

PARTE I:

CURSO ELEMENTAR
DE DIREITO ROMANO

**PARTE
GERAL**

CAPÍTULO 1

CONCEITO DE DIREITO

DIREITO OBJETIVO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES

O termo “direito” tem, entre outros, dois sentidos técnicos. Significa, primeiramente, a regra jurídica (*norma agendi*, ou seja, literalmente, “norma de agir”), vale dizer, lei em sentido amplo. Assim, dizemos “direito romano”, “direito civil”, como complexo de normas. Por exemplo, na seguinte frase: “testamento feito de acordo com o direito”. Em outra acepção, a palavra significa a faculdade concedida a alguém, pelo direito objetivo, de exigir certa conduta alheia (*facultas agendi*, isto é, “faculdade de agir”). Assim a entendemos quando falamos do “direito do locador de exigir o aluguel do inquilino”, “direito do proprietário de exigir de todos que não interfiram no uso de seus bens”, “direito do trabalhador de exigir do empregador a justa remuneração de seu trabalho”.

No primeiro sentido trata-se do direito objetivo e, no segundo, do direito subjetivo. Todo direito subjetivo pressupõe um direito objetivo, pois a faculdade de agir é concedida pela norma jurídica. Contudo, nem todo direito objetivo implica um direito subjetivo, como amiúde ocorre no direito penal, pois a punição do infrator, em geral, não depende da vontade da vítima.

No momento interessa-nos apenas o direito no sentido objetivo, que é o preceito hipotético e abstrato, cuja finalidade é regulamentar o comportamento humano na sociedade e cuja característica essencial é a força coercitiva que a própria sociedade lhe atribui. A famosa definição romana, pela qual os mandamentos do direito são “viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o seu” (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*), Ulpiano, D. 1, 1, 10), não faz referência a essa importante característica. Nós, entretanto, ao estudarmos o conceito, não podemos prescindir da análise dessa sua característica e de sua explicação.

A força coercitiva atribuída à norma jurídica significa que a organização social, o Estado, interfere para que o preceito seja obedecido. Para esse fim, a regra jurídica contém, normalmente, além do mandamento regulamentador da conduta humana (*norma agendi*), outra disposição: a de estabelecer as consequências para o caso de transgressão da norma. Essa outra disposição da regra jurídica chama-se sanção (*sanctio*).

A sanção pode ser de dois tipos: de nulidade ou de penalidade.

Pela primeira, a inobservância do preceito legal gera, como consequência, a invalidade do ato. Por exemplo, o impúbere não tem capacidade para vender, sozinho, seus bens. Vendendo nessas condições sua casa, o negócio será nulo. Por isso mesmo, tal sanção se denomina restitutiva, pois visa ao restabelecimento da situação anterior à transgressão. O outro tipo de sanção é a punitiva, que prevê uma pena para o transgressor.

Comumente, a norma jurídica estabelece a sanção de nulidade: a tal espécie de norma as fontes romanas chamavam lei perfeita (*lex perfecta*). A Lei Élia Sência (*lex Aelia Sentia*), por exemplo, do ano IV d.C., declarava nulas as manumissões feitas contrariamente às suas disposições (Gai. 1, 37 e 47).

A lei menos que perfeita (*lex minus quam perfecta*) era, conforme as mesmas fontes romanas, a regra cuja sanção não previa a anulação dos efeitos do ato transgressor, mas cominava uma punição. Era o que se dava no caso do casamento de viúva antes de decorridos dez meses da morte do marido; o casamento seria válido, mas os cônjuges sofriam certas restrições no campo do direito (Juliano, D. 3, 2, 1).

Por outro lado, a falta de sanção caracterizava a lei imperfeita (*lex imperfecta*), que não cominava nem a nulidade do ato infringente, nem qualquer penalidade. Por exemplo, a Lei Cíncia (*lex Cincia*), que, em 204 a.C. – a fim de, dentre outras razões, evitar a fragmentação do patrimônio familiar – proibiu a doação além de certo valor, sem estipular sanção alguma para os transgressores.

Logicamente, a regra de direito pode prever sanção de nulidade e, também, ao mesmo tempo, de punição. À lei desse tipo dá-se hoje a denominação de lei mais que perfeita. Outros, contudo, enquadram essa modalidade entre as leis perfeitas. Assim eram as disposições da Lei Júlia acerca da violência privada (*lex Iulia de vi privata*), de 17 a.C., que, proibindo o uso da força, mesmo no exercício de um direito, declarava nulo o ato e, além disso, aplicava penalidade: um credor que, fazendo justiça com as próprias mãos, tomasse pela força, em pagamento de seu crédito, um objeto pertencente ao seu devedor, perdia o crédito e tinha também que devolver o objeto.

O direito, no sentido objetivo, pode ser classificado do ponto de vista

histórico e sistemático.

Historicamente, temos que distinguir o direito civil (*ius civile*, literalmente, “direito do cidadão [romano]”) do direito das gentes (*ius gentium*), isto é, direito dos povos.

Na verdade, a distinção baseia-se na diversidade dos destinatários das respectivas regras. O antigo *ius civile*, também denominado nas fontes como *ius Quiritium*, destinava-se, exclusivamente, aos cidadãos romanos (*Quirites*). Por outro lado, as normas consuetudinárias romanas, consideradas como comuns a todos os povos e por isso aplicáveis não só aos cidadãos romanos (*Quirites*), como também aos estrangeiros em Roma, constituíam o *ius gentium*.

Para os juristas romanos da época clássica, o *ius gentium* era um direito universal, baseado na razão natural (*naturalis ratio*). Por outro lado, encontramos na codificação justinianéia outra distinção que contrapõe o *ius gentium* ao *ius naturale* (Inst. 1, 2, 2). Esse seria constituído de regras da natureza, comuns a todos os seres vivos, como as relativas ao matrimônio, procriação e educação dos filhos.

Também havia distinção entre *ius civile*, de um lado, e *ius honorarium*, de outro. A distinção baseava-se na diversidade de origem das respectivas regras. O *ius honorarium* era o direito elaborado e introduzido pelo pretor que, com base no seu *imperium* (poder de mando), introduzia novidades, criava novas regras e modificava substancialmente as antigas do *ius civile*. Essas regras, contidas no edito, eram as do *ius honorarium*, do direito pretório.

Em contraposição, as regras do *ius civile* provinham do costume, das leis, dos plebiscitos e, mais tarde, também dos senatusconsultos e constituições imperiais.

Assim, nesse contexto, o termo *ius civile* abrangia não só o antigo direito quiritário, como, também, o mais novo *ius gentium*.

Ainda a respeito da divisão de regras, quanto à sua origem, pode-se falar de *ius extraordinarium*, que era o direito elaborado na época imperial, mediante a atividade jurisdicional (quase legiferante) do imperador e de seus funcionários, que então tinham substituído o pretor nesse mister.

Por outro lado, examinando as classificações dogmáticas, encontramos a distinção entre direito público e direito privado. O primeiro regula a atividade do Estado e suas relações com particulares e outros Estados. O direito privado, por sua vez, trata das relações entre particulares (Inst. 1, 1, 4 e Pompônio, D. 1, 1, 2).

Relacionada ainda com essa distinção é aquela de direito cogente (*ius cogens*) e de direito dispositivo (*ius dispositivum*). Cogente é a regra absoluta, de

grande interesse público e social, cuja aplicação não pode depender da vontade das partes interessadas. Tem que ser obedecida fielmente; as partes não podem excluí-la, nem modificá-la. Nesse sentido os romanos diziam: “o direito público não pode ser mudado pelo acordo entre particulares” (“*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” – Papiniano D. 2, 14, 38). Assim, por exemplo, a responsabilidade por dolo ou má-fé não pode ser afastada pelas partes em um contrato; qualquer cláusula nesse sentido será nula.

O direito dispositivo, por sua vez, admitia uma autonomia de vontade dos particulares: suas regras podiam ser postas de lado ou modificadas pela vontade das partes, em razão de terem menor relevância social, interessando essencialmente às partes. Assim, na compra e venda, o vendedor respondia pelos defeitos da coisa vendida. Essa era uma regra dispositiva, pois, por acordo expresso, as partes podiam excluir essa responsabilidade do vendedor.

Havia, ainda, a distinção entre direito comum (*ius commune*) e direito singular (*ius singulare*). O direito comum referia-se às regras que estavam em conformidade com os princípios gerais do direito, e, portanto, destinadas a valer universalmente, para todas as pessoas. Por outro lado, o direito singular era aquele que se desviava de tais princípios, isto é, era contra a lógica jurídica (*contra rationem iuris*), destinado a valer somente para determinada categoria de pessoas ou situações. Esse último comportava, portanto, exceções às regras gerais e comuns. Por exemplo, a regra “ninguém pode alegar a ignorância da lei” é regra de direito comum; em contrapartida, era norma de direito singular conceder-se exceção às categorias dos camponeses, menores de vinte e cinco anos, mulheres e soldados em campanha.

Outra classificação do direito objetivo baseava-se em sua forma de criação. É aquela feita de acordo com as fontes do direito, de que trataremos no próximo capítulo.

DIREITO SUBJETIVO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES

Direito, no sentido subjetivo, como dito acima, significa a faculdade de agir (*facultas agendi*), em outras palavras, o poder de exigir determinado comportamento de outrem, poder esse conferido pelo direito objetivo (*norma agendi*). Assim, o direito subjetivo é o lado ativo de uma relação jurídica, cujo lado passivo é o dever jurídico. Por exemplo, a regra que responsabiliza o vendedor pelos vícios ocultos da coisa vendida constitui direito em sentido objetivo. Já a faculdade, concedida por essa regra, de pedir rescisão da venda pelo vício descoberto na coisa recém-comprada é um direito subjetivo do comprador.

Os direitos subjetivos, por sua vez, não têm todas as mesmas características. Podem ser classificados conforme o tipo do poder que representam e, por outro lado, de acordo com o dever jurídico que geram. Com essa classificação, na realidade, fazemos a divisão da matéria do direito privado romano em conformidade com os conceitos da dogmática moderna, e traçamos os planos de nosso estudo.

Em grandes linhas, os direitos subjetivos (e os deveres jurídicos) são de dois tipos, decorrentes de relações familiares ou patrimoniais. Os primeiros incluem os relativos ao casamento, ao poder familiar e à tutela e curatela.

Os direitos subjetivos (e os deveres jurídicos) patrimoniais dividem-se em dois grupos: os direitos reais e as obrigações.

Os direitos reais são direitos que conferem um poder amplo, potencialmente absoluto, sobre coisas. Sua característica essencial é valerem “contra todos” (*erga omnes*). O comportamento alheio que o titular do direito subjetivo pode exigir é o de todos, que são obrigados a respeitar o exercício de seu direito (poder) absoluto sobre a coisa.

Os direitos obrigacionais, por sua vez, existem tão somente entre pessoas determinadas e vinculam uma (o devedor) à outra (o credor).

Por exemplo, o proprietário tem um direito real sobre o imóvel em que mora. Todos devem respeitá-lo. Por outro lado, o locatário de um imóvel só tem direito obrigacional contra a pessoa que o alugou a ele. Pode exigir dessa pessoa que o deixe morar no imóvel, mas não tem direito nenhum contra outros, entre os quais pode estar o verdadeiro proprietário também.

Naturalmente, também há direitos patrimoniais relacionados com as relações jurídicas familiares ou delas decorrentes.

As relações e modificações patrimoniais decorrentes do falecimento de uma pessoa, intimamente ligadas também ao direito de família, são tratadas pelo direito das sucessões.

Nosso plano é, por razões didáticas, começar pelo estudo dos direitos patrimoniais e continuar com os de família e das sucessões.

Antes de examiná-los, porém, é necessário explicar os conceitos e princípios gerais de nossa ciência, cujo conhecimento é pressuposto necessário para o bom entendimento da matéria. Assim, estudaremos, como parte geral introdutória, o sujeito de direito, depois os objetos de relações jurídicas e, por fim, os fatos jurídicos, que criam, modificam ou extinguem direitos subjetivos.

A defesa dos direitos subjetivos, que é feita por via de processo judicial, não será tratada especificamente, mas seus princípios gerais serão mencionados sempre que necessários ou úteis para a melhor compreensão do assunto.

CAPÍTULO 2

FONTES DO DIREITO

A produção das regras jurídicas faz-se pelas fontes do direito. A expressão “fontes do direito” admite ao menos dois significados. Pode ser entendida, em primeiro lugar, como os órgãos que têm a função ou poder de criar normas jurídicas. Nesse sentido, são chamadas “fontes de produção”. Exemplo: as assembleias populares (*comitia*), que votavam as leis em Roma. Por outro lado, pode também entender-se como o produto da atividade desses órgãos que têm poder ou função de legislar. Nesse outro sentido, são denominadas “fontes de revelação”. Exemplo: a lei (*lex rogata*) resultante de uma proposta feita pelos magistrados e votada nas assembleias populares em Roma.

COSTUME

Entre as fontes do direito romano, no segundo sentido, está o costume (direito não escrito), que, no período arcaico, foi quase exclusivamente a sua única fonte. O costume (chamado em latim de *consuetudo*, *mos* ou, mais especificamente, *mores maiorum* – isto é, “costumes dos antepassados”) é a observância constante e espontânea de determinadas normas de comportamento humano na sociedade. Cícero o definiu como regra de conduta aprovada, sem lei, pelo decurso de longuíssimo tempo e pela vontade de todos: “aquilo que a vetustez (ou longo espaço de tempo) aprovou, sem lei, pela vontade de todos” (*quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* – *De inv.* 2, 22, 67). Juliano o caracterizava como “uso arraigado” (*inveterata consuetudo* – D. 1, 3, 32, 1) e Ulpiano como “uso diuturno” (*diuturna consuetudo* – D. 1, 3, 3, 3). De qualquer modo, a observância da regra consuetudinária deve ser constante e universal.

OUTRAS FONTES DO DIREITO

Ao tratar das fontes do direito na época clássica, Gaio, jurista do séc. II d.C., em suas *Institutas* (Gai. 1, 2), menciona apenas as fontes do direito escrito: a lei (*lex*), os plebiscitos (*plebiscita*), os senatusconsultos (*senatusconsulta*), as constituições imperiais (*constitutiones principum*), os editos dos magistrados (*edicta magistratuum*) e a jurisprudência (*responsa prudentium*).

i) Leis e plebiscitos

As leis e plebiscitos eram manifestações coletivas do povo. As primeiras, “leis propostas” (*leges rogatae*) por um magistrado, discutidas e aprovadas nas assembleias populares (*comitia*) por ele convocadas, de que só participavam cidadãos romanos (isto é, o povo romano – *populus Romanus*). Os segundos, plebiscitos (*plebiscita*), forma anômala de fonte de direito, eram decisões da plebe, reunida sem os patrícios. Essas deliberações passaram a ser obrigatórias para a comunidade toda desde que a Lei Hortênsia (*lex Hortensia*), de 286 a.C., assim determinou, equiparando-as, portanto, às leis.

Interessante observar que são pouquíssimas as leis romanas de grande importância para o direito privado: não mais de vinte e cinco. Conservou-se o nome de aproximadamente oitocentas leis nos quinhentos anos em que tais fontes produziram direito.

ii) Senatusconsultos

Os senatusconsultos (*senatusconsulta*) eram deliberações do Senado. Na República, eram dirigidos mormente aos administradores públicos, dando-lhes instruções sobre o exercício de suas funções. O Senado era, portanto, um órgão consultivo da administração pública. No início do Principado (final do séc. I a.C.), os senatusconsultos passaram a ser propostos pelos imperadores para votação e, a princípio, consistiam, também, em instruções aos administradores. Com o passar do tempo, porém, foram absorvendo as funções das assembleias populares e passaram a conter normas gerais, semelhantes às leis. A partir de então, foi reconhecida sua função legiferante. Mais tarde, a partir do imperador Adriano (117 – 138 d.C.), passou-se a aprovar simplesmente, por aclamação, a proposta do imperador (*oratio principis*), transformando-se, destarte, o senatusconsulto em uma forma indireta de legislação imperial.

iii) Constituições imperiais

O termo “constituição”, no contexto das fontes de direito romano, tem um sentido completamente diferente daquele do direito moderno. Nesse último, indica a lei fundamental ou carta magna de um país. Já na linguagem jurídica romana, as constituições imperiais eram deliberações do imperador que não só interpretavam a lei, mas, também, a estendiam ou inovavam. As denominações variavam, conforme o conteúdo ou natureza delas: editos (*edicta*), que eram normas de caráter geral, semelhantes aos editos dos magistrados republicanos, de que trataremos logo a seguir; decisões (*decreta*) do imperador, proferidas em um processo judicial; respostas escritas (*rescripta*) dadas pelo imperador a questões jurídicas a ele propostas por particulares em litígio ou por magistrados; e ordens (*mandata*) dadas pelo imperador, na qualidade de chefe supremo, aos funcionários subalternos.

iv) Editos dos magistrados

Os editos dos magistrados são fonte de direito importantíssima na República (510 – 27 a.C.) e no início do Império. A criação de regras jurídicas para as diversas atividades do cotidiano cabia aos administradores públicos (genericamente chamados, na linguagem romana, de “magistrados”), cada um em sua esfera de competência: por exemplo, a organização dos mercados e feiras ficava a cargo do edil curul (*aedilis curulis*); o uso das ruas era regulado pelo administrador das vias públicas (*magister viarum*); a auditoria da Fazenda Pública competia ao questor (*quaestor*).

Dentre esses, o pretor (*praetor*) tinha a função específica de cuidar da administração da justiça. Essa função chamava-se jurisdição (*ius dicere* – “dizer o direito” no litígio processual) e, no desempenho dela, os pretores tiveram prerrogativas bastante amplas, baseadas no poder de mando, denominado “império” (*imperium*). Podiam eles, quando julgavam necessário ou oportuno, denegar a tutela jurídica, mesmo contra as regras do direito quiritário; ou, inversamente, conceder ações judiciais e outros meios processuais a pretensões que não tinham amparo legal no mesmo direito. Assim, dependia de seu poder discricionário a aplicação ou não daquelas regras do direito quiritário. Tinham eles outros meios processuais também para introduzir inovações, a fim de ajudar, suprir e até corrigir as regras do direito quiritário.

Nesse mister, o pretor, tal qual os outros magistrados, promulgava seu programa ao assumir o cargo, revelando como pretendia agir durante o ano de seu exercício. Essa atividade normativa manifestava-se através do “edito” (*edictum*),

Esse princípio não era, contudo, absoluto. Admitia-se, também, a possibilidade de ter a norma efeito retroativo, desde que o legislador assim o determinasse. Entretanto, os casos já findos, com sentença ou por acordo entre as partes, não podiam estar sujeitos a normas retroativas, pois nessas hipóteses a lei que retroagisse estaria ferindo direitos adquiridos (Justiniano, C. 1, 17, 2, 23).

A regra jurídica em vigor é aplicável a todos. A ignorância dela não isenta ninguém de suas sanções: “a regra é, de fato, que a ignorância do direito prejudica a todos” (*regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere* – Paulo, D. 22, 6, 9 pr.). Não se aplicava, porém, essa norma rigorosa, no direito romano, aos menores de 25 anos, às mulheres, aos soldados em campanha e aos camponeses (*rustici*).

A norma jurídica deixa de produzir seus efeitos quando termina sua vigência, se o prazo estiver nela estipulado. Não havendo estipulação de prazo, revoga-se a norma por uma que lhe seja contrária: “a lei posterior revoga a anterior” (*lex posterior derogat priori* – brocardo jurídico). A revogação pode dar-se também pelo costume: quer por regra contrária por ele introduzida, quer pela simples inaplicação constante da norma (“desuso” – *desuetudo*). Essa última forma foi a característica da evolução do direito em Roma. As regras antiquadas, caindo em desuso, eram praticamente abolidas, ainda que não de modo expresse.

CAPÍTULO 4

SUJEITOS DE DIREITO

Sujeitos de direito são as pessoas que podem ser parte em relações jurídicas, tanto do lado ativo (correspondente ao poder de exigir certa conduta alheia), como do lado passivo (correspondente ao dever jurídico de prestar tal conduta).

Pessoa física é a pessoa humana. O direito, contudo, reconhece também a personalidade civil, isto é, a qualidade de sujeito de direito, a entidades artificiais, que são chamadas pessoas jurídicas.

PESSOA FÍSICA

A pessoa física, também chamada pessoa natural, é o ser humano dotado de personalidade civil. Sua existência se inicia com o nascimento.

O nascituro não é ainda pessoa, mas é protegido desde a concepção e durante toda a gestação, que o direito presume durar o prazo mínimo de 180 dias e o máximo de 300 dias (*praesumptio iuris et de iure*, ou seja, uma presunção absoluta). Já o direito romano conheceu essa proteção: considerava o nascituro como já nascido (ficção), para fins de reservar-lhe vantagens: “o nascituro é tido por já nascido toda vez que se tratar de vantagens dele mesmo” (*nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus agatur* – Gai. 1, 147 e Paulo, D. 1, 5, 7).

O feto tem de nascer com vida e com forma humana. Não é pessoa o natimorto. Por isso, havia discussões entre os jurisconsultos romanos sobre o que significava sinal de vida do parto: seria necessário o primeiro choro do neonato (vagido) ou bastaria qualquer movimento do corpo? Considerava-se que os recém-nascidos não tinham forma humana somente em casos acentuados de teratogenia, isto é, de deformação física gravíssima. Esses eram chamados de

“monstros” (*monstra*). O natimorto e o *monstrum* não eram considerados pessoas para fins de direito.

Extingue-se a pessoa física com a morte do indivíduo. Sua verificação não dependia de formalidades no direito romano, que não conhecia o registro civil como nossa época. O direito romano desconhecia, também, a declaração e a presunção de morte pelo desaparecimento durante longo tempo. Quem tivesse interesse relacionado com o falecimento de alguma pessoa teria de produzir a respectiva prova.

No direito justinianeu, estabeleceram-se regras para o caso de várias pessoas, principalmente da mesma família, perecerem em um mesmo acidente (comoriência). Presumia-se que o filho impúbere morrera antes do pai e o filho púbere depois (Trifonino, D. 34, 5, 9 pr.-4 e Gaio, D. 34, 5, 23). Essa presunção era simples (*praesumptio iuris tantum*, ou seja, uma presunção relativa), admitindo prova em contrário.

CAPACIDADE DE DIREITO

A capacidade de direito, também chamada capacidade jurídica de gozo, significa a aptidão da pessoa para ser sujeito de direitos e obrigações. Modernamente, todos têm capacidade de direito, desde o nascimento. Não era assim no direito romano, pois nele se distinguiam diversas categorias de pessoas.

Para ter capacidade de direito plena, era necessário, no direito romano, que a pessoa fosse: (i) livre; (ii) cidadã romana; e (iii) independente do pátrio poder (que se chamava *sui iuris*).

Verifiquemos, pois, esses três requisitos, examinando o estado de liberdade (*status libertatis*), o de cidadania (*status civitatis*) e a situação familiar (*status familiae*), pressupostos da capacidade de direito em Roma.

i) Estado de liberdade (*status libertatis*)

As pessoas podiam ser livres ou escravos, conforme as regras do direito romano.

Eram livres aqueles que não eram escravos. Esses últimos não podiam ser sujeitos de direito; eram apenas objeto de relações jurídicas. Não podiam ter direitos ou deveres, nem, tampouco, relações familiares no campo do direito.

A escravidão era um instituto reconhecido por todos os povos da antiguidade. Sua origem vem da guerra: os inimigos capturados passavam a ser escravos dos vencedores. Mas não só os prisioneiros de guerra. Todos os

estrangeiros que pertencessem a um país que não fosse reconhecido por Roma, ainda que não estivesse em estado de guerra, eram considerados escravos, se caíssem no poder dos romanos. O mesmo se dava com o romano que caísse em mãos do inimigo. Mas o cidadão romano que se tornava prisioneiro de guerra do inimigo, ao voltar à pátria, recuperava automaticamente a liberdade e todos os direitos que tinha antes de ser capturado (Pompônio, D. 49, 15, 5, 2 e Gaio, D. 41, 1, 7 pr.). Isso se chamava “direito de poslimínio” (*ius postliminii*), isto é, o conjunto dos direitos decorrentes da volta à pátria.

Outra fonte da escravidão era o nascimento. Era escravo o filho de escrava, independentemente do estado de liberdade do pai (livre ou escravo). Foi somente o direito justinianeu que concedeu o favor da liberdade ao filho de escrava que tivesse estado em liberdade em qualquer momento da gestação. Isso com base na ficção estabelecida pela regra já mencionada, isto é, a de que o nascituro era considerado como já nascido (Inst. 1, 4 pr. e Marciano, D. 1, 5, 5, 2).

Quanto ao conteúdo da escravidão, escravo não podia ser sujeito de direitos, por lhe faltar a capacidade jurídica. Não podia ter direitos privados nem públicos. Sua união conjugal, denominada “contubérnio” (*contubernium*) não era casamento no sentido jurídico romano. Não havia, assim, entre ele, a mulher e os filhos, relações jurídicas de parentesco, para fins de sucessão e outros. Não tinha patrimônio e tudo que adquiria pertencia ao dono (Gai. 1, 52). Esse tinha sobre ele poderes tão amplos como sobre as demais coisas de sua propriedade. Podia aliená-lo; em princípio, até matá-lo. Entretanto, mesmo assim, a condição humana do escravo o distinguia das outras coisas do patrimônio do dono.

O direito romano reconheceu sempre a personalidade humana do escravo, que era chamado de “pessoa servil” (*persona servilis*). Ele também participava, desde as origens, do culto religioso da família. Seu túmulo era lugar sagrado, à semelhança daquele dos livres. Matar um escravo era crime, a que, já na República, correspondia a pena pública do homicídio, pela “Lei Cornélia acerca dos homicidas” (*lex Cornelia de sicariis*).

No período imperial, foi proibido ao dono torturar os escravos. Podiam esses recorrer à proteção dos magistrados (Gai. 1, 53). Do ponto de vista patrimonial, verificou-se, também, uma evolução favorável ao escravo. Já na República, o escravo podia possuir um pequeno pecúlio, cedido pelo seu dono, que ele geria livremente. Legalmente, o pecúlio continuava a pertencer ao dono, mas na prática estava sendo administrado pelo escravo, como se fosse dele.

Além disso, o escravo podia ser incubido de gerir empreendimentos comerciais de seu proprietário, sendo, por isso, chamado pela doutrina moderna de “escravo *manager*”.

CAPÍTULO 5

OBJETOS DE DIREITO

CONCEITO

“Coisa” (*res*) é um termo de significado muito amplo. Usa-se para designar todo e qualquer objeto do nosso pensamento. Isso significa que a noção vulgar de coisa vale tanto para o que existe no mundo das ideias, como no da realidade sensível.

Na linguagem jurídica, porém, coisa é o objeto de relações jurídicas que tenha valor econômico. Não o é, portanto, aquilo que não possa ser objeto de tais relações. Assim, não são *res* os corpos celestes. Podem sê-la, contudo, no direito moderno, certas coisas incorpóreas que representem valor econômico: invenções (protegidas por patentes), obras literárias e musicais (protegidas por direitos autorais) etc.

Os romanos faziam distinção entre coisas em comércio (*res in commercio*) e fora dele (*res extra commercium*). As primeiras eram aquelas que podiam ser apropriadas por particulares. As segundas não podiam ser objeto de relações jurídicas entre particulares, pela sua natureza física ou por sua destinação jurídica.

Assim, estavam excluídas do comércio as coisas dedicadas aos deuses (“coisas de direito divino fora do comércio” – *res extra commercium divini iuris*), e outras por razões profanas (“coisas de direito humano fora do comércio” – *res extra commercium humani iuris*).

Na primeira categoria, encontramos as coisas sagradas (*res sacrae*), dedicadas diretamente ao culto religioso, como os templos, as coisas santas (*res sanctae*), que eram as consideradas sob a proteção dos deuses, como as portas e os muros da cidade, e as coisas religiosas (*res religiosae*), que eram os túmulos.

Por razões de ordem profana, eram consideradas fora do comércio as coisas comuns de todos (*res communes omnium*), isto é, as indispensáveis à vida coletiva ou úteis a ela, como o ar, a água corrente, o mar e as praias. Além dessas, eram consideradas fora do comércio as coisas públicas (*res publicae*), pertencentes ao Estado romano, como as estradas e as praças públicas.

Res in commercio podiam estar realmente no patrimônio de alguém, ou encontrar-se fora de qualquer relação patrimonial. As expressões romanas *res in patrimonio* e *res extra patrimonium* são usadas nas fontes em dois sentidos. Às vezes, indicam a mesma distinção que já fizemos entre coisas *in commercio*, suscetíveis de serem objeto de relações jurídicas, e coisas *extra commercium*. Outras vezes, servem para distinguir aquelas que se situam efetivamente no patrimônio de alguém das que não estão no patrimônio de ninguém. Por razões didáticas, adotamos a segunda interpretação.

Portanto, as coisas *extra patrimonium* eram as que, em dado momento, não se encontravam no patrimônio de ninguém, mas que poderiam ser apropriadas. Assim, as coisas sem dono (“coisas de ninguém” – *res nullius*) e os bens pertencentes aos inimigos de Roma (“coisas dos inimigos” – *res hostium*).

No que se refere às coisas *in commercio* e ao mesmo tempo *in patrimonio*, há várias outras classificações feitas pelos romanos que até hoje sobrevivem.

COISAS CORPÓREAS E INCORPÓREAS

Já Gaio (2, 12-14) distinguia entre coisas corpóreas e incorpóreas (*res corporales et incorporeales*). A diferença para ele reside na tangibilidade, sendo corpóreas aquelas que podem ser tocadas e existem corporalmente. As outras, isto é, as incorpóreas, somente existem intelectualmente. Na realidade, essa classificação jurídica servia para distinguir entre coisas e direitos, pois as primeiras são corpóreas e os segundos incorpóreos. Para os romanos, somente os direitos eram coisas incorpóreas. A importância prática dessa classificação é a de que existem certos institutos jurídicos que só se aplicam às coisas corpóreas, como, por exemplo, a posse e a transferência de propriedade pela mera entrega manual (*traditio*).

RES MANCIPI E RES NEC MANCIPI

A distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi* tem bases históricas. As primeiras, para se lhes transferir a respectiva propriedade, requeriam a prática das formalidades da *mancipatio*, ato solene do direito arcaico. As segundas podiam

ser transferidas pela simples entrega ou tradição (*traditio*), sem formalidades.

Faziam parte da categoria das *res mancipi* os imóveis itálicos (não os provinciais), os animais de tração e carga (como o cavalo, o boi e o burro), os escravos e as quatro servidões prediais rústicas mais antigas, que eram a passagem a pé (*iter*), passagem a pé e com animais (*actus*), passagem a pé, com animais e com veículos (*via*) e aqueduto (*aquaeductus*). Todas as demais coisas eram *res nec mancipi*.

COISAS MÓVEIS E IMÓVEIS

O solo e tudo o que se lhe incorporar em caráter permanente (por exemplo, construções, plantações etc.) distinguam-se das coisas transportáveis e semoventes (escravos e animais). Já a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) conheceu essa distinção ao estabelecer prazo diferente para a usucapião delas. A terminologia coisas imóveis e móveis (*res immobiles et res mobiles*) é mais recente. Ela data do período pós-clássico, quando modos especiais de aquisição de propriedade foram exigidos para as primeiras.

COISAS FUNGÍVEIS E INFUNGÍVEIS

O termo “fungível” não é romano. Foi criado no século XVI por Ulrich Zasius, com base na definição romana de Paulo, que procurava precisar o princípio da substituíbilidade das coisas: “coisas cuja função consiste em serem determinadas pelo seu gênero” (*res quae in genere suo functionem recipiunt* – Paulo, D. 12, 1, 2, 1).

Fungíveis são as coisas substituíveis por outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Aparecem normalmente no comércio como “determinadas pelo seu peso, quantidade e medida” (*quae pondere numero mensura constant* – Gai. 2, 196). São elas caracterizadas por pertencerem a um gênero extenso, para o qual a individualidade de cada unidade componente não tem relevância jurídica. Por isso, são coisas facilmente substituíveis entre si. Assim, o dinheiro, o arroz, a farinha etc.

Infungíveis são as coisas especificamente consideradas, cujas características individuais impedem que sejam substituídas por outras do mesmo gênero. Assim um quadro, uma estátua.

Essa distinção tem relevância para diversos efeitos práticos, sobretudo no campo dos contratos. Há, de fato, contratos que só são aplicáveis a coisas infungíveis (como o depósito regular); outros, como os contratos de empréstimo,