CONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES PESSOAIS DA PÁTRIA POTESTAS NO BAIXO IMPÉRIO: O QUE RESTOU DO PÁTRIO PODER?

Austréia Magalhães Candido
Mestranda em Direito Romano pela Universidade de São Paulo

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

I. INTRODUÇÃO[1]

O estudo do Direito Romano não se restringe à observação de um único sistema, mas à análise de um conjunto extremamente vasto e rico de experiências que, não raramente, apresentam-se sensivelmente diversas, conforme a época em que se concentre o estudioso.

A afirmação rotineira de que o período pós-clássico representa a decadência do Direito Romano não deve, no entanto, ser aceita plenamente e validada para todos os institutos jurídicos.

É claro que, neste período, não contamos mais com o brilho das atividades dos *iurisconsulti* e dos *praetores*, tão enobrecedoras da *iurisprudentia* em época clássica, mas, ao mesmo tempo, vemos o florescer de um novo mundo, de uma nova realidade, cujo ápice se dá com a criação de uma nova capital para o Império, Bizâncio/Constantinopla: eis os ventos orientais soprando em direção ao mundo ocidental.

Desta forma, cabe à romanística não olvidar a análise de um período muito peculiar, cuja importância não se demonstra secundária e cujas marcas ainda se fazem sentir no Direito Contemporâneo.

É uma destas marcas, aperfeiçoada exatamente no Baixo Império, é o instituto da *patria potestas*, pedra fundamental do que chamamos de família romana.

Neste trabalho, que de maneira nenhuma pretende ser exaustivo, objetiva-se a análise dos aspectos pessoais do pátrio poder, como se sabe, o *ius vitae ac necis*, o *ius vendendi*, o *ius exponendi* e o , à luz do Baixo Império, a fim de saber a que ponto houvera ou não um desmantelamento deste instituto em sua faceta mais incisiva.

1 Adotamos, neste trabalho, o modelo franco-italiano de citação bibliográfica. Cf. E. C. SILVEIRA MARCHI, Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias e Artigos), Lecce, Del Grifo, 2004.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

II. A PATRIA POTESTAS E A FAMÍLIA ROMANA

O pátrio poder é inicialmente concebido como um poder absoluto não passível de qualquer contestação. Nele, não interviriam princípios do *ius humanum*[2], sendo o Direito de Família[3] em época arcaica e clássica nada mais do que um direito do *pater familias*[4].

Disto decorre o paralelismo[5] realizado entre a figura da patria potestas e a do *dominium*.

Todavia, algumas diferenciações devem ser realizadas, já que o pátrio poder, mesmo que com um conteúdo patrimonial revelado pela faculdade concedida pelo *ius vendendi*, não era transferível, ao contrário do *dominium*[6].

2 Cf. M. TALAMANCA, Istituzioni di Diritto Romano, Milano, Giuffrè, 1990, pp.119.

3 A definição de família romana está em Ulp. 46 ad ed., D. 50,16,195,2. Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet.
Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. A denominação de família refere-se também ao significado de algum corpo, o qual ou pelo direito próprio deles mesmos ou que consiste no comum de toda cognação. Chamamos de família por direito próprio a várias pessoas, as quais estão sob o poder de um, ou pela natureza ou pelo direito, subjugadas, como se considera o pater familias, a mater familias, o filius familias, a filia familias e todos os que sucessivamente se seguem na posição deles, como se considera os netos e netas e sucessivamente. Porém é chamado de pater familias, aquele que tem o domínio na casa, e é chamado corretamente por este nome, ainda que não tenha filho: não, de fato, só a pessoa dele, mas também o direito indicamos: por fim, também o pupilo chamamos de pater familias. E quando morto o pater familias, quantos indivíduos fossem a ele submissos, tantas famílias singulares começam a ter: pois, cada indivíduo o nome de pater familias recebe. E o mesmo sucede também com aquele que foi emancipado: de fato, também este feito sui iuris tem família própria. Chamamos de família por direito comum a de todos os agnados: pois, também se morto o pater familias, os indivíduos terão famílias individuais, porém todos, que estiveram sob o poder de um, serão chamados corretamente da mesma família, aqueles que da mesma casa e clã nasceram. (Tradução livre).

4 Cf. B. BIONDI, Il Diritto Romano Cristiano, v. III, Milano Giuffrè, 1954, pp. 1 e 2. A patria potestas é encarada por Gaio como um instituto tipicamente romano, como se pode averiguar em Gai. 1,55.

5 Como o feito por V. ARANGIO-RUIZ, Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, Jovene, 2006, pp. 474, para quem, de início, o pátrio poder era formalmente igual ao dominium tido sobre os bens. A única diferença, que também se aplicaria aos escravos, seria a de que tanto os filhos como os servos possuíam espírito.

6 Cf. Istituzioni di Diritto Romano, cit. (nota 3 supra), pp. 120. É interessante observar que o termo dominium é proveniente de domus, ou seja, da palavra casa, tendo, pois, dupla acepção, a que se refere ao direito de propriedade e a que se refere ao pátrio poder. Sendo assim, de grande valia é a tese apresentada por M. F. DE ROBERTIS, I Limiti Spaziali al Potere del "Pater Familias", in LABEO – Rassegna di Diritto Romano, n. 29, Napoli, Jovene, 1983, pp. 164 a 174. O autor, neste trabalho, afirma ser limitado territorialmente o poder do pater familias em época arcaica ao espaço da domus. Logo, tanto a saída quanto a entrada de novas pessoas neste ambiente era o que determinava a incidência deste poder. A responsabilidade do pater pelos danos causados pelos indivíduos que habitavam a domus era, pois, justificada pelo seu dever de custódia e essa limitação territorial também justificaria a existência institutos como o da trinoctii usurpatio, a qual impedia, pela ausência da mulher na domus, a aquisição da manus sobre ela. Esse critério, com o evoluir da história romana é substituído pelo da pessoalidade, já perceptível no direito clássico.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

Tendo por conteúdo, no que tange às relações pessoais, o *ius vitae ac necis*, o *ius vendendi*, o *ius exponendi* e o *ius noxae dandi*, o pátrio poder apresentava-se como algo muito amplo, rigoroso, discricionário e penoso para as pessoas que a ele se submetiam.

Disto decorre a tentativa, por parte de alguns estudiosos, de tentar minimizar os efeitos práticos do exercício deste poder, com base em pesquisas de natureza demográfica[7].

No entanto, essa mitigação dos efeitos da patria potestas não triunfaria[8], pois, mesmo que somente uma pequena parte da população romana fosse alieni iuris, isso não teria por significado a inexistência de problemas relativos ao caráter absoluto desta potestas, já que diversas providências foram tomadas com o fito de evitar o crescente número de parricídios, como o implemento da poena cullei e do senatoconsulto Macedoniano[9].

7 De acordo com as pesquisas relatadas por J. M. CARRIÉ – A. ROUSSELLE, L'Empire Romain en Mutation - des Sèveres à Constantin 192 – 337, Paris, Seuil, 1999, pp.278 e 279, dois terços dos homens não teriam pai aos 11 anos de idade e somente uma a cada cinco pessoas, com 33 anos de idade teria o pai vivo. No entanto, para os autores, passada uma fase de alta mortalidade, a duração do exercício deste poder teria aumentado e, pois, a sua influência. E. CANTARELLA, Diritto Romano – Istituzioni e Storia, Milano, Mondadori, 2010, pp.164 a 173 também nos dá notícia de pesquisas realizadas neste sentido, com base nas inscrições funerárias e com o fito de descobrir em qual idade os romanos contraíam o primeiro matrimônio. Chega-se à conclusão que a idade média para o casamento era de 25 anos para os homens e 15 para as mulheres. Aliado a isso, tínhamos que a mortalidade entre os homens com mais de 50 anos era muito alta e, para que um pater pudesse ver nascer seu neto, era necessário que vivesse 60 anos, logo, em pouquíssimos casos teríamos três gerações na mesma família. Sendo assim, somente um terço dos homens de classe senatorial e um quinto dos das demais classes eram alieni iuris. No entanto, a autora, apesar de se mostrar propensa à utilização de novos métodos de pesquisa, não concorda com a idéia de que o pátrio poder seria só de natureza teórica. Para isso, analisa inclusive fontes antropológicas já que, para essa ciência, nas sociedades que acreditam na vida após a morte, sempre que os antepassados aparecem como divindades de caráter punitivo, isso demonstraria um contexto no qual os filhos passavam por um longo período de submissão. E era exatamente isso o que ocorreria no mundo romano, pois os ancestrais quando devidamente alimentados, assumiam caráter protetor - manes – todavia, quando não o fossem transformar-se-iam nos larvae/lemures, que assumiam o papel de entidades punitivas. Outro indício acerca da eficácia real do pátrio poder apresentado pela autora seria a existência de punições corporais que, se permitidas aos professores, com muito mais razão, seriam seriam utilizadas pelos patres, levando-se em consideração uma eventual limitação da verberatio aos escravos.

8 Tanto em seu conteúdo real como em seu conteúdo simbólico. Cf. L'Empire Romain en Mutation - des Sèveres à Constantin 192 – 337, cit. (nota 8 supra), pp. 279.

9 Cf. Diritto Romano – Istituzioni e Storia, cit. (nota 8 supra), pp.173 a 176. O qual surge com o fito de evitar o parricídio e que era aplicável não só para as relações de mútuo, mas para qualquer espécie de financiamento. Cf. Istituzioni di Diritto Romano, cit. (nota 3 supra), pp.122.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

III. CONTEÚDO PESSOAL DA PATRIA POTESTAS

III. I. IUS VITAE AC NECIS

O supremo poder conferido ao *pater familias* era, sem dúvida, o *ius vitae ac necis*. Tido como a espinha dorsal[10] do pátrio poder, muito se questiona sobre o período no qual foi extinto e, se de fato o foi.

De acordo com alguns estudiosos, inicialmente, esse direito possuía um conteúdo religioso muito forte, não sendo, porém, aplicável a crianças menores de três anos, quando meninos e para a filha primogênita[11].

Seria, portanto, muito utilizado na prática, nos períodos arcaico e clássico, pois, no caso de crimes de traição ou de atentado às instituições, o *pater* não por crueldade, mas por dever[12], ordenava a morte do filho. Outro indício a favor desta tese seria a necessidade do surgimento de leis como a *Lex Iulia de Adulteriis*[13], limitando o direito de o pai retirar a vida da filha adúltera[14].

No entanto, parte da doutrina se coloca a favor da teoria de que esse direito já não fosse de eficácia real desde o período arcaico[15], sendo sempre limitada a arbitrariedade do *pater* pelo *iudicium domesticum*[16].

Seja como for, para o período que examinamos, o debate se coloca sobre uma constituição[17] de Constantino, de 323, cuja expressão utilizada, ao se referir ao *ius vitae ac necis* é *permissa est*.

10 Cf. G. PUGLIESE, Istituzioni di Diritto Romano, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 811.

11 Cf. Istituzioni di Diritto Romano, cit. (nota 3 supra), pp.120 e 121. O autor ainda ressalta o fato de que caso houvesse abusos por parte do pater, ele poderia ser acionado extra ordinem.

12 Daí a afirmação de B. BIONDI, Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp. 3 e 4, de que o ius vitae ac necis tem caráter punitivo, não estando relacionado à disposição de um bem, como no caso de um escravo.

13 No entanto, para L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Patria Potestà – Diritto Romano, in Enciclopedia del Diritto, v. XXXII, Varese, 1982, pp. 243, a Lex Iulia de Adulteriis não se referiria ao instituto da patria potestas, pois era permitido mesmo ao pai que tivesse realizado a coemptio da filha, isto é, àquele que não possuía mais a potestas sobre ela, dispor sobre a vida da adúltera.

14 Diritto Romano – Istituzioni e Storia, cit. (nota 8 supra), pp.168 e 169.

15 Cf. Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.3 a 5. J. M. CARRIÉ – A. ROUSSELLE, L'Empire Romain en Mutation – des Sèveres à Constantin 192 – 337, cit. (nota 8 supra), pp.279, afirmam que o assassinato de meninas, principalmente pela necessidade de, no futuro, dar o dote, na prática, não seria realizado, pois, caso o fosse, devido à diferença de idade entre marido e mulher que era, na época, de cerca de 15 anos, haveria um grande declínio demográfico em Roma.

16 Cf. Patria Potestà – Diritto Romano, cit. (nota 14 supra), pp. 242 e 243. B. BIONDI, Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.2 e 5, no entanto, atribui ao iudicium domesticum eficácia somente de fato, não como instituto jurídico, pois as limitações ao pátrio poder provenientes do período arcaico e clássico seriam sempre de natureza moral e não jurídica. Para M. TALAMANCA, Istituzioni di Diritto Romano, cit. (nota 3 supra), pp.120 e 121, as limitações ao ius vitae ac necis ocorreriam na República, com a implantação do tribunal domesticum e com a transferência para a órbita pública das sanções pelos crimes mais graves cometidos pelos filhos.

17 C. Th. 4,8,6. Libertati a maioribus tantum inpens(um) est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas (per)missa est, eripere libertatem non liceret.(...) Em relação à liberdade, a tal ponto foi considerada pelos antigos, que aos pais, aos quais foi permitido o ius vitae necisque sobre os livres sob seu poder, não fora permitido retirar a liberdade. (Tradução livre).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

Contraposta a essa disposição há a referência de Justiniano que substitui a frase por outra, ou seja, o *permissa est* da redação original, transforma-se em *permissa erat*, no *Codex*[18].

E. CANTARELLA afirma, pois, que esse direito ainda era vigente no tempo de Constantino, mesmo que só formalmente, atribuindo o valor de presente à locução *permissa est*. Para a autora, só em 365, com Valentiano e Valente[19], que o *ius vitae ac necis* seria reduzido a um mero poder correcional e, finalmente, com Justiniano, teria sido extinto[20].

No entanto, de acordo com D. DALLA, a constituição de Constantino – C. Th.4,8,6 - não teria por foco a análise do pátrio poder, mas a valoração da liberdade e, entre a edição desta constituição e a compilação justinianéia, nenhum outro provimento teria sido emanado sobre o assunto[21].

Obviamente, o autor reconhece que a disciplina sobre o parricídio[22], disposta em 318-319, ou seja, anteriormente à constituição constantiniana em análise, seria incompatível com um *ius vitae ac necis* pleno.

Todavia, a existência desta fonte não descarta a vigência do direito de vida e de morte do *pater familias*, pois só seria aplicável em casos de *dolo malo* do

18 C. 8,46,10. Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas olim erat permissa, eripere libertatem non liceret. Em relação à liberdade, a tal ponto foi considerada pelos antigos, que aos pais, aos quais, outrora, teria sido permitido o ius vitae necisque sobre os livres sob seu poder, não fora permitido retirar a liberdade. (Tradução livre).

19 C. 9,15,1. In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. 1 . Neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum et privata animadversione compescat. 2 . Quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicum notioni. Para corrigir aos menores por ocasião de delito, aos mais velhos parentes concedemos poder, a fim de que àqueles cujos exemplos da honra doméstica não estimulam ao decoro da vida, ao menos seja direcionado um remédio de correção. 1. E não desejamos que seja estendido imensamente o poder para punir os erros dos costumes, mas que a autoridade corrija pelo direito de pai o erro do parente jovem e o reprima com o castigo privado. 2. Por isso, se a atrocidade do realizado excede o direito de correção doméstico, parece que por enorme delito sejam levados os réus ao julgamento de um juiz. (Tradução livre, este texto corresponde ao C. Th. 9,13,1).

20 Cf. Diritto Romano – Istituzioni e Storia, cit. (nota 8 supra), pp.178.

21 D. DALLA, Ricerche di Diritto delle Persone, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 5.

22 C. 9, 17, 1. Si quis in parentis aut filii aut omnino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continetur fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur neque gladio neque ignibus neque ulla alia sollemni poena subiugetur, sed insutus culleo et inter eius ferales angustias comprehensus serpentium contuberniis misceatur et, ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, ut ei caelum superstiti, terra mortuo auferatur. Se alguém aos pais ou aos filhos ou a todo aquele de sua afeição que esteja compreendido na denominação de parricídio precipitara a morte, seja clandestinamente, seja publicamente que tenha se esforçado para isso, será punido com a pena do parricídio, e nem à espada, nem ao fogo, nem a nenhuma outra pena habitual será submetido, mas costurado em um saco e, compreendido nestas penúrias fúnebres, será levado às habitações comuns das serpentes e, da maneira em que permita as condições da região, ou no mar próximo ou no rio seja lançado, para que, vivo, de todos os elementos comece a ser destituído do uso, e para que, sobrevivendo, o céu, e morrendo, a terra, a ele seja retirado. (Tradução livre, este texto corresponde ao C. Th. 9,15,1). A descrição de que o autor do crime seria costurado em um saco, juntamente com um cão, um galo, uma serpente e um macaco aparece em I. 4,18,6.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

pater e não quando a morte fosse decorrente do exercício de um direito[23].

Entretanto, B. BIONDI afirma que, com essa disposição sobre o parricídio, teríamos, formalmente, uma extinção indireta do *ius vitae ac necis*, o qual se torna um ilícito penal. Apesar de não haver um provimento que mencionasse expressamente o *ius vitae necisque*, é possível inferir que esse direito já não era mais vigente antes mesmo de Constantino, pois o C. Th. 4,8,6, inegavelmente utiliza-se de uma expressão empregada no passado, independentemente da posterior alteração justinianéia[24].

De qualquer forma, o número cada vez maior de limitações concernentes ao poder de vida e de morte sobre os filhos, seja por sua equiparação ao parricídio, seja pela condenação do infanticídio, ou ainda pela transformação da *patria potestas* em mero poder correcional, evidencia a diluição do elemento pessoal mais impactante do pátrio poder.

III.II. IUS VENDENDI

Ao contrário do que se observou quanto ao *ius vitae ac necis*, o direito de venda dos filhos, que não era muito utilizado no período clássico, adquire maior força no Baixo Império.

Com efeito, em época clássica, a venda de homem livre realizada fora dos limites de Roma, acarretava uma *capitis deminutio maxima*, ou seja, tornava o indivíduo vendido servo. Em caso de *mancipatio* dentro dos limites da cidade, o filho não se tornaria escravo, mas estaria em condição semi-servil, em outros termos, *in causa mancipii*[25].

Trata-se, portanto, de uma venda cujos efeitos eram meramente obrigacionais, quando realizadas dentro da cidade, não interferindo no *status libertatis*, seja do filho adulto, seja do recém nascido submetido à venda. Entretanto, com o evoluir da história, devido às práticas adotadas nas províncias orientais, tentou-se conferir efeitos reais a este negócio, o que ensejaria a redução à servidão das pessoas submetidas ao ato, levando Caracala a taxar esta prática

23 Ricerche di Diritto delle Persone, cit. (nota 22 supra), pp. 5 e 6. Também apóia essa tese G. PUGLIESE, Istituzioni di Diritto Romano, cit. (nota 11 supra), pp. 811.

24 Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.13 a 16. Concordamos com o autor a respeito da não vigência do ius vitae ac necis na época de Constantino. Para ele, não faria sentido que, na mesma constituição, o imperador limitasse o poder de venda dos patres e deixasse intocável o ius vitae ac necis. O caminho trilhado no Baixo Império, de fato, foi o de reduzir, cada vez mais, o arbítrio do pater. Com efeito, em 374, temos o advento da constituição de Valentiano, Valente e Graciano acerca do infanticídio. C. 9, 16, 7. Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum. Se alguém tentar o crime de matar uma criança, agressor ou a agressora que seja, decida-se que eles sejam punidos com a pena capital. (Tradução livre, este texto corresponde ao C. Th. 9,14,1). Trata-se aqui da punição oriunda da Lex Cornelia de Sicariis. Permanecia ressalvada a possibilidade, porém, de matar o monstrum, já que não eram considerados como filhos. A respeito da temática do monstrum cf. J. C. MOREIRA ALVES, A Forma Humana no Direito Romano, Rio de Janeiro, 1960.

25 Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.27.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

de desonesta[26].

Essas práticas orientais não aconteciam somente por uma questão cultural. Ao contrário, eram uma saída para uma crise demográfica e econômica existente no período e se davam com o fito de evitar o abandono ou o infanticídio[27].

Muito se discute sobre uma eventual contradição na legislação de Constantino acerca da mudança do *status libertatis* das crianças vendidas pelos pais, pois, em um primeiro momento, teríamos a afirmação de que a liberdade jamais seria alterada e de que a venda de criança ingênua seria nula, posteriormente, um retrocesso apresentar-seia, com a validação deste tipo de venda e a alteração deste *status*, ressalvado o direito de resgate do *pater*[28].

D. NARDI, todavia, não atribui muita importância à contraposição entre o Frag. Vat. 33 e 34, pois não os encara como provimentos inovadores do direito, mas como frutos de um desenvolvimento anterior. Logo, haveria harmonia entre os dois textos, já que, segundo o autor, a regra geral era a de que a venda de pessoa livre não era lícita e, se realizada, não alteraria em nada o *status libertatis*. Entretanto, essa regra comportaria uma exceção, no que se refere à venda de recém nascidos, permitida somente aos pais. Neste caso, o comprador teria direito ao uso da força de trabalho da criança, mas não poderia revendê-la[29], pois

26 Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.27 e 28. C. 7,16,1. Rem quidem illicitam et inhonestam admisisse confiteris, quia proponis filios ingenuos a te venumdatos. Sed quia factum tuum filiis obesse non debet, adi competentem iudicem, si vis, ut causa agatur secundum ordinem iuris. Coisa, porém, ilícita e desonesta confessas ter cometido, porque declaras filhos ingênuos por ti terem sido vendidos. Mas, porque o teu ato não deve ser prejudicial aos filhos, apresente a causa ao juiz competente, se desejas, para que seja feita a causa segundo o regulado pelo direito. (Tradução livre).

27 Patria Potestà – Diritto Romano, cit. (nota 14 supra), pp.245.

28 Ricerche di Diritto delle Persone, cit. (nota 22 supra), pp.10 e 11. Contrapõe-se, sobretudo, a redação de dois textos dos Fragmenta Vaticana, ambos de Constantino. Frag. Vat. 33, de 315. Augg. et Caess. Rutiliae Primae. Ingenuos progenitos servitutis adfligi dispendiis minime oportere etiam nostri temporis tranquillitate sancitur, nec sub obtentu initae venditionis inlicite decet ingenuitatem infringi. Quare iudicem competentem adire par est, qui in liberali causa ea faciet compleri, quae in huiuscemodi contentionibus ordinari consuerunt, secundum iudiciariam disciplinam partibus audientiam praebiturus. Augg. et Caess. À Rutilia Prima. Os ingênuos recém nascidos, com nenhum prejuízo devem ser reduzidos à servidão, o que também é confirmado pela tranqüilidade de nosso tempo, nem sob o pretexto inicial de venda ilícita convém abater a ingenuidade. Por isso, convém a eles ir ao juiz competente, em causa sobre a liberdade, cujas contendas, de tal maneira, costumam versar, segundo a instrução judiciária pelas partes produzidas em audiência. (Tradução livre). Frag. Vat. 34, de 313. Augg. et Caess. Flaviae Aprillae. Cum profitearis te certa quantitate mancipium ex sanguine comparasse, cuius pretium te exsolvisse dicis et instrumentis esse firmatum, hoc a nobis iam olimpraescriptum est, quod, si voluerit liberum suum reciperare, tunc in eius locum mancipium domino daret aut pretium quo valuisset numeraret. Etiamnunc, si a suis parentibus certo pretio comparasti, ius dominii possidere te existimamus. Nullum autem ex gentilibus liberum adprobari licet. Augg. et Caess. À Flavia Aprilla. Quando fosse por ti confessado ter-se decidido por certa quantia realizar a venda de descendente, de cujo preço tu dizes ter sido pago e o instrumento ter sido firmado, isto, outrora, pelos nossos já foi determinado, que, se quisesse recuperar o seu livre, então em lugar daquele daria a propriedade de um escravo ou o preço pelo qual valesse pagar. Ainda, se por seus pais fosses vendido por certo preço, estimamos possuir o dominium sobre ti. Nada, porém, dentre as gentes livres é permitido que seja admitido. (Tradução livre).

29 No entanto, essa vedação à revenda, como o próprio autor constata, sofria uma exceção apresentada por Constantino em C. Th. 5,10,1, de 319-320. Secundum statuta priorum principum, si quis infantem a sanguine quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit, obtinendi eius servitii habeat potestatem: ita ut, si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat, eiusdem modi alium praestet aut pretium, quod potest valere, exsolvat. Qui enim pretium competens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut et distrahendi pro suo debito causam liberam

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

era ressalvado o direito de resgate[30] dos pais a qualquer momento, se houvesse sido feita a venda mediante documento comprobatório[31].

Os autores que defendem a mudança de *status* dos recém nascidos postos a venda legitimam essa mudança com base no fato de que a servidão seria mais benéfica à criança do que o abandono ou sua morte[32]. Entre a escolha de dois males, que se opte pelo menor.

Todavia, nos parece mais acertada[33] a visão de B. BIONDI. Isso porque, diante da certeza do *status*[34] do recém nascido objeto da venda, não seriam aplicáveis as mesmas regras que, como veremos, incidiam em casos de *ius exponendi*, nos quais esse status era desconhecido[35].

O *ius vendendi*, porém, não era ilimitado. Só poderia ser realizada a venda de recém nascidos em casos de extrema necessidade, quando não fosse possível a sobrevivência da criança[36].

habeat: poenae subiiciendis iis, qui contra hanc legem venire tentaverint. De acordo como o estabelecido pelos príncipes anteriores, se alguém tiver comprado uma criança recém nascida por qualquer modo legítimo ou a tiver levado para criar, tenha o poder para obter dela o serviço: assim como, se alguém, após uma série de anos, reivindicar a liberdade dela ou defender a servidão, que ofereça do mesmo modo outro ou o preço, o qual pode valer, e a liberte. Quem, de fato, dê o preço suficiente por documento redigido, assim, deve firmemente possuir a criança, como também deve ter o direito de vendê-la para que possa se libertar de seu débito: serão aplicadas penalidades àqueles que contra esta lei tentarem vir. (Tradução livre).

30 Devido à permanência deste direito de resgate, afirma-se que a venda não extinguia a patria potestas, apesar de também não podermos catalogá-la como uma potestas latente. Cf. Patria Potestà – Diritto Romano, cit. (nota 14 supra), pp.244 e 245.

31 Cf. D. NARDI, Ancora sul "ius vendendi" del "pater familias"nella legislazione di Costantino, in Sodalitas - Scritti in Onore di Antonio Guarino, v. 5, Napoli, Jovene, 1984, pp.2306 a 2308.

32 Cf. Ricerche di Diritto delle Persone, cit. (nota 22 supra), pp.11 a 13.

33 Obviamente, o debate sobre a questão é muito mais profundo do que o apresentado neste trabalho, já que não é o objetivo principal deste artigo tratar acerca do status libertatis dos filhos vendidos ou expostos. Somente a título de esclarecimento, além da oposição entre os Frag. Vat. 33 e 34 há a análise de duas constituições de Constantino, a saber, C. Th. 4,8,6 e C. Th. 5,10,1. Em relação aos Fragmenta Vaticana, várias hipóteses são levantadas, como a de que o fragmento 33 teria sido publicado em Roma e o fragmento 34 feito pela chancelaria oriental, representando, pois, o C. Th. 5,10,1 o triunfo das tendências orientais, ou a de que, na realidade, o fragmento 34 teria sido publicado a fim de responder a uma demanda social e, por isso, permitiria a mudança de status dos recém nascidos com o objetivo de incentivar a compra e evitar a morte destas crianças de família humilde. Para a análise aprofundada destas hipóteses, de que nos dá notícia D. NARDI, cf. Ancora sul "ius vendendi" del "pater familias"nella legislazione di Costantino, cit. (nota 32 supra), pp. 2287 a 2308.

34 Para o autor, e o mesmo ocorreria com as hipóteses de ius exponendi, o foco principal da legislação desta época, ao contrário do que acontecia no período clássico, não era a determinação do status da criança vendida ou abandonada, mas a fixação dos direitos do comprador e do pater. Disto decorreria o uso de termos genéricos e não, necessariamente, técnicos. Sendo assim, haveria um progresso com a legislação de Constantino, pois a venda seria sempre resolúvel, pelo exercício do direito de resgate, ao contrário do que ocorria no período anterior, pois a condição dos filhos in causa mancipii era definitiva e basicamente servil. Logo, este novo regime, muito influenciado pela noção de humanitas, tinha muito mais relevância do que a preocupação clássica de manter intangível o status libertatis. Cf. Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.29, 30 e 32.

35 Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.28.

36 Como demonstra esta constituição de Constantino, de 329. C. 4,43,2. Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem. 1. Liceat autem ipsi qui vendidit vel qui alienatus est aut cuilibet alii ad ingenuitatem propriam eum repetere, modo si aut pretium offerat quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet. Se alguém, devido à tão grande pobreza e miséria, o

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

Daí o afirmar-se que, ao fim do período pós-clássico, o *ius vendendi* não era mais expressão da *patria potestas* e sim um mecanismo que visava a garantir um bem maior, a vida do recém nascido[37].

III.III. IUS EXPONENDI

Tal como ocorreu com o *ius vendendi*, a exposição dos filhos não era uma prática muito em voga nos períodos pré-clássico e clássico. Daí a precariedade das informações sobre este direito nestas épocas. Todavia, devido à profunda crise sócioeconômica pela qual padecera a sociedade romana no Baixo Império, o exercício do ius exponendi torna-se cada vez mais frequente[38].

No entanto, no período clássico, podemos encontrar um indício de aplicação do *ius exponendi* no ritual do *tollere liberum*[39], observando-se que se o pater o exercesse, não perderia[40] a *patria potestas*[41].

Esse sistema modifica-se significativamente no período pós-clássico. Com Constantino, o *pater* é penalizado com a perda da patria potestas ao realizar o abandono[42].

---

filho ou a filha recém nascidos vendera por causa de subsistência, sendo válida a venda somente nesta ocasião, tenha o comprador a faculdade de obter o serviço dele. 1. Seja permitido, porém, ao mesmo que vendeu ou a quem foi alienado ou a qualquer outro que tiver interesse, retomar àquele a própria ingenuidade, contanto que ou ofereça o preço que pode valer, ou ofereça um escravo em seu lugar. (Tradução livre, tal prescrição já aparecia também em C. Th. 11,27,2, de 322).

37 Cf. G. LONGO, Patria Potestà – Diritto Romano, in Novissimo Digesto Italiano, v. XII, Torino, UTET,1957, pp. 576.

38 Cf. Istituzioni di Diritto Romano, cit. (nota 3 supra), pp.125.

39 M. TALAMANCA, Istituzioni di Diritto Romano, cit. (nota 3 supra), pp.125, no entanto, adverte que a realização deste ritual não era requisito para a aquisição do pátrio poder, mas, uma vez realizado, estaria precluso o exercício do ius exponendi. No mesmo sentido, posiciona-se L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Patria Potestà – Diritto Romano, cit. (nota 14 supra), pp. 247, afirmando que essa prática tinha valor social, mas não jurídico. Esse ritual consistia na colocação do recém nascido aos pés do pater, o qual o erguia como sinal de que aceitava a criança na sua família, cf. G. LONGO, Patria Potestà – Diritto Romano, cit. (nota 38 supra), pp. 576, para quem o tollere liberum tinha o efeito de aquisição da patria potestas.

40 B. BIONDI, Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.19, afirma que teríamos uma patria potestas latente, já que, mediante o pagamento dos gastos feitos por quem acolheu a criança, o pater poderia intervir na vida dela, como demonstram duas constituições, uma de 224, de Alexandre Severo, C. 8,51,1. Si invito vel ignorante te partus ancillae vel adscripticiae tuae expositus est, repetere eum non prohiberis. Sed restitutio eius, si non a fure vindicaveris, ita fiet, ut, si qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium iuste consumpta fuerint, restitueris. Se forçado ou ignorante por ti foi abandonada a criança da escrava ou de tua adstrita, não é proibido que a recupere. Mas pela restituição dela, se não a reivindicas de um ladrão, assim se faça, de maneira que, se algum valor para a alimentação dela ou, por acaso, para o aprendizado de uma profissão foi justamente gasto, deves restituí-lo. (Tradução livre). E a outra, de Diocleciano e Maximiano, C. 5,4,16. Patrem, qui filiam exposuit, at nunc adultam sumptibus et labore tuo factam matrimonio coniungi filio desiderantis favere voto convenit. Qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet. Seja favorável o pai, que abandonou a filha, agora adulta às suas custas e trabalho, à realização dos votos, desejando que com o teu filho se una em matrimônio. Se ele resistir, o pagamento dos alimentos somente neste caso parece dever. (Tradução livre).

41 Cf. Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.18.

42 C. Th. 5,9,1. Quicumque puerum vel puellam proiectam de domo, patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus summovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint. Todo aquele que um menino ou uma menina banida de uma casa, com a vontade ou o conhecimento do

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

Além da perda do pátrio poder, com o fito de se incentivar o recolhimento das crianças abandonadas pelos pais, foi conferido, a quem as amparasse, a faculdade de tê-las como escravas ou livres[43].

Após Constantino, a disciplina acerca do *ius expondendi* torna-se mais rígida.

Em primeiro lugar, a prática do *ius exponendi* passa a ser um crime, punido com a pena capital[44] e, em seguida, Justiniano determina que sejam livres[45] as crianças que foram abandonadas, retirando o poder de opção de quem as recolheu em relação ao seu *status libertatis*.

Sendo assim, o que antes era um direito do *pater familias*, no final do

pai ou do dono, recolhera e pelos seus alimentos a tornara forte, retenha a mesma sob o mesmo status, que junto a si desejasse tratar o recolhido, isto é, preferindo ser ele ou filho ou servo: sendo toda a preocupação de reivindicação completamente afastada deles, os quais decidindo pela própria vontade, servos ou livres em sua casa receber os recém nascidos rejeitados. (Tradução livre).

43 Todavia, não deve ser motivo de surpresa esse poder conferido ao nutritor, pois, de acordo com D. DALLA, Ricerche di Diritto delle Persone, cit. (nota 22 supra), pp.14, as classes vítimas tanto do ius vendendi como do ius exponendi eram a das pessoas mais humildes e, portanto, a das que já estavam, de fato, próximas à condição servil. B. BIONDI, Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.22, acrescenta que este provimento não nega os valores cristãos, pois tem o objetivo de incentivar o salvamento dessas crianças. Ademais, o status dos recém nascidos abandonados, na maioria das vezes, era desconhecido e, quando acolhidas por lares cristãos, quase sempre seriam tidas como filhos. Mais uma vez, como nos mostra o autor, a preocupação da legislação de Constantino não seria a manutenção do status libertatis, mas a possibilidade de sobrevivência da criança.

44 Como foi determinado numa Constituição de Valentiano, Valente e Graciano, de 374, C. 8,51,2 pr. Unusquisque subolem suam nutriat. Quod si exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est subiacebit. Cada um cuide de sua linhagem. Por isso, se resolver que ela seja abandonada, à pena a qual foi estabelecida seja submetido. (Tradução livre). E, com Justiniano, a referência à pena capital em Nov. 153. Crimen a sensu humano alienum, et quod ne de barbaris quidem ullis referri fidem habet, Andreas deo carissimus presbyter et apocrisiarius sanctissimae Thessalonicensium ecclesiae nobis nuntiavit, esse qui infantes ex utero prodeuntes statim abiciant et in sanctis ecclesiis eos relinquant (...) Quoniam igitur eiusmodi indignitas multa simul complectitur crimina, caedem et calumniam et quaecumque quis in eiusmodi facinore facile recensuerit, oportebat eos qui haec talia committerent, vindictam ex legibus statutam non effugere, sed quo ceteri moderatiores fierent, extremis poenis subici, quippe qui per impudentiam actionis sua ipsi crimina deferrent (...). Um crime alheio à razão humana, e que nem dentre os bárbaros, porém, algum testemunho por ninguém foi reportado, Andreas, caríssimo de Deus, presbítero e delegado da santíssima Igreja Tessalônica, a nós deu conhecimento, que alguns descartam crianças imediatamente saídas do útero e nas santas igrejas as abandonam (...) Pois que, em suma, são compreendidos muitos crimes na indignidade deste proceder, a morte e a calúnia e quaisquer que sejam, que se contariam facilmente neste tipo de crime, é necessário que aqueles que cometeram tais coisas, não se esquivem do castigo estabelecido pelas leis, mas para que se façam os demais de forma mais moderada, sejam submetidos às penas extremas, visto que eles, pela imprudência da ação, denunciaram seus próprios crimes (...). (Tradução livre).

45 O que foi determinado em 529, com a C. 8,51,3 pr. (...) sed neque his, qui eos nutriendos sustulerunt, licentiam concedi penitus (cum quadam distinctione) eos tollere et educationem eorum procurare, sive masculi sint sive feminae, ut eos vel loco libertorum vel loco servorum aut colonorum aut adscripticiorum habeant. 1. Sed nullo discrimine habito hi, qui ab huiusmodi hominibus educati sunt, liberi et ingenui appareant et sibi adquirant et in posteritatem suam vel extraneos heredes omnia quae habuerint, quomodo voluerint, transmittant, nulla macula vel servitutis vel adscripticiae aut colonariae condicionis imbuti (...) Mas, nem àqueles, que os recolheram para criação, foi concedida a completa liberdade (com alguma discriminação) de os recolher e ocupar-se da educação deles, sejam homens ou mulheres, para que os tenham ou em lugar de libertos ou em lugar de servos ou de colonos ou de adstritos. 1. Mas, que aqueles que foram educados por estes homens, não sejam tidos por nenhuma diferença, e que se mostrem livres e ingênuos e que adquiram para si, e à sua posteridade ou a herdeiros estranhos tudo o que tenham, da maneira que quiserem, transmitam, por nenhuma mancha ou de escravidão ou de adstrição ou de condição de colono estejam impregnados. (Tradução livre). No mesmo sentido, Nov. 153, 1, de 541.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

período pós-clássico passa a ser considerado um delito[46].

III.IV. IUS NOXAE DANDI

Por fim, quanto ao *ius noxae dandi*, isto é, ao direito de dar o filho ou o escravo que causou dano a outrem[47], a fim de que o pater ou o *dominus* se isentasse da responsabilidade pelo prejuízo causado, observamos que Justiniano[48] aboliu esse direito do *pater familias*.

Sua origem estava no fato de que o *filius*, como não possuía patrimônio próprio, não era capaz de pagar a pena oriunda do delito cometido[49], não podendo, pois, ser sujeito passivo de um *oportere*, derivado da fórmula das ações noxais. Sendo assim, no período clássico, não era possível punir diretamente um *filius* sem a autorização do *pater*, titular do poder sobre o culpado pelo delito, logo, a entrega representava a cessação deste impedimento de punição direta[50].

Essa decisão reflete a responsabilidade cada vez maior adquirida pelo *filius familias*, que passa a responder diretamente pelos danos por ele causados, principalmente em virtude da perca da natureza punitiva da *actio noxalis*, que passa a ser, em idade justinianéia, de natureza ressarcitória[51].

46 Cf. Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.27.

47 Tal direito é relatado por Gaio, em Gai. 4,75. Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse. Por causa do prejuízo dos filiifamilias ou dos escravos, como quando realizassem um furto ou cometessem injúria, foram apresentadas as ações noxais, de modo que se permite ao pai ou ao dono ou suportar a avaliação da lide ou entregar em noxa. De fato, era iníquo que o desregramento deles, além dos próprios corpos, aos pais ou aos donos fosse danoso. (Tradução livre).

48 É o que se vê em I. 4,8,7. Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus filii pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri. Mas os antigos, porém, também admitiram isto sobre os filiifamilias, homens ou mulheres. Porém, a nova relação dos homens, deste modo, julgou corretamente ser rejeitada essa aspereza e do uso comum isto cessou por completo: quem, de fato, sofre em dar a alguém seu filho e, principalmente, a filha em noxa, dado que, pelo corpo do filho, o pai quase mais que o filho pereceria, como, além disso, em relação às filhas, em favor do pudor isto por bem exclui? E, por isso, pareceu bem que somente em relação aos servos fossem propostas ações noxais, já que junto aos antigos comentadores das leis encontramos frequentemente dito que os próprios filiifamilias por seus delitos se podem ser chamados. (Tradução livre).

49 Cf. B. BIONDI, Noxa, in Novissimo Digesto Italiano, v. XI, Torino, UTET, 1957, pp.449.

50 Cf. G. PUGLIESE, Obbligazione del Capo Famiglia e Responsabilità Diretta del Colpevole nel Regime della Nossalità, in Studi in Memoria di Emilio Albertario, v. 1, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 267 e 268.

51 Cf. Noxa, cit. (nota 50 supra), pp.450.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

IV. PRESSUPOSTOS E EFEITOS DAS ALTERAÇÕES DA *PATRIA POTESTAS* NO BAIXO IMPÉRIO

A gênese das mais profundas alterações quanto à disciplina do pátrio poder está na legislação[52] de uma figura emblemática da história romana: Constantino, o primeiro imperador cristão[53].

E é neste sentido que se questiona qual foi a verdadeira influência da religião cristã no abrandamento do rigor e do absolutismo da patria potestas, que deixa de ser um direito do *pater* para tornar-se um dever, um *officium* em prol dos filhos[54].

Todavia, não é pacífica a opinião de que o Cristianismo teria sido o principal fator a ensejar essas modificações legais.

A favor desta teoria apresenta-se B. BIONDI, para quem a *patria potestas* pagã contrapõe-se à *paterna pietas cristã*. De acordo com sua tese, nem a influência estóica, nem o helenismo justificariam o domínio da noção de *pietas* dentro do ordenamento jurídico do Baixo Império[55].

Para o autor, o que antes era apenas um dever ético, com o Cristianismo, passa a ser um dever jurídico, devendo-se à religião a superação da dicotomia Direito e Moral[56].

No entanto, não são incomuns as vozes que se levantam contra este discurso.

E. CANTARELLA, por exemplo, atribui a atenuação do rigor da *patria*

52 Afinal, cerca de 80 em 330, ou seja, quase 25% das constituições de Constantino tratam sobre temas de Direito de Família e sexualidade. Cf. L'Empire Romain en Mutation – des Sèveres à Constantin 192 – 337, cit. (nota 8 supra), pp.333.

53 Ao contrário de seu predecessor Dioclesiano, o qual conduziu uma notável política de perseguição ao Cristianismo, Constantino publica, juntamente com Licínio, o Edito de Milão, o edito de tolerância à religião cristã. Aliás, é apontado como um dos motivos de ruptura da aliança entre Constantino e Licínio o fato deste último ter retomado, no Oriente, a perseguição aos cristãos. Como se sabe, Licínio é derrotado e Constantino transfere a capital do império para Bizâncio. No entanto, o agora imperador do Ocidente e do Oriente não apenas tolerava a prática cristã, como também exercia sua influência sobre a Igreja, conservando para si o título de pontifex maximus e sendo, portanto, a única autoridade legitimada a fazer a conexão entre seus súditos e as divindades. Cf. M. TALAMANCA, Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 609 a 616.

54 Cf. Ricerche di Diritto delle Persone, cit. (nota 22 supra), pp.9 e também Il Diritto Romano Cristiano, cit.(nota 5 supra), pp.36.

55 Cf. Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.5 a 7. O autor ainda ressalta que o eixo da família romana era o pátrio poder, enquanto que o da família cristã seria o casamento. Sendo assim, tal como Deus que, além de dominus é também pater, a patria potestas, perpetrada agora pela idéia de pietas, passa ter função não mais punitiva e sim educativa.

56 Cf. Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.8. No entanto, como bem demonstra P. BONFANTE, La "gens" e la "familia", in Scritti Giuridici Varii – Famiglia e Successione, Torino, UTET, 1926, pp. 10 e 11, esta distinção entre Direito e Moral deve ser feita de maneira cuidadosa, pois as geralmente denominadas regras morais do exercício do pátrio poder, são, na verdade, mores maiorum logo, normas consuetudinárias e, sem dúvida alguma, normas jurídicas.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

potestas a um fator político, ou seja, o advento do Principado. Isto porque, se antes deste regime, cada *pater* era uma autoridade suprema apenas em concorrência com os demais *patres*, com o Principado, não só os *filii*, mas também os *patres* eram súditos do príncipe, sendo este o primeiro golpe ao pátrio poder. Acrescente-se a esse contexto o fato de o imperador desejar o apoio de seus súditos e, para isso, concede maior autonomia aos *filiifamilias*[57].

Além da questão política, sustenta-se que os provimentos desta época não são, em todos os sentidos, inovadores, pois oriundos de uma evolução[58] gradual e interna à própria sociedade romana, não representando, pois, a fé cristã uma verdadeira revolução, mas apenas um fator que deu cabo a um processo já em desenvolvimento[59].

Sendo assim, não poderíamos dizer que Constantino empreendeu uma política de Direito de Família ou de proteção à infância[60], visto que sua legislação tem por objetivo oferecer uma resposta às demandas sociais, daí o seu caráter conjuntural[61].

Logo, a denominação Direito Romano Cristão ou até mesmo Direito Romano-Helênico é vista como exagerada, pois, além do desenvolvimento interno da sociedade romana, não podemos isolar um único fator a predominar no Baixo Império e, pois, a guiar todas as disposições jurídicas daquela época[62].

Todas essas alterações, sejam sociais, sejam jurídicas, mudaram

57 Cf. Diritto Romano – Istituzioni e Storia, cit. (nota 8 supra), pp.177 e 178.

58 B. BIONDI, Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.55 e 56, é ferrenhamente oposto à idéia de uma evolução gradual e interna no que tange este tema, pois, para o autor, seria impossível passar gradualmente de um poder para um dever, do uso da força para a proteção, por isso, só uma revolução que, no caso, teria sido proporcionada pelo Cristianismo, permitiria o alcance deste resultado. No entanto, o autor admite que possa ter havido uma mudança social na visualização do exercício da patria potestas, mas que não tinha eficácia jurídica. Questionamos-nos se realmente essa evolução social não teria reflexos no Direito e se precisaríamos do Cristianismo para que tais mudanças ensejassem uma alteração legislativa. E, neste sentido, estamos de acordo com V. NARDI, La Legislazione Privatistica di Diocleziano, in LABEO – Rassegna di Diritto Romano, n.9, Napoli, Jovene, 1963, pp. 389, para quem não existem revoluções no campo do Direito, pois a lei é, geralmente, o ponto final de uma evolução e não seu ponto de partida, daí a qualificação de Constantino, pelo autor, como um dos imperadores mais práticos do Império romano e que não desconsiderou a evolução interna do direito clássico.

59 Cf. Ricerche di Diritto delle Persone, cit. (nota 22 supra), pp.8. Segundo o autor, mesmo a utilização de termos como clementia, pietas, indulgentia, moderatio ou de expressões como ratio humanitatis, affectus pietatis, reverentia, misericordia sanguinis, religio naturae, não justificariam a atribuição de uma revolução propagada pelo Cristianismo.

60 L'Empire Romain en Mutation – des Sèveres à Constantin 192 – 337, cit. (nota 8 supra), pp.333 e 334, segundo os autores, os dois valores fundamentais para a legislação de Constantino seriam a liberdade e o casamento.

61 No entanto, como bem observa V. NARDI, La Legislazione Privatistica di Diocleziano, cit. (nota 59 supra), pp. 382 a 396, apesar deste caráter conjuntural, não podemos opor a legislação de Constantino à de Diocleciano, afirmando que a de Constantino apresenta-se de maneira confusa e imprecisa enquanto que a de Diocleciano, último representante dos ideais clássicos, era, por outro lado, clara e técnica. Para o autor, as duas legislações ora são mais ou menos técnicas. Sendo assim, teríamos de considerar que Constantino, antes de ser cristão, era um prático e sua legislação, portanto, teria recebido influência tanto cristã como de tendências gregas e orientais.

62 Cf. Lineamenti di Storia del Diritto Romano,cit. (nota 54 supra), pp.616.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

irreversivelmente a configuração do exercício da *patria potestas*.

A mudança da função deste poder faz com que a afirmação de seu vigor e perpetuidade no direito justinianeu, deva-se mais à tradição do que à realidade[63].

E é neste contexto de flexibilização da rigidez da *patria potestas* que cresce a importância da figura da *mater*, a quem era atribuído o dever de educação dos filhos desde época clássica. Ora, se o pátrio poder não é mais punitivo e tem finalidade educativa, também a mãe passa a ser titular desta *potestas*[64].

A perda do pátrio poder passa a ser uma punição para os pais que dele abusam, como no caso visto do *ius exponendi*, ou no de prostituição das filhas, entre outros[65].

Enfim, vemos o sair de cena da família romana tradicional, baseada nos laços agnatícios, e em seu lugar há o triunfo da família natural, isto é, a cognatícia, sustentada pelo tripé pai, mãe e filho[66].

63 Cf. Istituzioni di Diritto Romano, cit. (nota 6 supra), pp. 474 a 476.
64 Cf. Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.38 e 39.
65 Cf. Il Diritto Romano Cristiano, cit. (nota 5 supra), pp.53 e 54.
66 Cf. Ricerche di Diritto delle Persone, cit. (nota 22 supra), pp.15 a 19.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

V. CONCLUSÃO

São inegáveis as mudanças advindas no período do Baixo Império em relação ao instituto da *patria potestas*.

De conteúdo inicialmente rígido e absoluto, passa-se a um poder cujo exercício representa muito mais um dever a tutelar os interesses dos filhos do que um mecanismo para alçar vantagens ao *pater*.

Das suas quatro facetas, duas foram extintas - *ius vitae ac necis* e *ius noxae dandi* - uma tornou-se crime - *ius exponendi* - e a outra foi limitada somente a casos em que a própria vida da criança estivesse em jogo - *ius vendendi*.

Sendo assim, respondendo à pergunta título deste trabalho - o que restou do pátrio poder? - notamos que, da *patria potestas* típica da família romana tradicional, nada sobrou. Faculdade após faculdade foi soterrada e transformada em lenda, primeiramente, pela prática social e, por fim, pela legislação do Baixo Império, sobretudo a partir de Constantino.

No entanto, das cinzas do pátrio poder de época pré-classica e clássica, tal como a Fênix, ressurge, no Baixo Império, uma nova *patria potestas*, mais vigorosa do que nunca e que, de certa forma, conquistou a imortalidade, pois é exatamente essa nova potestas que se faz presente no dia a dia das civilizações contemporâneas[67].

67 Como comprova o regime brasileiro do pátrio poder, hoje denominado, após a promulgação do Código Civil de 2002, poder familiar e previsto no artigo 1634 do Código Civil: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos: I – Dirigir-lhes a criação e educação; II – Tê-los em sua companhia e guarda; III – Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; V – Representálos, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, no atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

VI. BIBLIOGRAFIA

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, Jovene, 2006.

BIONDI, Biondo, Il Diritto Romano Cristiano, v. III, Milano, Giuffrè, 1954.

_____, Noxa, in Novissimo Digesto Italiano, v. XI, Torino, UTET, 1957.

BONFANTE, Pietro, La "gens" e la "familia", in Scritti Giuridici Varii – Famiglia e Successione, Torino, UTET, 1926.

CANTARELLA, Eva, Diritto Romano – Istituzioni e storia, Milano, Mondadori, 2010.

CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, Patria Potestà – Diritto Romano, in Enciclopedia del Diritto, v. XXXII, Varese, 1982.

CARRIÉ, Jean Michel, ROUSSELLE, Aline, L'Empire Romain en Mutation – des Sèveres à Constantin 192 – 337, Paris, Seuil, 1999.

DALLA, Danilo, Ricerche di Diritto delle Persone, Torino, Giappichelli, 1995.

DE ROBERTIS, Maria F., I Limiti Spaziali al Potere del "Pater Familias", in LABEO – rassegna di Diritto Romano, n. 29, v. 2, Napoli, Jovene, 1983.

LONGO, Giannetto, Patria Potestà – Diritto Romano, in Novissimo Digesto Italiano, v. XII, Torino, UTET, 1957.

NARDI, Domenico, Ancora sul "ius vendendi" del "pater familias" nella legislazione di Costantino, in Sodalitas – Scritti in Onore di Antonio Guarino, v. 5, Napoli, Jovene, 1984.

NARDI, Vincenzo, La Legislazione Privatistica di Diocleziano, in LABEO – Rassegna di Diritto Romano, n. 9, Napoli, Jovene, 1963.

PUGLIESE, Giovanni, Istituzioni di Diritto Romano, Torino, Giappichelli, 1990.

_____, Obbligazione del Capo Famiglia e Responsabilità Diretta del Colpevole nel Regime della Nossalità, in Studi in Memoria di Emilio Albertario, v. 1, Milano, Giuffrè, 1953.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159

TALAMANCA, Mario, Istituzioni di Diritto Romano, Milano, Giuffrè, 1990.

_____, Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Milano, Giuffrè, 1989.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0159