade lícita.

Sua extinção ocorria com a morte, renúncia ou deliberação de seus sócios; impossibilidade de seu objeto; término do prazo estipulado para sua duração; e, pela cassação de sua autorização pelo Estado, devido à atividade nociva.

2.1.4.3 Direito pós-clássico

No direito pós-clássico, houve o reconhecimento das corporações. Seus requisitos eram:

- a) dever de ser constituída por, pelo menos, três pessoas;
- b) possuir um estatuto, o qual lhe regularia sua organização e funcionamento;
- e
- c) ter uma finalidade lícita.

As corporações não se extinguem com a morte dos associados, pois estes podem ser substituídos, ou, restando só um deles (somente para constituí-la eram necessários três) ela continua. Tem-se como causas de extinção da pessoa jurídica:

- a) morte, renúncia, ou deliberação de todos os associados;
- b) obtenção da finalidade a que se propôs;
- c) impossibilidade de sua finalidade;
- d) fim do prazo de sua duração, quando constituída para existir em determinado lapso temporal;
- e) cassação pelo Estado, quando nociva sua atuação.

Em relação aos bens da pessoa jurídica, Alves ressalta que divergem os romanistas quanto ao seu destino após a extinção.

Caso extinta pelo Estado, deveria ser observada a lei que a extinguiu, se fosse outra hipótese de extinção, observaria seu estatuto.

Porém, conforme Alves, não há concordância entre os historiadores quando não havia nem na lei, nem nos estatutos, se encontravam um modelo para o destino dos bens. Há aqueles que entendem que eles caberiam ao Estado (considerados bens vacantes); outros entendem que eles deveriam ser divididos entre os associados.

2.2 PARTE ESPECIAL

2.2.1 Direito das coisas

Também chamado de *ius rerum*, consiste em tudo aquilo que tem valor econômico, suscetível de apropriação e que compõe o patrimônio de alguém, sendo, por tais razões, tutelado pelo direito.

Atualmente, dividimos o direito patrimonial em reais e pessoais. No direito real existe um liame que interliga diretamente o titular e o objeto, exercendo, aquele um poder imediato sobre este. No direito pessoal, o poder do titular é exercido sobre uma outra pessoa, o devedor, o qual tem com aquele um dever de prestação de cunho econômico. Porém, ambos configuram uma relação jurídica.

Os jurisconsultos romanos não faziam tal divisão (direito real e direito pessoal). Tal diferenciação ocorria apenas no direito processual, denominados *actio in rem* e *actio in personam*. A *actio in rem* ou ação pessoal é *erga omnes* (contra todos) na qual o titular do direito afirma o seu direito sobre a coisa e o réu é o sujeito que embaraça o exercício do titular sobre a coisa. Já a *actio in personam* é uma ação diretamente contra uma pessoa (no caso, o devedor) o qual deverá satisfazer o titular do direito, cumprindo uma obrigação de dar, fazer ou não fazer algo.

Do direito romano, mais especificamente por atribuição do jurisconsulto Gaio, herdamos as classificações das coisas, tais como:

Res fungibile e infungibile: coisas fungíveis são aquelas que podem ser substituídas por outra de igual espécie, qualidade e quantidade; infungíveis não podem ser substituídas, visto sua individualidade;

Res consumibiles e inconsumibile: coisas consumíveis são aquelas que se exaurem com seu uso habitual; já a inconsumíveis são aquelas que não se desgastam ou se findam com o seu uso habitual;

Res divisibiles e indivisibiles: divisível, como o próprio nome já diz, são as coisas que podem ser fracionadas, sem perder sua serventia. Indivisíveis são as coisas que não podem ser fracionadas, sob pena de perda e/ou inviabilidade econômica.

2.2.2 Propriedade

Não há no Direito Romano uma definição de propriedade. Pesquisadores interpretaram que o direito de propriedade era um liame entre o homem e uma coisa. Tal direito lhe conferia o poder de utilizar de forma absoluta, oponível *erga omnes*, sendo garantido por uma ação oriunda do *ius civile*, chamada *rei vindicatio*. Tal caráter absoluto consistia num uso ilimitado. O proprietário era definido como *suae rei moderator et arbiter* (regente e árbitro da coisa).

Ao proprietário atribui-se o direito de usar, gozar e dispor da coisa (*iura utendi, fruendi e abutendi*).

Com o tempo, esse poder de uso absoluto sofreu limitações, em razão do direito de vizinhança, questões sociais, interesse do Estado Romano e pela própria evolução da razão humana. Surge, então, a limitação de que o uso da propriedade não poderia ferir o direito de outrem, nascendo, assim, o elemento social em sobreposição ao individual.

Encontramos no período pré-clássico e clássico, limitações contidas na Lei das XII Tábuas.

No período pós-clássico, outras limitações se originaram incluindo a desapropriação por utilidade pública, conforme exemplifica Santos:

“(…) com respeito às minas encontradas em terreno alheio, cabia um décimo do produto ao proprietário, e outro tanto ao Estado; o proprietário de imóvel superior estava proibido de fazer construções que impedissem, além do limite de suas necessidades, o escoamento de águas para o prédio inferior; o proprietário que não cultivasse seu terreno perdia a propriedade sobre ele em favor de quem o tivesse cultivado por mais de dois anos (...)”¹¹

Há vários modos de aquisição de propriedade. Gaio as agrupa em duas categorias:

- a) modos de aquisição de direito civil (*iuris civilis*); e
- b) modos de aquisição de direito natural (*iuris naturalis*).

A primeira categoria era admitida somente para cidadãos romanos, abrangendo a *mancipatio*, a *in iure cessio* e a *usucapio*; e, a segunda, para cidadãos romanos e estrangeiros, abrangendo a ocupação, a acessão, a especificação, a tradição e a aquisição de frutos.

Ainda podemos dividi-las em aquisição originária e aquisição derivada. A aquisição originária é aquela primária, ou seja, é a primeira vez que alguém se torna proprietário da coisa, surgindo sobre ela a tutela jurídica; a aquisição derivada é quando a coisa possui proprietário e este a transmite para outrem.

2.2.2.1 Modos de aquisição à título originário

A ocupação é a aquisição de uma coisa que não possui dono, com a intenção de exercer sobre ela a propriedade. Com o passar do tempo, esse modo de aquisição torna-se cada vez mais raro, visto que a apropriação extinguiu a coisa sem dono. São coisas sem dono a *res nullius* (coisas que nunca tiveram dono), *res derelictae* (coisa

¹¹ SANTOS, 2013, p. 248.

abandonada) e a *res hostium* (coisa pertencente a povos em guerra com Roma ou àqueles que não mantinham tratados de amizade com os romanos, pertenciam a quem primeiro ocupasse).

A acessão ou *accessio* ocorre quando duas coisas se unem, de maneira natural ou artificial, que, se separadas, não adquirem a individualidade anterior. Exemplos de modos de aquisição por acessão utilizadas atualmente no Código Civil Brasileiro: ilhas, aluvião, avulsão e álveo abandonado.

A especificação ocorre quando alguém, a qual a coisa não pertence, a transforma em outra coisa com função diversa do original. As regras que vigoraram no direito justiniano foram: quando a coisa não pudesse ser restaurada ao estado primitivo, pertencia ao especificador; se a coisa pudesse ser restaurada, era do dono da matéria-prima; caso parte da matéria-prima pertencesse ao especificador, este seria o proprietário.

A confusão e comissão é mistura de dois componentes, sendo, a primeira de coisas líquidas, e, da segunda, coisa sólida. Caso houvesse modo de separá-las, cada dono conservará sua coisa; se inseparáveis, nasce o condomínio, possuindo cada um uma quota individual na proporção do seu material utilizado na mistura; e, se, da mistura resultar coisa nova, rege-se, então, pela especificação.

A *adiuticatio* é a transmissão da propriedade realizada pelo juiz, declarando o direito de alguém sobre a coisa.

A *litis aestimatio*, modo bastante discutido de aquisição de propriedade na época, pois se o réu negasse a devolução da coisa em litígio e pagasse por ela o valor, adquiria sua propriedade.

A aquisição *ex lege* era o modo resultante da lei, por vontade do legislador, sendo duas as hipóteses: se um dos condôminos deixasse de pagar em quatro meses o valor que o outro despendeu para realizar reparos comuns, perderia sua quota à este; e, se o proprietário invadisse de modo violento imóvel seu que estivesse na posse de terceiro, perderia para este o direito de propriedade.

2.2.2.2 Modos de aquisição à título derivado

A *mancipatio* se caracteriza por um negócio jurídico solene, utilizado pelo *iuris civilis*, sendo, portanto, permitido à cidadãos romanos ou latinos e peregrinos que tivessem o *ius commercii*. Era a compra e venda formal entre as partes da *res Mancipi*, trocando-se imediatamente o proprietário, mediante a celebração de uma solenidade, devendo estar presente cinco testemunhas e um porta-balança, representado o pagamento pelos pedaços de bronze colocados na balança, visto que não existia moeda na época.

A *in iure cessio* é um modo de aquisição de propriedade que ocorre na presença do magistrado. O adquirente, na presença do magistrado, reivindica a coisa, e, não havendo manifestação por parte do alienante, confirmando sua transmissão. Também era utilizada para constituir direitos reais sobre coisa alheia, como a servidão predial e o usufruto.

A *traditio*, que significa entrega, é o ato de transferir a posse de uma coisa, com a intenção de transferir a propriedade, fundamentada numa causa jurídica.

2.2.2.3 Outras formas de adquirir propriedade

O instituto da usucapião (*usucapio*) remonta do direito romano. É modo de aquisição de uma propriedade, a qual permaneceu sob posse prolongada de alguém, durante determinado tempo estabelecido por lei. Sua concretização se dava caso observado os seguintes requisitos: justa causa, boa-fé e posse por determinado tempo (o qual variou entre o período pré-clássico, clássico e pós-clássico).

2.2.3 Posse

Os romanos faziam uma distinção bem clara dos direitos de posse e propriedade, conforme cita Alves:

“No Digesto leem-se: *nihil commune habet proprietas* (a propriedade nada tem em comum com a posse) e *separata esse debet possessio a proprietate* (a posse deve ser apartada da propriedade).”¹²

Nesse contexto, podemos verificar que haverá diversos casos onde o proprietário não terá a posse da coisa, ou seja, apesar de ter direito sobre a coisa, não estará de fato exercendo esse poder, como, por exemplo: alguém que se apodera de coisa alheia de modo ilícito estará com a posse, mas não tem propriedade.

Os jurisconsultos romanos determinaram no período clássico que a posse era um fato, diferenciando-a da propriedade. No período pós-clássico surge a ideia de que a posse também é um direito, sendo referidas, para ressaltar a diferença com a propriedade os termos *ius possessionis* (ao fazer referência ao direito de posse) e *ius dominii* (ao se referir ao direito de propriedade).

2.2.4 Servidões prediais

Servidão predial, o primeiro direito real surgido no direito romano, é um direito real sobre coisa de outrem que resulta limitação no uso de um imóvel. Segundo Marky:

“As servidões prediais existem sempre entre dois prédios. Um, o prédio dominante, em cujo favor a servidão subsiste, outro, o prédio serviente, gravado pelo ônus da servidão”¹³

É o ônus suportado por um imóvel de modo que possibilite a plena utilização de outro imóvel, concedendo a este um direito real de caráter perpétuo. O prédio que

¹² ALVES, 2018, p. 273.

¹³ MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. p. 94

impõe a servidão é chamado de dominante, e o que suporta a servidão, é chamado de serviente. Mesmo que altere o proprietário de qualquer um dos imóveis, a servidão permanece, pois, o direito de servidão não é personalíssimo, mas sim, oriunda da relação de domínio entre os imóveis.

2.2.5 Usufruto

Tem-se por definição de usufruto, o direito de usar e desfrutar de coisa alheia sem alterar sua substância. É um direito real sobre coisa alheia, personalíssimo, inalienável e com limitação temporal, atribuindo ao seu titular o uso e fruição de coisa alheia inconsumível. O tempo máximo a ser estipulado é enquanto viver o usufrutuário (vitalício).

Contudo, à época, foi permitido o usufruto de coisa consumível, chamado de *quase usufructus*, porém, devendo restituir seu equivalente no tempo acordado.

Surgiu em Roma, com a difusão do casamento *sine manu*, pois nesta modalidade, a mulher não ingressava na família do marido, conseqüentemente, não tendo direito à herança.

“(...) morto o marido, entanto, muitas vezes ela ficava numa situação de miséria. Assim, surgiu o instituto, possibilitando ao marido, em vida, sem nomear a mulher herdeira em testamento, designá-la usufrutuária de certos bens. Nasceu, portanto, com uma característica alimentícia. Era uma forma de beneficiar determinadas pessoas, a quem não se queria fazer herdeiro, sem privá-las, contudo, de sua sobrevivência.”¹⁴

¹⁴ SANTOS, 2013, p. 28.

No direito clássico não era permitido ao usufrutuário alterar a coisa, nem mesmo se importasse em melhorias, sendo, somente no direito pós-clássico, tal admissão.

Se o usufruto recair sobre um escravo, tudo que este produzir será do usufrutuário. No entanto, os filhos gerados pelas escravas dadas em usufruto, não seriam do usufrutuário, mas sim do proprietário, pois não eram considerados frutos, como eram as crias dos animais.

As obrigações dos usufrutuários são as seguintes: conservar a coisa em bom estado; pagar impostos; dar caução (garantir que usará a coisa com o devido cuidado e que devolverá em perfeito estado), exceto se houver deterioração natural da coisa e desgaste normal pelo uso.

O modo de constituição do usufruto ocorria, segundo o *ius civile*, somente aos cidadãos romanos e às coisas suscetíveis de propriedade quiritária, por meio de: legado *per uindicationem* (transmissão direta ao legatário, surgindo direito real); adjudicação nas ações divisórias; e in *iure cessio*.

A extinção do usufruto ocorria pela renúncia do usufrutuário; confusão da pessoa do titular da propriedade e do usufruto; destruição ou alteração da destinação econômico-social da coisa; não uso da coisa por determinado tempo (conforme direito clássico e justiniano); ocorrência do termo estipulado; morte do usufrutuário; e, *capitis deminutio* (diminuição da capacidade civil) do usufrutuário.

2.2.6 Superfície

Durante o período do direito pré-clássico e clássico, conforme se observava no princípio de que tudo que se construísse em solo alheio aderiria a ele por acessão, aquele que construísse em solo alheio adquiriria a propriedade do solo. Surgiu, então, a necessidade de se permiti que o particular construísse em solo público, mediante pagamento de uma anuidade. Há suposições que este modelo se realizava mediante contratos de arrendamento.

Inicialmente, tais concessões eram realizadas somente pelo Estado, passando, posteriormente, a serem permitidas pelos particulares.

2.2.7 Penhor

Consistia na transferência da posse de uma coisa móvel ou imóvel, pelo devedor ao credor, para garantir a satisfação de uma dívida. O credor detinha a coisa e devia restituí-la imediatamente ao ser paga a dívida. Quando era realizado acordo de que os frutos da coisa penhorada pertencessem ao credor, chamava-se de anticrese, porém, se não realizado acordo, o credor cometia furto.

2.2.8 Hipoteca

Era a garantia dada pelos particulares na concessão de crédito pelo Estado. Caso a dívida não fosse paga, a coisa era vendida para satisfazê-la. Neste caso, a propriedade e a posse não era passada ao credor, ficando a coisa vinculada como garantia ao contrato.

Extinguia-se pela destruição da coisa, renúncia, confusão, extinção da dívida e pela venda da coisa hipotecada.

2.2.3 Direito das Obrigações

A palavra obrigação deriva da *obligatio* e é utilizada em três acepções: a) relação jurídica obrigacional; b) dever jurídico de conteúdo econômico; e c) direito subjetivo correspondente a esse dever jurídico de conteúdo econômico.

No direito romano a conceituavam como “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstrigimur alicuius soluendae rei secundum nostrae civitatis iura*” (a

obrigação é um vínculo jurídico pelo qual estamos obrigados a pagar alguma coisa, segundo o direito de nossa cidade).

Um fragmento encontrado no Digesto, XLIV, 7,3, pr, diz que sua essência consiste em obrigar alguém a dar, fazer ou prestar algo.

Sua evolução histórica diverge quanto ao seu nascimento, colocando em questão se foi proveniente do delito ou do contrato, porém, concordam que ela estabelece um vínculo material, onde o devedor responde com seu patrimônio pelas dívidas que contrai.

No período pós-clássico surge um conceito genérico da *obligatio* que a define como: relação jurídica pela qual alguém deve realizar uma prestação, de conteúdo econômico, em favor de outrem.

A fonte das obrigações encontradas nos textos romanos são três:

a) Gaio (*Institutas*, III,88), que diz que toda obrigação nasce de um delito ou de um contrato;

b) Gaio (*Libro secundo aureorum*) (D. XLIV, 7, 1, pr), onde diz que a obrigação nasce de contrato ou delito ou, por certo direito próprio, de várias figuras de causas; e

c) Justiniano (*Institutas*, III, 13, 2), a qual define que a obrigação nasce de um contrato ou como um contrato ou de um delito ou como de um delito.

As duas definições de Gaio divergem entre si e entre a de Justiniano, sendo na primeira definição daquele, inicialmente duas (nas *Institutas*) e depois passam a três no *Libro secundo aureorum*. Já para Justiniano podemos ver quatro definições, sendo, o contrato, o quase contrato, o delito e o quase delito.

2.2.3.1 Relação jurídica obrigacional

A relação jurídica obrigacional necessita de três elementos essenciais para existir:

- a) os sujeitos (ativo e passivo);
- b) o vínculo existente entre eles; e
- c) o objeto da relação jurídica.

No direito atual denominamos o sujeito ativo como credor e o passivo como devedor. Já no direito romano eram denominados como *creditor* e *debitor*, respectivamente, porém, utiliza-se somente na questão do mútuo (empréstimo de coisa fungível), mais tarde, sendo utilizado a qualquer credor ou devedor no direito civil.

2.2.3.2 Objeto da obrigação

O objeto da obrigação, como já conceituado inicialmente, é denominado prestação, a qual pode ser dar, fazer ou não fazer. Dar ou *dare* significa a transferência ao credor da propriedade de determinada coisa. Fazer ou *facere* é a obrigação do devedor de realizar algum ato, como, por exemplo, construir um muro. Não fazer ou *no facere* é a obrigação de abster-se de realizar um ato.

2.2.3.3 Reforço e garantia das obrigações

Constitui-se reforço da obrigação quando, entre o credor e o devedor, pactua-se uma obrigação acessória, com a finalidade de coagir o devedor a satisfazer a obrigação principal.

As garantias da obrigação são formações de relações jurídicas e tem caráter acessório. São as garantias reais e as garantias pessoas. A primeira, garante o direito do credor por meio de direito real sobre coisa do devedor; a segunda, é uma relação jurídica constituída entre o credor e um terceiro, o qual obriga-se a satisfazer a obrigação caso o devedor não a faça.

O reforço da obrigação ocorre por 4 maneiras:

- a) as arras;
- b) o *constitutum debiti proprii*;
- c) cláusula penal;
- d) o *iusiurandum promissorium*.

No período justinianeu, as arras era uma quantia em dinheiro ou coisa que uma das partes contratantes entregava à outra para a comprovação de que o contrato consensual estava concluído. Sua função era confirmar (*arrha confirmatoria*), devendo ser restituída ao contratante independente da execução do contrato. Porém, na parte oriental do Império Romano, as arras eram utilizadas com função de penalizar àquele que não cumpre o contrato, conforme cita Alves:

“(...) o contratante que não cumpre o contrato, se as deu, perde-as; se as recebeu, deve restituí-las em dobro.”¹⁵

O *Constitutum debiti proprii* consiste num pacto pretoriano no qual alguém promete ao credor o pagamento, em certa data ou local, de dívida já existente. Aquele que firma tal pacto pode ser o próprio devedor ou terceiro. Há controvérsia se este modelo possuía efeito novatório, extinguindo a obrigação anterior ou uma obrigação nova que não anulava e nem absorvia a anterior, mas sim coexistiam, podendo o credor exigir a prestação conforme o contrato convencionado anteriormente ou conforme o novo.

A cláusula penal consiste num dispositivo determinado em um contrato ou disposição testamentária pela qual a parte é onerada caso não cumpra aquilo que foi anteriormente estipulado, geralmente, mediante à prestação de determinada quantia em dinheiro. A função da cláusula penal consiste em reforçar a obrigação, pois é um modo de coagir o devedor a cumprir a prestação e fixar previamente tal

¹⁵ ALVES, 2018, p. 420.

responsabilidade, possibilitando que o credor possa acioná-lo judicialmente para garantir o recebimento.

A *lusiurandum promissorium*, conforme Alves (2018, p. 423), estabelecia que “se um menor de 25 anos contraísse obrigação sem assistência de seu curador, perderia ele o direito de obter a *restitutio in integrum* se confirmasse mediante juramento”. Porém, servia mais para validar um negócio jurídico impugnável, do que como modo de reforçar a obrigação.

A garantia pessoal ocorre pelos seguintes institutos:

- a) fiança;
- b) *mandatum pecuniae credendae*;
- c) *receptum argentarii*, e;
- d) *constitutum debiti*.

A fiança é a garantia onde alguém se obriga a satisfazer dívida contraída por outrem, caso este (devedor) não a realize. No direito clássico há três espécies de fiança, surgidas sucessivamente, na seguinte ordem: a *sponsio*, a *fideipromissio* e a *fideiussio*. Todas eram garantias verbais onde o fiador se comprometia a satisfazer a prestação caso o devedor não a fizesse.

O *mandatum pecuniae credendae* se caracteriza pela determinação do mandante (que será o garantidor) ao mandatário (credor) que emprestasse certa importância ou quantidade de coisas a terceiro (beneficiário ou devedor). Neste caso, o mandante poderia ser acionado pelo mandatário antes mesmo de cobrar o beneficiário.

O *receptum argentarii* é a garantia dada pelo banqueiro (*argentarius*), o qual se obriga a satisfazer uma obrigação que seu cliente irá contrair.

O *constitutum debiti alieni* é uma relação jurídica na qual uma pessoa se obriga a pagar para outrem dívida de terceiro em determinada data.

2.2.3.4 Transmissão de obrigações

Ocorre a transmissão de obrigação quando há alteração tanto do sujeito ativo, quanto do sujeito passivo, porém, permanecendo a relação jurídica. Pode ocorrer por sucessão hereditária, onde o herdeiro herda a obrigação; ou por consequência de ato voluntário.

Em 326 a.C., com o advento da Lei *Poetelia Papiria*, o devedor deixa de responder por suas obrigações com o próprio corpo e passa a responder com seu patrimônio.

2.2.3.5 Modos de extinção das obrigações

São modos de extinção das obrigações:

- a) *solutio*;
- b) *acceptilatio*;
- c) *contrarius consensus*;
- d) *confusio*;
- e) *novatio*;
- f) morte.

A *solutio* é a extinção da obrigação pela satisfação normal. Geralmente feita pelo próprio devedor. Terceiro poderá quitar a obrigação, mesmo contra a vontade do devedor, exceto quando a obrigação for personalíssima.

O pagamento deverá ser feito ao credor ou à pessoa autorizada por ele ou pela lei.

O objeto do pagamento deverá ser a exata coisa que se obrigou o devedor, devendo ser realizada em uma só vez, ou parceladamente, conforme pactuado. O credor não é obrigado a receber coisa diversa da pactuada, mas caso aceite ocorrerá a *datio in solutum* (dação em pagamento).

Quando o devedor possuir diversas dívidas de obrigações do mesmo gênero (ex., dinheiro), deverá especificar qual está satisfazendo, sendo denominada imputação do pagamento. Caso não indicasse, cabia ao credor tal determinação. Se nenhum dos dois especificasse à qual dívida se referia, primeiro pagaria na seguinte ordem: os juros e os débitos vencidos.

Outro instituto utilizado era o pagamento consignado. Neste, havendo a recusa do credor em receber ou a impossibilidade desse recebimento, o devedor satisfazia a dívida mediante depósito.

Em relação ao tempo do pagamento, poderá ser fixado prazo ou não. Havendo fixação de prazo, o devedor deverá cumpri-lo dentro desse lapso de tempo, podendo, após sua decorrência, ser exigido pelo credor. Não havendo fixação de prazo, entende-se que a obrigação deverá ser imediatamente satisfeita. Caso impossível sua imediata satisfação, terá o devedor prazo razoável para cumprir.

Já a prova da satisfação da obrigação era feita por meio de testemunhas ou de forma escrita. O devedor deveria elaborar um documento onde constasse, mediante a presença de testemunhas, que o credor havia recebido o pagamento.

As obrigações *consensus contractae* são as oriundas de contratos consensuais (ex., compra e venda), sendo extintas pelo *contrarius consensus*, um acordo de vontade entre as partes de extinguir o vínculo obrigacional pactuado. Para haver a extinção, o *contrarius consensus* deve ocorrer antes que uma das partes tenha cumprido sua obrigação, e, que se extinga todas as obrigações pactuadas e não apenas algumas.

A *confusio* ocorre quando credor e devedor são a mesma pessoa, podendo ocorrer tal fato por meio do recebimento de uma herança.

Já para haver a *novatio*, é necessária uma relação jurídica obrigacional anterior, a qual será extinta por meio de uma novação, ou seja, uma nova relação jurídica obrigacional que substitui a anterior.

Com a morte não se extinguem as obrigações transmissíveis pela herança. Contudo, obrigações intransmissíveis, tais como, decorrentes de delito (*obligationes ex delicto*) e as resultantes de garantias reais se extinguem.

2.2.3.6 Outros modos de extinção das obrigações

São modos de extinção *exceptionis ope* (excepcionais) das obrigações:

- a) *compensatio*;
- b) prescrição;
- c) *pactum de non petendo*.

A *compensatio* ocorre quando, ao mesmo tempo, duas pessoas são credoras e devedoras uma da outra, ocorrendo a extinção da dívida na proporção que cada um devia, podendo haver diferenças que permaneceriam ainda como obrigação. Havia, no direito romano, somente a compensação facultativa, que resulta do acordo de vontade das partes.

Pela prescrição extingue-se a ação de cumprimento da obrigação não intentada dentro de certo lapso temporal.

O *pactum de non petendo* é o acordo onde uma parte se compromete em não exigir da outra, determinado cumprimento de obrigação. É um modo de remissão de dívida. Porém, pode ser dilatória (se o credor pactuou não exigir a prestação até determinada data), ou peremptória (se o credor renunciou para sempre seu direito de exigir a prestação). Poderia, também, ser renunciado o direito apenas *in personarum* (apenas em relação ao devedor), ou *in rem* (quando a renúncia abrangia o herdeiro do devedor).

2.2.4 Direito de família

O direito romano tem como principal objeto de estudo a *familia próprio iure* e a *familia natural*, apesar de haver mais três conformações familiares além destes

citados, que são: a *gens*, a *familia comuni iure* e *conjunto de cognados em sentido estrito*.

2.2.4.1 *Familia proprio iure*

A *familia proprio iure* é aquela formada por um conjunto de pessoa submetidas à *potestas* (poder) do *pater familias* (pai da família), ou seja, pessoas que estão sob o poder do pai de uma determinada família.

O ingresso neste tipo de família se dá pela sujeição à *patria potestas* (poder do pai), através: (a) do nascimento dentro dessa família por meio da procriação em justas núpcias (*iustae nuptiae*); (b) adoção; e (c) legitimação.

2.2.4.2 *Familia natural*

Consiste no agrupamento dos cônjuges e seus filhos, independentemente do marido e pai ser ou não *pater familias* da mulher e seus descendentes, através do casamento.

O conceito de casamento no direito romano é objeto de várias críticas, resultando numa grande controvérsia sobre sua natureza jurídica, conforme Alves:

“Ela se inicia com os glosadores, que, abstendo-se de definir o casamento, o caracterizaram, a princípio como contrato sem fundo patrimonial (*contractus personarum*), em contraposição aos *contractus rerum* (contratos obrigatórios de fundo patrimonial). No entanto, segundo parece, os últimos glosadores, sob a influência dos canonistas, passaram a considera-lo um *actus legitimus* (ato jurídico) (...).”¹⁶

¹⁶ ALVES, 2018, p. 637.

O casamento, para ser legítimo em Roma, deveria cumprir três requisitos: a) consentimento; b) puberdade; e c) *conubium*.

O consentimento era apenas das pessoas *sui iuris*, pois, se fossem *alieni iuris* o *pater familias* eram quem consentiam.

A puberdade era avaliada individualmente. A mulher, já aos 12 anos, podia se casar. Para o homem, fixou-se os 14 anos de idade.

O *conubium* abarca alguns requisitos absolutos, as quais, não observadas, impedem o casamento, sendo elas: parentesco, afinidade, condição social ou motivos de ordem prática ou política. Porém, em alguns casos, conseguia-se obter a dispensa do impedimento, por deliberação do povo ou do Senado.

Caso o casamento se realizasse sem a observância dos requisitos citados para sua validade, era declarado nulo, não produzindo nenhum efeito. Poderia invocar a nulidade qualquer pessoa a qualquer tempo. Poderia, também, sofrer pena os nubentes de casamento nulo.

A dissolução do casamento ocorria: a) pela morte de um dos cônjuges; b) pela perda do *conubium*; e c) pelo divórcio (*diuortium*: divórcio consensual ou *repudium*: divórcio unilateral).

O concubinato se estabelece quando um homem e uma mulher mantém relação extranconjugal. No direito clássico, esse tipo de relação não produzia efeitos jurídicos, porém, no pós-clássico, sob o comando de imperadores cristãos, o concubinato torna-se instituto jurídico, mas para combater essa prática, não concedem direitos à concubina e os filhos dessa relação gerados, tais como a proibição da doação, mas admite a legitimação posterior.

2.2.4.2.1 Procriação em justas núpcias

A procriação em justas núpcias consiste no nascimento de uma criança proveniente do *pater familias* ou do *filius familias*, a qual recai automaticamente sobre

a *potestas* do *pater familia*. Essa criança deverá nascer até depois de 182 dias de contraído casamento por seus pais ou até 300 dias após a dissolução do matrimônio. Em relação ao pai, presume-se filho aquele que nasce nesse interstício de tempo, podendo ser negada em casos de impotência, enfermidade e ausência.

2.2.4.1.2 Adoção

A adoção é o modo de um *alieni iures* de ingressa na *familia próprio iure*, sendo aquele que não é proveniente da geração de dentro do seio familiar, tornando filho e submetido à *patria potestas* e desvinculando-se da família anterior.

No Direito Clássico, conforme visto nas Institutas de Gaio, o processo de adoção se dividia em duas fases:

- a) desvinculação do *alieni iures* da família de origem; e
- b) submissão do *alieni iures* à *patria potestas* de quem lhe adotava.

Para liberar o *alieni iures* de sua família de origem, utilizava-se preceitos da Lei das XII Tábuas, a qual determinava que “se o pai vender o filho três vezes, que seja o filho livre do pai”. Caso o *alieni iures* fosse filha ou neto ou neta, bastava uma única vez.

Neste modelo, era necessário apenas o acordo de vontade do *pater familias* e do adotante, não importando a concordância do adotado.

Já no direito justinianeus, o processo foi simplificado, utilizando-se a regra do *adoptio naturam imitatur* (a adoção imita a natureza). Bastava comparecer junto à autoridade competente o *pater familias*, o adotante e o adotado. Os dois primeiros deviam declarar a concordância da adoção, bastando o adotado, para aceitar, permanecer em silêncio. Porém, haviam outras regras a serem seguidas: a) o adotante deveria ser 18 anos mais velho que o adotado; b) não era permitido a adoção pelos incapazes de gerar, como, por exemplo, os castrados; e c) o consentimento do adotado.

2.2.4.1.3 Legitimação

A legitimação ou *legitimatio* é aquela em que filhos nascidos oriundos de uma relação de concubinato adquirem condição de filhos legítimos. Sua admissão ocorreu somente no período pós-clássico, conforme pontua Alves:

“A *legitimatio* somente foi admitida no direito pós-clássico, quando, em virtude da influência do cristianismo, é combatido o concubinato, surgindo a concepção de que é indigna a condição dos *naturales liberi*.”¹⁷

2.2.4.3 Tutela e curatela

O instituto da tutela e da curatela originou-se com a necessidade da administração patrimonial das pessoas relativamente e absolutamente incapazes, pois estes, não podem praticar sozinhos, atos da vida civil.

A tutela é exercida pelo tutor, que pode ser designado pelo *pater familias* por meio do testamento, ser exercida pelo herdeiro legítimo presumido do impúbere (aquele que seria seu herdeiro legítimo no caso de falecimento do impúbere), e a tutela honorária ou dativa, que consistia na nomeação de um tutor pelo pretor urbano em Roma, pelo governador nas províncias e pelos magistrados nos municípios.

O encargo de tutelar não se restringia apenas ao patrimônio do impúbere, mas também em relação à sua pessoa, como se fosse seu *pater familias*. Com o tempo, há a limitação dos atos do tutor, devendo, em alguns casos, obter autorização do magistrado para realiza-lo, pois, inicialmente, poderia gerir o patrimônio do tutelado como se seu fosse (inclusive alienações a título gratuito). No

¹⁷ ALVES, 2018, p. 619.

tempo de Justiniano o tutor passa a ser vigiado pelo magistrado. Há obrigações a serem cumpridas no início da tutela, durante a tutela e no fim da tutela.

No início deveria realizar o inventário dos bens do impúbere e garantir que manteria intacto os bens, devendo apresentá-la perante o magistrado. Durante a tutela deveria gerir os bens como se fosse seu *pater familias*, ou como geriria seus próprios bens. Ao findar a tutela, deveria prestar contas ao ex-tutelado, transferindo todo o patrimônio e obrigações adquiridas.

Já a curatela era exercida em razão da incapacidade mental (loucos) e da prodigalidade. Em relação aos loucos, estes eram divididos em *furiosi* e *dementi*. O primeiro eram os loucos com intervalo de lucidez, e, o segundo, eram os loucos contínuos, sem intervalos de lucidez. Os pródigos são aqueles que desordenadamente dilapidam seu patrimônio. Também foram limitadas as atuações do curador, assim como houve com o tutor.

No direito justinianeu surge a curatela de cunho obrigatório para os impúberes menores de 25 anos, pois estes não estavam totalmente aptos a realizar todos os atos da vida civil em razão da inexperiência. Poderia alegar-se lesão por inexperiência em um negócio jurídico no prazo de quatro anos, a partir da data em que o menor completasse 25 anos.

2.2.5 Direito das sucessões

A sucessão é a parte do direito civil que trata da transmissão do patrimônio de uma pessoa a quem de direito possa receber. Pode ocorrer *inter vivos* ou *mortis causa*.

Compunha a herança todo o patrimônio do *de cuius*, inclusive os direitos e obrigações. Não se transmitiam as servidões pessoais (usufruto, posse, etc). Conforme o ativo e o passivo patrimonial, a herança também poderia ser ativa ou passiva, pois o herdeiro poderia ter que arcar com as dívidas deixadas.

Todo o patrimônio passava universalmente para o herdeiro ou os herdeiros, que o sucediam em direitos e obrigações. Havendo pluralidade de herdeiros e dívidas

herdadas, todos deviam em comum, exceto se a dívida fosse divisível. No direito romano, o herdeiro respondia com seu próprio patrimônio, caso extrapolasse os ativos do *de cuius*.

2.2.5.1 Testamento e sucessão testamentária

O testamento é a última declaração de vontade de uma pessoa, realizado de forma solene, conforme o direito, para que seja cumprida após a sua morte. Marky salienta que diferentes eram as fases da sucessão:

“Distinguiam-se, no direito romano, a fase da abertura da sucessão, em que ela era oferecida ao sucessor, e a fase da aquisição daquela.”¹⁸

A sucessão abria-se com o falecimento do *de cuius*. Oferecia-se ao sucessor a possibilidade de receber a herança. A aquisição se formalizava *ipso iure* ou por manifestação de vontade.

Para ter capacidade de testar (*testamenti factio actiua*), era necessário: aptidão para fazer o testamento, ou seja, ser cidadão *sui iuris*, que são os que não estão sob a *potestas* de um *pater familias* (os estrangeiros que adquiriam o *ius commercii* podiam testar); e, capacidade de fato para testar (aqueles que possuíam plena capacidade jurídica).

A capacidade para ser herdeiro (*testamenti factio passiva*) deveria ser: pessoa física (incluindo os estrangeiros que possuíssem o *ius commercii*), nascituro, pessoa jurídica ou divindade. Não podiam figurar como herdeiros: as mulheres, as pessoas incertas, os heréticos, os apóstatas, os maniqueus e a viúva que tornasse a se casar

¹⁸ MARKY, 1995, p. 175.

dentro de um ano da morte do marido. Justiniano ainda inclui nesse rol àquela que desse à luz filho ilegítimo.

A revogação do testamento poderia ser feita quando o testador quisesse, porém: um novo testamento revogava o anterior, se o novo testamento fosse ineficaz, o primeiro não retomava sua validade; e, fazendo testamento, não poderia revoga-lo por meio direto para que sua sucessão se abrisse *ab intestato*.

2.2.5.2 Sucessão *ab intestatio* ou legítima

Não havendo testamento ou se ele for inválido, abre-se a sucessão *ab intestato* (sem testamento), modernamente chamada de sucessão legítima. Eram herdeiros legítimos aqueles que a lei chamava para suceder, decorrente do parentesco presumido com o *de cuius*.

Como efeito da aquisição da herança, o herdeiro adquiria o patrimônio do *de cuius*, conseqüentemente, confundindo seu patrimônio com o recebido, podendo, ser prejudicado, pois seus bens respondem também pelas dívidas herdadas.

2.2.5.3 Herança

A herança é composta por todo o patrimônio do *de cuius*, exceto os intransmissíveis e os personalíssimos, e, por consequência, o direito correspondente de alguém que receberá tal patrimônio.

Havia dois princípios sucessórios no direito romano: o primeiro era a prevalência da sucessão testamentária sobre a legítima; a segunda, era a proibição de deixar parte da herança por testamento e outra parte sem testar.

Herança jacente é o conjunto de bens que espera (jaz) ser aceita, por isso sua denominação de *hereditas iacens* (herança jacente). Configura-se num patrimônio sem titular, pois ainda não se sabe quem será o novo proprietário e se este a aceitará.

Caso morto o herdeiro antes de aceitar ou renunciar a herança, o direito de fazê-lo não se transmitiria a seus herdeiros. No entanto, a *transmissio hereditatis* foi admitida.

Herança vacante ocorre quando não há herdeiros. Inicialmente, poderia ser adquirida por qualquer pessoa mediante *usucapio pro herede* (usucapião aplicado à herança). Na sequência, originaram-se leis que transferiam a herança jacente para o Estado, o *Aerarium Populi Romani* (erário público romano), e, posteriormente para o fisco. O Estado adquiria o patrimônio *ipso iure*, porém, se deixasse de intentar ação contra quem estivesse em sua posse no lapso de quatro anos, ocorria a prescrição.

Vocação hereditária, conforme Santos (2013, p. 387) é “o chamamento dos herdeiros à sucessão, que se processa de acordo com a lei ou pela vontade do *de cuius*, contida em testamento, ou seja, por meio da sucessão legítima ou testamentária.

Havia três tipos de herdeiros: os *heredes sui et necessarii*, os *heredes necessarii* e os *heredes estrani*.

Os *heredes sui et necessarii* eram aqueles que se encontravam sobre a *potestate* ou *manu* do falecido. Eram obrigados a aceitar a herança, não podendo renuncia-la, mesmo se lhe causasse prejuízos.

Os *heredes necessarii* eram os escravos ou pessoas *in mancipio*, instituídos e libertados pelo testamento, sob condição de se tornarem herdeiros.

Os *heredes estrani* eram aqueles que não estavam sob a *potestas* do *de cuius*, tornando herdeiros voluntariamente, mediante o ato jurídico denominado adição de herança, num prazo de cem dias, caso contrário, era entendido que não havia aceitado.

2.2.5.4 Partilha

A partilha consistia na divisão dos bens hereditários entre os herdeiros. A partilha era realizada *per caput* (divisão em partes iguais para herdeiros de mesmo

grau) ou *per stirpe* (caso o herdeiro houvesse falecido, seus herdeiros receberiam sua parte em quantidades iguais).

2.2.5.5 Colação

Introduzido pelo direito pretoriano, a partir do século I, a.C., consistia na reintegração à massa da herança dos bens recebidos pelos herdeiros necessários como antecipação da sua legítima. Seu objetivo era equiparar o recebimento patrimonial de cada herdeiro, com a finalidade de não haver injustiça em relação àqueles filhos que não podiam formar patrimônio próprio, em virtude de terem continuado sob a *potestas* do *pater familias*.

2.2.5.6 *Ius accrescendi*

É a parte da herança não aceita pelo herdeiro ou estranho. Deveria, então, ser dividida entre os demais.

2.2.5.7 Codicilo

O codicilo consistia num escrito onde se podia dispor, fora do testamento, de certas disposições de última vontade. Inicialmente, só era admitido o codicilo confirmado por testamento, caindo em desuso já no direito clássico. Não poderiam conter as disposições exclusivas de testamento (instituição de herdeiro, deserdação, etc.), porém, o codicilo confirmado por testamento poderia conter mais disposições que o não confirmado, tais como legado, designação de tutor, etc.

Possui os mesmos requisitos da capacidade de testar, tornando-se, no direito clássico, um ato formal, necessitando de testemunhas para sua corroboração.

2.2.5.8 Legado

Legado é a disposição contida em testamento ou em codicilo confirmado por testamento, onde se destina à uma pessoa que não possui qualidade de herdeiro algum bem de sua herança.

Há necessariamente a participação de três sujeitos no legado: o disponente, que é aquele que dispõe do legado; o onerado, que geralmente é o herdeiro testamentário; e, por fim, o beneficiário, que é o legatário, que receberá a coisa disposta pelo disponente. O legatário possuía o direito de reivindicar a coisa (instituto do *rei vindicatio*), caso o herdeiro não a entregasse, pois adquiria o direito real sobre a coisa.

2.2.5.9 Fideicomisso

O fideicomisso consiste numa disposição de última vontade, onde o disponente determina ao fiduciário, o qual receberá bens oriundos *mortis causa* do disponente, que realize prestação em favor de terceiro, denominado fideicomissário. Esse instituto permitia que aquele que não pudesse figurar como herdeiro ou legatário, recebesse bens da pessoa falecida.

Esse instituto não é sujeito a formalidades, podendo ser instituído em testamento, codicilo confirmado ou não, oralmente ou por gesto. O fideicomisso pode ser o herdeiro ou legatário, inclusive um fideicomissário. Porém, não concedia ao fideicomissário o direito real sobre a coisa, mas sim, direito de crédito contra o fiduciário.

3 CONCLUSÃO

Na época do descobrimento do Brasil, o Direito Romano ainda era aplicado em diversos países da Europa, incluindo Portugal. Por isso, o Brasil herdou o instituto

romano, havendo a posse das terras aqui descobertas. Por esta razão, o direito brasileiro tem grande influência romana. As Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, tem origem no direito romano. Este enraizou-se no código civil brasileiro.

Santos tece uma crítica à ausência da disciplina de Direito Romano no plano curricular obrigatório das faculdades brasileiras, salientando:

“Tal fato constitui uma verdadeira contradição e incoerência, porquanto revela certo descaso e, quiçá, o desconhecimento da origem do direito, a negação de toda uma herança cultural transmitida na sucessividade das gerações, como se o passado não tivesse existido, porque o homem coevo perdeu a memória de sua própria história”.¹⁹

Por estes motivos, o conhecimento histórico da origem e influência hodierna do direito romano em nosso arcabouço legislativo, é algo deveras importante, pois integra a completa formação do jurista, que terá o conhecimento do nascedouro das leis que lhe concedeu caráter científico.

A necessidade de estudar o direito romano se funda quando observamos que: é fonte de nosso direito privado e foi a primeira sistematização da matéria jurídica, atribuindo-lhe caráter científico.

Ao se estudar o direito romano, podemos perceber as transformações sociais, econômicas e políticas desenvolvidas por eles, proveniente de seus usos e costumes, regrando toda uma sociedade. Os jurisconsultos interpretavam as leis à luz do caso concreto, criando, assim, a hermenêutica (arte de interpretar a norma).

¹⁹ SANTOS, 2013, p. 23.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DUCOS, Michèle. **Roma e o Direito**. São Paulo: Madras, 2007.

GIORDANI, Mário Curtis. **O código civil à luz do direito romano**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

HOERNER JUNIOR, Valério. **Roma: civilização e direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

LACERDA NETO, Arthur Virmond. **Estudos de direito romano**. 1º ed. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2012.

LUIZ, Antônio Filardi. **Curso de direito romano**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Curso de direito romano: história e fontes**. São Paulo: Saraiva, 1975.

NÓBREGA, Vandick Londres da. **Compêndio de Direito Romano, Volume I.** São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1970.

SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito Romano:** uma introdução ao direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.