

UMA VEZ MAIS SOBRE A FORMA HUMANA NO DIREITO ROMANO

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

1. No início da década de 1960, escrevi uma tese de concurso intitulada **A Forma Humana no Direito Romano**, assim justificando a escolha desse tema:

“Ao contrário do que sucede com a vitalidade, o nascimento e a vida extra-uterina, a forma humana não tem merecido, modernamente, estudo mais detido. Em geral, os romanistas, do meado do século passado em diante, se ocupam dessa matéria em algumas linhas, limitando-se, o mais das vezes, a citar os textos que a exigem como requisito da existência da pessoa. Quando muito, apóiam ou negam a teoria de que a forma humana se localizava na cabeça. Alguns, reagindo contra essa tese, vão um pouco além, e conjecturam que os romanos não a definiram porque cabia ao juiz decidir, caso por caso, quando ela inexistiria. Mas, de qualquer maneira, uns e outros não a caracterizam.

Essa omissão estranha — é quase unânime a atitude dos autores modernos — pode fazer crer aos menos avisados que o problema é insolúvel, e que esse assunto já deu de si o que podia.

Enganam-se. Há, no particular, um vasto campo quase inexplorado, quer no que diz respeito aos estudos dos jurisconsultos dos séculos XII a XVIII, quer no que concerne — e isso principalmente — às fontes romanas”.

2. Nessa obra de mocidade, salientei que, nas fontes jurídicas, não há exposição sistemática sobre os requisitos da existência do homem, decorrendo eles de decisões que nelas se encontram, razão por que autores como FADDA, BIONDI e PEROZZI, ao tratarem dela, a examinam quanto à **agnatio postumi**, ao senatusconsulto Tertuliano e às Leis **Julia** e **Papia Poppaea**; ademais, aludi aos textos literários que se referiam a fontes jurídicas antigas (o de DIONÍSIO DE HALICARNASSO relativo a uma lei régia atribuída a RÔMU-

LO permitia que criança monstruosa seria imediatamente morta depois do parto, comprovada a monstrosidade por cinco vizinhos; e o de CÍCERO, que dá a conhecer que a Lei das XII Tábuas estabelecia fossem mortos os nascidos com notável deformidade), mencionando, depois, os textos de PAULO nas *Sententiae* IV, 9, 3 e 4 e no *Digesto* I, 5, 14, os de ULPIANO no *Digesto* L, 16, 38 e no *Digesto* L, 16, 135 (tido, de há muito, como parcialmente interpolado), e o que se encontra no C. VI, 29, 3, 1. Quanto ao texto de ULPIANO que se encontra no *Digesto* XXVIII, 2, 12, procurei demonstrar que ele não diz respeito à questão da forma humana, mas comprova a tese de que a vitalidade não era requisito de existência do homem no direito romano. Salientei, então, que em nenhum desses textos jurídicos há elementos positivos para a caracterização da ausência de forma humana, embora PAULO esclareça — o que é corroborado por ULPIANO que invoca o entendimento de LABEÃO sobre o **ostentum** — que a multiplicidade de membros não implicava a ausência do requisito relativo à forma humana, o que poderia entrar em choque com uma expressiva fonte literária como é o **Bellum Civile** ou **Farsália** de LUCANO, onde se lê: “...monstrosique hominum partus numeroque modoque membrorum, matremque suos conterruit infans”.

Em seguida, examinei as diversas teorias da doutrina, a partir dos glosadores, sobre a caracterização dos monstros, salientando que eles identificavam o que não tinha forma humana com o ser que apresentava forma de animal, como o **vitulus** nascido de mulher em decorrência do **coitus cum bestia** ou da crença de que a mulher podia gerar um monstro se, durante a cópula, pensasse em algum animal. BÁRTOLO e BALDO, os mais célebres dos pós-glosadores, não caracterizaram quem não tinha forma humana. Os juristas dos séculos XVI a XVIII são acordes em que a forma humana inexistente quando o recém-nascido tem configuração de animal, sendo certo, porém, que muitos deles não trataram dessa caracterização, ao contrário do que ocorreu com GENTILE, CARANZA, RETES, COCEIO, ZOESIO e ZACHIAS, que não estabeleceram que a forma humana se localizava exclusivamente na cabeça do recém-nascido, mas admitiam os mais deles a possibilidade de nascerem de ventre humano entes irracionais ou apenas com o corpo, os membros e até a voz de animal. Na primeira metade do século XIX, ESCHBACH invoca que a medicina nessa época já firmara a infertilidade do **coitus cum bestia**, sendo que a maioria dos autores — entre outros, MÜLLEMBRUCH, ARNDTS, WINDSCHEID, PUCHTA, WAECHTER e PACCHIONI só se preocuparam com a localização da forma humana na cabeça, embora alguns — como VAN WETTER, MAYNZ e FERRINI entendessem ser essa tese absolutamente arbitrária por aproximar textos que não tinham a menor ligação entre si. E, na

última década do século XIX, ISNARDI, em obra com vistas ao direito civil moderno, analisando a forma humana no direito romano, não alude à possibilidade do nascimento de seres irracionais gerados por mulher, mas concentra sua atenção nas deformidades que o recém-nascido pode apresentar, reconhecendo que, em face dos textos jurídicos romanos, grande parte das deformações não caracterizava a ausência de forma humana, mas, sim, que havia outras anomalias que eram tais vícios de forma que esta muito se afastava do tipo humano, como sucedia com os acefalianos, paracefalianos, simelianos, sicefalianos, exencefalianos, com relação aos quais as crianças que eram portadoras dessas anomalias nasciam vivas, mas, em período breve, faleciam, não sendo demasiado aventurosa a suposição de que os **partus monstrosi, prodigiosi** ou **portentosi** não existiam apenas na fantasia do vulgo, mas se traduziam nesses seres com deformações extraordinárias.

Adiante, enfrentando diretamente o problema da caracterização da ausência de forma humana no direito romano, comecei por invocar, como texto jurídico relativo à ausência dela, um escólio antigo às Basílicas XLVI, 1, 11 — passagem correspondente ao D. I, 5, 14 —, tirado, segundo HEIMBACH, do **Index** de ESTÉFANO, professor de direito em Constantinopla e contemporâneo de JUSTINIANO, no qual se distinguia o **partus monstrosus** do **partus prodigiosus**, sendo que o primeiro ocorreria quando a criança nascesse em parte homem, em parte animal, como o **puer cornutus**, ao passo que o segundo se verificaria se o recém-nascido nada conservasse da configuração humana, assim o **habens formam canis aut suis**, com a observação de que se a criança tivesse apenas mais membros do que o normal (assim, a que tem seis dedos) não se enquadraria entre os **partus monstrosi** ou **prodigiosi**.

Procurando explicar essas caracterizações, salientei que na antiguidade se acreditava — e isso perdurou até o século passado — que era possível o nascimento de ser de espécie diferente da de sua genitora. E, para demonstrar que essa crença se encontrava fortemente arraigada no espírito do povo romano, dei exemplos tirados de passagens de TITO LÍVIO, de PLÍNIO, o velho, de VALÉRIO MÁXIMO, de JUVENAL, de FEDRO e de TÁCITO, observando, então, que esses nascimentos decorriam, segundo os antigos, ou do **coitus cum bestia** (que tinham como fértil, como se vê de trechos de OVÍDIO, de VIRGÍLIO, de PLÍNIO, o velho, embora LUCRÉCIO se insurgisse quanto a isso) ou da imaginação da mulher quando do ardor da conjunção carnal (como resulta de passagens de PLÍNIO, o velho, e de SÃO JERÔNIMO).

Por outro lado, da afirmação dos textos jurídicos no sentido de que a deformidade por excesso de membros não caracterizava só por isso a ausência de forma humana, chegava-se por ilação a que também as deformidades ex-

traordinárias, como a do **monstrum** referido por AMIANO MARCELINO (*Rerum Gestarum libri XIX*, 12) e a do aludido, no capítulo LXXXVII do *Enchiridion*, por SANTO AGOSTINHO (este relativamente ao modo pelo qual ressuscitarão essas criaturas deformadas), acarretavam essa ausência.

Portanto, com base nesses textos jurídicos (clássicos, sem interpolação ou com ela, incluídos, ou não, na codificação justinianéia, havendo um bizantino) e literários, bem como nessas crenças, concluí:

“Consideravam, assim, os romanos **partus monstrosi, prodigiosi** ou **portentosi** — se essas expressões traduziam, efetivamente, idéias diversas, as fontes não nos permitem emitir opinião defensável — não só os que apresentassem configuração de animal, no todo ou em parte, mas os que tivessem deformidades notáveis, quando haveria, por força mesmo do vício, incompatibilidade com vida duradoura.”

3. Sintetizarei, agora, no que interessa para a caracterização de quando ocorre a ausência da forma humana, o teor de dois estudos, mais recentes, de eminentes romanistas italianos, que se ocupam com a forma humana no direito romano: o de GIAMBATTISTA IMPALLOMENE (*In Tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, publicado em IVRA, 1971, **prima parte**, págs. 99 a 120) e o de DANILLO DALLA (*Status e rilevanza dell'“ostentum”*, publicado, em 1995, *in Ricerche di Diritto delle Persone*, págs. 29 a 45).

* * *

IMPALLOMENE, depois de examinar a questão da vitalidade em face do direito romano, analisa na parte final de seu artigo essencialmente o problema da forma humana quanto à extensão de sua incapacidade por ela gerada no direito clássico e no direito justiniano. Na parte inicial, porém, desse exame — e é o que importa para o presente estudo —, ele trata da caracterização do **monstrum, portentum, prodigium, ostentum**, salientando:

“Na verdade não falta, embora limitadíssima, uma certa casuística. Prescindimos do verdadeiro e próprio animal dado à luz pela mulher, acontecimento só possível na lenda e ou nas credices, não obstante tomado em consideração pelas fontes. Poder-se-ia de preferência ser razoavelmente induzido a supor que algumas anomalias ou deformidades físicas no corpo ou na voz, particularmente tristes e repugnantes ao juízo humano, haviam realmente levado a considerar monstruosos certos desventurados como se tivessem mais de animal do que de homem, ou de qualquer maneira formas estranhas ao

gênero humano. Assim o desfigurado por mais membros que o normal era considerado por LABEÃO, para todos os efeitos, como **ostentum**; e enquanto resta provável, a propósito, o diverso pensamento de ULPIANO com relação a LABEÃO, vai dito que PAULO a um tal ser reconhecia seguramente a personalidade”.

É de frisar-se que IMPALLOMENI, aludindo aos animais dados à luz pela mulher, adverte, em nota, que “tal figura, segundo o escólio 1, das **Bas.** 46, 1, 11 (= D. 1, 5, 14), constituiria mais exatamente o prodígio”; e, também em nota, justifica a assertiva das deformidades que causavam formas estranhas ao gênero humano, com as seguintes fontes jurídicas: “Nesse sentido D. 50, 16, 135; o escólio 1 das **Bas.** 46. 1. 11; ainda mais as Sentenças 4, 9, 3 de PAULO e o D. I, 5, 14”.

* * *

DANILO DALLA — no que importa para a caracterização da falta de forma humana — parte da definição de **ostentum** dada por LABEÃO e trazida por ULPIANO (D. L, 16, 38) no sentido de que tal termo, que em texto jurídico só aparece nesse, abarca tudo que é gerado e feito contra a natureza de qualquer coisa, acentuando que ele, que se apresenta nos textos literários como sinônimo de **prodigium**, **portentum** e **monstrum**, abrange, por sua extensão, todos os aspectos do complexo fenômeno do contra **naturam genitum**.

A seguir, analisa dois trechos das **Sententiae** de PAULO (PS. 4, 9, 3 e 4). Adverte que, quanto ao primeiro (PS. 4, 9, 3), não só o **ostentum** de LABEÃO cede lugar a uma dicotomia (**monstruosum aut prodigiosum**) muito empregada nos textos jurídicos, mas também dele resulta que o recém-nascido monstruoso ou prodigioso não aproveita, por não ser reconhecido como filho, à mãe para os efeitos do *senatusconsulto* Tertuliano, regra que decorre da eliminação dos nascidos monstruosos previsto pelo ordenamento jurídico romano como recorda SÊNECA (De Ira, 1, 15, 2). No tocante ao segundo (PS. 4, 9, 4), observa que ele admite uma exceção para o parto que **membra humanorum officia duplicavit**, como no exemplo, dado no escólio 1 às **Basílicas** 46, 1, 11 (HEIMBACH 4, 549), de uma criança com seis dedos, sendo de particular interesse notar que no âmbito dos acontecimentos monstruosos ou prodigiosos podem ser isoladas anomalias de algum modo compatíveis com a **forma humani generis**, sendo que a **duplicatio membrorum** vai entendida **aliquatenus**, ou seja, dentro de certos limites, permitindo o eventual reconhecimento da personalidade ao parto não gravemente mal

conformado, em consonância com o princípio da Lei das XII Tábuas que impunha a eliminação do recém-nascido se a deformidade fosse relevante (**insignis ad deformitatem puer**); e, depois de salientar que no **Liber prodigiorum** de JÚLIO OBSEQÜENTE há uma ampla casuística de ostenta retirada da História de TITO LÍVIO, acentua que um exemplo de duplicação dos **membra humanorum officia** é o hermafroditismo que, como informa PLÍNIO, o velho (N.H. 7, 3 /3/, 34), anteriormente se enquadrava entre os **portenta**, mas que já no seu tempo eram considerados como instrumentos de prazer, sendo que as fontes jurídicas resolveram esse problema admitindo a capacidade dos hermafroditas, adotado o critério do sexo prevalente (D. XXII, 5, 15, 1; D. 1, 5,10; e D. XXVIII, 2, 6, 2).

Mais adiante, DALLA observa que os romanos levavam seriamente em consideração fenômenos como o referido por JÚLIO OBSEQÜENTE de uma mulher que deu à luz uma serpente ou o aludido por VALÉRIO MÁXIMO de uma criança com cabeça de elefante.

Por fim, aludindo à conformidade com a teoria de SANTO AGOSTINHO sobre os monstros, refere as opiniões teológicas no sentido de que o **monstrum** é um ser que no dia da ressurreição voltará com o aspecto da natureza humana.

3. Reexaminando o problema da caracterização dos casos em que havia, para o direito romano, ausência de forma humana, tenho que é correta a tese que sustentei, no já longínquo ano de 1960, no sentido de que essa ausência ocorria não só — o que, como demonstrado, a crença popular admitia — quando o recém-nascido apresentasse configuração, no todo ou em parte, de animal, mas também — o que por vezes acontece na realidade — quando apresentasse ele deformidade notável, acarretando, por força mesma do vício, incompatibilidade com vida duradoura.

Por outro lado, correta foi a invocação do escólio antigo às **Basílicas** como o único texto jurídico utilizável para o direito romano que caracteriza diretamente quando ocorria a ausência de forma humana, embora de maneira não muito precisa, porquanto, se é ele preciso quanto aos seres híbridos (semi-homem, semi-animal) e aos com configuração total de animais, o mesmo não se dá com a hipótese real de deformidades insignes, cuja existência é necessário inferir da circunstância de que não há ausência de forma humana quando o recém-nascido tem mais membros do que é normal, como seis dedos ao invés de cinco. Ademais, na época em que minha tese foi escrita, a melhor edição integral das **Basílicas** com os escólios antigos a elas apostos era a de HEIMBACH, que no **Manuale Basilicorum** indicava o **Index** de ESTÉFANO como a obra de que fora retirado o escólio acima referido. E em HEIMBACH, aliás, se louvara SCIALOJA nas anotações dos lugares paralelos que deveriam

constar de uma nova edição do **Corpus Iuris Civilis** relativamente ao título V (**De Statu Hominum**) do livro I do Digesto.

Não me ocorreu, porém, naquela época, uma observação, que me parece bastante verossímil, feita muito posteriormente por DANILO DALLA no tocante ao texto das **Sententiae** (IV, 9, 4) de PAULO — que foi incluído, com alguma alteração de forma e com significação diversa, no **Digesto** (I, 5, 14) — quanto à passagem em que ele salienta que não deixa de ter forma humana “o parto, que duplicou as funções dos membros humanos, porque com razão até certo ponto parece perfeito” (**Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum**). Para DALLA um dos casos em que o **officium** dos membros vem duplicado é o hermafrodita, que primitivamente era jogado no mar, mas que, no direito clássico — quando socialmente passou a ser instrumento de prazer como noticia PLÍNIO, o velho (N.H. 7,3 /3/,34) —, tinha capacidade jurídica, o que resulta de fragmentos do Digesto (XXII, 5, 15, 1; I, 5, 10; e XXVIII, 2, 6, 2) atribuídos o primeiro a PAULO e os dois últimos a ULPIANO, *verbis*:

“D. XXII, 5, 15, 1 — Hermaphroditus na ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexusinales ostendit”;

D. I, 5, 10 – Quiritur: hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevallet”; e

D. XXVIII, 2, 6, 2 – Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevallebunt, postumum heredem instituere poterit”.