

Sinopse de Direito Romano

FAMÍLIA. TUTELA E CURATELA.

PROF. GAETANO SCIASCIA¹

1. **Família** - (*proprio iure*) - é o organismo social econômico sob o poder de um *pater familias* vivo. **Família iure communi** é o organismo que estaria sujeito ao mesmo *pater familias* se este não tivesse falecido. (**GENS** é o conjunto das pessoas que descendem de um chefe originário antiqüíssimo. Seus componentes se chamam GENTILES).

ESPÉCIES E GRAUS DE PARENTESCO:

O parentesco distingue-se em:

a) *direto*: ascendentes e descendentes. Contam-se tantos graus, quantas gerações;

b) *colateral*: daqueles que descendem de um tronco ancestral comum. Contam-se os graus subindo até o tronco e descendo até outro sujeito, tantos graus quantas as pessoas contadas, menos um.

Afinidade - é o liame que há entre um cônjuge e os parentes do outro (cunhado, sogra, genro, madrasta etc.).

2. **Patria Potestas** - é o direito absoluto do *pater-familias* sobre seus filhos e descendentes diretos.

AGNATIO é o parentesco civil por intermédio dos varões.

COGNATIO é o parentesco de sangue.

CONTEÚDO DA PATRIA POTESTAS:

I. *ius vitae et necis*;

II. *ius noxae dandi*;

III. Direito de dar em adoção, emancipar, casar, fazer divorciar os dependentes.

No último período encara-se no interesse do dependente.

O *pater familias* é dono de tudo o que tem seus dependentes.

HÁ EXCEÇÕES:

I. pecúlio castrense;

II. pecúlio quase-castrense;

III. *bona adventicia* (herança da mãe).

¹ Texto de domínio público extraído de SCIASCIA, Gaetano. *Sinopse de Direito Romano*, São Paulo, 1955. Gaetano Sciascia foi Professor da Faculdade de Direito da USP e escreveu diversas obras: *Instituzioni di diritto romano: regulae iuris* (ca.1947), *Lineamenti del sistema obbligatorio romano* (1947), *Regras de Ulpiano* (1952), *Sinopse de direito romano* (1955), *Varietà giuridiche* (1956) e o *Manual de Direito Romano*, com o prof. Alexandre Correia (1947). Também escreveu sobre xadrez e literatura: “*Bianco e nero. Mille anni di mito, favola, poesia*” (‘1978”). Os textos em cor azul nesta versão são anotações de H. Madeira e E. Agati Madeira.

3. Fontes do Pátrio Poder - G. 1, 55; I. 3, I, 2.

- I. *Iustae nuptiae*;
- II. *Anniculi probatio* e prova da causa do erro no casamento;
- III. Rescrito imperial;
- IV. *Legitimação* que pode ser:
 - a) Por subsequente matrimônio dos pais (Constantino);
No Baixo Império, Justiniano exige três requisitos:
 - I - capacidade de casar no momento da concepção;
 - II - casamento;
 - III - consentimento dos filhos.
 - b) Pelo oferecimento à Cúria (se o filho aceitava o oneroso cargo de ser membro de um Conselho Municipal);
 - c) Por rescrito imperial (quando não podia haver a condição exigida no caso de "a" - p. ex. a II).

4. *Adoptio* - G. 1,97.

É o ato jurídico pelo qual um sujeito *sui iuris* ou um sujeito *alieni iuris* vai fazer parte de outra família (*capitis deminutio minima*).

DISTINGUE-SE:

I - Se *sui iuris*: **AD-ROGAÇÃO** - quando um *pater familias* com todos seus subordinados se sujeita a outro *pater familias*. No período quiritário se fazia perante os Comícios. No direito justiniano se faz por rescrito imperial. Quem ad-rogar deve ter 60 anos e deve ser 18 mais velho que o ad-rogado. A ad-rogação dos impúberes foi proibida porque eles não podiam consentir. Antonino Pio a permitiu com garantias para o ad-rogando.

II - Se *alieni iuris*: **ADOÇÃO** - quando um *filius familias* entra como tal em outra família (*capitis deminutio minima*). No direito quiritário pela Lei das XII Tábuas, praticava-se vendendo três vezes o filho. Justiniano a permitiu perante o magistrado, distinguindo:

- a) *adoptio plena* - se o adotante era um ascendente materno do adotado;
- b) *adoptio minus plena* - se não era. Neste caso o *filius familias* ficava sob *patria potestas* de seu pai, adquirindo o direito à sucessão do adotante.

SEMELHANÇAS ENTRE *ADROGATIO* E *ADOPTIO*:

- I - *Capitis deminutio* (salvo *adoptio minus plena*);
- II - 18 anos de diferença entre os sujeitos;
- III - Proibidas às mulheres (a não ser para consolo dos filhos falecidos - exceção).

DIFERENÇAS ENTRE *ADROGATIO* E *ADOPTIO*:

- I - Pessoa *sui iuris* e *alieni iuris*;
- II - A ad-rogação acarreta a subordinação de todos os dependentes: a adoção é individual;
- III - O impúbere podia ser adotado, mas não ad-rogado (Antonino Pio).

5. A Pátria Potestas termina - G. I, 132.

- I - Pela morte ou pela *capitis deminutio* de um dos sujeitos;
- II - Pelo casamento *cum manu* da filha;
- III - Pela emancipação - no direito quiritário, três vendas do filho (por *mancipationes*); no direito justiniano, perante o magistrado.

6. **Casamento** - I. I, 10. "A conjunção do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunhão do direito divino e humano" (Modestino).

"As núpcias ou o matrimônio são a união do homem e da mulher, que implica uma comunhão indivisível de vida". (Justiniano).

EXIGEM-SE:

I - O consentimento das partes e, eventualmente, dos respectivos *pater familias*;

II - A puberdade (12 anos para as mulheres, 14 anos para os homens) ;

III - *Connubium*;

IV - Ausência de parentesco (direto até o infinito; e colateral até o 3.º grau).

O CASAMENTO CONSTA DE DOIS ELEMENTOS:

I - *Affectio maritalis*;

II - *Honor matrimonii*.

Faltando um dos dois, o casamento se dissolve.

7. **Casamento *cum manu*** - G. I, 108.

É aquele em que a mulher, entrando na família do marido, se submete à *manus* do *pater familias*. Realiza-se segundo três modos:

I - **CONFARREATIO** - cerimônia religiosa com um pão de trigo (*farrum*) ;

II - **COEMPTIO** - venda simulada da mulher ao *pater familias* do marido;

III - **USUS** - se a mulher fica por um ano com o marido, o *pater familias* adquire a *manus* sobre ela. O uso interrompe-se se a mulher estiver três noites consecutivas longe do marido.

EFEITOS DO CASAMENTO *CUM MANU*:

I - *Quanto à mulher e aos bens*: a mulher deixa sua família agnática e entra na do marido (*capitis deminutio minima*) em lugar de filha, se o marido é *pater familias*; em lugar de neta, se o marido é *filius familias*. Se, ao casar, ela era *sui iuris*, passa a ser *alieni iuris* e todos seus bens pertencem ao *pater familias*. Depois da *manus*, tudo o que ela adquire é do *pater familias*;

II - *Quanto aos filhos*: os filhos são legítimos (180 dias - 300 dias), e estão sob pátrio poder do *pater familias*.

8. **Casamento *sine manu***

É o casamento que se dá sem subordinação da mulher à família do marido. É o casamento do período clássico e justinianeu.

EFEITOS DO CASAMENTO *SINE MANU*:

I - A mulher não passa para a família do marido, mas permanece sob o pátrio poder de origem. Se for *sui iuris*, ela é dona das coisas suas (bens parafernais = bens excluídos do dote); se *alieni iuris*, será dono seu *pater familias*. Sendo *sui iuris* pode contrair obrigações;

II - Os filhos caem sob pátrio poder do *pater familias* (não há diferença com o casamento *cum manu*).

9. Estado dos filhos

I - Os filhos nascidos de justas núpcias seguem a condição do pai e estão sob *patria potestas* (ou do avô etc.);

II - Os filhos espúrios (nascidos de outras uniões) seguem a condição da mãe (ver: fontes de escravidão - nascimento);

III - A Lei Minícia, do fim da República, estabeleceu que, sendo os pais de estado diferente (cidadão e não cidadão) o filho seguia a condição pior dos dois.

10. O casamento acaba:

I - Pela morte de um dos cônjuges;

II - Pela *capitis deminutio* máxima e média;

III - Pelo divórcio.

Divórcio - se o casamento era pela *confarreatio*, precisava a *difarreatio*; se pela *coemptio* ou uso, o marido podia repudiar a mulher emancipando-a da *manus*.

No CASAMENTO SINE MANU O DIVÓRCIO SE DAVA:

a) Pela vontade dos respectivos *patres familias* (proibido no Império) ;

b) Pela livre vontade dos cônjuges, faltando a *affectio* ou o *honor*.

Justiniano regulou o divórcio em casos e com formas determinadas:

I. Divórcio *iusta causa*;

II. Divórcio *ex communi consensu*;

III. Divórcio *bona gratia* (ordens religiosas).

11. Dote, doações entre cônjuges e doações nupciais - Ulp. 6, 1.

Dote é o conjunto de bens que a mulher traz ao marido para sustentar os ônus do casamento. De proprietário, o marido se torna aos poucos simples administrador dos bens dotais. Depois de Augusto, já não pode aliená-los.

HÁ VÁRIOS TIPOS DE DOTE:

I - *Dos profecticia* - constituído pelo *pater familias* da mulher;

II - *Dos adventicia* - constituído pelos parentes da mulher;

III - *Dos recepticia* - o dote que se deve restituir quando da dissolução do casamento;

IV - *Dos aestimata* - dote avaliado em dinheiro no ato da constituição.

QUANTO À CONSTITUIÇÃO HÁ:

I - *Dotis dictio* - contrato verbal, unilateral, de *ius civile*;

II - *Dotis datio* - entrega efetiva do dote;

III - *Dotis promissio* - promessa de pagar o dote.

A RESTITUIÇÃO DO DOTE SE OBTÉM:

I - *Actio ex stipulatu* - de estrito direito, não de boa-fé;

II - *Actio rei uxoriae* - de boa-fé, equitativa.

As doações entre cônjuges eram permitidas no tempo da *Lex Cincia* de 201 a. C. Logo depois de Augusto (I séc. d. C.) são proibidas, porque se julga que o cônjuge mais amoroso pode ser defraudado pelo outro. São permitidas as doações anteriores ao casamento (doações nupciais). No direito justiniano se igualam ao dote.

12. Tutela - G. I, 142; I. 1. 13.

HÁ DOIS TIPOS DE TUTELA:

- I. Tutela dos impúberes;
- II. Tutela perpétua das mulheres

13. Tutela dos impúberes

É a força e o poder sobre uma pessoa livre, dado e autorizado pelo direito civil, para defender aquele que, por motivo de idade, não pode defender-se".

PARA ESTAR SOB TUTELA SE EXIGEM:

- I - Qualidade de *sui iuris*;
- II - A idade menor ou impuberdade (12 anos às mulheres, 14 aos homens).
Quem exerce a tutela se chama tutor e quem está sob tutela, pupilo.

HÁ VÁRIOS TIPOS DE TUTELA DOS IMPÚBERES:

I - **Tutela testamentária** - a atribuída pelo *pater familias* a seus dependentes que, quando de sua morte, se tornam *sui iuris*, mas são impúberes;

II - **Tutela legítima:**

- a) **dos agnados** - na falta de testamento, torna-se tutor do impúbere *sui iuris* o agnado mais próximo (XII Tábuas) ;
- b) **dos patronos** - tutor do escravo impúbere alforriado (exceção à Lei Élia Sênica) é pela lei o patrono;
- c) **dos pais** - o *pater familias* que emancipa seu dependente impúbere é tutor do mesmo pela lei.

III - **Tutela dativa** - é a tutela dada pelo magistrado, na falta de tutor testamentário ou legítimo (*tutor Atiliano*).

Chama-se tutor fiduciário o do caso "II-c-" ou o da mulher púbere que fez uma *coemptio fiduciária* (fingida) para mudar de tutor (pacto de confiança).

14. As funções do tutor dos impúberes são:

I - Interpor sua autoridade, suprindo a falta de capacidade de exercício do impúbere;

II - Gerir os negócios, i. é, administrar o patrimônio, do menor de sete anos. A *oratio Severi* (senátus-consulto) proibiu as alienações dos bens do pupilo.

AS OBRIGAÇÕES DO TUTOR DOS IMPÚBERES SÃO:

I - Fazer inventário dos bens do pupilo ao iniciar o cargo, prestando a caução (*satisdatio rem pupilli salvam fore*);

II - Administrar como um bom pai de família (durante a gestão);

III - Prestar conta de sua gestão *no fim* da tutela.

AS SANÇÕES DE TAIS OBRIGAÇÕES SÃO:

I - *Pela Lei das XII Tábuas:*

- a) *crimen suspecti tutoris*;
- b) *actio rationibus distrahendis* (separação dos patrimônios);

II - pelo direito pretoriano:

- a) *in integrum restitutio*;
- b) *satisfactio* (garantia);
- c) *actio negotiorum gestorum*;

III - pelo *ius civile novo*:

Actio tutelae, de origem clássica; proposta pelo próprio pupilo ao fim da tutela; acarreta a infâmia do tutor condenado, considerando mesmo sua culpa (*in concreto*). Pode ser *contrária*, i. é, proposta pelo tutor contra o pupilo.

15. A tutela dos impúberes termina:

- a) Pela puberdade do pupilo (12 anos às mulheres, 14 anos aos homens);
- b) Pela *capitis deminutio* do tutor ou do pupilo, ou por sua morte;
- c) Pela escusa do tutor (razões: idade, negócios, cargos etc.);
- d) Pela destituição que se obtinha mediante a *accusatio suspecti tutoris*.

16. A tutela perpétua das mulheres - G. 1, 190.

É aquela à qual, por direito quirritário, estão sujeitas todas as mulheres solteiras, *sui iuris*. É dos mesmos tipos vistos na tutela dos impúberes. Ocorre *tutela cessicio* quando a mulher muda de tutor por sua iniciativa mediante uma *in iure cessio*; *tutela optiva*, quando dada por testamento do *pater familias* com escolha da mulher.

O tutor da mulher tem apenas a função de interpor sua autoridade. O instituto caiu em desuso no fim do período clássico.

17. Curatela - I. I, 23.

É o instituto jurídico que visa a proteger o patrimônio de determinados sujeitos que não têm, por alguma razão, a capacidade de exercício.

HÁ VÁRIOS TIPOS DE CURATELA:

I - *Curatela dos loucos* (XII Tábuas) - cabe aos agnados e aos *gentiles* (os que pertencem à mesma *gens* ou estirpe). (Há lúcidos intervalos);

II - *Curatela dos pródigos* - cabe aos agnados e aos *gentiles*.

Pródigo é quem desbarata seus bens; pode praticar atos que melhorem sua condição;

III - *Curatela dos menores de 25 anos* - visto que quem contrata com eles fica exposto à eventualidade de ser condenado por fraude (*Lex Plaetoria*) ou de ver o ato anulado por *restitutio in integrum propter minorem aetatem*, nos atos dos menores de 25 anos se exige a presença de um curador que evita os riscos.

A curatela termina pela *perfectas aetas* (25 anos), pela *venia aetatis* (concessão especial), pela morte de uma das partes, por destituição do curador.

CONHECEM-SE OUTROS TIPOS DE CURADORES:

I - Curador do ventre (*curator ventris*, i.e., curador do nascituro);

II - Curador do falido;

III - Curador do ausente por motivo oficial.

18. Semelhanças entre Tutela e Curatela

- I - Competência do mesmo magistrado;
- II - Sanções semelhantes (*actio negotiorum gestorum*);
- III - Obrigação de aceitar o cargo a não ser houver escusa por motivos justos.

19. Diferenças entre Tutela e Curatela

- I - Dizem respeito a diferentes classes de pessoas;
- II - A tutela visa à pessoa (como a *patria potestas*); a curatela, o patrimônio;
- III - O tutor não se pode nomear por um determinado ato especial; o curador sim;
- IV - O tutor pode nomear-se por testamento, o curador não.