

# O CURATOR VENTRIS E A PROTEÇÃO AOS NASCITUROS NO DIREITO ROMANO

---

HELMUT STEINWASCHER NETO<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 – Considerações preliminares; 2 – Condição jurídica do nascituro no Direito Romano; 3 – Curator Ventris – origem, nomeação e principais funções; 4 – Bibliografia.

**Resumo:** Os pretores e jurisconsultos romanos promulgaram editos, rescritos e obras que garantiram a proteção e a tutela do nascituro desde a sua concepção. O principal escopo deste artigo é traçar o nexu entre a proteção aos nascituros, a atividade do *curator ventris* e a *utilitas rei publicae* romana, demonstrando, por meio das fontes jurídicas, qual foi a reflexão dos jurisconsultos romanos sobre a condição jurídica da *persona* por nascer e a sua paridade ontológica com o nascido (*in rebus humanis*).

**Palavras-chave:** Direito Romano; curatela; nascituro; *curator ventris*.

**Abstract:** Roman praetors and jurists have issued edicts, rescripts and works that ensured protection for the nasciturus since his conception. The main goal of this paper is to trace the link between this protection, the activity of the *curator ventris* and roman *utilitas rei publicae*, showing, through the legal sources, what was the jurists' reasoning on the legal condition of the *persona* yet to be born and her ontological parity with the newborn (*in rebus humanis*).

**Keywords:** Roman Law, guardianship, nasciturus, *curator ventris*.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Romano e Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela USP. Bolsista da Capes/Proex – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (2010-2012). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) no ano de 2003.

## CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A proteção ao nascituro em Roma não foi efetuada em função exclusiva dos interesses do *paterfamilias*, mas de acordo com a sua importância na questão da cidadania romana e conforme os interesses da *Res publica*.

O Direito Romano defendia a vida humana desde a concepção. A gravidez não era uma questão simplesmente familiar, mas uma questão da *Res publica* (do “Estado” romano). O nascituro teve, nas fontes romanas, uma ampla proteção, tanto no âmbito civil quanto no penal.

A existência autônoma do nascituro, o combate ao aborto e a proteção realizada pelo *curator ventris* estão dispostas em inúmeras passagens:

- Do Digesto de Justiniano: D.1,5 (*De statu hominum*); D.1,9 (*De senatoribus*); D.11,8 (*De mortuo inferendo et sepulchro aedificando*); D.25,4 (*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*); D.26,5 (*De tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt*); D.37,9 (*De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*); D.47,11 (*De extraordinariis criminibus*); D.48,8 (*Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*); D.48,19 (*De poenis*); D.48,20 (*De bonis damnatorum*); D.50,2 (*De decurionibus et filiis eorum*); D.50,4 (*De muneribus et honoribus*); D.50,16 (*De verborum significatione*).

- Do Codex: C.5,27 (*De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus casibus iusti efficiuntur*); C.6,17 (*De Carboniano edicto*); C.8,46 (*De patria potestate*); C.9,22 (*Ad legem Corneliam de falsis*).

Mesmo sem as nossas técnicas modernas, obtidas com a evolução da Medicina e da Biotecnologia, os juristas romanos elaboraram princípios que podem ser aplicados para a tutela da vida humana no Direito atual desde a concepção.<sup>2</sup>

## CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO ROMANO

Para a tutela do nascituro, pessoa por nascer, o Direito Romano apresenta importantes argumentos técnico-jurídicos, tanto nas fontes quanto na etimologia dos termos afins ao tema, e que devem ser aplicados no Direito contemporâneo.

Muitos romanistas, influenciados pelo positivismo, pelo relativismo ético e pelo individualismo, adotam abstrações conceituais e terminologias jurídicas (direito subjetivo, sujeito de direito, personalidade jurídica, capacidade de direito, capacidade de agir) que, além de não terem sido conhecidas pelos romanos, revelam distorções e manipulações que dificultam o entendimento do intérprete e distanciam estes conceitos da proteção ao

<sup>2</sup> As teses que negam a personalidade ao nascituro, no Direito Civil moderno, estão completamente ultrapassadas. Defendem a tese concepcionista e confirmam que a jurisprudência brasileira reconhece, cada vez mais, que o nascituro tem personalidade jurídica, CHINELATO, 2000, p. 28-30; Idem, 2010, p. 611-634; TARTUCE, 2007, p. 83-104; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.128-132. De acordo com AMARAL, 2003, p. 223: “Falar-se em condição ou em expectativa de direito é reconhecer-se o nascituro como titular de direitos em formação, o que pressupõe titularidade, obviamente, personalidade (...) E só pode ser titular de direitos quem tiver personalidade, donde conclui-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica”. Também adota a Teoria Conceptionista, LIMONGI FRANÇA, 1988, p. 49-50: “A despeito de contar (ainda) com minoria entre os autores, a doutrina racional é aquela que admite a condição de pessoa a partir da concepção (...) a personalidade já existe com a concepção (...) o nascituro é pessoa porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa”.

nascituro, simplificando-os de maneira que possam ser utilizados em prol de uma política (e uma legislação) pró-aborto. Distorções terminológicas também ocorrem no campo científico, quando muitos geneticistas, médicos e biólogos se referem genericamente ao nascituro como “produto da concepção”; a expressão equivocada e perigosa, “produto da gestação”, para indicar o nascituro.<sup>3</sup>

São inúmeras as controvérsias sobre a natureza jurídica do nascituro, se ele tem ou não o que os modernos denominaram “personalidade jurídica”. Atribuir direitos e deveres significa reconhecer a personalidade ao nascituro. De acordo com Chinelato<sup>4</sup>, não se deve confundir personalidade (um *quid*), com capacidade (um *quantum*).

Nas palavras de Amaral<sup>5</sup>:

o progresso das ciências biológicas, médicas e da engenharia genética, os problemas jurídicos da inseminação artificial, da fecundação *in vitro*, da transferência do embrião, da contracepção, do aborto etc., suscitam problemas sobre o direito das pessoas e coloca em primeiro plano a relação entre as novas técnicas de reprodução e os direitos da personalidade, sabido que a pessoa é o valor central do direito civil. (...) Renova-se, por isso, o interesse e a conveniência, se não a necessidade, de se voltar à controvérsia da condição jurídica do nascituro.

De inegável valor à História do Direito, como profunda crítica à Teoria da Ficção de Savigny,<sup>6</sup> é o Esboço ao Código Civil (1864) da autoria de Teixeira de Freitas, que defendia a paridade entre o

<sup>3</sup> Conforme CATALANO, 1997, p. 398; CATALANO, *Direito Romano* 1988, p. 11-12. Sobre o problema das abstrações modernas no Instituto do Nascituro, afirma Catalano, P. As raízes do problema da pessoa jurídica. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. n.73, 1995, p. 44: “Uma consequência grave da radical inovação na linguagem e nos conceitos jurídicos é a falta da estreita conexão entre as noções de *homines* e de *qui in utero sunt* (próprio dos antigos juristas romanos), substituída pela contraposição, a meu ver inumana, entre a noção de “pessoa” e de “feto”. O termo “feto” era geralmente utilizado para indicar o ser concebido ou nascido dos animais”. Vejam-se Pomp. 5 *ad sab.* D.30,24pr.; Inst. 2,1,37pr. Neste sentido, BACCARI, 2002, p. 55: “*Anche per comprendere l’istituto del ‘curator ventris’ è necessario ricostruire i concetti di ‘qui in utero est’ e quello connesso di ‘venter’, prescindendo dai concetti moderni di ‘capacità giuridica’, ‘personalità giuridica’, ‘soggetto di diritto’*”.

<sup>4</sup> 2010, p. 618; Idem, *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30. Na opinião da autora, p. 34, “(...) se o Direito Romano atribuiu direitos ao nascituro, e, entre eles, alguns não dependiam – como não dependem – do nascimento com vida, não é aceitável a teoria que sustenta que no Direito Romano o nascituro não era sujeito de direito, não tinha personalidade”.

<sup>5</sup> O Nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do Direito Português *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n.8, 1990, p. 77. É importante ressaltar, de acordo com CHINELATO, 2009, p. 412: “Um dos temas fundamentais da Bioética é o nascituro, denominado ‘embrião’ em documentos internacionais e leis estrangeiras, embora embrião seja apenas uma das fases de desenvolvimento do óvulo fecundado” e na p. 418: “A expressão ‘nascituro’ já inclui o embrião pré-implantatário, anotando-se que ‘embrião’ é termo não-jurídico, embora seja atualmente empregado nas leis e documentos internacionais”. Portanto, embrião é um dos estágios do desenvolvimento do ovo (zigoto, mórula, blástula, embrião e feto). No caso de reprodução humana assistida, o embrião pré-implantatário, fruto da fecundação *in vitro*, já tem personalidade, pois foi concebido, só não foi implantado por meio das técnicas de reprodução assistida. A fertilização *in vitro* é homóloga, quando o sêmen utilizado é do marido ou companheiro daquela que irá gerar o nascituro (*gestatrix*) e heteróloga quando a técnica destinada a obter uma concepção humana utiliza o sêmen de doador. Não se deve confundir o embrião pré-implantatário com a prole eventual, prole ‘a ser concebida’”.

<sup>6</sup> SAVIGNY, 1888, p. 381-410 (*Appendice III – Vitalità del nato come condizione della sua capacità giuridica*). Savigny negou a existência do nascituro no ventre materno, limitando a equiparação do nascituro ao nascido apenas em algumas circunstâncias. Veja-se BACCARI, op.cit. (nota 3 supra), p. 49.

nascituro e o nascido em inúmeros artigos.<sup>7</sup> Considerava o nascituro como pessoa, ente suscetível de aquisição de direitos (art. 16). No Livro I, Título II, 1º (Das pessoas por nascer), Teixeira de Freitas dispõe, no art. 53: “São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno”. Já no Livro I, Título I, Capítulo III – Do tempo da existência visível das pessoas, §1º Do princípio da existência visível das pessoas, 1º Da existência antes do nascimento, Art. 221: “Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas e antes de seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já tivessem nascidas”.

Geralmente, os romanistas (e a corrente majoritária da doutrina civilista moderna) negam ao nascituro a condição de pessoa, minimizando esta sua fundamentação em quatro fragmentos principais: Ulp. 24 *ad ed.* D.25,4,1,1: “(...) *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*”. “(...) uma vez que o parto antes de vir à luz é porção da mulher ou de suas vísceras”<sup>8</sup>; Pap. 19 *quaest.* D.35,2,9,1: “*In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior. Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est; nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*”. “É de consenso na Lei Falcidia que os frutos depois percebidos, que estavam maduros no tempo da morte, aumentam a estimação da herança em nome do fundo, o qual parece ter sido mais precioso naquele tempo. A respeito daquele que está no ventre de uma escrava não se admitiu nenhuma distinção de tempo; e não injustamente, porque o parto que ainda não nasceu não se diz que seja homem”; Ulp. 75 *ad ed.* D.44,2,7,2: “*De fructibus eadem quaestio est et de partu: haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio non noceat. Plane si in restitutionem vel fructus vel etiam partus venerunt aestimatique sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam*”. “A mesma questão existe sobre os frutos e sobre o parto: estes, pois, ainda não estavam *in rebus humanis*, mas são daquela coisa que foi pedida: e mais é que esta exceção não prejudique. Claramente se, ou os frutos ou também o parto vierem da restituição e foram estimados, por consequência se deve dizer que a exceção obsta”; Ulp. 7 *ad sab.* D.50,16,161: “*Non est ‘pupillus’, qui in utero est*”. “Não é ‘pupilo’ quem está no útero”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, 1952. Vejam-se arts. 16, 17, 44, 53, 54, 60, 61, 221, 1811-1814, e 1817-1819. Notas aos arts. 53 e 221. A doutrina de Teixeira de Freitas influenciou profundamente o jurista argentino Velez Sarsfield na elaboração do Código Civil Argentino, que adotou a teoria concepcionista.

<sup>8</sup> Fundamentou-se nesta fonte, PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 468: “Para o Direito Romano, o nascituro apenas era *mulieris portio*, ou *viscera*, e recorria-se à ficção para se lhe atribuírem certos direitos”.

<sup>9</sup> Tradução de MADEIRA, *Direito Romano*2002, p. 140, 160, 192 e 199. Consideram válida a denominada “Teoria Natalista” no Direito Romano, ou seja, que a existência da pessoa iniciava no momento do nascimento, MOREIRA ALVES, *Direito Romano*2007, p. 98-102; PORCHAT, *Direito Romano*1937, p. 360-364; MATOS PEIXOTO, *Direito Romano*1950, p.231-238; MARKY, *Direito Romano*2007, p. 28; CHAMOUN, *Direito Romano*1977, p. 49-50; PUGLIESE; SITZIA; VACCA, 1998, p. 209-210; KASER, 1999, p. 101; IGLESIAS, *Direito Romano*2011, p. 177-180; GUARINO, 2001, p. 270-271; DALLA; LAMBERTINI, 1996, p. 50-51; FRANCIOSI, 1997, p. 35-37; MARRONE, 2004, p. 123-125; SCAPINI, 2002, p. 43; VINCENTI, 2007, p. 12-14; TALAMANCA, 1990, p. 73-78; VOCI, 2004, p. 69-70; ARCHI, 1961, p. 354; GANDOLFI, 1977, p. 532; LANFRANCHI, 1957, p. 14. Veja-se uma lista de romanistas estrangeiros e pátrios, que afirmam que o nascituro não é pessoa e que a jurisprudência teria tutelado apenas alguns direitos sucessórios ao nascituro, em MADEIRA, *Direito Romano*2005, p. 52-57, especialmente nota 101. De acordo com PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 263: o nascituro “é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida”. E sobre o *nondum conceptus*, afirma que “é o ente humano, futuro, a que se alude. Alude-se ao que pode vir a ser concebido, à prole eventual”. Complementa o autor na p. 267: “O já concebido é suporte fático de ‘pessoa’, que pode não vir a nascer vivo; portanto, se não nasce vivo, é como se não tivesse sido concebido”. Não há paridade entre o *iam conceptus* (nascituro) e o *nondum conceptus* (prole eventual). E conclui, na p. 268: “O nascimento com vida encontra a eficácia do fato jurídico da concepção. Note-se bem; a concepção é que compõe o fato jurídico”. Por outro lado, em relação ao aborto, Pontes de Miranda defende que o nascituro é pessoa, desde a concepção. Na p. 269, afirma: “Se a ofensa ao *non natus* é ofensa ao “direito” à vida,

Na opinião da maioria dos romanistas, para que o homem se considere existente e capaz de direitos, deve nascer vivo e de parto perfeito, e o nascituro, segundo essa opinião majoritária, não é pessoa. Rechaçam o princípio da igualdade entre nascido e nascituro.<sup>10</sup>

Em Roma, a tripartição do Direito apresentada nas Institutas de Gaio (séc. III d.C.) – pessoas, coisas e ações – indica que aquilo que não fosse classificado como uma coisa (*res*) seria uma *persona*. O nascituro seria uma *res*, visto que não é uma *persona* na opinião desta corrente majoritária.

Catalano<sup>11</sup> indica como princípio geral do Direito Romano a paridade ontológica entre nascituro e nascido, em inúmeras fontes de produção (*senatusconsultos*, jurisprudência, Edito do Pretor). Este princípio da paridade não é uma ficção jurídica, mas uma constatação da realidade prática efetuada pelos juristas romanos, a sua generalização conceitual. Vejam-se Gai. 1,147; 2,242; Mod. 2 *excus.* D.27,1,2,6; Iul. 59 *dig.* D.38,16,6; Cels. 28 *dig.* D.38,16,7.

Os concebidos eram considerados como existentes (existência autônoma), já nascidos (*qui in utero est* está *in rerum natura* – D.1,5,26). O nascituro não é meramente uma *spes hominis* (esperança de homem), mas é pessoa, homem, desde a concepção.

Paul. 1. *s. de port. quae lib. damn. conc.* D.1,5,7: “*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*” “Quem está no útero é protegido igualmente, como se estivesse *in rebus humanis*, todas as vezes que se pergunta das vantagens do próprio parto: embora de modo algum favoreça a outro antes de nascer”.

Cels. 28 *dig.* D.38,16,7: “*Vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*” “Ou se, estando vivo aquele, foi concebido, porque o concebido de qualquer maneira é estimado estar *in rerum natura*”.<sup>12</sup>

Clem. 11 *ad l. Iul. et Pap.* D.50,16,153: “*Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est.*” “Deve ser entendido ter existido no tempo da morte, quem foi deixado no útero”.

desse direito é titular o feto; e então há pessoa, desde a concepção, pelo menos no direito penal”; p. 280: “No direito penal, a morte do feto, por terceiro ou pela própria mãe (Código Penal, art. 121), ou por essa, sob a influência do estado puerperal (art. 123), sem ser nos casos em que a lei pré-exclui a contrariedade a direito, é homicídio. Pune-se também o aborto em si (Código Penal, arts. 124-128)”.

<sup>10</sup> Na verdade, esses casos são exceções ao princípio do *ius civile* que considera existente o nascituro, em paridade ontológica com o nascido quando se trata de beneficiá-lo. Nas opiniões de MONTORO; FARIA, 1953, p. 14, “(...) quanto aos textos contraditórios, nenhuma orientação prevaleceu sobre a outra. Apenas, com o decorrer dos tempos, passou-se a admitir um ou outro fragmento desde que favorecesse os interesses do ser em gestão. Assim, podemos concluir que do Direito Romano pós-clássico veio-nos a orientação considerando o nascituro como nascido, desde que tal ficção lhe fosse favorável”. De acordo com SANNA, 2003, p. 269, “*mi pare non si possa (...) affermare che i giuristi romani classici riteressero unanimemente che il feto, in quanto 'portio matris', acquistasse un' autonoma rilevanza solo al momento della nascita, pur potendo essere, una volta nato e solo nel caso di concepiti 'ex iustis nuptiis', considerato esistente sin dal concepimento.*” Veja-se CHINELATO, 2010, p. 612-613; Idem, 2000, p. 43.

<sup>11</sup> 1990, p. 203-204. Na p. 204, CATALANO afirma que “*secondo il diritto romano, almeno in età giustiniana, il concetto della 'esistenza' del nascituro si esplica come affermazione di un principio generale di parità, per cui sono da considerarsi eccezionali, seguendo il criterio del 'commodum', le 'parti del diritto' (o 'cause' o 'questioni') in cui non applichi detto principio.*” Veja-se CATALANO, 1988 *Direito Romano* (nota 3 supra), p. 11: “Segundo o Direito Romano, ao menos em época justinianéia, o conceito da existência do nascituro está em conexão com o princípio de paridade ontológica, com base no qual se devem considerar excepcionais, seguindo também o critério do *commodum*, as “partes do direito” (ou “causas” ou “questões”) em relação às quais não se aplica dito princípio”. Salieta PUSSI, 2005, p. 63, “segundo o Digesto de Justiniano, a paridade do nascituro e do nascido é um princípio de caráter geral, salvo as exceções de algumas partes do *ius*”. O princípio da paridade ontológica entre nascituro e nascido não é uma ficção, mas uma realidade verificada pela jurisprudência. É a regra, não a exceção, a paridade ontológica entre nascituro e nascido.

<sup>12</sup> Traduções de MADEIRA, 2002 (nota 9 supra), p. 109, 130e 179.

Paul. *l.s.ad Sc. Tert.* D.50,16,231: “*Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, quum de ipsius iure quaeritur; aliis autem non prodest, nisi natus*”. “O que dizemos é que aquele que é esperado nascer é tomado por nascido; isto é verdade naqueles momentos em que se pergunta sobre o seu próprio direito; a outros, porém não favorece, senão quando nascido”.<sup>13</sup>

O jurista Juliano considerou, para analisar o caso do escravo furtivo, o momento da concepção, pois o concebido já está *in rerum natura*, independentemente se nasceu *ex iustis nuptiis* ou se nasceu escravo (*vulgo quaesitus*).<sup>14</sup> Desde o Direito Romano clássico, não só concebidos *ex iustis nuptiis* eram considerados *in rerum natura*, ou seja, existentes, mas também os *vulgo concepti* e os nascidos das escravas e dos animais.<sup>15</sup>

Iul. 69 *dig.* D.1,5,26: “*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent*”. “Os que estiverem no útero, em quase todo o direito civil são entendidos como estarem *in rerum natura*. Pois também são restituídos a eles as legítimas heranças. E se a mulher grávida for capturada pelos inimigos, o que nascer tem o *postliminium*, bem como segue a condição do pai ou da mãe. Além disso, se uma escrava grávida for raptada, embora dê à luz junto ao comprador de boa-fé, o que nascer será tão furtivo que não pode ser usucapido.<sup>16</sup> É consequência destas coisas que também o liberto, enquanto possa nascer um filho do patrono, permaneça no mesmo direito em que estão os que têm patronos”.

O jurista Marcelo teve entendimento semelhante ao de Juliano. Quinto Múcio Scevola, porém, defendia que tanto o feto de animal concebido quanto o parto da escrava poderiam ser usucapidos, pois por não serem *pars rei*, não eram furtivos. Prevaleceu, porém, a interpretação

<sup>13</sup> Idem, p. 200.

<sup>14</sup> Nas Regras de Ulpiano, encontra-se uma distinção que foi interpretada muitas vezes de forma equivocada. Este trecho não considera a existência do nascituro a partir do momento da concepção ou do nascimento, entre os nascidos de um matrimônio legítimo e aqueles que não foram concebidos numa relação legítima. Na verdade, a distinção feita é entre o parto da escrava e aquele da mulher manumitida (liberta) durante a gestação. UE 5,10: “*In his, qui iure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur: in his autem, qui non legitime concipiuntur, editionis veluti si ancilla conceperit, deinde manumissa pariat, liberum parit nam quoniam non legitime concepit, cum editionis tempore libera sit, partus quoque liber est*”. “Em relação aos nascidos de casamento contraído segundo o direito, considera-se o momento da concepção; em relação aos não legitimamente concebidos, o do nascimento. Por exemplo, se uma escrava concebeu e depois de alforriada der à luz, seu parto será livre; pois, desde que não concebeu legitimamente, sendo livre no momento de dar à luz, seu parto também será livre”. Tradução de SCIASCIA, 2002, p. 41.

<sup>15</sup> SANNA, 2003 (nota 10 supra), p. 218; 221-222. Conclui a autora, na p. 253: “*Il concepimento avrebbe comunque un suo rilievo: nel caso di nati da schiave o animali si guarda infatti a tale momento (concepimento presso il 'dominus' della schiava o della vacca poi sottratta o presso il ladro) per la qualifica di furtivo, e dunque di inusucapibile, del nato. Se la schiava o la vacca viene sottratta 'praegnas', e il feto è una 'pars rei', anche il feto viene sottratto insieme alla madre, dunque è furtivo e, una volta nato, non potrà essere usucapito*”. Veja-se Tryph. 4 *disp.* D.49,15,12,18.

<sup>16</sup> A mãe escrava não pode ser usucapida pelo possuidor, podendo ser reivindicada pelo legítimo proprietário. Neste sentido, SANNA, 2003 (nota 10 supra), p. 224-225; 246; 249-250. O filho da escrava não era considerado fruto, mas *persona*, estava *in rerum natura* desde a concepção. Seu nascimento não podia ser equiparado ao amadurecimento e produção dos frutos nem ao nascimento da cria dos animais. Exemplificando, a escrava grávida que estivesse em regime de usufruto, quando seu filho nascesse, este último pertenceria ao *dominus* da escrava-mãe e não ao usufrutuário, independente do valor econômico do *partus ancillae*. Veja-se Ulp. 17 *ad Sab.* D.7,1,68pr.;-1. O escravo não deve ser considerado estritamente uma *res*, mas *persona*. Veja-se Inst. 1,2,3; 2,1,37; Ulp. 1 *inst.* D.1,1,4; Florent. 9 *inst.* D.1,5,4,1. Tradução de MADEIRA, *Direito Romano* 2012, p. 71.

jurisprudencial (Ulpiano; Paulo) que considerava que o herdeiro sucede na situação jurídica do ladrão (nos vícios do defunto)<sup>17</sup> e portanto, considerava-se a má-fé do autor. A boa-fé do herdeiro não poderia sanar a aquisição viciada do *de cuius*.

Ulp. 16 *ad ed.* D.41,3,10,2: “*Scaevola libro undecimo quaestionum scribit Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum iuvenum non posse: sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit se putare usucapere posse et partum: nec enim esse partum rei furtivae partem. Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat*”. “Cévola, no livro décimo primeiro das questões, escreve que Marcelo estimou que se uma vaca conceber junto de um ladrão ou junto do herdeiro do ladrão e parir junto do herdeiro do ladrão, o novilho separado não pode ser usucapido pelo herdeiro. Assim, diz, de nenhum modo também o parto de escrava pode ser usucapido. Cévola, porém, escreve que ele acredita poder usucapir também o parto: e não, pois, ser o parto parte da coisa furtiva. Além disso, se fosse uma parte, nem se desse à luz junto a um comprador de boa-fé poderia ser usucapido”.<sup>18</sup>

O jurista Ulpiano explicita as situações em que o pretor intervinha em favor do concebido (alimentos, *bonorum possessio Carboniana*) mais que em favor do menino, a fim de que seja introduzido na família e, sobretudo, na *Res publica*.<sup>19</sup> O nascituro é visto como um futuro descendente para a família e um futuro cidadão para a *Res publica* que deve ser alimentado e tutelado em todos os seus direitos (*favorabilior causa partus*).

Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,15: “*Et generaliter ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex iisdem 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*

<sup>17</sup> Ulp. 16 *ad ed.* D.6,2,11,2: “*Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. Sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est*”. “O parto de uma escrava furtada, que foi concebido junto ao comprador de boa-fé, deve ser pedido por esta ação, mesmo que não tenha sido possuído por aquele que a comprou. Mas o herdeiro do ladrão não tem esta ação porque é sucessor dos vícios do defunto”; Paul. 54 *ad ed.* D.41,3,4,15: “*Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit ea et pepererit, non tamen usucapiet*”. “O herdeiro que sucede no direito do defunto embora junto dele (que desconhecia haver uma escrava furtiva), esta escrava concebesse e desse à luz, não ainda adquirirá por usucapião”. Segundo Paulo, o *emptor* de boa-fé adquire o feto animal, a lã, o leite, pois são frutos mesmo se foram, anteriormente, roubados ou furtados. Se a separação dos frutos ocorrer junto ao ladrão, não pode ser usucapido, mesmo por um posterior adquirente de boa-fé. Paul. 7 *ad Plaut.* D.41,1,48,2: “*Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiamsi praegnates venierint vel subreptae sint. Et sane quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana iuris est*”. “Também os fetos dos ovinos se incluem no fruto e, por isso, pertencem ao comprador de boa-fé, mesmo se foram à venda estando prenhes ou se foram subtraídas. E com razão não se pode duvidar de que faça seu o leite, embora tenham ido à venda com os úberes cheios, igualmente quanto à lã é de direito”. Veja-se SANNA, 2003 (nota 10 supra), p. 254-257, nota 100; 258-261. Tradução de MADEIRA, 2002 (nota 9 supra), p. 120; 184-185; 186-187.

<sup>18</sup> Tradução de MADEIRA, *op.cit.* (nota 9 supra), p. 187. Ao fazer a exegese do fragmento D.41,3,10,2, afirma SANNA, 2003, p. 257: “*alcuni giuristi classici danno sicuramente rilevanza al momento del concepimento, considerando il feto già esistente, non solo se concepito da persone libere, ma anche da schiave e animali, ritenendo il nato furtivo se concepito, presso il 'dominus' o presso il ladro; altri tengono conto invece solo del momento della nascita, perché è in quel momento, a loro avviso, che il nato viene ad esistenza, ed è, dunque, a quel momento che si deve guardare per stabilire se possa essere acquisto da colui presso il quale nasce*”. E conclui, na p. 269, que “*'furtivus' veniva poi considerato sia il nato umano che il nato animale concepito presso il ladro, anche se nasceva presso un possessore di buona fede. Si tratta, anche in questo caso, dell'applicazione del principio 'qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse': se il concepito viene considerato esistente da tale momento, e non dal momento della nascita, è già esistente presso il ladro, e pertanto è 'furtivus'*”.

<sup>19</sup> MADEIRA, 2005, *Direito Romanop.* 90-91; BACCARI, 2002 (nota 3 supra), p. 70. De acordo com CATALANO, ao mencionar Giorgio La Pira, afirma que “*per motivi giuridico-religiosi il concepimento determina il sorgere di un nuovo posto di 'suus' nella 'família'*”. Vejam-se, CATALANO, 1990, p. 202; BACCARI, 2002, p. 74.

*est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur*”. “É, geralmente, por estas causas o pretor se acostumou dar a *bonorum possessio Carboniana* ao menino, pelas mesmas causas, não duvidamos que o pretor tenha que prestar ajuda também ao ventre (o concebido)<sup>20</sup>, bem mais porque a sua causa deve ser mais favorecida do que aquela do menino; porquanto o parto é protegido para que venha à luz, o menino para que seja introduzido na família; pois este parto deve ser alimentado porque nasce não somente para o pai de quem diz ser, mas também à própria *res publica*”.

Neste trecho, o nascituro é equiparado aos irmãos já nascidos, concedendo o pretor a *missio in possessiones ventris nomine*. É reconhecido, neste trecho, o direito a alimentos desde a concepção, visando ao nascimento.<sup>21</sup> Consiste em um importante exemplo de tutela (e atribuição) dos direitos do nascituro por meio da atividade do pretor (*ius honorarium*). Nas palavras de Madeira<sup>22</sup>: “Havendo, pois, a *spes nascendi*, o direito pretoriano protegia amplamente o nascituro”. A condição de existência do nascituro é uma condição essencial para a proteção pretoriana.

Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1pr.: “*Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis*”. “Assim como o Pretor manteve a proteção daqueles filhos que já existem *in rebus humanis*, assim também não negligenciou os que ainda não tenham nascido, por causa da esperança de nascer; pois também nesta parte do edito protegeu-os, enquanto envia o ventre à posse na forma de uma *bonorum possessio contra tabulas*”.<sup>23</sup>

Quando o nascituro era chamado à sucessão hereditária de um estranho, concedia-se para a mãe, e conseqüentemente para o nascituro, o gozo da herança (conservação dos bens do nascituro) com o escopo de garantir a subsistência de ambos. Esta tutela independia do nascimento do nascituro.<sup>24</sup>

O momento da concepção sempre foi relevante juridicamente em Roma. O descendente legítimo de um casamento entre dois cidadãos romanos obtém o *status*

<sup>20</sup> De acordo com BACCARI, 2002, p. 68, nota 106, o termo *venter* nas fontes jurídicas clássicas sempre significou “o concebido”. Ele foi utilizado exclusivamente em matéria hereditária, em relação à *missio in possessionem mittendo et curatore eius, cura ventris e exhereditio*. Tradução de MADEIRA, 2002, p. 151.

<sup>21</sup> A legislação brasileira seguiu a tradição romana ao disciplinar na lei nº11.804, de 5 de novembro de 2008, os denominados “alimentos gravídicos”, que compreendem todos os gastos necessários para garantir uma gestação adequada à mãe e resguardar a dignidade do nascituro. Dispõe o artigo 2º desta lei: “Os alimentos de que trata esta lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”. Já defendia a concessão dos “alimentos gravídicos”, PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 298: “A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (...), pois, antes de nascer existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações interhumanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria (...) Tais cuidados não só interessam à mãe; interessam ao concebido”.

<sup>22</sup> 2005, *Direito Romanop.* 88. Nas palavras de BACCARI, 2006, p. 49: “*Il concetto di ‘spes nascendi’ implica, per dir così, un riconoscimento del diritto alla vita del concepito (perchè egli deve nascere) e non si riferisce ad un essere eventuale*”. Esta referência a *spes nascendi* não é uma *spes* em relação à existência do nascituro, mas um verdadeiro direito à vida, uma esperança de que ele deva nascer. Outras fontes jurídicas expressam a equiparação entre o concebido e o nascido, sendo nestes casos considerado que o nascituro tinha uma existência independente da mãe: Paul, 69 *dig.* D.1,5,26; Cels. 28 *dig.* D.38,16,7; Gai.1,1-47.

<sup>23</sup> Tradução de MADEIRA, 2002, p. 165.

<sup>24</sup> CHINELATO, 2000, p. 28-30.



de livre e cidadão romano, de acordo com a sua condição jurídica no momento da concepção.<sup>25</sup>

Qualquer alteração na situação jurídica da mãe, durante a sua gravidez, que fosse desvantajosa para o nascituro (divórcio<sup>26</sup>, *capitis deminutio maxima e media* dos pais), não teria nenhuma influência sobre a sua condição.<sup>27</sup>

O nascituro não sofre as desvantagens da mulher grávida, cidadã romana, que foi condenada à pena de morte ou à pena do exílio (*capitis deminutio media*).<sup>28</sup> A mesma proteção se estendia para o caso da mãe acusada de adultério<sup>29</sup>; e nos direitos

<sup>25</sup> *Iust. C.5,27,11,4 (530): "Et generaliter definimus et, quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, ut semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur: et hoc favore facimus liberorum. Et editionis tempus statuimus esse inspectandum exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium condicionis utilitas expostulat".* "E, em geral, definimos e incluímos em uma definição certa o que em tais casos era variado, que sempre em questões como esta, nas quais haja dúvida sobre o *status* dos filhos, que se observe o tempo da concepção, não do parto. E isto fazemos em favor dos filhos. E determinamos que deve ser observado o tempo do nascimento, salvo somente naqueles casos nos quais a utilidade da condição dos infantes requeira que mais se deva aprovar a concepção".

<sup>26</sup> PS 2,24,5: "*Si mulier divortio facto gravidam se sciat, intra tricensimum diem viro denuntiare debet vel patri eius, ut ad ventrem inspiciendum observandumque custodes mittant: quo omisso partum mulieris omnimodo coguntur agnoscere. IP: Si quaecumque mulier matrimonio per divortium dissoluto praegnantem se esse senserit et hoc in notitiam mariti vel patris eius detulerit, ut ad inspiciendum vel observandum ventrem suum custodes mittant, quos dum miserint, partum mulieris, is est nativitate sui heredis, compelluntur agnoscere*". "Se uma mulher, realizado o divórcio, sabe que está grávida, deve declarar ao marido ou ao pai deste dentro de trinta dias para que enviem *custodes* para examinar e observar o ventre: isto omitido, são obrigados completamente a reconhecer o recém-nascido da mulher. IP: Se qualquer mulher, dissolvido o matrimônio por divórcio, perceber que está grávida e trazer isto ao conhecimento do marido ou do pai deste para que enviem os *custodes* para examinar ou observar o ventre, enquanto os enviam, são obrigados a reconhecer o recém-nascido da mulher, isto é, o nascimento de seu herdeiro".

<sup>27</sup> PS 2,24,1: "*Si serva conceperit et postea manumissa pepererit, liberum parit*". "Se uma escrava conceber e depois de ser manumitida der à luz, dá à luz um filho livre"; PS 2,24,2: "*Si libera conceperit et ancilla facta pepererit, liberum parit: id enim favor libertatis exposcit*". "Se uma mulher livre conceber e der à luz feita escrava, dá à luz um filho livre, pois deste modo exige o favor da liberdade"; PS 2,24,3: "*Si ancilla conceperit et medio tempore manumissa sit, rursus facta ancilla pepererit, liberum parit: media enim tempora libertati prodesse, non nocere possunt*". "Se uma escrava conceber e no intervalo fosse manumitida, e der à luz feita escrava novamente, dá à luz um filho livre, pois os intervalos podem beneficiar a liberdade, não prejudicá-la". Por "intervalo" (*medio tempore*) entende-se o período de tempo que transcorre entre a concepção, a manumissão e o parto. Veja-se Marc. 1 *inst. D.1,5,5,2; -3*.

<sup>28</sup> CATALANO, 2010, p. 396. Veja-se, PS 1,12,4[5]: "*Praegnantem neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt*". "As grávidas não podem ser torturadas nem condenadas, senão depois do parto"; Gai. 1,90: "*Itaque si cui mulieri civi Romanae praegnati aqua et igni interdictum fuerit, eoque modo peregrina facta tunc pariat, complures distinguunt et putant, si quidem ex iustis nuptiis conceperit, civem Romanum ex ea nasci, si vero vulgo conceperit, peregrinum ex ea nasci*". "Portanto, se uma mulher cidadã romana, grávida, lhe for imposta a interdição da água e do fogo, e, tornada peregrina nessas condições, vier a parir, muitos distinguem e pensam que se concebeu em justas núpcias, o dela nascido é cidadão romano; se porém, concebeu ilegitimamente, o dela nascido é peregrino"; Ulp. 27 *ad Sab. D.1,5,18*: "*Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederit. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit et in potestate patris*". "O imperador Adriano determinou em um rescrito a Publicio Marcelo que, como livre, a grávida que for condenada ao último suplício dá à luz o filho livre e que é de costume que ela seja conservada até que venha o parto. Mas se deu a ela, que concebeu em justas núpcias, o interdito da água e do fogo, ela dá à luz um cidadão romano e sob a *postestas* do pai"; Ulp. 14 *ad sab. D.48,19,3*: "*Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. Ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est*". "A pena da mulher grávida condenada à morte é diferida até que dê à luz. Eu, na verdade, tenho conhecimento de que isto se observa para que não se faça inquirição dela durante o tempo em que está grávida". Tradução de MADEIRA, 2002, p.195.

<sup>29</sup> Paul. 1 *de adult. D.37,9,8*: "*Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, Divus Hadrianus Calpurnio Flacco differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fieret nato*". "Se a mulher em nome do ventre tenha sido enviada à posse, o imperador Adriano deu rescrito a Calpurnio Flaco para que fosse diferida a acusação de adultério para que não resultasse algum prejuízo ao nascido".

sucessórios dos filhos concebidos e nascidos dos condenados cujos bens foram confiscados.<sup>30</sup>

De acordo com o jurista Marciano, a calamidade da mãe não deve prejudicar aquele que está no ventre, Marc. 1 *inst.* D.1,5,52: “(...) *non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est*”.

Sobre a condenação da mulher grávida e a suspensão da tortura ou da pena de morte para proteger o nascituro, conclui Rinaldi<sup>31</sup>, “*resulta incomprensible que la pena de muerte de una mujer embarazada se suspenda hasta que se produzca el nacimiento, si lo que está por nacer es solamente ‘una parte de la mujer o de sus vísceras’ y aún es más incomprensible que, si no se le reconoce personalidad alguna, se preserve al nasciturus de los tormentos, método común de investigación en la época*”.

A jurisprudência considerou o momento da concepção para proteger o nascituro em relação à manutenção de sua *condição social*, v.g., a situação do filho de um senador nascido nesta ordem, ainda que seu pai fosse removido durante a gravidez de sua esposa. O nascituro será considerado como da classe senatorial desde a concepção. O filho de senador, concebido em justas núpcias, teria os mesmos direitos atribuídos aos filhos de senadores já nascidos.<sup>32</sup>

Conclui-se que o concebido é considerado como *persona* no Direito Romano (*persona nata vel concepta*)<sup>33</sup>, termo frequentemente utilizado nas fontes romanas como sinônimo de *homo*.<sup>34</sup> Os *qui in utero sunt* devem ser reconhecidos pelo “Estado” Romano como homens em total igualdade com os nascidos.

A equiparação entre os conceitos de nascituro e pessoa pode ser observado em uma constituição imperial de Justiniano de 528 d.C. Há a nítida alusão ao nascituro com o termo *persona*.

<sup>30</sup> Call. 1 *d. l. fisci et pop.* D.48,20,1pr.: “*Damnatione bona publicantur, cum aut vita adimitur aut civitas, aut servilis condicio irrogatur*”. “Com a condenação, os bens são tornados públicos, quando se priva ou da vida ou da cidadania ou quando se irroga a condição de escravo”; D.48,20,1,1: “*Etiam si qui ante concepti et post damnationem nati sunt, portiones ex bonis patrum damnatorum accipiunt*”. “Mesmo se antes forem concebidos e nascem depois da condenação, recebem eles as porções dos bens dos pais condenados”. Tradução de MADEIRA, 2002, p. 196.

<sup>31</sup> 1992, p. 131.

<sup>32</sup> Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.* D.1,9,7,1: “*Item Labeo scribit etiam eum, qui post mortem patris senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse. Sed eum, qui posteaquam pater eius de senatu motus est, concipitur et nascitur, Proculus et Pegasus opinantur non esse quasi senatoris filium, quorum sententia vera est: nec enim proprie senatoris filius dicitur is, cuius pater senatu motus est antequam iste nasceretur. Si quis conceptus quidem sit, antequam pater eius senatu moveatur, natus autem post patris amissam dignitatem, magis est ut quasi senatoris filius intellegatur: tempus enim conceptionis spectandum plerisque placuit*”. “Igualmente, Labeão escreve que também é como um filho de senador aquele que nascer depois da morte do pai senador. Mas Próculo e Pégaso opinam não ser como filho de senador aquele que é concebido e nasce depois de seu pai ter sido removido do senado, opinião dos quais é verdadeira, pois não propriamente se diz filho de senador aquele cujo pai foi removido do senado antes de ele nascer. Na verdade, se alguém foi concebido antes que o pai dele fosse removido do senado, mas nascido depois do pai ter perdido a dignidade, é melhor que ele seja considerado como filho de senador. Pois agradou à maioria que o tempo da concepção deveria ser observado”. Tradução de MADEIRA, 2012, p. 106.

<sup>33</sup> Gai. 2,242; Inst. 2,13,5. Vejam-se BACCARI, 2005, p. 31; CATALANO, 2010, p. 396.

<sup>34</sup> De acordo com BACCARI, 2002, p. 55, “*gli ‘astrattismi’ propri delle costruzioni pandettistiche e le elaborazioni dottrinali contemporanee di derivazione codicistica hanno eliminato la concretezza del rapporto naturale tra ‘qui in utero est’ e ‘homo’*”. Neste sentido, TERRENI, 2009, p. 16-17, nota 2. *Persona* designava, em sua origem, a máscara teatral (Gell. *Noct. Att.* 5,7) e indicava, por um processo de abstração, o ser humano, sem distinção de gênero (Gai. 10 *ad. l. Iul. et Pap.* D.50,16,152) e de condição jurídica (Gai. 1,120-121; 3,189). Na lição de GAUDEMET, 1995, p.2; 5: “*‘Persona’ désigne ‘l’homme’*. Gaius, dans ses ‘*Institutes*’ (1.8), *présentant les objets d’une étude droit, et, par là même, le plan de cette étude, affirmait ‘Omne ius...vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones’*. Mais cette ‘*persona*’, qui intéresse le droit, n’est pas nécessairement un ‘*sujet de droit*’. C’est plus largement l’être humain.(...) L’esclave est ‘*persona*’, parce qu’il est un être humain. (...) ‘*Persona*’ n’a pas une valeur juridique bien nette; ‘*caput*’ renvoie à une image; ‘*status*’ se réfère à l’appartenance à un groupe.”

*Iust. C.3,28,30,1 (528): "Sin vero vel praeterient aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint, tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesenti promulgatione novationem vel permutationem acceptura."* "Mas se tiverem preterido alguma pessoa destas – já nascida ou certamente antes do testamento concebida, porém ainda constituída no ventre – e nada absolutamente tiverem deixado, ou por deserdação ou por outra menção deles feita, então sancionamos que tenham lugar as antigas leis, não havendo de se admitir nenhuma novação ou mudança pela presente promulgação".<sup>35</sup>

Esta equiparação entre nascituro e nascido no Direito Romano constitui um princípio que pode auxiliar os legisladores e os juristas na resolução do atual problema do início personalidade jurídica (e humana), ou seja, o reconhecimento da vida e da existência do homem desde a concepção. Não há interesses ou valores superiores à vida humana.<sup>36</sup>

### CURATOR VENTRIS – ORIGEM, NOMEAÇÃO E PRINCIPAIS FUNÇÕES

A Curatela em Roma apresentava-se como um complexo de institutos (não foi um instituto unitário) que tinha como escopo garantir tanto interesses públicos quanto interesses privados (*cura annonae, cura viarum, cura aquarum, cura ventris, cura bonorum*) por meio das funções desempenhadas pelo *curator*, de acordo com o seu *munus publicum*: da gestão de um determinado patrimônio à vigilância de um bem público (*cura rei publicae*). A atuação do *curator ventris* está vinculada à proteção jurídica das pessoas que não podiam agir por si só, v.g., o nascituro, o pródigo, o surdo-mudo, o louco.<sup>37</sup>

Desde a República, o Pretor, ao exercer sua atividade de auxiliar, suprir e corrigir o *ius civile*<sup>38</sup> (e considerado "viva voz" do *ius civile*<sup>39</sup>), nomeava o *curator ventris* para que este amparasse a gestante (viúva ou divorciada) e o nascituro. O jurisconsulto Modestino ressalta a importância da nomeação do curador por um magistrado *populi Romani*, sua *utilitas publica*, e o interesse em defender publicamente a *res publica*.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Tradução de MADEIRA, 2002, p. 200-201. Gaio, em suas Institutas, 2,242, também utiliza o termo *persona* para fazer referência ao nascituro (póstumo). "*Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona*". "O póstumo estranho não pode ser instituído herdeiro, por ser pessoa incerta". Veja-se BACCARI, 2002, p. 75.

<sup>36</sup> Nas palavras de CAMPOS, 2009, p. 49, "as 'normas' contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento, estão (...) gastas e ultrapassadas".

<sup>37</sup> De acordo com BACCARI, 2002, p. 67, o termo *cura* está vinculado ao *ius publicum*, ao exercício de funções destinadas à *utilitas publica*; deduz-se que exprime uma concepção de poder político. Conclui nas p. 67-68: "*Cura* esprime una preoccupazione, una sollecitudine, una dedizione, in sostanza un complesso di principi che qualificano giuridicamente e politicamente forme di gestione di pubbliche funzioni."

<sup>38</sup> Pap. 2 def. D.1,1,7,1: "*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*". "O direito pretoriano é o que os pretores introduziram a fim de auxiliar, suprir ou corrigir o *ius civile*, por causa de uma utilidade pública. O qual também se diz honorário, assim denominado em razão da honra aos pretores". Tradução de MADEIRA, 2012, p. 23.

<sup>39</sup> Marc. 1 inst. D.1,1,8: "*Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*". "Poís também o próprio direito honorário é a viva voz do direito civil". Tradução de MADEIRA, 2012, p. 23.

<sup>40</sup> BACCARI, 2002, p. 70. O Código Civil brasileiro de 2002 seguiu a teoria concepcionista e a herança dos princípios do Direito Romano ao prever a curatela do nascituro em seu artigo 1779, *caput*: "Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar". PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 467, criticava a redação do artigo 462 do Código Civil de 1916: "É, como se vê, mal redigido. A morte não é a única falta do pai. Pode estar vivo o genitor e não reconhecer o filho, ou mesmo reconhecê-lo e achar-se sob curatela, ou por outro motivo impossibilitado de exercer o pátrio poder. (...) Pode o pai interdito ser excluído da herança de qualquer ascendente, e está claro que, em tal espécie, é de necessidade nomear curador ao feto, que tem o direito de suceder ao ascendente, de cuja herança foi excluído o pai". Na opinião de TARTUCE, 2007,

Mod. 7 *diff.* D.26,5,20pr.: “*Ventri tutor a magistratibus populi romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est*”. “O tutor ao ventre não pode ser nomeado pelos magistrados do povo romano, o curador pode: pois está compreendido no edito que um curador deva ser constituído”.

A solicitação de um *curator ventris* ao magistrado era realizada pela própria mulher grávida (dentre os nomeados tutores pelo póstumo ou os necessários afins).<sup>41</sup>

Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,17: “*Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. Sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse: si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, cum periculum ad curatorem boni sex inquisitione dandum, idoneum scilicet, oportet creditores curare vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret*”. “Ora, sempre que o ventre é imitado na posse, costuma a mulher pedir curador ao ventre, como costuma pedir também aos bens. Mas se, na verdade, somente for dado o curador ao ventre, deve-se permitir aos credores ficarem na custódia dos bens: mas se for dado curador não somente ao ventre, mas também aos bens, podem os credores se assegurarem que o perigo pertença ao curador. Por isso, deve-se dar curador aos bens por meio de uma inquisição; bem se vê é preciso que os credores cuidem que ele seja idôneo ou, se for outro, que espere a sucessão se o parto não se der”.<sup>42</sup>

Ulp.41 *ad ed.* D.37,9,1,23: “*Eligitur autem curator aut ex his, qui tutores dati sunt postumo, aut ex necessariis adfinibusque aut ex substitutis aut ex amicis defuncti aut ex creditoribus, sed utique is, qui idoneus videbitur: aut si de personis eorum quaestio moveatur, vir bonus eligitur*”. “O curador é escolhido ou entre aqueles que são nomeados tutores pelo póstumo, ou entre os necessários afins, ou entre os substitutos ou amigos do defunto, ou entre os credores, mas, de qualquer forma alguém que parecerá idôneo: ou se for movida uma questão a respeito das pessoas de cada um destes, escolhe-se um homem bom”.<sup>43</sup>

Em relação ao *curator ventris*, o primeiro registro nas fontes jurídicas romanas é um comentário de Sêrvio Sulpício Rufo ao Edito do Pretor, no século I a.C.:

Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,24: “*Quod si nondum sit curator constitutus, quia plerumque aut non petitur aut tardius petitur aut serius datur, Servius aiebat res hereditarias heredem institutum vel substitutum obsignare non debere, sed tantum pernumerare et mulieri adsignare*”. “E que se ainda não foi constituído um curador, porque frequentemente não é pedido ou é pedido mais tarde, ou é concedido mais tarde, Sêrvio afirmava que o herdeiro instituído ou substituto não deve lacrar os bens hereditários mas somente elencá-los e consigná-los à mulher”.<sup>44</sup>

p. 102, “(...) ao admitir a curatela do nascituro, o Código Civil dá a ele o tratamento como absolutamente incapaz, enquadrado na hipótese do inc. I do art. 3º (menor de 16 anos). Em outras palavras, o nascituro é tratado como menor, a ser representado pelo seu curador, que irá administrar, a título de exemplo, eventuais interesses patrimoniais futuros daquele. Somente pessoas humanas podem estar sujeitas a curatela”.

<sup>41</sup> Idem, p. 73.

<sup>42</sup> Tradução de MADEIRA, 2002, p. 168. Sobre este fragmento, SOLAZZI, 1957, p. 67, afirma que no período clássico já existia a distinção entre *curator ventris datus* e *curator bonis datus*, espécies de curatela que foram unificadas posteriormente no Direito Justiniano. Geralmente, a *cura bonorum* e a *cura ventris* eram funções exercidas por um mesmo curador. Vejam-se Tryph. 9 *disp.* D.23,2,67,4; Ulp. 35 *ad ed.* D.26,10,3,3; Ulp. 35 *ad ed.* D.26,10,3,11; Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,18.

<sup>43</sup> Tradução de MADEIRA, 2002, p.148-149; 169.

<sup>44</sup> Idem, p. 169.

O *curator ventris* é nomeado<sup>45</sup> pelo *praetor urbanus* no interesse de toda a *res publica*. O curador exerce um *munus publicum*, ou seja, tutela um interesse público e não um mero interesse patrimonial.<sup>46</sup> Ele deve estabelecer os alimentos (*alimenta mulieri statuere debet*) a fim de que o nascituro possa nutrir-se e conceder os bens do pai defunto ao nascituro (*missio in possessionem; bonorum possessio ventris nomine*) para a assistência necessária à mãe e ao titular dos direitos de herança.<sup>47</sup>

A exigência de garantir o sustento ao nascituro e conceder-lhe os alimentos é prioritária. Não importa que a mãe possa sustentar-se, pois os alimentos neste caso são prestados ao nascituro, com uma existência autônoma em relação à mãe.<sup>48</sup>

Em Digesto 50,4 (*De muneribus et honoribus*), “Sobre os cargos e as honras”, Hermogeniano considera a *cura ventris* um dos *munera civilia*. Este jurista subdividiu os

<sup>45</sup> Pode ser nomeado mais de um curador, de acordo com Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,18: “*Hoc autem iure utimur, ut idem curator et bonis et ventri detur; sed si creditores instant vel qui sperat se successurum, diligentius atque circumspectius id fieri debebit et plures, si desiderentur, dandi sunt.*” “Ora, deste direito usamos para que seja dado o mesmo curador, tanto aos bens como ao ventre: mas se os credores insistem, ou se quem espera ser no futuro sucessor insiste, deverá ser o caso feito com mais diligência e mais circunspeção e, se for desejado mais de um, devem ser dados”. Tradução de MADEIRA, 2002, p. 168. Para a nomeação do *curator ventris*, é essencial que a mulher esteja grávida (*praegnans*) e não importa se ela tenha sido ou não esposa do *de cuius*. Vejam-se, Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,1: “*Praegnatem esse mulierem oportet omnimodo nec dicere se praegnatem sufficit. quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnans fuit et mortis tempore et eo, quo mitti in possessionem petit.*” “É preciso que a mulher esteja grávida; não basta, de modo algum, que ela diga estar grávida. Por isso, não tem a dação da *bonorum possessio* se não estiver realmente grávida tanto no tempo da morte como no tempo em que pede que seja enviado à posse”; Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,10: “*Rectissime autem pretor nusquam uxoris fecit mentionem, quia fieri potest, ut mortis tempore uxor non fuerit, quae se ex eo praegnatem dicit.*” “Com grande acerto o pretor não fez menção alguma da palavra esposa, porque pode ocorrer que aquela que se diga grávida dele não seja esposa no tempo da morte”. Tradução de MADEIRA, 2002, p.165-166;168. Neste sentido, BACCARI, 2002, p.72-74.

<sup>46</sup> Veja-se Hermog. 1 *iuris epit.* D.26,7,48: “*Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.*” “Entre o curador, tanto o dos bens quanto o do ventre, e o curador do furioso e igualmente do pródigo ou do pupilo, há grande diferença. De fato, atribui-se plenamente a estes a administração das coisas, mas aos dois primeiros só a custódia e a venda das coisas que se tornarão deterioradas”. Tradução de MADEIRA, 2002, p. 148. Na lição de BACCARI, 2002, p. 65-66. Hermogeniano, em D.26,7,48, distingue as noções entre *administratio* e *custodia*. Aos curadores do furioso, do pródigo e do pupilo cabe a administração das coisas (*rerum administratio*), a custódia e a vigilância, enquanto ao *curator ventris* caberia apenas a custódia e a venda das coisas que se tornarão, futuramente, deterioradas. Porém, em Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,22, Ulpiano utiliza o verbo *administrare* para se referir às funções do curador do ventre e considerá-las análogas às funções dos tutores dos pupilos: “*Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum.*” “Assim, portanto, (o curador) administrará o cuidado também por este ofício pelo qual os curadores e os tutores dos pupilos costumam administrar”. Tradução de. MADEIRA, 2002, p. 169.

<sup>47</sup> Em relação à posse dos bens em razão do concebido no Direito Português, vejam-se Ordenações Afonsinas, Livro III, título 36, §7; Ordenações Filipinas, Livro III, Título 18, §7, alínea 2ª. Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 469: “Dois são os fins da curadoria ao ventre: 1) velar pelos interesses do nascituro; 2) impedir, em favor do feto e terceiros, a suposição, a substituição e a supressão do parto”. No caso da supressão, a função do curador é impedir que a mulher provoque o aborto. Sobre os alimentos gravídicos, afirmava o célebre autor, na p. 470: “Já então pode o curador reclamar alimentos a quem os deva, ou a quem, em virtude de responsabilidade (Código Civil, art. 1.537, II e 4), os tenha de prestar”.

<sup>48</sup> Em relação à *missio in possessionem* dada ao *venter*, salienta o jurisconsulto Ulpiano em Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,3: “*Quare et si ita exhereditio facta sit: ‘si mihi filius unus nascetur, exheres esto’, quia filia nasci potest, vel plures filii, vel filius et filia, venter in possessionem mittitur; satius est enim sub incerto eius, qui edetur, ali etiam eum qui exhereditatus sit, quam eum qui non sit exhereditatus fame necari; ratumque esse debet, quod deminutum est, quamvis is nascatur, qui repellitur.*” “Pelo qual, também se a deserdação tivesse sido feita assim: ‘se me nascer um filho único, seja deserddado’, como queria que pudesse nascer uma filha, ou vários filhos, ou um filho e uma filha, será colocado na posse aquele que está no ventre; porque é preferível que, na incerteza do que nascerá, também seja alimentado aquele que tenha sido deserddado, que não seja morto pela fome o que não tenha sido deserddado; e deve ser válido o que se tenha gasto, ainda que nasça aquele que é repellido”. Tradução de MADEIRA, 2002, p.165-166.

*munera civilia em personarum e patrimonii* (Hermog. 1 *epit.* D.50,4,1pr.;-2). A *cura ventris*, nesta classificação, estaria entre os *munera personalia*.<sup>49</sup>

Era uma das funções do *curator ventris* evitar o usucapião dos bens do nascituro por terceiros e a extinção dos créditos, exercendo a administração destes bens com o mesmo cuidado do tutor dos pupilos. Vejam-se Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,21; Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,22.<sup>50</sup>

Em outro trecho do Digesto, Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,5, Ulpiano reforça o princípio relativo à importância da alimentação do nascituro apesar de qualquer incerteza sobre a sua filiação (legítima ou ilegítima): “*Sed et si sub conditione postumus sit exheredatus, pendente conditione Pedii sententiam admittimus existimantis, posse ventrem in possessionem mitti, quia sub incerto utilius est, ventrem ali*”. “Mas também se o póstumo for deserdado sob condição, admitimos, enquanto pende a condição, a opinião de Pédio, que considera que pode ser enviado à posse o ventre, porque na incerteza é mais certo que o ventre seja alimentado”.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Hermog. 1 *epit.* D.50,4,1,4: “*Aequae personale munus est tutela, cura adulti furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum potum tectum et similia. Sed et in bonis, cuius officio usucapiones interpellantur ac, ne debitores liberentur, providetur: item ex Carboniano edicto bonorum possessione petita, si satis non detur, custodiendis bonis curator datus personali fungitur munere. His similes sunt bonis dati curatores, quae fuerunt eius, qui ab hostibus captus est et reverti speratur: item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.*” “Igualmente é cargo pessoal o exercício da tutela, a curatela de um adulto ou furioso, igualmente do pródigo, do mudo e ainda do ventre, e (o que está obrigado) à exibição de alimento, bebida, teto e semelhantes. Mas também o curador nos bens em cujo ofício são interpelados os usucapiões e é provido para que os credores não sejam liberados. Igualmente pelo edito Carboniano, pedida a *bonorum possessio*, se não se der a garantia, o curador nomeado para custodiar os bens goza de um cargo pessoal. Semelhantes a eles são os curadores nomeados aos bens que foram daquele que foi capturado pelos inimigos e se espera retornar: igualmente são constituídos curadores às coisas deixadas por ele que devem ser custodiadas, para que qualquer um ainda não suceda pelo direito civil ou honorário”. Tradução de MADEIRA, 2002, p. 198. De acordo com BACCARI, 2002, p. 53; 58, nota 60, o Edito do Pretor disciplinava de forma diferente a *custodia partus* da curatela do ventre, representando institutos claramente distintos nos comentários ao Edito Perpétuo. Não era função do *curator ventris* a custódia do parto. O termo “custódia” deve ser associado à “vigilância”. Também no Digesto, os dois institutos encontram-se em Livros e Títulos completamente distintos: a custódia (do ventre e do parto) e a inspeção do ventre em D.25,4 (*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*) e o *curator ventris* em D.37,9 (*De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*). Veja-se Ulp. 24 *ad ed.* D.25,4,1,10: “*De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait: ‘si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit procuratorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient’*”. “Quanto à inspeção do ventre e à custódia do parto, assim afirma o Pretor: “se a mulher, morto o marido, disser que está grávida, àqueles a quem este fato interessar (ou aos seus procuradores), deve ela cuidar de fazer a denúncia duas vezes no mês, para que enviem, se quiserem, as que vêm examinar o ventre”.

<sup>50</sup> Contra esta opinião, SOLAZZI, 1957, p. 68, afirma que as funções atribuídas nos parágrafos §§ 21 e 22 de Digesto 37,9 ao *curator ventris* (evitar o usucapião dos bens e a extinção dos créditos), eram na verdade do *curator bonorum*.

<sup>51</sup> BACCARI, 2002, p. 74-75. Neste sentido, Ulpiano fala da mulher caluniadora, ou seja, aquela que finge (simula) estar grávida do *de cuius* para entrar na posse dos bens da herança, em Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,14: “*Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum Carboniani edicti. Et ita Divus Hadrianus Claudio Proculo praetori rescripsit, ut summatim de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. Apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. Idemque est et si status mulieri controversia fiat*”. “Se se diga que aquela que deseja ir à posse não é ou não foi esposa ou nora, ou se se sustente que ela não está grávida dele: o pretor interpõe um decreto a exemplo do edito Carboniano. E, assim, o imperador Adriano deu um rescrito ao pretor Cláudio Próculo para que conhecesse imediatamente este fato e, se parecerá uma manifesta calúnia daquela que deseja ser enviada à posse em nome do ventre, que não discernisse nada de novo: se poderia estar com dúvida do fato, que desse a prestação, a fim de não causar prejuízo àquele que está no útero; mas é preciso que o ventre seja enviado à posse. E assim parece, a não ser que a mulher seja manifesta caluniadora, que ela deve tirar proveito do edito. E onde absolutamente poderia estar com dúvida de se ela está grávida dele, ela deve ser protegida pelo decreto para que não se faça prejuízo ao parto. Igualmente também se se faz controvérsia do *status* da mulher”. Tradução de MADEIRA, 2002, p. 166-167.

Nos direitos sucessórios, Ulpiano (Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,2; D.37,9,1,3) julgou mais equitativo reconhecer a posse dos bens ao nascituro (póstumo), apesar da incerteza dele ser herdeiro ou não. Veja-se Cels. 16 *dig.* D.50,17,187.

As fontes confirmam que o filho póstumo podia ser contemplado na sucessão testamentária (Inst. 2,13,5; Inst. 2,20,7; Inst. 3,9pr.; Ulp. 12 *ad sab.* D.38,16,1,8; Ulp. 12 *ad sab.* D.38,16,1,11) e na sucessão legítima (Ulp. 8 *ad sab.* D.29,2,30,1; Scaev. 2 *resp.* D.38,8,10; Ulp. *ad sab.* D.38,16,3,9; Iul. 59 *dig.* D.38,16,8,1; Ulp. 12 *ad sab.* D.38,17,1,5). Tem direitos sucessórios o neto que estava no ventre no momento da morte de seu avô (Ulp. 10 *ad sab.* D.28,3,6pr.). Há possibilidade de se conceder um fideicomisso de liberdade ao escravo de um senhor que ainda não nasceu (Ulp. 5 *fideicomm.* D.40,5,24,4).<sup>52</sup>

Ulpiano determina que o *curator ventris* deva providenciar os alimentos e as demais necessidades da mãe e do filho e, ao cumprir estas tarefas, deverá considerar as *facultates* do *de cuius* (*patrimonium*) e também a *dignitas* deste e da mulher. O conceito de *dignitas* é o parâmetro adotado para a determinação das prestações devidas à mulher e ao nascituro, de acordo com os recursos e o patrimônio do *de cuius*.<sup>53</sup>

Ulp. 41 *ad ed.* D.37,9,1,19: “*Mulier in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris*”. “Porém a mulher, imitada na posse, deve consumir os bens somente aqueles sem os quais o feto até o parto não pode ser produzido: e o curador neste caso deve ser constituído para que preste à mulher comida, bebida, vestuário e habitação, segundo as faculdades do morto e à dignidade dele e da mulher”.<sup>54</sup>

O *curator ventris* deve garantir à mulher *cibum, potum, vestitum, tectum*, com a finalidade de tutelar a sua dignidade.<sup>55</sup> Esta *dignitas* da mulher, que o *curator* deve tutelar, leva em consideração não apenas aspectos econômicos, mas o interesse do “Estado” romano

<sup>52</sup> Quanto à tutela e transferência dos direitos sucessórios ao nascituro, o artigo 1789 do Código Civil Brasileiro atribui legitimação ao concebido.

<sup>53</sup> BACCARI, 2002, p. 70.

<sup>54</sup> Tradução de MADEIRA, 2002, p. 168. Há um interesse público, em relação à custódia do ventre, para que o parto não seja substituído, para que seja resguardada a *dignitas* da família. Veja-se Ulp. 24 *ad ed.* D.25,4,1,13: “*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, quem quer que seja ela, deve ser ouvido como aquele que traz consigo um assunto seu e da república”. Tradução de MADEIRA, 2002, p. 143.

<sup>55</sup> De acordo com as possibilidades patrimoniais e a posição social do *de cuius*, os gastos com o nascituro (*alimenta ventris*) eram considerados como dívida da herança. Vejam-se BACCARI, 2005, p. 28-29; Idem, 2006, p. 6; MADEIRA, 2005. *Direito Romano*, p. 16; CATALANO, 2010, p. 396. Com uma visão do Direito Romano completamente distorcida e privada de fundamentos, CAVAGNARI, 1906, p. 1130-1131, critica e condena o instituto do curador ao ventre, considerando-o “antiquado”, “machista” e “perturbador da ordem e da paz familiar”: “*Vi ha che se era giustificato l’istituto del curatore del ventre in una legislazione come la romana, dove il volere della donna era giuridicamente e socialmente quasi nullo, dove ella era soggetta alla tutela del padre o del marito per tutta la vita, dove insomma più che persona oggetto di diritti era essa oggetto dell’altrui volontà, non lo ho puo più essere in una legislazione moderna, nella quale la donna va man mano conquistando il posto che le compete*”. O autor não considera, porém, que o curador protege em primeiro lugar e como escopo principal, o nascituro, ser autônomo em relação à mãe. Vejam-se PS 5,15,1 e Coll. 2,9,4 e 9,3,1.

na procriação de novos cidadãos (*liberorum procreandorum causa*).<sup>56</sup> Além disso, a principal função das mulheres romanas é a procriação e a proteção do nascituro.<sup>57</sup>

Segundo Gaio, o *curator ventris* deve determinar os alimentos para a mulher independente do dote com o qual ela poderia manter-se. O jurista torna nítida a divisão entre a condição jurídica da mãe e a do nascituro.<sup>58</sup>

Admite-se, de acordo com Trifonino, a *exusatio* (a escusa) pelo *curator ventris* que tivesse o benefício do *ius liberorum* (ter procriado três filhos).<sup>59</sup>

Por fim, o *curator ventris*, ao cumprir atos de administração dos bens do nascituro, tem a obrigação de prestar a *satisfactio*.<sup>60</sup>

Termina a curatela do nascituro quando ocorrer aborto (natural ou provocado) ou, *ipso iure*, no dia do nascimento, quando o recém-nascido passa à tutela.<sup>61</sup>

## BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. O nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do Direito Português. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n.8, 1990.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. 14.ed. Napoli: Jovene, 2006.

ARCHI, Gian Gualberto. Concepimento (diritto romano). *ED*, n.8, 1961.

BACCARI, Maria Pia. *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*. Torino: Giappichelli, 2006.

\_\_\_\_\_. Persona e famiglia: concetti e principi giuridici contra le astrazioni e l'individualismo. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n.27, 2005.

\_\_\_\_\_. Curator ventris tra storia e attualità. *Annali 2001 LUMSA*. Torino: G. Giappichelli, 2002.

<sup>56</sup> BACCARI, 2002, p. 69-71. Pompônio indica que é de interesse público que se conserve os dotes das mulheres para que elas tenham condições econômicas para a procriação de novos cidadãos. O dote é de interesse público. Pomp. 15 *ad Sab.* D.24,3,1: "*Dotium causa semper et ubique praecipua est; nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, quum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium*". "A causa do dote é sempre e em todo caso preferencial; porque também é de interesse público que às mulheres se lhe conserve o dote, como é muito necessário que as mulheres sejam dotadas para que procriem descendência e tornem a cidade plena de filhos".

<sup>57</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21,1,14,1: "*Si mulier praegnans venierit, inter omnes convenit, sanam eam esse; maximum enim ac praecipuum munus feminarum est accipere ac tueri conceptum*". "Se tiver sido vendida uma mulher grávida, ajusta-se entre todos que ela está em bom estado; porque a maior e a principal função das mulheres é receber e proteger o concebido".

<sup>58</sup> Gai 14 *ad ed. provinc.* D.37,9,5pr.: "*Curator ventris alimenta mulieri statuere debet nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur, quae ita praestantur, ipsi praestari, qui in utero est*". "O curador do ventre deve estatuir os alimentos à mulher, e não interessa se ela tenha dote de onde se possa sustentar, porque parece serem as coisas que assim se prestam ao próprio que está no útero serem prestadas"; Gai. 14 *ad ed. provinc.* D.37,9,5,1: "*Curator ventri datus solvendi debiti rationem habere debet, utique eius, quod sub poena aut pignoribus pretiosis debetur*". "O curador ao ventre nomeado deve possuir razão para pagar os débitos, principalmente daquilo que se deve sob pena ou penhores preciosos". Traduções de MADEIRA, 2002, p. 170.

<sup>59</sup> Tryph. 13 disp. D.27,1,45,2: "*Si a pretore detur curator mente capto aut muto sive ventri, excusatur iure liberorum*". "Se um curador ao louco, ao mudo ou ao ventre for nomeado pelo pretor, seja escusado pelo direito dos filhos". Tradução de MADEIRA, 2002, p. 148.

<sup>60</sup> Veja-se Ven. 5 *interd.* D.44,3,15,4.

<sup>61</sup> PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 485.



CAMPOS, Diogo Leite de. A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a Crise do Positivismo Legalista). *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

CATALANO, Pierangelo. El concebido 'sujeto de derecho' según el sistema jurídico romano. *Direito de Família no Novo Milênio – Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. Diritto, soggetti, oggetti: um contributo alla pulizia concettuale sulla base di D.1,1,12. *Juris Vincula – Studi in onore di Mario Talamanca II*. Napoli: Jovene, 2001.

\_\_\_\_\_. Religione morale diritto nella prospettiva dello 'Ius Romanum' (Da Tertulliano ad Alfonso Maria de Liguori). *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'Età romana alle esperienze moderne – Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*. v.3. Napoli: Jovene, 1997.

\_\_\_\_\_. *Diritto e Persone*. Torino: G. Giappichelli, 1990.

\_\_\_\_\_. As raízes do problema da Pessoa Jurídica. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. n.73, 1988.

\_\_\_\_\_. Direito Romano Atual, Sistemas Jurídicos e Direito Latino-Americano. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. n.44, 1988.

\_\_\_\_\_. Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. n.45, 1988.

CAVAGNARI, Camillo. Curatore al ventre. *Enciclopedia giuridica italiana*. v.III.4, 1906, p.1129-1139.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro*. Direito de Família no Novo Milênio – Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro*. Pessoa humana e direito. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DALLA, Danilo; LAMBERTINI, Renzo. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

\_\_\_\_\_. Status e rilevanza dell'ostentum. Ricerche di diritto delle persone. Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 29-46. In: SODALITAS. *Scritti in onore di Antonio Guarino*. v.2. Napoli: Jovene, 1984, p.519-532.

DE LOS MOZOS, José Luiz. El concebido y su tutela jurídica. Personalidad y derechos de la personalidad. El 'status personal'. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n.10, 1991, p.92-119.

FRANCIOSI, Gennaro. *Corso istituzionale di diritto romano*. 2.ed. Torino: Giappichelli, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. v.1, 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GANDOLFI, Giuseppe. Nascituro (storia). *ED*, n.27, 1977, p. 530-537.

- GAUDEMET, Jean. Membrum, persona, status. *SDHI*, n.61, 1995, p.1-16.
- GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. 12.ed. Napoli: Jovene, 2001.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. 18.ed. Madrid: Ariel, 2010. (Trad. port. de Cláudia de Miranda Avena. *Direito Romano*. São Paulo: RT, 2011).
- KASER, Max. *Römisches Privatrecht*. München, 1992. (Trad. port. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999).
- LANFRANCHI, Fabio. Nascituri (diritto romano). *NNDI*, n.11, 1957, p.13-14.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MADEIRA, Hélcio Maciel França. *Digesto de Justiniano Liber primus – Introdução ao Direito Romano*. 6.ed. São Paulo: RT, 2012.
- \_\_\_\_\_. *O Nascituro no Direito Romano – Conceito, Terminologia e Princípios*. São Paulo: Editora Nacional, 2005.
- \_\_\_\_\_. *'Qui in utero est' – O Nascituro no Direito Romano Justinianeu: Fontes, Terminologia e Princípios*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2002, p.228.
- MARKY, T. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARRONE, Matteo. *Manuale di diritto privato romano*. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *Curso de Direito Romano – Tomo I. Partes Introdutória e Geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Fortaleza, 1950.
- MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo I – Pessoas Físicas e Jurídicas*. São Paulo: RT, 2012a.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família. Direito parental. Direito protectivo*. São Paulo: RT, 2012b.
- PORCHAT, Reynaldo. *Curso Elementar de Direito Romano*. 2.ed. v.1. São Paulo: Melhoramentos, 1937.
- PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di Diritto Romano*. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 1998.
- PUSSE, William Artur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. Curitiba: Juruá, 2005.
- RINALDI, Norberto Dario. El Derecho Romano acepta el comienzo de la existencia de las personas desde la concepción en el seno materno. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.13, 1992, p.122-132.
- SANNA, Maria Virginia. Conceptus pro iam nato habetur e nozione di frutto. In: BOTTA, F. (org.) *Il Diritto romano giustiniano fra tradizione classica e innovazione*. Torino: G. Giappichelli, 2003, p.217-269.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: 1840. (Trad. it. de Vittorio Scialoja. *Sistema de diritto romano attuale*. v.2. Torino: Unione Tipografico, 1888).

SCAPINI, Nevio. *Manuale elementare di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 2002.

SCIASCIA, Gaetano. *Regras de Ulpiano – Ulpiani liber singularis regularum*. Bauru: Edipro, 2002.

SOLAZZI, Siro. Tutela e Curatele. V. Curator ventris. *Scritti di diritto romano II*. Napoli: Jovene, 1957, p.67-69.

TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. *Questões Controvertidas. Parte Geral do Código Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado*. v.6, São Paulo: Método, 2007, p.83-104.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil – Esboço*. v.1 e 2. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1952.

TERRENI, Claudia. *Me puero venter erat solarium – Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*. Pisa: Plus-Pisa University, 2009.

VINCENTI, Umberto. *Categorie del diritto romano*. Napoli: Jovene, 2007.

VOCI, Pasquale. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 2004.