

NASCITURO E UTILIDADE PÚBLICA NO DIREITO ROMANO*

Hélcio Maciel França Madeira

Mestre em Direito Romano da Universidade de São Paulo, Especialista em Direito Romano da Universidade de Roma "La Sapienza", Professor de Direito Romano.

1. Introdução - 2. Marciano e a *libertas* - 3. Ulpiano e o "favor partui"

EMENTA: A tutela do nascituro no Direito Romano fundamenta-se não somente na proteção de sua pessoa (*persona*), mas na proteção da família e, segundo o pensamento de juristas romanos clássicos, na proteção de toda a sociedade.

1. INTRODUÇÃO

É de se incluir, entre as vezes em que a *utilitas singulorum* cede à *rei publicae* no Direito Romano, robustecendo o filão dos preceitos antiindividualistas, mais um conjunto de fontes romanas, as quais, nos parecendo até então insuficientemente ponderadas, limitamo-nos a sugerir e em breve comentar.

Ao mesmo tempo, em tema de nascituro, especificamente, pretendemos contribuir na elucidação de ao menos dois pontos: o do fundamento (motivação) do Direito Romano quando este defende o nascituro e o critério utilizado para a consecução deste fim.

Os parágrafos que nos servem de guia, dois de Ulpiano e um de Marciano, evocam de modo preciso e claro o interesse público envolto na tutela do nascituro, não obstante, como veremos, repelidas as críticas interpolacionistas exageradas, possam ter sido objeto de manipulação justinianéia. São eles:

(1)

D.40.5.53.pr.

Marciano 4 *regularum*

Si quis rogatus ancillam manumittere moram fecerit, si interea enixa fuerit, constitutum est huiusmodi partum liberum nasci et quidem ingenuum.

Sed sunt constitutiones, quibus cavetur statim ex quo libertas deberi coeperit ingenuum, nasci: et hoc magis est sine dubio sequendum, quatenus libertas non privata, sed publica res est, ut ultro

Se alguém que foi rogado a manumitir uma escrava tiver feito mora, se nesse ínterim tiver dado à luz, determinou-se que deste modo o parto nasça livre e, certamente, ingênuo. Mas existem constituições pelas quais se determina que imediatamente, a contar do tempo em que a liberdade começou a ser devida, nasce ingênuo. E isto mais se deve sem dúvida seguir, na

* Apontamentos sobre o nascituro e a *utilitas rei publicae* em Ulpiano e Marciano

is qui eam debet offerre debeat.

medida em que a liberdade não é uma coisa privada, mas é uma coisa pública, de modo que este que a deve deva espontaneamente oferecer.

(2)

D.25.4.1.13

Ulpiano 24 ad edictum

Sed et si servus heres institutus fuerit, si nemo natus sit, Aristo scribit, huic quoque servo quamvis non omnia, quaedam tamen circa partum custodiendum arbitrio praetoris esse concedenda. Quam sententiam puto veram: publice enim interest partus non subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit: ideoque etiam servus iste, cum sit in spe constitutus successionis, qualisqualis sit, debet audiri rem et publicam et suam gerens.

Mas também se o servo for instituído herdeiro, acaso não nasça ninguém, escreve Aristão que, porém, também a este servo, pelo arbítrio do pretor, devam ser concedidas algumas coisas (embora nem tudo) relativas à custódia do parto. Tal opinião reputo verdadeira: pois interessa publicamente (ao povo) que o parto não seja falsificado para que seja salva a dignidade das ordens e das famílias: e por isso também este servo, uma vez constituído na expectativa da sucessão, seja ele quem for, deve ser ouvido como aquele que traz consigo um assunto tanto seu como público.

(3)D

D.37.9.1.15

Ulpiano 42 ad edictum

Et generaliter ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.

*E geralmente por estas causas o pretor se acostumou dar a **bonorum possessio** Carboniana ao menino. Pelas mesmas causas não duvidamos que o pretor deva também socorrer o ventre, tanto mais facilmente porque a causa do parto é mais favorável do que a do menino. Pois o pretor seja favorável ao parto naquilo que o traga à luz, e ao menino naquilo que o conduza à família: pois deve ser alimentado este parto, o qual não somente nasce ao pai de quem diz ser, mas também à própria república.*

2. MARCIANO E A LIBERTAS

Élio Marciano, com grande probabilidade, escreveu suas obras entre 217 e 222¹ com o fim de difundir o Direito Romano nas províncias do Oriente para instrução dos aspirantes às magistraturas e ofícios locais, carentes de preparação jurídica para conhecer as enormes mudanças derivadas da célebre *Constitutio Antoniniana*².

Nas suas *Institutiones*, impelido a uma nova terminologia, deixou de adjetivar as *civitates* como *Romanae* ou *peregrinae*; o que antes era *municipium* passa a chamar-se genericamente *civitas* ou *res publica*³. Reduz os *peregrini sine civitate* ao exemplo único que sobrevivera ao edito de Caracala, quais sejam os ἄπολιδες⁴, condenados a trabalhos forçados e deportados para alguma ilha.

Graças ao grande número de fragmentos (618) de Marciano presentes no Digesto é possível identificar que a liberdade constitui temática constante e fundamental em suas obras.

Não foi certamente despropositada a dedicação à liberdade de todo o primeiro livro de suas *Instituições* e, em nosso modesto aviso, à sua exaltação. Acompanham-no com frequência referências a constituições imperiais mais ou menos coevas que dispunham um melhoramento da condição servil, trazendo o tema da liberdade, por assim dizer, cada vez mais próximo à

⁽¹⁾ Honoré, A.M. *The Severan Lawyers: a Preliminary Survey*, in *SDHI*, 28 (1962), PP. 162ss.

⁽²⁾ Ferrini, C. *Intorno alle Istituzioni di Marciano*, in *Opere*, 2, Milano 1929, p.289.⁽³⁾ De Giovanni, L. *Giuristi Severiani. Elio Marciano*, 1989, p. 20.

⁽⁴⁾ D.48.19,17,1 (Marciano 1 inst.) *Item quidam ἀπολιδες sunt, hoc est sine civitate: ut sunt in opus publicum perpetuo dati et in insulam deportati, ut ea quidem, quae iuris civilis sunt, non habeant, quae vero iuris gentium sunt, habeant.*

Note-se que este passo é fundamental para o entendimento de outro passo que adiante nos servirá: D.1.5.5.3 (Marciano 1 inst.) *Ex hoc quaesitum est, si ancilla praegnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta aut expulsa civitate pepererit, liberum an servum pariat. Et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse.*

A expulsão, *rectius*, *deportatio civitatis de novo* é dado como exemplo do que deveria ser, para Gaio, uma forma de *capitis deminutio media* (G.1,160). O uso de expulsão neste sentido se encontra em Pompônio (D.1.2.2.52), não por acaso um jurista que era sem dúvida do trato de Marciano e cujo *Enchiridium* exerceu grande influência (cf. BRETONE, M. *Tecniche e ideologia dei giuristi romani*, 1984, p. 272). Além disso, o próprio Pompônio (o único outro autor a usar o termo neste sentido), em D.50.7.18 confirma a perda do status civitatis.

Qual a razão então para Marciano perguntar se uma deportada teria um filho livre ou escravo? Aparentemente uma pergunta insensata para quem alhures afirmara: *Deportatus civitatem amittit, libertatem retinet et iure civili caret, gentium veri utitur* (D.48.22.15pr. *Marciano liber...*)

Marciano parece satisfazer-se com o exemplo mais próximo da prática provincial que restará depois do referido edito e que causava a perda da cidadania (*sine civitate*).

Albertário, *Conceptus pro iam nato habetur in BIRD* (1923) p. 30, viu no *aut expulsa civitate* uma inserção "eloqüente" dos compiladores, o que nos parece sem justificativa. O que então diria Albertário de D.43.5.53, estranhamente não citado na sua reconstrução das duas escolas clássicas? Ao contrário, se fosse obra dos compiladores certamente, no bem cuidado livro primeiro, não inseririam uma questão sem deixá-la respondida. Por isso é mais provável que Marciano somente evocasse o problema que se lhe apresentava e cuja solução não era nada fácil (poder-se-ia argumentar que a deportada, possuindo apenas o *ius gentium*, pudesse se tornar uma *serva injusta* do povo que a recebeu).

Ou mesmo o próprio Marciano, em vista da *Constitutio Antoniniana*, tolhesse a pergunta sobre qual seria o status civitatis do filho. Ou talvez a resposta é que tivesse sido talhada. Enfim, não faz sentido atribuir aos compiladores o *expulsa civitate*. O problema permanece e ainda aumenta.

utilitas rei publicae (mas nem por isso excluindo a *utilitas singulorum*⁵).

O passo que nos interessa (D.40.5.53 pr) insere-se neste contexto. *Libertas non privata sed publica*: este é o princípio que a Marciano parece justificar, na idade dos Severos, toda a mudança de regime de tratamento ao servo e, em menor proporção (numericamente), ao nascituro.

Tratando da mora do *rogatus* em conceder a liberdade à serva que está grávida, Marciano evoca a *utilitas publica* para favorecer a liberdade do nascituro, mesmo que este, segundo o clássico *ius civile*, devesse seguir a condição da mãe no momento da concepção (ou seja, no caso, nasceria escravo) e, segundo o *ius gentium* (em muito já superado, mas não em se tratando de servos), o momento do nascimento (caso em que também nasceria escravo).

Não foi a única vez que Marciano aplicou o mesmo critério, que poderíamos já chamar de *favor libertatis* (*propter utilitatem publicam* acrescentaríamos). A mesma *ratio* se encontra em D.1.5.5.3 (vide nota 4) e em D.49.15.25:

D.49.15.25

Marciano 14 inst.

Divi Severus et Antoninus
rescripserunt, si uxor cum marito
ab hostibus capta fuerit et ibidem
ex marito enixa sit: si reversi
fuerint, iustos esse et parentes et
liberos et filium in potestate
patris, quemadmodum iure
postliminii reversus sit: quod si
cum matre sola revertatur, quasi
sine marito natus, spurius habebitur.

*Os divinos Severo e Antonino
determinaram por rescrito que se uma
mulher tiver sido capturada com o marido
pelos inimigos e lá mesmo se engravidar do
marido: se retornarem ser-lhes-ão justos os
ascendentes e os filhos. E o filho (nascido)
ficará sob a patria potestas do mesmo modo
como se tivesse retornado pelo direito do
postliminium: porque se ele retorna
somente com a mãe, como que nascido sem
pai casado, será tido por espúrio.*

O concebido de mãe em estado de *servitus iniusta*, nascido nas mesmas circunstâncias, será de qualquer modo livre, volte com a mãe, volte com ambos genitores. No primeiro caso, *iure postliminii* adquire a liberdade pela mãe (sem, é sabido, necessidade de manumissão) segundo o *ius gentium*, mas não adquire o *status de filiusfamilias*, que só adquire no segundo caso. De novo não fala do *status civitatis*, por ser questão já superada.

São inevitáveis as dificuldades para a solução e fundamentação do caso: *quid iuris* se voltassem somente pai e filho? Ou o filho sozinho? Seja como for, favoreceu-se a liberdade daquele que fora concebido e nascido de uma serva, aproveitando-se do *ius postliminii* da genitora ou de ambos os genitores.

Sem dúvida, um *favor libertatis* mais amplo do que aquele que costumeiramente se atribui ao período pós-clássico.

⁵ O final do segundo texto citado (o de Ulpiano) que será adiante analisado, em conformidade à sua divisão das *positiones studii*, insere-se no mesmo contexto marcianeu ao afirmar que o escravo deve ser ouvido como aquele que traz consigo um assunto seu e da república quando demanda a inspeção do ventre da viúva do seu dominus.

O próprio Marciano usa, mais uma vez, o conceito de *favor*⁶:

D.40.4.26 (Marciano 1 reg.) *Divus Pius et divi fratres favorabiliter rescripserunt, cum servo cum libertate substituto legatum erat, si heres non esset, non adscripta libertate, perinde haberi, atque si adscripta esset et libertas.*

D.48.10.7 (Marciano 2 inst.) *Nulla modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino iure civili neque iure praetorio neque extra ordinem computantur: praeterquam quod favorabiliter divi marcus et commodus rescripserunt, cum servus quereretur, quod tabulae testamenti, quibus ei data erat libertas, subprimerentur, admittendum ad suppressi testamenti accusationem.*

A causa da tenacidade do jurista a resolver com técnica própria as questões relativas à liberdade parece terem sido mesmo as inovações introduzidas pelas constituições imperiais em matéria de *status*. Já nos referimos ao melhoramento da condição servil e do *favor libertatis*, mas não devemos esquecer de que é dele uma das três citações ao *rescrito* de Septímio Severo e Caracala que estabeleceu a primeira sanção pública ao aborto procurado⁷.

Em síntese, uma análise de conjunto da obra de Marciano, da sua época, das influências por ele recebidas, nos leva a afirmar a autenticidade da regra “*libertas non privata, sed publica res est*” e que esta consistia, para Marciano, em matéria de nascituro, no *favor libertatis*. Em D.40.5.53 pr., dá-se a liberdade a um concebido como servo e nascido como servo. Uma exceção que fez com que autores medievais pré-acursianos considerassem um *ius singulare*⁸.

3. ULPIANO E O “FAVOR PARTUI”

Passemos ao segundo texto citado.

Ulpiano procura arrazoar o direito do servo designado como herdeiro de inspecionar o ventre daquela que, *mortuo marito praegnantem se esse dicet*⁹: 1) *publice enim interest partus non subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit...* 2) *Servus iste... rem et suam*

⁶ Em seu “*Appendici Eseggettiche*” Albertário afirma e procura provar que o termo *favor*, todas (numerosíssimas) vezes em que comparece nos textos dos juristas clássicos da compilação justinianéia, constitui interpolação e nas *Institutas* de Gaio glossema... Deixou de fazer qualquer estudo referente à expressão *favorabiliter*, ao menos reconhecendo genericamente que seria mais difícil ser fruto de interpolação.

Albertário não somente nega o uso da expressão *favor libertatis* como não o reconhece como critério do direito clássico para solucionar a questão do *status* do nascido (o que, segundo ele, ou se fazia com base no *ius civile*, verificando o *status paterno* do concebido de justas núpcias, ou com base no *ius gentium* verificando o *status materno* do nascido fora de justas núpcias).

Simplesmente não faz qualquer referência a D.40.4.26 em seu célebre artigo e ainda termina por concluir que Ulpiano discordava de Marciano. Cf. ABERTÁRIO, cit. p.48.

Também Ulpiano já resolvia questões com base no *favor libertatis* (Vejam-se, e.g., D.40,7,6 (pr-3) e D.40,4,14).

⁷ As outras são D.48.8.8. (Ulpiano 33 ad ed.) e D.48,19,39 (Trifonino 10 disp.) Cf. NARDI, E. Il procurato aborto nel mondo greco-romano, Milano, 1971, p. 422. MASCHI, C.A. Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica, in *Ius*, 22, 1975, p. 389.

⁸ Cf. SCHRAGE E. SCHOEN R. Mora debitoris dans le droit savant avant Accurse, in *TR*, v. 57, 1989, pp 87-104.

⁹ D.25,4,1,10 (Ulpiano 24 ad ed).

et publicam gerens.

Em harmonia com sua divisão do *ius* segundo duas *positiones* de estudo¹⁰, separa as duas *utilitates* nas quais fundamenta o direito do escravo: uma a do *singulus*, do escravo que tem a esperança de suceder ao de *cuius*; outra a de todos da sociedade, porque a todos interessa a preservação da *dignitas* das ordens e das famílias.

Houve quem acusasse de interpolação a expressão *dignitas ordinum*, considerando-a mau latim¹¹, tese que não se sustenta à luz de passos como de Cícero, nas *epistulae ad Atticum* (liber I) XVII: *...multaque a me de ordinum dignitate et concordia dicta sunt*; ou de Quintiliano, nas *Institutiones Oratoriae*, VIII, 2: *...sunt autem humilia infra dignitatem rerum aut ordinis*.

O nascituro carrega para Ulpiano a *dignitas* familiar. Seu nascimento é de público interesse porque protegê-lo é também proteger a família na qual ele já possui os *iura consanguinitatis*¹².

Finalmente, no terceiro e último texto citado no início deste artigo, Ulpiano é ainda mais contundente e nos oferece, para este final de século, uma reflexão atualíssima sobre como nos comportar, enquanto juristas, diante da *persona* por nascer. (Deixamos de tecer considerações sobre este texto felizmente já assimilado pela boa doutrina e pela jurisprudência brasileira¹³).

Esperamos que estes pequenos apontamentos, ao mesmo tempo que pretendem elucidar certos aspectos no nexo entre o nascituros e a *utilitas rei publicae*, possam também influenciar de algum modo o Poder Legislativo brasileiro às vésperas da conclusão de uma nova redação à Parte Geral do Código Civil Brasileiro.

⁽¹⁰⁾ D.1.1.1.2 (Ulpiano 1 inst.) Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad datum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.

⁽¹¹⁾ LONGO, G. Utilitas publica in *Labeo*, 18, 1972, p. 40. Este autor considera interpolado todo segundo parágrafo do passo de Ulpiano, ou seja, inclui as duas citações que dão fundamento à inspeção do ventre no interesse público. Mas não é somente na dubiedade lexical que encontra seu argumento; ao contrário, parte da tese de que na época de Ulpiano a *utilitas rei publicae* não poderia ser considerado um interesse estatal como fora aí (segundo ele), uma vez que a noção de "estado" abstrato é própria do período justiniano(!). Julgue o leitor.

Também Beseler, in *ZSS*, 46, 1925, p. 470 acusou interpolação a partir de *ideoque*, o que, mesmo se estivesse correto, causaria prejuízo apenas quantitativo à nossa afirmação.

⁽¹²⁾ Com a concepção, inicia-se o status familiae. Esta nossa afirmação pode ser provada diretamente pelo próprio jurista segundo interpretação de dois textos dos *Digesta Iustiniani*:

D.38.16.3.9 (Ulpiano, 14 ad Sab.): *Non solum autem naturales, vel etian adoptivi quoque iura consanguinitatis habebunt cum his qui sunt in familia vel in utero vel post mortem patris nati.*

D.37.8.1.6 (Ulpiano 40 ad ed.) *Si pater in potestate manens exheredatus vel institutus sit, nepotem ex eo sive in potestate manentem sive emancipatum ad bona avi neque vocari neque vocandum esse Scaevola ait: totiens enim nepoti consulendum est, quotiens in potestate retentus est patre emancipato. Liberos igitur in familia esse oportet, ut huic edicto locus sit, eius scilicet familia, cuius bonorum possessio petitur. Sed et si postumus natus sit ex emancipato ante emancipationem conceptus, idem erit dicendum.*

Note-se que o *iura consanguinitatis* da primeira citação deve ser traduzido à luz de Marciano (D.1.1.12).

⁽¹³⁾ Cf. CATALANO, P. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano (A propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil Brasileiro), in *Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial*, 45, 1988, pp. 7-15; *Idem*, *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano I*, Torino, 1990, p.214. CHINELATO E ALMEIDA, S. J. A. Direitos do nascituro no sistema jurídico brasileiro, in XX Aniversário della morte di Giorgio La Pira, Roma, 1997, p. 125. Na jurisprudência, divisor de águas foi o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de S.Paulo, na Apelação nº 193.648-1 de 14/09/93, publicado na *Revista de Jurisprudência v. 150/90-96*.