

SOBRE A PRESENÇA DA NOÇÃO TÉCNICA DE DIREITO SUBJETIVO DE PROPRIEDADE NO PERÍODO CLÁSSICO DO DIREITO ROMANO

Frederico Bonaldo¹

RESUMO: Este trabalho discute se os jurisconsultos romanos do período clássico (150 a.C. a 284 d.C.) elaboraram ou não a noção técnica de direito subjetivo de propriedade. Nos dias de hoje, a opinião majoritária afirma que o elaboraram. Porém, estudam-se aqui as profundas análises de Michel Villey em sentido contrário.

PALAVRAS-CHAVE: direito subjetivo de propriedade – período clássico do direito romano – Michel Villey.

ABSTRACT: This paper discusses whether the Roman jurists of the classic period (150 BC – AD 284) elaborated the technical notion of the subjective right of property. Most of the opinions of nowadays affirm that they did elaborate it. Nevertheless the Michel Villey's profound analyses in the opposite sense are studied here.

Keywords: subjective right of property – classic period of Roman law – Michel Villey.

INTRODUÇÃO

Se a noção genérica de direito subjetivo foi elaborada no direito romano, certamente a noção específica de direito subjetivo de propriedade – sua espécie primigênia – também já integrava o primeiro sistema jurídico em sentido estrito (científico) da história. Neste caso, resultaria árdua a tarefa de contrariar a afirmação de que a mais adequada expressão jurídica da propriedade é a de direito subjetivo, isto é, de poder irrestrito de um sujeito sobre uma coisa. Isto porque se precisaria fazer frente a um

¹ Doutorando em Direito na PUC-SP e Mestre em Direito pela UERJ

conceito técnico desenvolvido há quase dois mil anos, o qual, durante todo esse tempo, permaneceu praticamente intocado.

Ao longo do século XX, houve um intenso e fecundo debate sobre a presença da noção de direito subjetivo no período clássico do direito romano¹. A maioria dos autores posicionou-se a favor da tese de que os juristas da velha Roma conheceram e trabalharam a idéia de direito subjetivo². Ao passo que alguns outros, como D’Ors, Biscardi e Robleda³, defendiam a tese contrária. Contudo, foi Michel Villey quem – a partir de 1946 até o seu falecimento em 1988 – deu grande impulso à polêmica romanista acerca do problema dos direitos subjetivos⁴, ao ponto de se poder dizer que “uma consciência plena da questão de se os romanos conheciam ou não a figura que tratamos, deve-se a este autor”⁵.

A modo de ilustração de tal polêmica, expõe-se a seguir um fragmento do jurisconsulto romano Ulpiano, com o qual o jurista italiano Giovanni Pugliese intentou rebater a tese de Michel Villey no que tange à presença do direito subjetivo no direito romano clássico.

A CRÍTICA DE PUGLIESE A VILLEY

O renomado jurista brasileiro, José Carlos Moreira Alves, em seu belo trabalho intitulado *Direito romano*, apresenta a divergência entre esses dois afamados juristas do século passado sobre a questão da presença da noção de direito subjetivo no período clássico do direito romano⁶. Moreira Alves inicia a apresentação do referido debate explicando, de forma resumida, o ensinamento de Villey com as seguintes palavras:

“Não havia sequer lugar [no sistema jurídico romano] para o que chamamos *direito subjetivo*, porquanto, para seus jurisconsultos, no mundo jurídico somente se distinguiram as *personae* (pessoas), as *res* (coisas) e as *actiones* (ações); e o que hoje consideramos *direito subjetivo* [o termo latino *ius suum*] se enquadrava entre as *res* (coisas). Em síntese, os romanos só teriam conhecido *instituições jurídicas objetivas* (*personae*, *res*, *actiones*); eles encaravam o direito sob um ângulo puramente objetivo, não conferindo às pessoas as faculdades que, para os modernos, são *direitos subjetivos*”⁷.

Depois disto, Moreira Alves transcreve o fragmento de Ulpiano (*Digesto* 1.3.41) a partir do qual Pugliese pretendeu demonstrar o equívoco de Villey:

“Totum autem ius consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo; aut enim hoc igitur quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat”⁸.

Fazendo eco à interpretação de Pugliese, Moreira Alves considera facilmente observáveis no fragmento as noções que a teoria jurídica moderna denomina “direito objetivo” e “direito subjetivo”. Concretamente, escreve:

“[O] *jus* que *consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo* é o direito objetivo que se constitui de normas para a aquisição, conservação ou perda do *jus suum* (expressão que, no texto, é empregada em oposição a *res*: *rem vel jus suum*), isto é, do direito subjetivo”⁹.

Resulta desta exegese a consideração do civilista brasileiro de que a demonstração de Pugliese é incontestável, uma vez que fica nítido no fragmento que Ulpiano e seus pares da *iurisprudencia* clássica constituíram o direito subjetivo – sob a expressão *ius suum* – como, nada menos, o eixo de todo o sistema jurídico romano.

Se a expressão romana *ius suum* tem o mesmo significado do termo moderno “direito subjetivo” (poder individual, liberdade, faculdade subjetiva de agir), ficamos obrigados a aceitar que, no direito romano, a propriedade era – tal como o é na doutrina jurídica moderna – um direito subjetivo, pois é obvio que a propriedade é uma espécie do gênero direito.

No entanto, umas palavras de Villey – ditas com a autoridade de quem se debruçou ao longo de décadas sobre os textos romanos – fazem-nos hesitar diante de tal assertiva:

“Faz alguns anos, propusemos a tese de que a palavra *jus*, nos sistemas didáticos da Roma clássica, não servia para designar a noção de direito subjetivo; paradoxo insustentável e condenado por uma ampla série de textos – informaram-nos os sábios romanistas; mas, parece-nos que algumas destas críticas repousam sobre um mal-entendido. Com muita frequência, nos textos romanos, tal ou qual *jus* é atribuído a uma pessoa em particular. Trata-se do *jus actoris* [direito do demandante], do *jus defuncti* [direito do defunto], do *jus venditoris* [direito do vendedor]; fala-se de: *suo jure agere* [agir pelo seu direito], de *suum jus cuique tribuere* [atribuir a cada um o seu direito]. Não queremos ignorá-lo. Porém, estimamos que a palavra, nestas expressões, não significava exatamente poder juridicamente protegido, faculdade, vantagem, *direito subjetivo* tal como o concebem os modernos. Todo o problema consiste em observar de perto a

diferença sutil – à primeira vista insignificante, mas, ao final, de uma grande importância – que separa o sentido romano puro do sentido moderno”¹⁰.

O que Villey parece querer exprimir é que os textos romanos aplicavam a palavra *ius*, sem dúvida alguma, a um sujeito, a uma pessoa em particular, mas que, embora assim o fizessem, não estariam aplicando ao sujeito o que na modernidade jurídica se denomina “direito subjetivo”. Em outras palavras, o romanista e jusfilósofo francês parece indicar no trecho citado que, em Roma, um sujeito que recebia um *jus* não estava recebendo um *poder*. Em suma, poderíamos formular a tese de Villey com a seguinte sentença: *no direito romano, ius não significa poder; logo, ius não é o direito subjetivo*.

Mas por que motivo os romanos teriam procedido assim? Qual seria a causa que impossibilitaria a elaboração da noção técnica de direito subjetivo por parte dos jurisconsultos, especialmente daqueles considerados principais, que atuaram ao longo dos séculos II e III d.C.? Tiramos a resposta a estas indagações de um outro artigo de Villey:

“A noção de direito subjetivo não foi objeto de elaboração científica em Roma; não entra na estrutura dos sistemas romanos. A Ciência jurídica romana não subdivide as suas espécies. O direito subjetivo não entrou na técnica jurídica até a época moderna. Por quê? Isto não nos assombra em absoluto: ocorre que *ele não encontrava o seu lugar no sistema do direito natural da filosofia antiga; ele está brigado com o princípio da justiça distributiva*: ele é um legado que os juristas receberam do pensamento moderno”¹¹.

Villey recorre à história: o direito romano teria sido forjado com base em uma teoria jurídica construída no âmbito da filosofia antiga, cujo cerne era “o princípio da justiça distributiva”. Sabe-se que durante grande parte da antiguidade clássica “justiça” era um conceito muito amplo, compartilhado pelos mais variados ramos do saber humano que prescreviam normas de conduta, ao ponto de se verificar que as “diversas ordens normativas imbricavam-se de forma híbrida, numa amálgama normativa que juntava aquilo a que depois com rigor se chamou a Religião, a Moral, as normas de trato social, o Direito, etc.”¹². Sucedeu, porém, no decorrer do século IV a.C., a época de esplendor da filosofia antiga, marcada pela tríade Sócrates, Platão e Aristóteles. E foi Aristóteles quem veio a dizer “que a Justiça se divide em duas justiças, fundamentalmente. Uma justiça geral, que é afinal virtude – hoje em dia podendo

englobar as aspirações morais, religiosas e até ideológicas –, e uma justiça particular, especificamente jurídica”¹³.

De fato, Villey tributa à influência da doutrina jurídica aristotélica¹⁴ uma série de características da tarefa empreendida pelos jurisconsultos do período clássico do direito romano.

“O ‘método interpretativo’ – ou, melhor, de elaboração do direito – dos juristas clássicos é, quanto ao essencial, conforme aos ensinamentos de Aristóteles: recurso aos textos, quer provenham da tradição jurisprudencial (*jus civile*), quer do pretor, dos comícios ou do Senado; e, de todos os modos, se for preciso, correção do texto em nome da *equidade*, típica noção aristotélica; livre pesquisa *dialética*¹⁵, confronto das opiniões dos grandes juristas e das escolas de jurisprudência; atenção às circunstâncias, uso da casuística (*quaestiones-casus*); investigação das regras, que manifestam a justiça e a coerência das soluções, mas também desconfiança nas relações com as regras, que, de per si, nunca indicam o *justo* e que não devem ser confundidas com o *direito*. Não é preciso esquivar-se da possibilidade de deduzir o direito da regra, mas partindo do justo, que existe, que é nas coisas (direito natural), pode-se procurar reconstruir a regra: *Ius non a regula sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*”¹⁶.

Parece que todo este conjunto de informações não pode ser desprezado se se quer saber se no período clássico do direito romano estavam tecnicamente previstas as noções de direito subjetivo e a principal de suas espécies, o direito subjetivo de propriedade. Assim, as duas próximas partes deste trabalho dedicam-se a uma breve exposição da doutrina jurídica de Aristóteles e à análise de alguns textos da *iurisprudentia* romana, com vistas a conhecer o grau de influência do pensamento aristotélico nos mesmos, particularmente no conteúdo da palavra *ius*.

SÍNTESE DA DOUTRINA JURÍDICA DE ARISTÓTELES

Entre os muitos escritos aristotélicos que nos chegaram¹⁷ não se encontra nenhuma obra específica sobre o direito. A sua teoria jurídica está disseminada em várias de suas obras mais célebres, como a *Ética a Nicômaco*, a *Política* e a *Retórica*; mas é no quinto livro da *Ética a Nicômaco* – uma obra em que Aristóteles descreve uma série de

virtudes morais – que encontramos uma análise completa da virtude da justiça e de seu objeto, o direito¹⁸.

Nesta parte da *Ética*, Aristóteles intenta formular uma definição universal para a *dikaiosunê* – termo grego cuja tradução é “justiça” – e, para tanto, parte do dado mais imediato sobre esta virtude: os significados que adquiria na linguagem dos cidadãos de Atenas. Juntamente com o vocábulo *dikaiosunê*, o Estagirita analisou – com o intuito de definir a virtude da justiça – outros vocábulos aparentados, como *dikaios* (o homem justo), *adikein* (agir contra o direito), *dikastês* (o juiz) e *to dikaion* (o direito, a coisa justa)¹⁹.

Aristóteles observou que a *dikaiosunê* era, na boca de seus concidadãos, um termo revestido de várias acepções. No entanto, dois sentidos eram os principais: aqueles tradicionalmente denominados justiça geral e justiça particular²⁰. É do sentido particular da virtude da justiça que Aristóteles extraiu a sua doutrina jurídica.

O sentido geral de *dikaiosunê* corresponde à condição da pessoa que os gregos chamavam *dikaios*, o homem justo. O qualificativo *dikaios* possuía uma acepção muito próxima a do adjetivo bíblico “justo” aplicado, por exemplo, a Noé, a Jó e ao Messias: era aquela pessoa que possuía uma superioridade moral em relação à maioria das outras por ter adquirido (ou por estar em vias de adquirir) o conjunto das virtudes morais²¹. Aristóteles bem observou que este sentido da palavra justiça não tinha uma relação direta com a atividade judicial, uma vez que não cabia aos juízes conduzir os cidadãos rumo à perfeição moral²², mas resolver os seus litígios relativos aos bens e cargas presentes na vida social²³.

Embora o referido sentido de *dikaiosunê* indique a excelência da vida moral do ser humano, os atenienses utilizavam o mesmo vocábulo para se referir a uma conotação certamente inferior à primeira quanto à abrangência de situações vitais, mas que era a acepção de justiça mais adequada à vida judicial: a justiça particular. A *dikaiosunê* tomada neste sentido não se referia ao *dikaios* (o homem justo), mas ao *to dikaion* (a coisa justa). Uma pessoa teria a virtude da justiça em sentido particular se *praticasse* o justo, não se *fosse* justa: “o *dikaios* seria a justiça em mim, subjetiva; o *dikaion* é a justiça fora de mim, na realidade, objetiva”²⁴.

Até aqui, Aristóteles permanece no campo da ética. A identificação da justiça particular ainda diz respeito ao comportamento individual do ser humano, e não propriamente à tarefa judicial, à arte do direito: é uma das virtudes que ele precisa adquirir para atingir a perfeição moral. Mas, da constatação e estudo da virtude da justiça particular à definição da tarefa judicial vai pouco espaço: “analisar a justiça particular é definir a arte do direito” ²⁵. E em que consiste a virtude da justiça particular? Naquilo que o pensador grego diz com frequência no Livro V da *Ética a Nicômaco*: *ta autôn ekein*, que cada um tenha o seu. O ato próprio da justiça particular é “não ficar nem com mais, nem com menos do que lhe corresponde” ²⁶, de modo que seja bem realizada, numa comunidade social, a repartição dos bens e das cargas, ou seja, daquelas coisas que representam uma vantagem ou uma desvantagem para os indivíduos.

No campo da ética, a justiça particular representa uma das virtudes que devem ser almejadas pelo indivíduo se este deseja alcançar a perfeição moral; já no campo da arte do direito, a justiça particular consiste na única virtude necessária para que o direito se realize. Segundo Aristóteles, uma vez encontrado o “direito” numa situação concreta, numa contenda, caberá ao indivíduo *dizer* o direito ou *executar* o direito que lhe foi ditado. No primeiro caso, o indivíduo é aquele que decide a contenda, isto é, o *juiz*; no segundo caso, o indivíduo é quem acata a decisão sobre a contenda, isto é, o *jurisdicionado*, aquele que compõe a lide junto com outro indivíduo ²⁷.

Desse modo, a definição da justiça particular acaba por traçar os três aspectos essenciais da tarefa judicial – ou, se se preferir, da arte do direito: 1) a repartição ²⁸, 2) os bens externos ²⁹ e 3) o grupo social ³⁰. A repartição é o *objetivo* da arte do direito; os bens externos, a sua *matéria*; e o grupo social, o seu *campo de aplicação* ³¹. Portanto, a justiça particular é a “virtude jurídica”, aquele hábito humano que conforma a arte do direito, que informa a atividade judicial.

Visto que a arte do direito consiste na repartição dos bens externos no grupo social, é preciso então chegar ao fundamento de todo o edifício da realidade jurídica: o que é o direito? Em que consiste esta realidade em torno da qual existe toda uma arte? Aristóteles responde esta pergunta ao analisar, no Livro V da *Ética*, o termo *to dikaion*, o qual foi traduzido ao latim por *ius*, donde provém o vocábulo português *direito*.

Na língua grega clássica, *dikaion* é uma palavra de gênero neutro, que indica uma *coisa* e não uma pessoa ³². Significava, portanto, a coisa justa, e não a pessoa justa. O procedimento para que uma pessoa se torne justa não oferece segredos: ela precisa adquirir o somatório das virtudes morais (fortaleza, temperança, prudência, generosidade, amizade etc.). Mas, qual é o procedimento para que uma *coisa* seja justa? Um exemplo pode tornar mais claro o que queremos investigar:

“Pago de forma regular o meu imposto sobre a renda; dito de outro modo, não contribuo menos com os gastos públicos do que aquilo que me corresponde. Faço realidade, ao menos neste ponto, o estado da *coisa* justa (*to dikaion*). Mas, pode acontecer que eu declare as minhas rendas de maneira tão exata porque o Secretário da Faculdade as comunica ao inspetor da Fazenda; não há possibilidade de enganar. E supondo que eu não pagasse na data mandada, carecendo de relações nos meios administrativos da Fazenda, dificilmente poderia escapar do agente executivo. Pode ser que, em outras circunstâncias, eu imite o comportamento comum dos contribuintes franceses. Não se deve concluir disto que sou *dikaios*, que tenha a virtude da justiça (*dikaiosunê*)” ³³.

Por conseguinte, uma coisa será justa na medida em que ela for objeto de uma ação de *justiça particular*. Em outras palavras, aquela *coisa* será justa na condição de alvo de um ato concreto de uma *pessoa* que, naquele momento, exerce a virtude específica de *dar a cada um o que lhe é devido*, nada mais e nada menos. Em suma, a coisa justa é aquela que deve ser atribuída à pessoa que a merece.

Posto isto, é importante frisar que a coisa justa (*to dikaion*) pode ser uma *vantagem* ou uma *desvantagem* para quem ela deva ser atribuída.

“[E]sta ordem de coisas e pessoas não é só de vantagens, mas também de desvantagens, de benefícios e de cargas; de modo que a determinação do *jus* [tradução latina de *to dikaion*] de cada qual, de cada parte justa, é a determinação objetiva das vantagens e desvantagens que correspondem a cada um” ³⁴.

Inclusive a atribuição de uma sanção, na visão aristotélica, é um *direito* ³⁵ (tradução portuguesa de *to dikaion*): “o próprio direito penal não tem por função – ainda que alguns o pretendam – proibir o homicídio, o roubo, o adultério ou o aborto: estas proibições competem à moral. Um júri ou o Código Penal repartem as penas, a cada um a

pena que lhe corresponde”³⁶. Esta terminologia não é congruente com a atual Teoria Geral do Direito: ensina-se, hoje, que “direito” corresponde a vantagem ou benefício; e que uma desvantagem ou uma carga encontram sua expressão jurídica em termos como “dever jurídico” e “obrigação”.

Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles precisa que o *dikaion* não é um atributo de uma só pessoa, apesar de a ela estar atribuído. O *dikaion* de alguém é o resultado de uma distribuição entre as pessoas que compõem o grupo social: “meu *dikaion* é o bem de outro”³⁷, escreve Aristóteles. O *dikaion* consiste, portanto, numa relação de igualdade entre as pessoas; num *ison*, como denomina o filósofo grego³⁸.

A análise aristotélica do direito não para aí. O maior dos discípulos de Platão gostava de precisar integralmente as realidades que tomava como objeto de estudo. Após identificar o eixo em torno do qual gira toda a arte do direito, Aristóteles penetra na riqueza ontológica do *dikaion* e revela que este é um gênero do qual dependem duas espécies: a *igualdade proporcional em matéria de distribuições* e a *igualdade aritmética em matéria de intercâmbio de bens*. Estas duas espécies de igualdade ficaram célebres na história através da denominada teoria das duas justiça: a *justiça distributiva* e a *justiça comutativa*³⁹.

“Nas repartições ou distribuições, o devido [to *dikaion*] determina-se em relação à finalidade do que é repartido e à relação dos sujeitos com a finalidade. O que mede a igualdade da repartição é a *proporção entre os sujeitos diferentes e os bens repartidos*. Um exemplo clássico é o seguinte: a igualdade no tratamento dos doentes não está em dar a todos eles os mesmos medicamentos, mas está em dar a cada um os medicamentos de que necessita. Esta é a igualdade proporcional ou proporção”⁴⁰.

Num grupo social, a todas as pessoas é devido algo; todas elas são sujeitos de direito. Porém, o *dikaion* de cada uma delas não é o mesmo que o de todas as outras. Na tarefa de se atribuir um determinado benefício ou uma determinada carga a uma pessoa, é preciso, em primeiro lugar, atentar para o objetivo que aquele benefício ou carga vem a cumprir na conjuntura social em que se encontra e, num segundo momento, verificar se aquela pessoa ocupa uma situação social condizente com a finalidade inscrita ao benefício ou à carga naquela conjuntura social. Caso ocupe, então o seu *dikaion* é aquele

determinado benefício ou carga; caso não ocupe, o seu *dikaion* será um benefício ou uma carga diversos ⁴¹.

Descendo a exemplos mais concretos:

“[N]o caso das distribuições (*en tais dianomais*, escreve Aristóteles) não é a igualdade simples, aritmética, o que se busca. Busca-se uma proporção (um *analogon*) entre os bens e as pessoas. Por exemplo, numa colônia, dar-se-á mais terreno ao chefe de uma família mais numerosa ou que ocupa na colônia uma posição mais importante. Em nenhum lugar os impostos são iguais, mas proporcionais às rendas, aos modos de vida ou à estima que possui tal ‘categoria’ chamada ‘sócio-profissional’. E se são funções públicas as que queremos distribuir, é claro que não serão iguais, mas desigualmente repartidas em função da competência ou do prestígio de cada um. Uns serão ministros, outros simples secretários; todos os franceses não podem ser Presidentes da República” ⁴².

Já nos intercâmbios de bens, é diferente o critério para a atribuição do *dikaion*:

“A relação de *igualdade* em sentido restrito dá-se quando a coisa que é preciso dar é igual em quantidade e qualidade (ou valor) à que saiu da esfera do sujeito de atribuição. Neste caso, a coisa em si não é o determinante, mas a sua quantidade e a sua qualidade. Se, por exemplo, o que foi emprestado é dinheiro circulante, é claro que o que é preciso devolver não são as mesmas notas ou as mesmas moedas, mas a mesma quantidade, o mesmo valor. Numa compra e venda, o que se intercambia deve ser igual em valor, mas, por definição, é distinto em identidade: o que é vendido é um objecto, o que é pago é um preço (dinheiro). Numa troca, também por definição, o intercambiado é distinto em identidade, mas deve ser igual em valor” ⁴³.

Se se faz necessário encontrar o *dikaion* numa relação entre pessoas particulares de um grupo social, em que ocorre transferência de um bem ou de uma carga de uma para a outra, o critério das distribuições, em tese, não é utilizado. Ao invés de se atentar para a finalidade para a qual o bem ou a carga apontam e para a ligação que aquelas pessoas mantêm com tal finalidade, é próprio da tarefa de busca do *dikaion* em relações interpessoais comutativas o enfoque do *quanto* foi comutado e da qualidade deste *quanto*.

Descendo a exemplos mais concretos:

“Quando se trata da repartição dos nossos bens patrimoniais, a proporção (mais ou menos justa) entre a quantidade dos meus bens e dos alheios já está estabelecida. No entanto, produzir-se-ão intercâmbios (*synallagmata*) motivados por um contrato

voluntário (vendi meu carro e já o entreguei) ou por um delito (meu carro foi roubado). Operou-se uma transferência, uma translação, entre duas massas patrimoniais. Então, o papel da justiça consiste em restabelecer o equilíbrio, ‘corrigir’ o desequilíbrio [...]; é preciso que eu receba um valor igual ao valor do meu carro, o *preço* do meu carro (que pode estar fixado mediante contrato, pelas revistas especializadas em cotização de automóveis de ocasião ou pelo juiz a cuja discricção caiba valorá-lo)”⁴⁴.

Igualdade proporcional em matéria de distribuições e igualdade aritmética em matéria de intercâmbios de bens e de cargas são, portanto, as espécies do *dikaion*, os setores em que se desenvolve o direito aristotélico⁴⁵.

Por fim, cabe ainda dizer que Aristóteles distinguia duas fontes das quais um *dikaion* poderia provir: a natureza (*physis*) e o convênio humano (*nomos*). O direito natural (*dikaion physikón*) é a coisa justa proveniente da natureza humana e da natureza das coisas – tomadas em si mesmas e também no modo em que se encontram dispostas na vida social –, enquanto que o direito positivo (*dikaion nomikón*) é a coisa justa *posta*, estabelecida socialmente, pelo convênio humano, em consonância com o justo que se percebe na natureza. Não é este o lugar para tratar de tema tão complexo e que suscita enormes controvérsias há milênios. Basta dizer que para Aristóteles

“[a] solução jurídica de um caso concreto deve, normalmente, ser obtida através do recurso *conjunto* a estas duas fontes, que não são consideradas opostas, mas complementares: por um lado, o estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz. Não há, portanto, oposição entre o justo ‘natural’ e as leis escritas do Estado; ao contrário, as leis do Estado exprimem e completam o justo natural. A doutrina aristotélica do direito natural não menospreza em absoluto a importância do papel do legislador”⁴⁶.

Terminado este resumo da doutrina jurídica de Aristóteles, podem-se extrair algumas conclusões:

- 1) Em primeiro lugar, nota-se que a identificação da justiça particular nos mostra o ponto de interseção entre os âmbitos da moral e do direito, ao mesmo tempo em que consiste no elemento radical da autonomia do direito frente à moral;
- 2) A atividade própria da função judicial é a de repartir entre os indivíduos de um grupo social o conjunto de vantagens e desvantagens presentes naquele mesmo grupo;

3) Tais vantagens e desvantagens repartidas em razão de justiça são, precisamente, o fundamento de todo o edifício da realidade jurídica, ao qual Aristóteles dá o nome de *to dikaion*, a coisa justa ou direito;

4) A conclusão mais relevante de todo o dito, para os fins deste trabalho, é que o *dikaion* não pode ser o “direito subjetivo”. Este consiste na faculdade de agir ou no poder vantajoso atribuído a um indivíduo, única e exclusivamente em função dele mesmo; enquanto que aquele é o resultado de uma distribuição, cujo ponto de partida é o grupo social, consistindo, assim, numa relação de igualdade proporcional entre todos os indivíduos, quer seja esta uma vantagem ou uma desvantagem.

Vejamos, então, qual foi a influência da doutrina jurídica de Aristóteles no sistema jurídico romano do período clássico. Em particular, centremo-nos na relação que o termo latino *ius* possui com a noção de *to dikaion*.

A INFLUÊNCIA DE ARISTÓTELES NOS ESCRITOS DOS JURISCONSULTOS DO DIREITO ROMANO CLÁSSICO

A cultura grega penetrou intensamente em Roma. O afã de conquista e dominação que impregnava a idiossincrasia romana nunca impediu que seus cidadãos tirassem proveito daquilo que de melhor havia nos povos que subjugavam. Tudo o que viesse a agregar maior eficiência ao seu pragmatismo era rapidamente incorporado, digerido e absorvido. E o tesouro das artes e do pensamento grego talvez nunca tenham sido objeto de tamanha devoção como o foram em Roma: os argutos romanos não demoraram a descobrir que “não há nada mais prático do que uma boa teoria”.

As características básicas da arquitetura, da escultura, da arte retórica, da geografia, da medicina e – em parte – da historiografia romanas são, praticamente, idênticas às características que os habitantes da Hélade imprimiram aos mesmos saberes⁴⁷. No entanto, foram a literatura e a filosofia dos gregos as artes que mais contribuíram para a grandeza daquela que viria a se chamar a “Cidade Eterna”:

“O contato com o helenismo iria despertar nas classes elevadas de Roma o amor pela cultura literária e o interesse pelas idéias filosóficas. O gênio romano, entretanto, não

possuía vocação para a especulação filosófica. O senso prático dos intelectuais romanos levaram-nos a um ecletismo filosófico, aceitando e selecionando, adaptando e vulgarizando os sistemas filosóficos helênicos. Lembremo-nos, apenas para exemplificar, o eclético Cícero († 43 a.C.) e os estóicos Sêneca († 65 d.C.) e Marco Aurélio († 180 d.C.). Cícero tem o grande mérito de difundir em alto nível a filosofia grega entre seus concidadãos, criando, em latim, uma verdadeira linguagem filosófica”⁴⁸.

A absorção, em particular, das diversas filosofias gregas, foi decisiva para a confecção daquilo que viria a ser o maior legado de Roma para a humanidade: o direito. A ciência jurídica é uma invenção exclusiva dos romanos. A prática judicial existiu desde os princípios da história humana: basta que haja um agrupamento de seres humanos para que se formem conflitos sobre os bens a eles disponíveis e, em consequência, seja preciso definir o que cabe a cada um dos litigantes – *ubi societas ibi ius*, reza o vetusto brocardo. Mas, em Roma, tal prática ganhou feições científicas: estabeleceram-se a finalidade, os princípios, a metodologia e os conceitos adequados para que a prática judicial representasse um instrumento apto à consecução dos altos ideais da *civitas*. A elaboração da arte do direito talvez possa ser considerada a maior dentre as glórias do povo romano.

Cícero exerceu um papel capital na constituição da nova arte. Sobre os seus escritos jurídicos puderam pautar-se as duas mais famosas escolas de jurisconsultos: a dos proculianos e a dos sabinianos, sendo que o último vulto desta última escola foi Gaio, que antecedeu Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino, considerados os nomes de destaque da todas as gerações de juristas⁴⁹. E é justamente naquelas obras de Cícero – que alicerçaram as imponentes construções dos jurisconsultos romanos – que podemos observar a influência da doutrina jurídica de Aristóteles. Seja permitido transcrever algumas linhas da autoria de Michel Villey que evidenciam tal influência:

“Que a invenção desta ciência deve muito à inspiração de Aristóteles, no-lo demonstra um testemunho tomado de Cícero (*De oratore*, I-188 e s.) relativo à formação dos juristas e, em concreto, ao trabalho dos jurisconsultos. Neste tratado sobre a oratória, o desígnio de Cícero é que, para simplificar os estudos dos advogados, o direito seja reconduzido a ciência (*reducere jus in artem*, isto é, a um corpo de conhecimentos sistematicamente organizados), como havia feito a Grécia com outras artes como, por exemplo, a matemática, a astronomia e a música. Isto – diz ele – não pode realizar-se a não ser com a ajuda da filosofia. Em primeiro lugar, porque a filosofia proporciona uma lógica, um método, uma arte de ordenar as noções em forma de sistema claro e didático; além disso,

porque determina o *fin* (*finis*), a noção primeira sobre a qual será possível constituir, mediante divisões metódicas, a linguagem da ciência. Cícero, que era eclético (e, por isto mesmo, informado sobre todas as grandes filosofias gregas: escreveu, por exemplo, os seus *Tópicos* para os jurisconsultos, inspirando-se num modelo aristotélico), dá-nos uma definição do *fin* do direito tomada, sem dúvida, da doutrina de Aristóteles: *Sit ergo in jure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*⁵⁰. Ao se tratar de constituir a nova ciência do ‘direito civil’ (do direito da cidade), o fim será o serviço à igualdade (à igualdade possível, *aequabilitas*) na repartição dos bens (*res*) e dos litígios dos cidadãos. E Cícero se propõe a elaborar uma linguagem pela subdivisão dos principais termos desta definição. De fato, parece que o plano das *Instituições romanas* de direito (ainda parcialmente seguido pelo Código Civil) desenvolve a mesma distinção entre três elementos: as pessoas (*cives*), as coisas (*res*) e as ações (*causae*)”⁵¹.

Mas não é só nos *Tópicos* e no *De oratore* que se percebe o influxo da doutrina jurídica do Estagirita. Nos próprios escritos dos jurisconsultos é possível verificar a presença de Aristóteles. Não se encontra, nos múltiplos textos dos jurisprudentes clássicos, qualquer referência à sua pessoa, mas encontram-se uma notável familiaridade de seus autores com a filosofia grega e, de modo especial, os diversos elementos da exposição feita no Livro V da *Ética a Nicômaco*.

“No período clássico os juristas conheciam tanto a tradição romana, no que diz respeito às leis e fórmulas, quanto um mínimo da filosofia grega vulgarizada em termos de retórica e dialética. Isto resultou num procedimento típico da época clássica que incluía definições sobre o justo e o injusto, o razoável, classificações das fontes, a distinção entre o direito comum, o natural, o direito da cidade. E Ulpiano, por exemplo, mostrava com clareza que sabia filosofia expondo ordeiramente princípios e classificações”⁵².

O início do *Digesto*, por exemplo, está composto por uma série de marcos basilares da arte do direito, que bem refletem as conclusões aristotélicas acerca da virtude da justiça. Encontra-se lá, claramente estabelecida, a ideia de que a arte do direito tem por finalidade nuclear *ta autôn ekein*, isto é, que cada um tenha o seu (*Digesto* 1.1.10: *suum cuique tribuere* – dar a cada um o seu)⁵³; a ideia de que o *dikaion* provém da *dikaionês* (a arte do direito é *iusti atque iniusti scientia* (*Digesto* 1.1.10: a ciência do justo e do injusto); e também a definição do *dikaion* (*Digesto* 1.1.11: *id quod justum est* – aquilo que é justo).

“Os juristas romanos conhecem bem a definição de *justiça* e do seu objeto específico que foi elaborada por Aristóteles; e é exatamente essa definição que querem pôr em evidência. A justiça é aquela virtude cujo objeto específico consiste em dar a cada um a parte que lhe cabe: *jus suum cuique tribuere* [...]. Eles fizeram própria a teoria segundo a qual o direito deriva da justiça e aquela pela qual a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto – *justi atque injusti scientia* – e, mais precisamente, que o direito é “aquilo que é justo”. E, seguramente, eles fazem valer a distinção, que já conhecemos, dos dois campos de ação do direito: a distribuição e o intercâmbio”⁵⁴.

A firmeza com que se diz, no fragmento I do *Digesto*, que a função do jurista consiste, precisamente, em promover a justiça no seio do grupo social, é categórica. Os artífices do direito romano clássico não lidavam diretamente com questões transcendentais; não investigavam, por exemplo, a estrutura metafísica do homem e da natureza ou os inexoráveis desígnios das divindades pagãs sobre a sorte da civilização. Mas, apesar de se ocuparem tão somente das, digamos, trivialidades da vida cotidiana da cidade, daquilo que há de mais prosaico nas relações sociais (campos, edificações, família, dinheiro, animais, transações comerciais, relações de vizinhança, colheitas, cargos públicos etc.), não hesitavam proclamar, com isenção de exagero, que o seu ofício era de índole *sacerdotal*. Estavam plenamente conscientes de que, por trás da aparência de um afazer rotineiro, operava-se a mediação entre a justiça e os seres humanos. Tal como Platão – que dedicou duas de suas principais obras (*República* e *Leis*) ao tratamento da justiça – e Aristóteles – que não se satisfaz em esmiuçar a *dikaïosunê* na sua *Ética*, mas tornou a matizar detalhadamente o assunto na *Política* e na *Retórica* –, a jurisprudência romana estava a par da grandeza da sua missão:

“O jurista é o ‘sacerdote da justiça’ (*sacerdotes justitia*: assim Ulpiano chama os juristas). O jurista vai à procura do justo, deste valor que na época clássica era definido, precisamente, como harmonia, equilíbrio, proporção aritmética ou geométrica entre as coisas ou as pessoas. [...] individuar a justa relação objetiva, a justa proporção que deve interpor-se entre os poderes a serem atribuídos ao rei, aqueles a serem atribuídos aos militares e aqueles que cabem às outras classes de cidadãos [...]; ou, ainda, individuar a justa relação entre os patrimônios de dois proprietários vizinhos ou entre dois sujeitos que se encontram em relação recíproca, como o credor e o devedor etc. Em suma, o *objeto* da arte jurídica é a individuação dos critérios de *repartição*”⁵⁵.

No entanto, o testemunho mais patente da influência de Aristóteles no sistema jurídico clássico é percebido nos diversos significados do termo latino *ius*, eixo de todo o organismo jurídico-teórico elaborado pelos jurisconsultos. Elencam-se, abaixo, as formas mais usuais em que a palavra *jus* se apresenta nos escritos dos juristas romanos:

- 1) *Ius* como a utilidade de uma coisa corpórea: “naquele tipo de repartição que se efetua fracionando as diversas utilidades que podem ser tiradas de uma coisa ‘corpórea’, um cidadão poderá receber o uso da coisa (*jus utendi*), a servidão de passagem, o direito de extrair a água ou a habitação”⁵⁶;
- 2) *Ius* como o estatuto social de um indivíduo: “*jus* pode designar, em geral, o *estatuto*, a condição particular de um certo indivíduo, assim como se distingue o ‘direito’ do homem livre, do escravo ou do cidadão”⁵⁷;
- 3) *Ius* como o estatuto de uma coisa: *ius* pode significar “também o estatuto de uma coisa (*jus fundi*)”⁵⁸, o direito de um determinado campo;
- 4) *Ius* como coisa atribuída a um sujeito em razão de justiça: por exemplo, “aquela coisa, aquele imóvel, aquele crédito ou aquele débito que lhe são reconhecidos”⁵⁹.

Todos estes significados citados possuem algo em comum: referem-se a uma instituição – coisa – objetiva, e não a um poder de um sujeito. Não há como deduzir deles o conteúdo do direito subjetivo moderno.

Tomemos dois desses *iura* como exemplos: o *ius hauriendi* e o *ius utendi fruendi*. Caso se faça uma tradução pouca atenta destas expressões (ignorando que o gerúndio do segundo termo tem a função de um substantivo, e não a de um verbo), poder-se-ia concluir que ambas correspondem a duas espécies do que a doutrina moderna denomina “direito subjetivo”: seriam, respectivamente, a faculdade ou poder de um sujeito de extrair água de um terreno e a faculdade ou poder de um sujeito de usar e de se aproveitar dos frutos de uma determinada coisa. Porém, ao se analisar os termos no interior de passagens do *Digesto*, dificilmente se continuaria a pensar que se trata de direitos subjetivos. Vejamos:

- 1) *Digesto* 8.3.20.3 (Pompônio): *Hauriendi ius non hominis, sed praedii est*: “o direito da extração de água não é da pessoa, mas do prédio (do terreno)”.

Se o *ius hauriendi* é o atributo de um terreno ou, em outras palavras, a utilidade de uma coisa corpórea, e não um *ius* atribuído a uma pessoa, fica excluído o entendimento de que se trata de um direito subjetivo. A tradução mais adequada de *ius hauriendi* é, portanto, “direito da extração de água”.

2) *Digesto*. 7.6.5. (Ulpiano): *Uti frui ius sibi esse solus potest intendere qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest quia qui habet proprietatem utendi fruendi ius separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire*: “Só aquele que tem o direito do uso e do aproveitamento dos frutos pode pretender ter o usufruto. O dono do campo, porém, não pode pretendê-lo, porque quem tem a propriedade não tem, separadamente, o direito do uso e do aproveitamento dos frutos: pois não pode ter uma servidão sobre o seu próprio campo”.

Na hipótese de considerarmos que o *ius utendi fruendi* era um direito subjetivo, teríamos de ser coerentes com o sistema jurídico moderno – do qual o direito subjetivo constitui o elemento central – e dizer que o *ius utendi fruendi* consiste em duas das faculdades inerentes ao direito subjetivo de propriedade – o uso e o gozo –, do qual o proprietário é o titular. O texto citado, porém, diz claramente que o proprietário de um campo não pode pretender o *ius utendi fruendi*. A tradução mais apropriada para o *ius utendi fruendi* é, portanto, “direito do uso e do aproveitamento dos frutos”. Quanto ao significado de *proprietas*, a próxima parte do texto – em que se detém no conceito de *ius in re* no direito romano clássico – tratará dela.

Assim, fica evidente que as diversas acepções da palavra *ius*

“estão de acordo com aquilo que denominamos o tipo ideal da filosofia clássica do direito natural; isto é, que, nos exemplos que acabamos de citar, o *jus* romano é sempre uma coisa e não um poder sobre uma coisa. [...] O *jus* é quanto nos é atribuído, é o resultado da distribuição dos bens. Assim entenderam este termo os glosadores medievais, quando se esforçaram por restituir ao direito romano o seu teor mais autêntico: nos glosadores há, ainda – como no *Digesto* e também em Santo Tomás –, uma lista dos significados do termo *jus* e ali sempre se menciona o fato de que esta palavra indica a justa parte, o *id quod justum est* – aquilo que é justo –, e não o poder de um sujeito”⁶⁰.

Vistos todos estes aspectos da influência de Aristóteles no direito romano do período clássico, podemos concluir que a noção central do sistema dos jurisconsultos

difere radicalmente da noção central do sistema jurídico moderno. Enquanto o *ius* designa uma relação objetiva justa entre coisas e pessoas, o direito subjetivo moderno exprime o poder do indivíduo, uma faculdade que lhe é dada de agir sobre coisas e pessoas. Essa diferença conceitual tem os seus motivos. Não é uma mera discrepância técnica, sem desdobramentos práticos. Não é este o momento propício para que se emita qualquer juízo de valor sobre os dois sistemas, mas é preciso aproveitar esta oportunidade para frisar que os efeitos procedentes da concepção do direito como *coisa justa* avança por um caminho diametralmente oposto ao dos efeitos da concepção do direito como *poder*.

“O poder tende a ser ilimitado, absorvente e recepcionar as vantagens, e não as desvantagens; a determinação do *jus*, do *jus* objetivo – devido ao fato de ser uma repartição de bens entre pessoas – limita o poder primigênio, que passa a ser exercido somente sobre a parte justa correspondente, e – em virtude de ser uma determinação de vantagens e de desvantagens – constitui uma segunda limitação do poder, na mesma medida em que as desvantagens o anulam”⁶¹.

Mas, o que há de mais fortemente discrepante entre o sistema romano e o moderno é o ponto de partida. Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que a *visão de mundo* de Aristóteles e dos jurisconsultos é absolutamente inversa a dos romanistas da Idade Moderna.

“O específico da doutrina de Aristóteles [...] consiste em construir a ciência do direito não a partir da ‘natureza do homem’ (como ocorreu na época moderna), da qual se infere o atributo (próprio do homem isolado) do ‘poder’ e, enfim, do ‘direito subjetivo’, mas da ‘natureza cósmica’: o jurista determina o direito a partir da observação da *ordem* que reina no *corpo social* natural, do qual só se podem deduzir relações, proporções, conclusões *objetivas*”⁶².

No entanto, não há como se negar que a aceção mais estrita da noção de direito (*ius*) acabe por corresponder ao âmbito subjetivo, à esfera de cada sujeito: “a parte que este recebe segundo justiça, dado que é tarefa da justiça atribuir a cada um o seu direito: *suum jus cuique tribuere*”⁶³. Entendia, porém, a doutrina jurídica clássica que o que faz o juiz, em razão de justiça, não é atribuir *poder* ao sujeito, mas tão somente a sua *parte justa*. Com esta, não há dúvida, o seu titular irá manter uma relação de poder. Mas o juiz não irá determinar *diretamente* – isto é, mediante a sua atuação judicial – a intensidade

de poder que o sujeito exercerá sobre a coisa que recebeu em razão de justiça; ele o fará apenas de modo *indireto*, limitando a extensão da coisa – não a extensão do poder – que cabe ao sujeito.

É certo que a regulação *direta* das relações de poder é absolutamente necessária para que a vida social não se torne caótica e, por conseguinte, arbitrária e injusta, já que, em tal estado de coisas, prevalecerá a famigerada “lei do mais forte”. Mas poder-se-ia dizer – seguindo as diretrizes do pensamento político da antiguidade clássica – que tal regulação compete a outras esferas de ação pública, como, por exemplo, às associações que se dedicam a propagar ideias de caráter ético, religioso ou humanitário (que, em Roma, poderiam ser equiparadas aos *mores*, aos costumes) e, sobretudo – por deter o poder de império –, ao poder político estatal.

Não parece que, com esta cosmovisão, os pensadores clássicos objetivassem tornar a tarefa judicial alheia à urgente e fundamental preocupação – presente nas sociedades políticas de qualquer época histórica – de evitar o abuso de poder sobre os bens disponíveis na vida social, os quais devem realmente estar acessíveis – de maneira proporcional, já que não parece viável a igualdade absoluta dentro de um marco social justo ⁶⁴ – a todas as pessoas. Aqui, interpreta-se a intenção dos clássicos em sentido bastante diverso: a arte do direito deve estar fortemente empenhada na extinção de tais abusos, porém mediante a justa repartição dos benefícios e das cargas existentes na sociedade civil. Esta foi, parece-nos, a grande descoberta dos romanos ao fundarem a ciência do direito; isto foi um dos elementos principais da ruptura entre a civilização clássica e a cidade antiga, onde o pai de família acumulava todas as funções públicas (rei, sacerdote, juiz, legislador) ⁶⁵.

Se o juiz pretendesse dirigir a conduta moral de seus jurisdicionados ou se, por outro lado, o legislador ou o governante pretendessem dar a última palavra sobre cada pleito judicial, as funções públicas se embaralhariam, desnaturalizando-se e, por conseguinte, não lograriam a adequada resolução do problema do abuso de poder. Este parece ser o sentido da célebre sentença de Dante Alighieri: *ius est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servit societatem; corrupta, corrumpit* (o direito é a proporção real e pessoal de um homem para outro, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a) ⁶⁶. Se a atividade judicial deixasse de se ocupar –

omitindo-se ou ultrapassando os seus confins – da determinação das relações reais (referentes às coisas, aos bens exteriores ao ser humano) e interpessoais presentes na sociedade, terminaria por corrompê-la.

De todo o dito, julga-se que o sistema jurídico romano do período clássico situava a colaboração do jurista com aquilo que se costuma denominar “transformação social” no seguinte âmbito: o da relação *objetiva* entre indivíduos e bens sociais e dos indivíduos entre si, tendo os bens sociais de permeio. A separação *formal* dos poderes públicos é um fato no mundo ocidental desde Montesquieu; mas a separação do conteúdo dos mesmos ainda não se verifica tão claramente. Dentre muitos outros fatores para tal, crê-se poder apontar o papel capital – axial – que a noção de direito subjetivo exerce na teoria jurídica contemporânea.

O LUGAR DO DIREITO SUBJETIVO DE PROPRIEDADE NO SISTEMA CIENTÍFICO DO DIREITO ROMANO CLÁSSICO

Na análise que se está a empreender – sobre a presença da noção técnica de direito subjetivo de propriedade no período clássico do direito romano –, parte-se do debate entre Giovanni Pugliese e Michel Villey e chega-se, até a este ponto do trabalho, às seguintes conclusões: 1) que a ciência do direito romano clássico depende da doutrina jurídica de Aristóteles; 2) que a noção aristotélica de direito (*dikaion*) não é o direito subjetivo; 3) que a ideia de *ius* dos jurisconsultos concorda com a definição do *dikaion* de Aristóteles, sendo, assim, diferente da ideia moderna de direito subjetivo. Chega o momento, então, de estudar o lugar ocupado pela principal espécie de direito subjetivo – o direito subjetivo de propriedade, que os romanistas modernos encontram nos escritos da jurisprudência romana sob o termo *dominium* – no sistema científico do direito romano clássico.

Para atingir tal escopo, esta parte do texto divide-se em quatro seções:

1) saber se a expressão romana *iura in re* coincide com os *direitos reais* modernos, dentre os quais o direito subjetivo de propriedade é o principal. Caso coincida, o direito subjetivo de propriedade era um *ius* em Roma;

- 2) saber se o termo latino *dominium*, que, segundo os romanistas modernos, designa o direito subjetivo de propriedade, era um tipo de *ius*. Na hipótese afirmativa, o direito subjetivo de propriedade ocuparia o posto de eixo do sistema jurídico da época clássica, ao menos no que tange o direito privado;
- 3) encontrar a relação entre a palavra *dominium* e a palavra *proprietas* nos textos romanos;
- 4) estabelecer a conclusão sobre o lugar ocupado pelo direito subjetivo de propriedade no direito romano clássico.

a) O *ius in re* romano e o direito real moderno

A leitura de um recente dicionário jurídico nos oferece o significado da expressão “direito real”:

“Direito real: direito absoluto, ramo do *direito patrimonial*, oponível a todos, que se transmite entre vivos, pela *tradição* quando relativo a móveis, e pela *transcrição*, quando diz respeito a imóveis, do título de propriedade no registro público. Poder ser: *direito real sobre a coisa própria*, quando a propriedade se subordina ao domínio absoluto de seu titular, sendo exercível *erga omnes*; *direito real sobre a coisa alheia*: quando formado de uma ou mais partes desmembradas da propriedade, ou a grava de encargos, como na enfiteuse, no usufruto, na servidão, etc.; e *direito real de garantia*, quando sua finalidade é assegurar que se cumpra uma obrigação, como a hipoteca, o penhor, a anticrese; o mesmo que *ônus real*”⁶⁷.

Pothier, um dos mais destacados juristas franceses da era moderna, afirmava que *jus in re* era a denominação romana para designar o direito real⁶⁸. Com ele, a maioria dos juristas de sua época professavam a mesma opinião. É o caso de Accarias, Girard⁶⁹ e Rigaud⁷⁰. Tal equivalência informou tão profundamente a ciência jurídica, que, mesmo na doutrina de juristas contemporâneos que mantêm longa distância do pensamento moderno acerca do direito subjetivo de propriedade, ela se verifica⁷¹. Pode-se concluir daí que, para a atual teoria do direito, os romanos já conheciam a noção de direito real (direito a uma coisa ou poder de um indivíduo sobre uma coisa, cuja espécie primordial é o direito subjetivo de propriedade) sob a capa do *ius in re*.

No entanto, a análise de alguns textos romanos testemunham-nos um panorama bem diverso. Em primeiro lugar, a própria análise gramatical da expressão *jus in re* já traz dificuldades para a sua equivalência com o direito real. Como afirma Villey, a expressão *ius in re* não é a mais adequada para indicar um “direito a uma coisa”, sendo mais apropriada a expressão *ius in rem*⁷². Isto fica mais nítido com o seguinte esclarecimento:

“A diferença entre *jus in re* e *jus in rem* é esta: no primeiro caso, a preposição ‘in’ rege substantivo (*res* = coisa) no caso ablativo, inspirando a idéia de situação estática, e significa ‘em’, mas no sentido de ‘sobre’, de modo que *jus in re* traduz-se por direito ‘na’ coisa ou ‘sobre’ a coisa; no segundo caso, ‘in’ rege substantivo no caso acusativo, inspirando a idéia de dinamismo e movimento, e significa ‘a’ no sentido de ‘em direção a’, pelo qual *jus in rem* deve traduzir-se por direito ‘à’ coisa ou ‘em direção à’ coisa”⁷³.

Assim, do ponto de vista semântico, *ius in re* e direito real não são expressões equivalentes. Porém, há uma outra razão – mais forte do que a gramatical – que nos conduz ao parecer de que o *ius in re* dos romanos não é o direito real moderno.

As vezes em que a expressão *ius in re* aparece nos escritos clássicos, são abarcados sob esta denominação os seguintes institutos jurídicos: o usufruto, o penhor, a superfície e o arrendamento do *ager vectigalis*⁷⁴. Desta informação ficam evidenciadas duas consequências: o direito subjetivo de propriedade (*dominium*) não está no elenco dos *iura in re*, e tal elenco não coincide com a lista dos modernos direitos reais sobre coisa alheia⁷⁵. Uma famosa passagem do *Digesto* (39.2.19), da autoria do jurisconsulto Gaio, clarifica esta questão:

“*Eorum, qui bona fide absunt in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono at aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius*”⁷⁶.

Nas palavras que não estão em itálico, Gaio situa em lados opostos a pessoa que é dona (*dominus*) de uma coisa e aquela que possui um *ius in re*. O jurista romano exclui da listagem dos *iura in re* precisamente o primeiro e mais eminente dos direitos reais, isto é, o *dominium* ou propriedade. Em seguida, Gaio diz expressamente – porém, não exhaustivamente, o que se percebe pelo próprio estilo, por assim dizer, consultivo do texto – que as pessoas que têm um *ius in re* encontram-se numa situação distinta da do dono da coisa: podem ser os usufrutuários da coisa, aqueles que a têm como garantia (penhor)

ou as pessoas que arrendam uma terra pública por meio do pagamento de uma renda fixa.

Vistos estes matizes, resulta razoável concluir que o direito romano clássico não entendia o *ius in re* como um direito real, ou seja, como um direito subjetivo, um poder individual sobre uma coisa. Mas, diante disto, cabe a seguinte pergunta: qual teria sido o procedimento dos juristas modernos que os levou a entender o *ius in re* como direito real? Vejamos a explicação de Michel Villey:

“O postulado dos autores – postulado que discutimos – é que a expressão francesa ‘*droit*’ traduz exatamente o termo ‘*jus*’. Assim, o poder jurídico pertencente a uma pessoa em face de outras pessoas, relativo a um certo objeto – que em francês denomina-se ‘direito subjetivo’ –, também poderia ser designado com o termo latino correspondente (*jus*). E se este poder é exercido sobre uma coisa, então estar-se-ia falando de *jus in re*”⁷⁷.

Não foi, porém, apenas um erro de tradução. Há, ainda, um motivo de caráter histórico, consistente na alteração de significado jurídico da palavra *res* ao longo dos séculos que separaram o período clássico do direito romano do sistema jurídico moderno.

“Mais ou menos prontamente – e já, em parte, na época romana –, o conceito de coisa corpórea [...] alterou-se; tanto, que o termo *res* passou a designar a coisa material, e não mais o conjunto de vantagens jurídicas. A partir de então, *jus in re* prestou-se a expressar a vantagem mais ou menos estendida que o homem possui com relação a uma coisa material; em suma, a relação, o direito subjetivo de natureza variada que liga o homem com a coisa material. Logo, o *jus in re* teve de receber uma extensão mais ampla (até incluir o direito de propriedade): a era de seu grande êxito ficava aberta”⁷⁸.

Ainda que esteja bem demonstrada a não equivalência do *ius in re* com o direito real, poder-se-ia tentar responder uma outra indagação que atinge mais em cheio o escopo do presente artigo: o que os romanos entendiam por *dominium*? Formulando o questionamento de maneira mais concreta: o direito subjetivo de propriedade do nosso atual sistema jurídico recebia em Roma a qualificação de *ius*? Ele era um *direito* tal como hoje é o direito subjetivo de propriedade? Este é o tema da próxima seção.

b) A relação entre *dominium* e *ius* no direito romano clássico

Como se viu, o testemunho de Gaio em D. 39.2.19 é inconfundível: *sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant*. No direito romano clássico, a figura do *dominium* não é uma espécie de *ius in re*. Agora, trata-se de saber se os jurisconsultos equiparavam o *dominium* (o direito subjetivo de propriedade) à noção axial do seu sistema científico, ou seja, o *ius*.

Preliminarmente, convém expor a seguinte observação, de modo a esclarecer o conteúdo da propriedade romana:

“[F]alar-se em propriedade no direito romano era muito diferente de falar-se em propriedade hoje. O pai de família tinha junto com a propriedade um poder jurídico de dirigir os negócios da família, inclusive poderes sobre as pessoas, filhos e escravos: ser pai de família era ao mesmo tempo ter propriedade de coisas e poder pessoal sobre as pessoas envolvidas na exploração daquela coisa”⁷⁹.

É majoritariamente aceita a tese de que a propriedade romana não encerrava somente vantagens, até o ponto de ser absoluta, como o direito subjetivo moderno⁸⁰: “Recordemos – vale a pena fazê-lo, dado que todos os especialistas já estão de acordo em relação a isto – que a denominada noção ‘romana’ de propriedade absoluta é fruto unicamente da obra exegética dos romanistas”⁸¹.

Apesar de todos estes fatores, o problema da presença do direito subjetivo de propriedade no direito romano só pode ser bem resolvido se encontrarmos nos textos clássicos evidências de que o termo *dominium* não era sinônimo de *ius*. E, por enquanto, tudo indica que não era. Para o aprofundamento desse estudo, será preciso mostrar qual era a natureza dos *iura*; e, para tal, teremos que analisar o plano sistemático das *Institutas* de Gaio, obra escrita por volta do ano 160 d.C..

Logo no início de sua obra (*Institutas* 1.8), Gaio estabelece a ordem das matérias de que tratará: “*Omne autem jus, quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”⁸².

A parte em que irá descrever as coisas (tomadas pelo prisma da arte do direito⁸³, isto é, enquanto instituições jurídicas objetivas, não enquanto objetos materiais) – a *pars rerum* – possui uma estrutura de divisão muito clara⁸⁴. Tudo começa com as *res* (coisas), como gênero de duas espécies: as *res divini iuris* (coisas de direito divino) e as *res humani*

iuris (coisas de direito humano)⁸⁵. As *res divini iuris* podem ser *res sanctae* (coisas santas), *res sacrae* (coisas sagradas) e *res religiosas* (coisas consagradas aos mortos); já as *res humani iuris* subdividem-se em dois tipos principais: *res privatae* (coisas particulares) e *res publicae* (coisas públicas). Destas, no que toca a questão do *dominium* e do *ius*, têm maior relevância as *res privatae*, cujas espécies são as *res corporales* (como, por exemplo, um “campo” e o “homem”, considerados em seu conteúdo jurídico) e as *res incorporeales*, das quais fazem parte os seguintes institutos jurídicos: *servitutes* (servidões), *usufructus* (usufrutos), *hereditas* (heranças) e *obligatio* (obrigação), dentre alguns outros mais.

Para o tema de que se está a tratar, a noção técnica das *res incorporeales* é a mais importante, pelo fato de que também recebem o *nomen* de *iura*. As consequências disto são da maior relevância: em primeiro lugar, só são chamados de “*ius*” as *servitutes* (ou *iura praediorum*), o *usufructus* (ou *ius utendi fruendi*), a *hereditas* (ou *ius successionis*), a *obligatio* (ou *ius obligationis*)⁸⁶ e alguns outros institutos, como o *ius altius tollendi* (e o *non extollendi*, seu correspondente negativo); e, em segundo lugar, não aparece na listagem o *dominium*, que na era moderna recebeu o nome de *direito* subjetivo de propriedade.

De fato, o *dominium*, em Roma, não era *ius*. Dizendo o mesmo na terminologia moderna: no direito romano do período clássico, o *direito subjetivo de propriedade* não era um *direito*. Assim, pode-se afirmar com relativa segurança que os jurisconsultos não elaboraram a noção técnica de direito subjetivo de propriedade.

No entanto, tal conclusão não é suficiente para o objetivo almejado nesta seção do trabalho, uma vez que aqui se pretende investigar o lugar ocupado pelo direito subjetivo de propriedade no sistema jurídico romano. Mesmo que seja certo que tal ideia não foi objeto de elaboração científica nos princípios áureos da ciência do direito, é igualmente certo que o *Digesto* e as *Institutas* apresentam a palavra “*dominium*”⁸⁷. Se *dominium* não era um direito, era o quê? Para responder satisfatoriamente a esta interrogação, é necessário assinalar o que os romanos entendiam por *res corporales* e *incorporeales* (*iura*), antes de indicarmos o que eles entendiam por *dominium*. Somente a compreensão prévia de que o “*ius*” (*res incorporalis*, coisa incorpórea) está no mesmo plano da “*res corporalis*” (coisa corpórea) e de que, por outro lado, o “*dominium*” se situa

em plano diverso ao das duas noções anteriores nos possibilita chegar à conclusão do posto reservado ao *dominium* pelo direito romano do período clássico.

A “coisa corpórea” dos juristas romanos não é o mesmo que *coisa material*. Em palavras de Villey:

“[A] coisa corpórea do jurista não está constituída unicamente por um certo objeto. Segundo o seu ponto de vista, a coisa [material] é considerada *cum iure suo* [com o seu direito]; ela é uma coisa acondicionada às necessidades do homem, a fim de cumprir um certo papel no teatro jurídico; é uma instituição jurídica”⁸⁸.

Os juristas romanos faziam distinção entre aquelas coisas que eram *corpora* (coisas materiais) e aquelas que eram *res corporales*. As primeiras eram as coisas sem mais, tal como se encontram na natureza; as segundas eram as coisas da natureza vistas pelo prisma da ciência do direito. Utilizando uma linguagem pouco elegante, pode-se dizer que as *res corporales* (coisas corpóreas) eram as coisas materiais (*corpora*) “juridicizadas”. Um *fundus* (campo) romano, por exemplo, era uma coisa material distinta de uma árvore que nele se encontrasse. Do ponto de vista natural, o campo e a árvore eram duas coisas separadas. Mas ambos os objetos, considerados à luz dos princípios sistemáticos do direito romano, eram uma única coisa, uma só *res corporalis*: *non est separatum corpus a fundo* (a árvore não é uma coisa material separada do campo), enuncia o *Digesto* 19.1.40⁸⁹. A razão disto era que a jurisprudência atribuíra ao *fundus* natural um *status* científico, um estatuto epistemológico jurídico com vistas a individuar nele uma série de *iura in re* (direitos na coisa), de utilidades que ele poderia proporcionar à pessoa que o detivesse (*dominus*) ou a alguma outra pessoa (por exemplo, o uso, a percepção dos frutos, a exploração de um manancial de água, uma servidão de passagem para o detentor do campo vizinho etc.)⁹⁰. Como veremos adiante, os *iura in re* são, precisamente, um dos tipos de *res incorporales* ou *iura*. Mas, antes, passemos à definição de tais “coisas incorpóreas”.

As *res incorporales* do direito romano nada mais são que as *coisas imateriais*, presentes na natureza, vistas pelo prisma científico do direito. A descoberta das coisas imateriais é devida à filosofia grega, a partir da lição aristotélica de que toda substância

(ousía) é composta de matéria (*hyle*) e forma (*morphé*)⁹¹. Da divulgação desta filosofia em Roma encarregou-se Cícero, que a expôs, por exemplo, em *Tópicos* 5.26:

*“Definitionum duo sunt genera prima, unum earum quae sunt; alterum earum quae intelliguntur. ‘Esse’ ea dico quae cerni tangive possunt [...]. ‘Non esse’ rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt [...]. Quorum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insita et impressa in intelligentia, quam notionem voco”*⁹².

No âmbito jurídico, a diferença entre coisas corpóreas e incorpóreas (ou direitos) consiste em que as primeiras têm uma base material, um *corpus* (coisa material), enquanto que as segundas não se apoiam em qualquer suporte material. São aquelas – conforme define Gaio – *quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt* (que não podem ser tocadas, que consistem em um direito). São “uma instituição (*res*) puramente abstrata e jurídica (*incorporalis*)”⁹³. Na continuação do mesmo texto, Gaio descreve as suas espécies:

*“[S]icut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est; eodem numero sunt et iura praediorum et rusticorum quae etiam servitutes vocantur”*⁹⁴.

Não poucos autores modernos pretenderam enxergar na definição de *ius* (*res incorporalis*) de Gaio, a noção técnica de *direito subjetivo*. Foi o caso de Fleury, que, no século XVII, escreveu a obra *Introduction au droit français*. Quando começa a tratar das coisas incorpóreas, informa que comentará as espécies de direito subjetivo⁹⁵.

Mas o *ius* de Gaio não é um poder – como o é o direito subjetivo –, senão uma coisa incorpórea, disposta no mesmo plano das coisas corpóreas. E isto fica reforçado pelo fato de que, em juízo, tanto um campo (coisa corpórea) como uma servidão de passagem podiam ser objeto de uma ação real (*actio in rem*)⁹⁶. De fato – como atestam duas passagens do *Digesto* (5.3.18.2 e 50.16.22) –, o patrimônio de um cidadão romano compreende as coisas corpóreas e os direitos; e a arte do direito tem por missão ajudá-lo

a conservar quer as suas coisas corpóreas, quer os seus direitos (D. 1.3.41: *rem aut ius suum*⁹⁷)⁹⁸.

Um exemplo muito esclarecedor a respeito da diferença entre *ius* e *dominium*, encontra-se na solução teórica dos jurisconsultos romanos para o *ius utendi fruendi* (o usufruto). No sistema jurídico moderno, quem é dono (*dominus*), por exemplo, de um campo, tem sobre esse imóvel, normalmente, a faculdade ou poder de uso e de percepção dos frutos. No entanto, o direito romano clássico não atribuía ao *dominus* o *ius utendi fruendi*:

“*Uti frui ius sibi esse solus potest intendere qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest quia qui habet proprietatem utendi fruendi ius separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire*” (D. 7.6.5)⁹⁹.

A explicação disto é que os romanos não concebiam o *ius utendi fruendi* como o poder de usar e de gozar de uma coisa material, mas como um *ius in re*; ou seja: como uma coisa imaterial (*ius*) contida numa coisa material (*res*), sendo que ambas eram vistas sob o prisma epistemológico da arte do direito; instituições *objetivas*, portanto¹⁰⁰. As *res corporales* e os *iura* eram, por conseguinte, entidades pertencentes a um mesmo plano. A diferença entre os dois é que as *res corporales* eram objeto do *dominium* de uma pessoa, ao passo que os *iura* eram objeto da repartição equitativa entre os membros da sociedade romana, da justiça distributiva. As coisas corpóreas e o domínio dos sujeitos sobre elas eram, pura e simplesmente, *factos da vida*; já os direitos e a sua atribuição proporcional aos sujeitos que integram um corpo social eram frutos de uma arte, de um conjunto de princípios sistematizados, descoberto por Aristóteles e posto em prática pelos jurisconsultos¹⁰¹.

O *dominium* não se inseria nesse plano *real*, das coisas. E o motivo é muito simples: o *dominium* romano – da mesma forma que o direito subjetivo de propriedade moderno – não era uma *coisa*, mas o *poder* humano sobre uma coisa¹⁰².

c) *Dominium* e *proprietas* nos textos dos jurisconsultos

A simples tradução da palavra *proprietas* ao português (propriedade) pode levar a pensar que, quando empregada nos textos jurídicos clássicos, significa o atributo de uma

pessoa que detinha uma determinada coisa. Desse modo, *proprietas* seria sinônimo de *dominium*, e ambos denotariam a noção moderna de direito subjetivo. No entanto, há uma diferença sutil entre os dois conceitos.

Enquanto a palavra *dominium* expressa o poder de um sujeito sobre uma coisa, *proprietas* designa um atributo, uma característica da coisa sobre a qual se exerce o *dominium*:

“*Proprietas* não designa, em absoluto [na época clássica], qualquer direito subjetivo; é uma qualidade do campo, [...] uma qualidade objetiva da qual uma pessoa pode se tornar dona”¹⁰³.

Dentre as diversas utilidades de uma coisa corpórea (qualidades imateriais inerentes à coisa material), os juristas romanos distinguiram os *iura* e a *proprietas*. Existia um ponto diferenciador entre estas duas utilidades que é preciso matizar.

Uma coisa material (*corpus*) – um campo (*fundus*), por exemplo – era vista pela ciência do direito como uma *res corporalis* (coisa corpórea) e, assim, recebia dela um estatuto jurídico (*ius fundi*, por exemplo), que poderia estar composto de uma série de elementos imateriais. Dentre estes estavam os *iura* (coisas incorpóreas), que consistiam em vantagens (por exemplo: o *ius utendi fruendi*, o *ius hauriendi*, o *ius eundi* etc.) atribuídas a pessoas outras que não a dona (*dominus*) do imóvel. Um *ius* se caracterizava por duas idéias: 1) era um elemento imaterial inerente a uma coisa material; 2) ainda que estivesse inerente a uma coisa material, constituía um elemento *separado* dela (isto se percebe, por exemplo, na situação do usufrutuário de um campo, que não poderia ser, concomitantemente, o dono do mesmo).

A *proprietas* também era um elemento imaterial inerente a uma coisa material – a um campo, por exemplo. No entanto – diferentemente de um *ius* –, ela *sempre* comporia o estatuto jurídico do campo, pois consistia em uma vantagem atribuída somente ao *dominus* daquele imóvel, isto é, na qualidade que o campo tinha de ser dominado, de ser, no seu conjunto, objeto do *dominium*. Logo, as duas idéias que caracterizavam a *proprietas* eram: 1) um elemento imaterial inerente a uma coisa material (da mesma forma que o *ius*); 2) um elemento *não separado* dela, pois era o que permitia que tal coisa material pudesse ser *apropriada* por alguém. Esta segunda característica é a que demarca a fronteira entre *proprietas* e *ius*.

As seguintes linhas talvez esclareçam o que se está a argumentar:

“É verdade que uma nova idéia se insinua através da palavra *proprietas* [propriedade]: esta palavra parece designar, na época clássica, não o direito subjetivo de propriedade [*dominium*], mas uma qualidade abstrata da coisa, a sua qualidade de ser própria de alguém ou objeto de apropriação. Trata-se de uma das vantagens jurídicas (entre tantas outras às quais ela ordinariamente se opõe, como, por exemplo, ao *usufructus possessio* [posse do usufruto]) cujo conjunto compõe a *res corporalis* [coisa corpórea]. É, portanto, um valor incorpóreo, que, no entanto, não chega a constituir um bem diverso, “separado” da coisa, oposto a ela, que possa pertencer a pessoa diversa daquela a quem pertence a coisa corpórea, ou ter uma sorte diversa: em si mesma, ela não é uma *res*. Desta maneira, ela tampouco pode ser designada com a palavra *jus*, do mesmo modo que *dominium*, quando – como algumas vezes ocorre – se emprega este termo no sentido de *proprietas*. Tal parece ser a mais pura concepção clássica. A *proprietas* aparece não como uma coisa particular, mas como um elemento indissociável da coisa corpórea mesma: ela está contida na ideia de *res corporalis*”¹⁰⁴.

Ainda que, por vezes, tenha sido utilizada como sinônimo de *dominium*, *proprietas* não era o poder de um indivíduo sobre uma coisa, mas a qualidade imaterial, inerente e inseparável da coisa que permitia que esta fosse objeto de *dominium*. Fica claro, portanto, que *proprietas* não poderia expressar, nos textos romanos, o conceito moderno de direito subjetivo de propriedade.

d) O vago tratamento do *dominium* no sistema jurídico clássico

Vistos os três pontos anteriores, pretende-se agora verificar o posto que a expressão *dominium* ocupava nos textos dos jurisconsultos clássicos.

Num primeiro momento, *dominium* designava somente o governo de um indivíduo sobre uma *res corporalis* (coisa corpórea).

“[A] palavra tende a tomar, a partir de fins da República, uma aplicação limitada ao direito sobre as coisas corpóreas”¹⁰⁵.

Posteriormente, os jurisconsultos aplicaram, por vezes, o termo também às coisas incorpóreas (*iura*).

“Mas, por outro lado, há textos em que *dominium* conserva o seu vago sentido de senhoria: assim se fala de *dominium usufructus, usus e hereditatis*; desse modo, Ulpiano diz que o pai de família *in domo dominium habet* [tem domínio sobre o seu lar]” ¹⁰⁶.

Não nos surpreende que tenha sido assim, porque, de fato, um *ius* tem, via de regra, um “dono” – em sentido amplo –, um sujeito de atribuição, que o será em razão de justiça. Não se trata, porém, de um poder semelhante ao do *dominus* de uma coisa corpórea, já que em muitos textos a figura do *dominus* é contraposta a daquele que *ius in re habet*, a quem se atribui uma coisa incorpórea inerente a uma outra corpórea e dela separada (um *ius*). O termo *dominium* empregado em relação a um *ius* expressa, simplesmente, uma mera situação de pertença, de governo:

“*Dominium* parece designar o caso daquele que governa uma instituição jurídica, corpórea ou incorpórea: pois, se existe um *dominium fundi* (domínio do campo), encontra-se também em certos textos a expressão *dominium usufructus* (domínio do usufruto), *usus* (do uso), *servitutis* (da servidão), *hereditatis* (da herança)” ¹⁰⁷.

No entanto, mesmo nas situações em que *dominium* é mais utilizado – em relação às coisas corpóreas –, o estatuto jurídico do *dominus* da coisa não é especificado pelo tipo de domínio (maior ou menor) que sobre ela exerça, mas pelo estatuto jurídico atribuído à coisa mesma:

“Por outro lado, mesmo que relacionado especialmente com as coisas corpóreas, o *dominium* não tem ainda um conteúdo preciso: esse conteúdo será diferente na medida em que o *fundus* – objeto do domínio – implique tal ou qual estatuto, por exemplo, uma servidão ativa de passagem na propriedade do vizinho ou, pelo contrário, que seja um *fundus deducto usufructo* ¹⁰⁸ [campo do qual se deduziu o usufruto]. A situação do proprietário do imóvel fica, assim, caracterizada não pela palavra *dominium*, mas sempre pelo conteúdo, pelo estatuto específico da res” ¹⁰⁹.

Juntem-se a isto as múltiplas denominações dadas ao poder de um indivíduo. O *dominium* era a denominação comumente assinalada ao governo sobre as coisas corpóreas e, excepcionalmente, sobre as incorpóreas. Mas, além desta, encontramos outras, na medida em que o governo de uma pessoa recaía sobre os membros de sua família. Em qualquer caso, é a palavra que designa a *coisa* que marca a especificidade jurídica da situação do “senhor”, não a que exprime o poder do mesmo:

“E se é certo que o direito subjetivo tende a revestir-se de diversos nomes conforme implique tal ou qual categoria de coisas (*dominium* [propriedade sobre as coisas], *potestas* [poder sobre a mulher, filhos e escravos], *manus* [poder sobre a mulher], *mancipium* [poder sobre as coisas cuja transferência se realiza através do rito da *mancipatio*, sobre os filhos e os escravos]), fica amplamente indiferenciado quanto ao seu conteúdo” ¹¹⁰.

Pelos seus escritos, não se nota que os jurisconsultos romanos tenham se dedicado à elaboração teórica do *dominium* com o mesmo afinho com que se dispuseram a descrever as *res* – e, mais longamente dentre estas, os *iura*. O agudo interesse pela classificação das coisas objetivas como método para se atingir a finalidade da *iurisprudentia* (*suum cuique tribuere*, a justiça particular), acabava por alijar do sistema a graduação dos poderes subjetivos:

“Os romanos se interessam tão pouco pela ideia de direito subjetivo que não têm termo genérico para expressá-lo. A palavra *jus* não cobre, em absoluto, a noção geral; a prova está em que não se aplica aos direitos subjetivos mais importantes: o *dominium* e o direito de crédito” ¹¹¹.

Não se pode negar que a ciência jurídica romana tenha tratado daquilo que os modernos denominaram direito subjetivo: a justa atribuição de uma coisa a uma pessoa implica, imediatamente a seguir, um poder dessa pessoa sobre a coisa. Porém, a diferença com o sistema jurídico moderno é nítida: na Roma clássica, a noção jurídica axial – ricamente descrita e diferenciada – era a de *ius*, não a de poder:

“Desse modo, as diferentes *res*, ou realidades objetivas providas de uma existência em si, passam a ser, normalmente, os objetos de uma apropriação individual, os objetos do [que hoje se chama] direito subjetivo. Ninguém pode prescindir completamente da ideia de direito subjetivo. Mas que diferença há entre a ideia romana do direito subjetivo – vaga, informe, indiferenciada, expressa por um vocabulário pobre e impreciso – e o rico florescimento de direitos subjetivos – definidos de maneira muito exata – que os sistemas modernos descrevem” ¹¹².

Assim sendo, a noção de *dominium* não ocupava um lugar de destaque no sistema jurídico clássico. Não era sequer definida com precisão. Significava, de modo genérico, o governo de uma pessoa sobre uma coisa. A noção que constituía o centro e a raiz do direito romano clássico no tocante às diferenciações das situações proprietárias era a de *ius*.

CONCLUSÕES

a) A ausência da noção técnica de direito subjetivo de propriedade no período clássico do direito romano

Qual é a conclusão que se pode tirar de todos estes dados? Não se encontra outra senão a de reconhecer que, no direito romano do período clássico, aquilo que atualmente denominamos direito subjetivo de propriedade não era, propriamente, um “direito”, pois o conceito romano de *dominium* não coincide com o conceito romano de *ius*. Diante das constatações acerca do teor dos textos do *Digesto* e das *Institutas*, e frente ao que a história nos mostra sobre a influência essencial da filosofia jurídica de Aristóteles no trabalho dos jurisconsultos, só cabe afirmar que o período clássico do direito romano não concebeu e lidou com a noção de direito subjetivo de propriedade ¹¹³.

O direito romano clássico não tutela a propriedade em função do sujeito que sobre ela exerce um domínio. Ele é indiferente quanto ao fato de o proprietário exercer um domínio absoluto ou relativo sobre a sua propriedade. A tutela jurídica da propriedade, em Roma, restringe-se à limitação da *coisa* de que se é proprietário e à regulamentação dos elementos existentes em cada propriedade. ¹¹⁴

Mas, mesmo assim, pode ser útil notar que, “em Roma, de facto, os poderes do proprietário sofriam diversas limitações, provenientes não apenas dos hábitos familiares, mas também do controlo do censor e, mais tarde, das leis imperiais ¹¹⁵. Mas, sobretudo, os juristas romanos parecem ter-se absterido de dar *alguma definição* dos poderes do proprietário: o fim do direito em Roma era apenas repartir as coisas, e não medir poderes” ¹¹⁶.

A regulamentação da maior ou menor amplitude do *poder* sobre a propriedade ficava a cargo dos costumes. Se se quer admitir que os costumes romanos permitiam o poder absoluto sobre a propriedade por parte de seu *dominus*, não é ao direito romano que se deve responsabilizar, pois a *iurisprudencia* tinha como objeto a individuação dos critérios de repartição das *coisas* apropriáveis, não a regulamentação da conduta moral

(absolutista ou altruísta) das pessoas que delas se apropriavam (melhor dito: a definição das espécies de poder que o *dominus* poderia exercer sobre a sua propriedade).

Se, em Roma, o poder do *dominus* sobre a sua propriedade era, de fato (e não de direito, no sentido estrito deste vocábulo no direito romano: *ius*), absoluto, este era, em termos *teórico-científicos*, um problema *moral*, e não *jurídico*. Se queremos condenar o eventual absolutismo dos proprietários romanos, devemos dirigir a nossa reprovação à moral então vigente na Cidade Eterna, e não à arte do direito que lá se praticava, a qual não tratava do assunto (e não tinha porque tratar, à medida que o mesmo não se voltava contra a *realis ac personalis hominis ad hominem proportio*, já que a temática científico-moral ultrapassava a sua alçada, desde quando as primeiras escolas de jurisconsultos – a dos sabinianos e a dos proculianos – atenderam à recomendação de Cícero e resolveram *reducere ius in artem*):

“Por estes motivos, devemos permanecer céticos quando ouvimos falar – mesmo se não mais por parte dos romanistas – do pretense absolutismo da propriedade no direito romano; pode bem ser que o *dominium*, de fato, sob muitos aspectos, foi, verdadeiramente, um poder absoluto; mas, também de fato se constata que o direito romano não o juridiciza, nem lhe fornece qualquer garantia: não é esta a sua função. O direito romano não dá qualificações a situações de potestade; não faz delas *direitos*. Ele se limita a traçar os limites das propriedades e a regulamentar tudo aquilo que adentra o âmbito de cada propriedade; as relações do proprietário com a propriedade que lhe foi assinalada não concernem mais ao direito. A potestade absoluta que é exercitada pelo padrão romano sobre a coisa que é sua escapa da atenção do direito; ou, se se quer, sobre ela pesa o silêncio do direito (se se prefere, pode dizer-se que, a respeito disso, o direito romano é lacunoso). Não há no direito romano nenhuma definição do conteúdo de um pretense direito subjetivo de propriedade”¹¹⁷.

É, portanto, a própria metodologia do sistema jurídico romano que não permite a presença do direito subjetivo de propriedade. Os jurisconsultos visavam *suum cuique tribuere* (dar a cada um o seu), e para isto deviam elaborar uma ciência das coisas na sua relação com o conjunto de pessoas que delas poderiam dispor. O estudo dos poderes individuais sobre as coisas, neste contexto, resultaria um elemento dispersivo em face do fim almejado, de modo que deles só se fizeram referências tangenciais e, por conseguinte, não sistemáticas.

Contudo, é preciso destacar a razão basilar da ausência do direito subjetivo de propriedade: o método da ciência jurídica romana não provinha de uma mera eleição dentre várias alternativas, de uma escolha arbitrária ou fundada em motivações exclusivamente pragmáticas: ele estava construído a partir das coisas externas ao ser humano porque fora informado pela cosmovisão da filosofia clássica, para a qual a força normativa da experiência jurídica provinha da estrutura cósmica mesma da realidade objetiva na qual se insere o homem. Em outros termos, o sistema cunhado pelos jurisconsultos partia do aspecto *relacional* (ou objetivo) do homem, e não do seu aspecto *substancial* (ou subjetivo):

“O específico da linguagem jurídica da época clássica é o de tomar em consideração um mundo de *coisas*, de bens exteriores, porque só nas coisas e na distribuição feita a partir das coisas é que se manifesta a relação jurídica *entre* as pessoas” ¹¹⁸.

A noção tecnicamente concebida de direito subjetivo de propriedade só poderia encontrar cabida em um sistema jurídico de outra índole, que se apoiasse em um entorno filosófico distinto. E foi assim que obteve enorme êxito no direito da era moderna, já que o sistema jurídico moderno é *individualista*, uma vez que parte da consideração do indivíduo *isolado*, do seu aspecto *substancial* (ou subjetivo):

“Bem diversa é a linguagem do individualismo. Em vez de tomar em consideração a ordem do grupo social, ele se centra sobre o *sujeito* na sua particularidade. Ele se volta a conceber e a exprimir as “qualidades” ou as “faculdades” de um sujeito, as forças que o seu ser irradia: os seus poderes – mas no sentido fundamental do termo, isto é, entendido como capacidade da pessoa, que atendem à sua subjetividade – *subjetivos*. Consequência: concebe-se o poder do indivíduo, em linha de princípio, como *ilimitado*” ¹¹⁹.

Parece acertada a afirmação de que o sujeito na sua particularidade (substancialmente ou subjetivamente considerado) tem poderes ilimitados. O próprio Aristóteles reconhecia que *anima est quodammodo omnia secundum sensum et intellectum* (a alma do homem é, de certo modo, todas as coisas, do ponto de vista volitivo e cognitivo) ¹²⁰, porque possui a potencialidade de conhecer e de querer a totalidade da realidade que o cerca. No entanto, no plano relacional (ou objetivo) – que é o plano da vida social – tal potencialidade humana não se verifica, uma vez que esta é de índole espiritual (ou imaterial), ao passo que a índole do plano relacional é material. Em

suma, o poder ilimitado do aspecto *subjetivo* do homem é limitado no seu aspecto *relacional*. Isto explica que, no tocante à concepção de direito subjetivo de propriedade, “é só num segundo momento – quando for necessário dar conta dos poderes concorrentes dos outros sujeitos – que os limites lhe serão assinalados. Mas, em princípio, os poderes do sujeito são indefinidos” ¹²¹.

Considera-se que a solução teórica romana – que consiste em omitir o tratamento sistemático da figura do *dominium* e impor-lhe limites mediante a descrição dos diferentes estatutos jurídicos de uma coisa – é mais bem articulada que a moderna ¹²², uma vez que esta última acolhe o *dominium* como elemento nuclear de seu edifício teórico (sob o *nomen* de direito subjetivo de propriedade), sistematiza-o e, em seguida, é obrigada a restringi-lo por meio de figuras teóricas outras, como, por exemplo, a de abuso de direito (e, mais contemporaneamente, a de função social da propriedade). ¹²³

b) Tentativa de resposta a Pugliese com base em Villey

Termina-se como se começou: já que, neste trabalho, partiu-se da tese de Giovanni Pugliese de que o direito romano clássico concebeu a noção técnica de direito subjetivo, encerra-se o mesmo com uma avaliação da referida tese do jurista italiano, após se ter desenvolvido os principais argumentos de Villey acerca da inexistência do direito subjetivo de propriedade na obra dos jurisconsultos e, mais particularmente, acerca da inexistência do direito subjetivo de propriedade.

Transcreve-se, novamente, o *Digesto* 1.3.41 – da autoria de Ulpiano –, sobre o qual Pugliese assenta a sua crítica a Villey e, em seguida, a explicação da mesma dada por Moreira Alves, cuja posição sobre o assunto concorda com a de Pugliese.

“Totum autem jus consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo; aut enim hoc igitur quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat.” (Todo direito consiste ou na aquisição, ou na conservação, ou na diminuição, pois se trata de como alguém adquire alguma coisa de outrem ou de como conserva a coisa ou seu direito, ou de como aliena ou perde.) [...] o *jus* que *consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo* é o direito objetivo que se constitui de normas para a aquisição, conservação ou perda do *jus suum* (expressão que, no texto, é empregada em oposição a *res*: *rem vel jus suum*), isto é, do direito subjetivo”.

Discorda-se desta análise. Ao que parece, o “*ius que consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo*” não é “o direito objetivo que se constitui de normas para a aquisição, conservação ou perda do *jus suum*” – como afirma Moreira Alves com base em Pugliese –, mas a própria *arte do direito*, a atividade judicial transformada pelo jurisconsultos em ciência (*reducere ius in artem*), que se encarregava de estabelecer os critérios de repartição das coisas no grupo social ou, em outras palavras, em descrever o justo modo de se operar na sociedade a aquisição, a conservação e a perda de uma *res* ou de um *ius suum*.

Além disto, a palavra *res* contida no fragmento de Ulpiano faz referência às *res corporales* (coisas corpóreas), e a palavra *ius suum* refere-se às *res incorporales* (coisas incorpóreas) ou *iura* (direitos), já que – como foi visto – ambas compunham o patrimônio de um cidadão romano. É certo que, no texto em questão, *res* e *ius suum* se encontram em relação de oposição; mas tal oposição se explica pela diferença específica entre ambas: as *Institutas* de Gaio não deixam dúvida de que as duas pertencem a um mesmo gênero próximo, a saber, o de *res* (coisas). Assim, *ius suum* também é uma *res*, uma *res incorporalis*, que – diferentemente de uma *res corporalis* – carece de uma base material: é uma criação da epistemologia própria dos jurisconsultos, que se apoia na noção de coisa imaterial da filosofia grega.

Opina-se, portanto, que a lição de Pugliese sobre o fragmento de Ulpiano – transmitida a nós com o assentimento de Moreira Alves – é equivocada por não ter considerado o conjunto do sistema jurídico clássico, que dá ao termo *ius* tanto o sentido de “ciência” como de “coisa incorpórea”, sendo que esta última acepção contrapõe-se ao termo *res corporalis* (coisa corpórea) somente de modo adjetivo, e não substantivo.

Mas, sobretudo, julgamos que a raiz do equívoco é a de olhar para o direito romano do período clássico com os olhos e com as categorias mentais do jurista formado no sistema moderno. A base do problema – como ensina Villey – é a de projetar a idéia moderna de direito subjetivo sobre um sistema de pensamento que não o concebeu acabadamente, mas tão somente de forma muito vaga:

“Os estudiosos modernos têm o costume de projetar o direito subjetivo em suas exposições sobre direito romano: eles tratam do direito de propriedade, do direito real, das servidões de passagem ou de água entre

os romanos; não seria errôneo e não arriscaríamos falsear as regras romanas apresentando-as em marcos para os quais elas não foram pensadas? Não estaríamos nos arriscando a deformar o sentido de certos termos, como a palavra *jus*, que não são – em absoluto – fáceis de se traduzir para a linguagem moderna? Não estaríamos arriscando-nos a deformar o sentido de certas divisões, como aquela de coisas corpóreas e incorpóreas, da qual dependem as noções romanas de servidão, de usufruto?”¹²⁴.

Seja dito mais uma vez: os romanos não elaboraram a noção técnica de direito subjetivo e, em consequência, não previram, com precisão, qualquer direito subjetivo de propriedade, como pretende a doutrina jurídica moderna. No entanto, séculos depois, o conceito de direito subjetivo passou a constituir o eixo de toda a ciência jurídica, tendo como espécie primordial o direito subjetivo de propriedade.

c) O surgimento da noção técnica de direito subjetivo de propriedade

Ainda que a doutrina filosófica aristotélica do direito natural tenha fornecido os princípios sistemáticos conformadores da jurisprudência romana, não há que se pensar que todos os romanos compartilhavam o valor da justiça distributiva juntamente com os jurisconsultos. Mesmo os jurisconsultos estavam imbuídos de outras formas de pensamento, como a filosofia estoica. Ocorreu, então, que a palavra *jus* – extensamente disseminada também nos meios populares – foi adquirindo significados diferentes, não permanecendo o de “coisa justa” como exclusivo, uma vez que “não há nada que seja mais privado de lógica e de ordem do que o destino das palavras e do seu significado quando eles passam a fazer parte da linguagem de todos os dias”¹²⁵.

Foi o próprio fenômeno da mutação linguística que, como causa inicial, alavancou o termo *ius* até que ele atingisse a conotação de direito subjetivo de propriedade.

É muito plausível, por outro lado, que o espírito orgulhoso e dominador dos cidadãos romanos poderia tê-los levado a encarar o *ius* que lhes era atribuído pelo legislador ou pelo juiz (resultado de um longo esforço teórico dos jurisconsultos) como um trampolim para o livre exercício de seu *dominium*, pois, como já se viu,

“todo *jus* tem como consequência prática o exercício de uma *potestas*. Não que o *jus* seja idêntico à *potestas*; o direito não me autorizou, de forma alguma, a exercitar sobre o meu terreno uma potestade arbitrária e ilimitada: aliás, não se pronunciou, de forma alguma, sobre a questão; ele somente se limitou a traçar os confins do terreno que me foi dado. Mas, pode bem ter ocorrido que o egoísmo e a incultura popular tenham confundido as duas noções” ¹²⁶.

Também é preciso notar que a queda de parte do império romano, em 476 d.C., fez com que a Europa ocidental conhecesse um declínio civilizacional muito acentuado. Poucas de suas gloriosas instituições perduraram ao longo da Alta Idade Média, e o desmantelamento da *iurisprudencia* deu lugar a um mundo riquíssimo de costumes germânicos, que regulavam a vida jurídica ¹²⁷. Mesmo depois do renascimento da era carolíngia ¹²⁸ – que foi o ponto de partida para o revigoramento cultural europeu – e da retomada de um sistema jurídico mais organizado, a doutrina jurídica de Aristóteles fora praticamente esquecida e a atividade judicial não mais consistia na investigação doutrinária do justo (*ius*), mas tão somente vivia da tradição jurídica do passado, ou seja, dos costumes e das ruínas da legislação romana. Até que viesse à luz, no século XIII, o tratado da justiça de Tomás de Aquino ¹²⁹ e as pesquisas dos pós-glosadores ¹³⁰, as características fáticas da Idade Média favoreceram o entendimento da palavra *ius* como poder individual:

“Cada um redige a lista dos próprios *direitos*, que considera ter base no direito escrito: os direitos do imperador contra o papa, os direitos do rei contra os seus súditos (*jura regalia*), os direitos de um certo senhor, de um corpo social ou de uma classe de indivíduos, direitos que são como que o contraforte da potestade de cada um e que, mais ou menos, acabam-se confundindo com esta” ¹³¹.

Além disso, em toda a Idade Média, muitos fatos atestam um predomínio da iniciativa individual quase completamente divorciada dos vínculos jurídicos. O mundo europeu medieval voltou-se continuamente “às conquistas operadas com base nas vitórias de guerra e que cortam e recortam os reinos; à constituição da hierarquia feudal por via contratual; a vastos movimentos de associações, que criam corporações, comunas, agrupamentos políticos” ¹³².

E mesmo após a criação das universidades e da reestruturação da ciência jurídica ¹³³, nasce, em fins do século XIII, uma nova ordem social, assentada no valor “liberdade”: acordos espontâneos, contratos jurados, iniciativas voluntárias. Aconteceu que, nesse clima, “os sujeitos e, sobretudo, os grupos sociais escondem bem à vontade esta explosão

de livre atividade por detrás dos seus *jura*: a palavra passa a significar o *estatuto* que eles derivam de uma fonte de direito, mas à qual só recorrem para as vantagens que dela trazem e para a cobertura dos seus poderes, das suas potestades. O deslize do significado do termo *jus* à ideia da potestade caracteriza, na Idade Média, a linguagem da práxis”¹³⁴.

Apesar de todos estes fatos, a teoria jurídica medieval não cunhou o conceito de direito subjetivo e, conseqüentemente, o de direito subjetivo de propriedade. Observa-se nas grandes sínteses jurídicas daquela época a permanência da visão realista e objetiva de Aristóteles, cujo modelo político – que partia da consideração de que a realidade social é cósmica, isto é, naturalmente ordenada – seguia sendo o vigente. Como explica Villey, foi necessária uma mudança de paradigma filosófico para que o *ius* – a coisa atribuída a alguém em razão de justiça – passasse a designar a ideia de poder, de faculdade individual de agir, enfim, de direito subjetivo, cuja espécie primordial viria a ser o de propriedade:

“[T]odos os elencos dos significados da palavra *jus*, redigidos pela escola dos glosadores ou por São Tomás, ignoram o significado de direito subjetivo. Para que esta mudança de sentido, para que *jus* seja definido e integrado em um sistema jurídico novo, requer-se, necessariamente, a ajuda de um filósofo. E, porquanto eu possa valorar as articulações desta vicissitude, creio que o ponto de virada decisivo é constituído por Guilherme de Ockham”¹³⁵.

¹ Costuma-se dividir a história do direito romano em três períodos: antigo (de 753 a.C. – data lendária da fundação de Roma – até meados do século II a.C.), clássico (de, aproximadamente, 150 a.C. a 284 d.C.) e do Baixo Império (de 284 d.C. a 565 d.C.). O direito do período clássico tem como marca distintiva a sua transformação numa arte (de caráter científico, no sentido antigo do termo) coerente e racional, em meio a uma sociedade evoluída e individualista, se comparada a outros povos da mesma época. Os romanistas costumam apontar como razão do êxito deste período a criação de duas fontes do direito especificamente romanas: os éditos dos magistrados e a *iurisprudentia*. Os éditos eram proclamações feitas no início do mandato de um magistrado, com as quais ele criava novas fórmulas processuais que preenchiam as lacunas do *ius civile* (composto pelas leis e pelos costumes) e que adaptavam a vida judicial às transformações sociais por que Roma passava; ficou conhecido, também, por *ius praetorium*, já que foram os pretores (um dos tipos de magistrado) os que mais inventividade demonstraram neste mister. A *iurisprudentia* consistia nas consultas prestadas por especialistas – que aliavam profunda erudição a uma forte experiência prático-judicial – às partes de um processo ou ao juiz, em que eram glosados os textos legislativos, os éditos do pretor e resolvidos os casos lacunosos; tais especialistas eram chamados jurisprudentes ou jurisconsultos; foram – pela abundância de matérias tratadas e pela construção lógica de suas obras – os elaboradores do primeiro sistema científico de direito da história, que influenciou decisivamente o direito europeu a partir da Baixa Idade Média até o início do século XX. Os jurisconsultos deixaram muitas obras escritas – comentários, casuísticas e exposições doutrinárias – que chegaram até nós pelos fragmentos recolhidos no *Digesto* do imperador Justiniano e nas *Instituta* de Gaio; durante os séculos II e III d.C. viveram os principais jurisconsultos: Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino. Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, 2.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, pp. 80-99.

² Alejandro Guzmán Brito, na apresentação da edição que recolheu os estudos de Michel Villey sobre o direito subjetivo, fornece- nos alguns nomes: Mitteis, Koschembar-Likowsky, Pugliese, Betti e Guarino. Cf. “*Presentación*” a VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 13-14.

³ *Idem, ibidem*.

⁴ Em praticamente todas as suas obras, Villey tocou este tema (por exemplo, nas seguintes: **Leçons d’histoire de la philosophie du droit**, Paris, Dalloz, 1.ª ed. 1957, 2.ª ed. 1962; **La formation de la pensée juridique moderne**. Paris: Montchrestien, 1968; **Seize essais de philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 1969; **Critique de la pensée juridique moderne**. Paris: Dalloz, 1976; nos dois volumes de **Philosophie du droit**, vol. I 1975, vol. II 1979 etc.). Nos **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**, encontram-se os artigos que o autor dedicou inteiramente ao direito subjetivo.

⁵ BRITO, Alejandro Guzmán. “*Presentación*” à obra de VILLEY, Michel. **Estudios...**, ob. cit., p. 14.

⁶ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**, vol. I, 13.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 87-90.

⁷ *Idem*, p. 89.

⁸ *Idem, ibidem*. O romanista brasileiro tradu-lo conforme se segue: “Todo direito consiste ou na aquisição, ou na conservação, ou na diminuição, pois se trata de como alguém adquire alguma coisa de outrem ou de como conserva a coisa ou seu direito, ou de como aliena ou perde”.

⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁰ VILLEY, Michel. *Suum jus cuique tribuere*. **Estudios...**, ob. cit., p. 62.

¹¹ VILLEY, Michel. Las instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo. **Estudios...**, ob. cit., p. 99. Acrescentou-se a ênfase.

¹² CUNHA, Paulo Ferreira da. A contemporaneidade jurídica à luz do realismo clássico. **Pensar o direito**. I: do realismo clássico à análise mítica. Coimbra: Almedina, 1990, p. 45.

¹³ *Idem*, p. 46.

¹⁴ Não obstante ter sido a filosofia do Estagirita – dentre todas as do mundo helênico – a que mais moldou a ciência dos jurisconsultos, Villey reconhece também a influência de outras vertentes do pensamento grego: “A ciência jurídica romana, vista nos seus princípios, apresenta-se-nos como um produto da cultura grega. Mas os romanos valeram-se contemporaneamente de diversas escolas: o estoicismo, no qual foi educado, sobretudo, Cícero e ao qual aderiram numerosos juristas clássicos, deixou sobre o direito romano uma feição muito evidente; e também o platonismo não se omitiu em deixar pegadas. Mas, a nosso ver, é da doutrina de Aristóteles que o direito romano, no início do período clássico, recebeu os seus princípios constitutivos e o seu valor excepcional” (VILLEY, Michel. **La formazione del pensiero giuridico moderno**. Milano: Jaca Book, 1986, p. 58).

¹⁵ “Foi tal atitude que possibilitou mais plena vivência do Direito, prevalecendo as exigências de ordem prática sobre as especulativas, levando os romanos, como observa Theodor Viehweg, a preferir esquemas e diretrizes de compreensão do Direito de caráter problemático ou tópico, ao invés das deduções lógicas e sistemáticas” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 14.ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 635)

¹⁶ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., pp. 61-62.

¹⁷ O filósofo espanhol Julián Marías enumera os principais: *Organon* (sobre a Lógica), *Física*, *Do céu*, *Do mundo*, *Da alma*, *Metafísica*, *Ética a Nicômaco*, *Ética a Eudemo*, *Grande ética*, *Poética* e *República*. Cf. MARÍAS, Julián. **Historia de la filosofía**, octava edición. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1956, pp. 59-60.

¹⁸ Cf. VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 36.

¹⁹ Cf. VILLEY, Michel. **Compendio de filosofía del derecho**: definiciones y fines del derecho. Pamplona: EUNSA, 1979, p. 73.

²⁰ Villey esclarece a importância destes dois sentidos destacando que constituem “uma distinção que dominará a história do pensamento dos juristas europeus (tanto que a ideia de Direito foi solidária à ideia de justiça)” (*idem*, p. 74).

²¹ Cf. *idem*, *ibidem*.

²² Neste sentido, OLLERO TASSARA, Andrés. **¿Tiene razón el derecho?** Entre método científico y voluntad política. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996, pp. 271-272: “A partir de um prisma coexistencial, o direito aparece como um modo peculiar de ser-com-os-outros; implica o alcance de uma ordem. Outras atividades humanas (como a economia e a moral) partem dela, mas ela não lhes é essencial; não têm como finalidade preservar essa dimensão associativa do humano. Deste fim específico do direito derivam características peculiares da atividade jurídica: a publicidade, capaz de convertê-la em instrumento de colaboração; uma dimensão imperativo-atributiva, que aponta para um equilíbrio mediante o jogo de direitos e deveres; a heteronomia, desejavelmente baseada numa participação das partes envolvidas que a converta em ‘socioeconomia’; a tipicidade, porque não se contemplam indivíduos particulares, mas diversos status ou tipos de ações capazes de consolidar a convivência; a garantia dos comportamentos, que é algo diverso da confiança própria da moral ou do cálculo distintivo da economia; a coordenação mediante o recurso ao ritualismo...”.

²³ Cf. VILLEY, Michel. **Compendio...**, ob. cit., p. 77.

²⁴ *Idem*, p. 85.

²⁵ *Idem*, p. 80.

²⁶ *Idem*, p. 79.

²⁷ Para ilustrar que a justiça particular é um assunto que deve estar a cargo dos juristas e não dos particulares, Villey põe o exemplo das notas escolares. Cabe ao professor dar ao aluno a nota merecida, ao passo que ao aluno corresponde aceitar a nota que recebeu. Esta é a maneira como um e outro praticam a justiça particular. Passando do pitoresco exemplo ao mundo do direito, o autor conclui que “se não queremos cair na anarquia e na incoerência, a repartição, em um grupo social, só pode competir a um órgão público, ao legislador e ao juiz” (*idem*, *ibidem*).

²⁸ “O Direito visa a *partição dos bens* [...] a missão do Direito é dar, assinalar a cada um o seu. *Suum cuique tribuere*. [...] Fazemos um parêntese: não entendemos muito bem por que esta definição é tão contestada hoje. O que faz o juiz? Tem diante de si uns pleiteantes que se encaminharam a ele porque estão disputando a repartição de bens, de créditos ou de dívidas: um pedaço de terra, uma pensão, o cuidado de um filho, a situação legal do pai de tal criança, tal função pública etc. Despede-os depois de ter indicado a cada um a sua parte, os seus direitos. O *legislador*, que é o guia do juiz na medida em que contribui para a obra do Direito com as suas leis, não faz nada distinto. Aristóteles não fez mais do que descrever a intenção real dos juristas.” (*idem*, pp. 80-81).

²⁹ “Exterioridade – isto deve ficar claro – não quer necessariamente dizer que se trate de uma coisa captável em si mesma, pelos sentidos. Basta que, por ter alguma manifestação exterior, seja objeto de relações humanas e, por isso, capaz de ser captada ou interferida – direta ou indiretamente, imediata ou mediatamente – por outros. Por exemplo, quando falamos do direito de liberdade religiosa é claro que não falamos do ato de fé, como se este, em si mesmo, pudesse ser objeto de apropriação por parte de outros. Mas de modo mediato, pode ser interferido; pode ser interferido nas suas manifestações e a pessoa pode ser objecto de coacções. Em determinados aspectos, a religião exterioriza-se activa ou passivamente, primeiro pelas suas manifestações, segundo pelas possíveis coacções. A crença religiosa pode ser objeto da justiça na medida em que se faz exterior, ainda que em si mesma seja um acto intelectual, que enquanto tal não é captável pelos sentidos.” (HERVADA, Javier. **Crítica introdutória ao direito natural**. Porto: Resjurídica, s.d., pp. 33 e 34).

³⁰ “Indicamos antes [...] que toda atribuição pressupõe um grupo, mas, indubitavelmente, não qualquer grupo. Os sociólogos contemporâneos (sobretudo Tönnies) ensinaram-nos a distinguir a *Gesellschaft* – ou sociedade, na qual existe Direito – e a *Gemeinschaft* – ou comunidade –, na qual o Direito estaria excluído. Esta distinção se encontrava presente, em substância, na teoria do Direito de Aristóteles. [...] Nada mais ambíguo do que o adágio tão repetido: *Ubi societas ibi ius* – a não ser que *sociedade* seja considerada,

neste caso, em um sentido relativamente estrito; e oposto a comunidade. Existem formas de vida comum que normalmente não comportam repartição jurídica dos bens: grupos particulares de amigos, ‘comunidades’ mais ou menos amplas... Um mosteiro franciscano pode, teoricamente, prescindir do Direito e, em parte, até mesmo a própria Igreja cristã. Esta tem, necessariamente, cânones, regras comuns de conduta; mas as regras de conduta não são o Direito em sentido próprio (que é a coisa justa)” (VILLEY, Michel. **Compendio...**, ob. cit., pp. 95-96).

³¹ Cf. *idem*, pp. 80-82.

³² Cf. *idem*, p. 84.

³³ *Idem*, pp. 84-85. Ao mencionar a “virtude da justiça”, não cabe dúvida de que o autor o faz referindo-se ao sentido *geral* desta virtude.

³⁴ “*Presentación*” de Alejandro Guzmán Brito a VILLEY, Michel. **Estudios...**, ob. cit., pp. 16-17.

³⁵ Esta ideia ainda é presente na filosofia do direito italiana contemporânea. Por exemplo, Francesco D’Agostino (La sanzione. **Filosofia del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, pp. 155-156) expressa assim o seu pensamento: “Sendo finalizada à tutela e à promoção da coexistencialidade social, a sanção encontra neste seu fim específico a sua medida intrínseca. Na sua estrutura, a sanção só pode ser retributiva. [...] Só a teoria retributiva garante que, no âmbito da experiência jurídica, a sanção cumpra a sua função, que não é a de tornar os homens melhores ou mais prudentes, ou a de fazer triunfar uma determinada política social, mas tão somente a de garantir a coexistência no modo em que é relevante para o direito (isto é, a coexistência como simetria social) e só com os instrumentos que são próprios do direito”.

³⁶ VILLEY, Michel. **Compendio...**, ob. cit., p. 87.

³⁷ *Apud idem, ibidem*.

³⁸ *Idem, ibidem*. Na página seguinte, o professor francês faz uma importante observação sobre a palavra *ison*: “Esta palavra corre o risco de ser mal compreendida, porque a nossa matemática moderna é muito distinta da da Grécia. Em primeiro lugar, a matemática grega não era tão árida como a nossa; era também uma busca, uma contemplação dessa beleza que reside na ordem cósmica; a descoberta de uma igualdade no mundo não significava lavrar ata de uma simples equivalência de fato entre duas quantidades, mas descobrir nela uma harmonia, o valor do justo, que era parente próximo do valor do belo”.

³⁹ Villey sustenta que as expressões *justiça distributiva* e *comutativa* são traduções errôneas da *Ética a Nicômaco*, pois o “termo empregado por Aristóteles é, via de regra, a palavra neutra *to dikaion*, quer fale do ‘direito político’ [...], quer do âmbito ou extensão do direito” (*idem*, p. 90).

⁴⁰ HERVADA, Javier, ob. cit., p. 40.

⁴¹ Assim, MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991, p. 121: “A justiça distributiva consiste na aplicação de um princípio de merecimento a uma variedade de situações. Mas os princípios de merecimento só têm aplicação em contextos que satisfaçam duas condições. Deve haver algum projeto comum para a realização de cujos objetivos os que são considerados mais merecedores contribuíram mais do que os que são considerados menos merecedores; e deve haver uma visão comum de como tais contribuições devem ser medidas e como as recompensas devem ser classificadas. [...] É um empreendimento que visa à realização do bem humano como tal, e ocupações diferentes e postos públicos diferentes contribuem de modos diferentes e em graus diferentes para esse empreendimento comum. Portanto, essa realização deve ser medida considerando-se a importância do papel ou da posição de algum cidadão particular e como ele o desempenhou”.

⁴² VILLEY, Michel. **Compendio...**, ob. cit., p. 91.

⁴³ HERVADA, Javier, ob. cit., pp. 40-41.

⁴⁴ VILLEY, Michel. **Compendio...**, ob. cit., p. 92.

⁴⁵ Villey explica a correlação que Aristóteles faz entre os setores com as seguintes palavras: “[N]a prática [...] todo assunto concreto representa uma mescla de comutação e de distribuição. Tenho que valorar o salário devido a um sapateiro pelo seu trabalho? A hora de trabalho do sapateiro não vale o que vale a de um

engenheiro. Mais uma vez, vemo-nos obrigados a ter em conta as pessoas. Uma injúria cometida contra o Presidente da República [...] exigirá, para a sua correção, uma pena superior àquela que corresponde a uma injúria feita contra um mendigo. A proporção geométrica é reintroduzida no processo” (idem, p. 93).

⁴⁶ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 42.

⁴⁷ Cf. SOUTO MAIOR, A.. **História geral**, 14.ª ed.. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971, pp. 178-185.

⁴⁸ GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**, 2.ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991, pp. 14-15.

⁴⁹ Cf. *Idem*. **História de Roma**, 11.ª edição. Petrópolis: Vozes, 1991, pp. 262-263.

⁵⁰ Tradução livre: *Seja este, portanto, o fim do direito da cidade: a legítima e prática conservação da equidade nas coisas e nas ações dos cidadãos.*

⁵¹ VILLEY, Michel. **Compendio...**, ob. cit., pp. 104-105.

⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 55.

⁵³ Dizemos “finalidade nuclear” porque no mencionado fragmento – da autoria de Ulpiano – também se afirma que a *iurisprudencia* visa que os cidadãos vivam honestamente (*honeste vivere*) e que não lesem a outrem (*alterum non laedere*). Hoje se sabe que a técnica da definição romana apresentava sempre, em primeiro lugar, o gênero próximo e, em seguida, a diferença específica do objeto conceituado. Desse modo, conforme informa Villey, latinistas contemporâneos têm sustentado que, neste caso, *suum cuique tribuere* é a finalidade específica do direito romano, enquanto *honeste vivere* e *alterum non laedere* designariam finalidades morais. Cf. **Compendio...**, ob. cit., p. 106.

⁵⁴ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., pp. 60-61.

⁵⁵ *Idem*, p. 198.

⁵⁶ *Idem, ibidem*. Cada uma destas expressões (*ius utendi, ius eundi, ius hauriendi, habitatio*) apresenta-se com a palavra *ius* seguida por outra conjugada no gerúndio, cuja função, aqui, é indicar a diferença específica entre os diversos *iura*. A forma que escolhermos para a tradução destas expressões é decisiva para sabermos se estes *iura* são utilidades de uma *coisa* (uma realidade objetiva, portanto) ou um *poder* do *sujeito* a quem estão atribuídos. Tomemos o exemplo do *ius altius tollendi* (direito de acrescentar altura ao prédio) e do *ius non extollendi* (direito de não acrescentar altura ao prédio), que Gaio comenta nas *Institutas*: “Uma simples observação gramatical proporciona a tradução correta: o gerúndio está tomado aqui, não num sentido verbal (haveria, neste caso, um sujeito subentendido e estaríamos perante uma espécie de direito subjetivo); aqui há que traduzir *jus* da *sobre-elevação* ou da *não-sobre-elevação* [...]. Gaio continua a descrição dessas *coisas* que as servidões são: entre dois imóveis, há uma servidão de construção ou de não construção, assim como há servidões de passagem, de água etc. Não abandonamos, pois, o mundo das coisas”. (VILLEY, Michel. *Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo*. **Estudios...**, ob. cit., p. 92). Diante do *ius non extollendi* cabe uma pergunta: se *ius* significasse o moderno direito subjetivo, teríamos que aceitar que os romanos pensaram em um *poder* individual de *não* acrescentar altura ao próprio prédio? Não parece ser assim, pois é muito forçoso admitir que um prédio seja um sujeito de direito. Há também que se advertir que este *ius* é uma desvantagem, um ônus; e uma desvantagem ou ônus nunca pode ser um direito subjetivo. Pensamos ser mais plausível entender que tal *ius* era um atributo, uma qualidade *do prédio*, consistente na proibição de ter a sua altura aumentada em razão de justiça, isto é, na sua relação com os prédios vizinhos.

⁵⁷ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 198.

⁵⁸ *Idem*, p. 202. Para se entender qual o sentido da palavra *ius* aplicado a um campo (*fundus*, que é uma coisa material), fundamental este esclarecimento de Villey (*Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo*. **Estudios...**, ob. cit., p. 92): “A coisa corpórea não é [...] uma coisa puramente material. Cada *fundus* comporta todo um complexo de vantagens diversas, como o uso, a percepção de frutos, a utilização de um manancial, uma possibilidade de passagem. Frequentemente, o conjunto destas vantagens é expresso com os termos *ius fundi*: do mesmo modo que cada pessoa tem o seu estatuto, a sua própria

esfera jurídica (*ius suum*), assim também cada coisa corpórea, cada campo, tem o seu *ius*". Também diante do *ius fundi* cabe uma pergunta: se *ius* fosse o moderno direito subjetivo, teríamos que aceitar que os romanos pensaram em um *poder* individual do *campo*?

⁵⁹ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 198.

⁶⁰ *Idem*, p. 202.

⁶¹ "Presentación" de Alejandro Guzmán Brito a VILLEY, Michel. **Estudios...**, ob. cit., p. 17.

⁶² VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., pp. 197-198.

⁶³ *Idem*, p. 198.

⁶⁴ "Qualquer teoria da *justiça* encerra referências à igualdade; mas todas também fogem em seguida de uma mera equiparação aritmética, para fazer entrar em jogo 'proporcionalidades' e 'semelhanças', nas quais é fácil advertir a entrada em jogo da *liberdade*. Não cabe, por outro lado, determinar tão peculiar igualdade de costas ao pluralismo político, sem que seus ingredientes básicos resultem profundamente afetados. Curiosa justiça aquela cuja realização ignore liberdades elementares ou gere discriminações básicas. Este arrevesado entrelaçamento só faz refletir a complexidade mesma do ser humano. Toda justiça se apoia numa antropologia prévia. Não é possível ajustar o desenvolvimento livre e igual dos homens sem antes partir de um modelo do 'humano'" (OLLERO TASSARA, Andrés, ob. cit., p. 268).

⁶⁵ Cf. GILISSEN, John, ob. cit., p. 74.

⁶⁶ **De monarchia** 2.5., *apud* VILLEY, Michel. Los orígenes de la noción de derecho subjetivo. **Estudios...**, ob. cit., p. 34, nota 25 *in fine*. Eis a avaliação de Miguel Reale acerca da definição dantesca: "O 'divino poeta', além de ter-nos legado a *Divina comédia* [...] deixou-nos obras de Política e Filosofia e, numa delas, referindo-se ao Direito, escreveu estas palavras que devem ficar esculpidas no espírito dos juristas, pela apreensão genial daquilo que no Direito existe de substancial" (**Lições preliminares de direito**, 22.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60).

⁶⁷ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**, 2.ª edição revista e atualizada, verbete "direito real". São Paulo: Rideel, 1999, p. 269.

⁶⁸ POTHIER, **Du droit de domaine de la propriété**. In *Oeuvres* (1874), t. IX, p. 101 *apud* VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *ius in re* en el derecho romano clásico. **Estudios...**, ob. cit., p. 104. Em outro artigo da mesma obra (El *jus in re* del derecho romano clásico al derecho moderno, p. 131, nota 7), Villey transcreve a frase de Pothier: "Consideram-se duas espécies de direitos: o direito que temos sobre uma coisa, que se chama *jus in re* ...".

⁶⁹ Escreveu este jurista: "Os direitos reais existem diretamente em proveito de uma pessoa sobre uma coisa: por isso, são chamados *jura in re*". *Apud* VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. **Estudios...**, ob. cit., p. 104.

⁷⁰ RIGAUD. **Le droit réel: histoire et théories**, p. 61, 63, n. 3 afirma que se o jurisconsulto Gaio utiliza em seus escritos a expressão *ius in re*, isto "autoriza a pensar que os romanos conheceram a noção geral e científica de direito real", *apud* VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. **Estudios...**, ob. cit., p. 104.

⁷¹ V. por todos COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade disponível em www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1.htm/ (acesso em 02/07/2003), p. 4. Ao tratar das transformações funcionais da propriedade privada na era contemporânea, começa o autor dizendo que, não obstante ter sido este instituto protegido pelo movimento do constitucionalismo liberal, o objeto da garantia constitucional da propriedade foi alterado a partir de fins do século XIX, época em que se inicia um novo modelo sócio-econômico. E continua: "Doravante, a proteção da liberdade econômica individual e do direito à subsistência já não dependem, unicamente nem principalmente, da propriedade de bens materiais, *segundo o esquema do jus in re*, mas abarcam outros bens de valor patrimonial, materiais ou imateriais, objeto ou não de um *direito real*" (as duas ênfases foram acrescentadas).

⁷² Cf. VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. **Estudios...**, ob. cit., p. 107.

⁷³ *Idem, ibidem*, nota 13 bis (do tradutor da obra ao castelhano). Na nota seguinte (14), o autor esclarece que a expressão *ius in rem* foi utilizada em dois textos clássicos (D. 4.2.13 e D. 48.7.7), interpolados pela equipe encarregada por Justiniano para preparar o que depois recebeu o nome de *Corpus iuris civilis*, e também por Ulpiano, em D. 32.20, no sentido de execução em espécie a propósito de legados (*ius in ipsam rem*). Mas, em nenhum deles – afirma o jurista francês – retrata a noção de direito real.

⁷⁴ *Idem*, p. 106. Conforme se explica na nota 10 desta mesma página, o *ager vectigalis* era a terra pública, ou do povo romano, que era entregue em arrendamento por longo prazo a particulares mediante uma renda fixa, chamada *vectigal*.

⁷⁵ Se tomarmos como referência de direitos reais sobre coisa alheia a relação dos direitos reais fornecida pelo art. 1.225 do Código Civil brasileiro de 2002, observaremos que somente os institutos romanos do usufruto e da superfície se encaixam nela. O penhor romano inserir-se-ia na categoria moderna dos direitos reais de garantia e o *ager vectigalis* não encontra correspondente moderno. Além disso, o sistema jurídico do período clássico de Roma também possuía, por exemplo, os institutos das servidões (*servitutes*), do uso (*usus*) e da habitação (*habitatio*), também elencados no referido artigo de nossa Lei civil; mas eles não eram espécies do *ius in re*.

⁷⁶ *Apud* VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. **Estudios...**, ob. cit. na nota 63, p. 104. Poderíamos traduzi-la do seguinte modo, a partir da tradução castelhana: “Aqueles que estão ausentes de boa fé não perdem o seu direito acerca da estipulação de dano temido, mas ser-lhes-á concedido, quando regressarem, a faculdade de dar caução conforme o que é bom e justo, quer sejam eles os proprietários, quer tenham algum direito na coisa, como é o caso do credor pignoratício, do usufrutuário e do superficiário”. O *ager vectigalis* aparece em D. 10.1.8.

⁷⁷ *Idem*, pp. 107-108.

⁷⁸ *Idem*, p. 123.

⁷⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 402.

⁸⁰ É importante frisar o adjetivo *moderno*, pois, na doutrina jurídica contemporânea, grande parcela dos autores entende que o direito subjetivo de propriedade tem um conteúdo estrutural ou econômico, composto pelas faculdades de uso, gozo e disposição, e um conteúdo funcional, voltado a conciliar o domínio da coisa com as circunstâncias socioeconômicas de seu entorno.

⁸¹ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 567, nota 23.

⁸² *Apud* VILLEY, Michel. Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo. **Estudios...**, ob. cit., p. 77. Tradução livre a partir do castelhano: “Toda a arte do direito de que fazemos uso refere-se às pessoas, às coisas ou às ações”.

⁸³ “Trata-se do mundo percebido por um jurista, cujo olhar situa cada coisa em seu lugar em razão de justiça” (*idem*, p. 79).

⁸⁴ V. o esquema gráfico da p. 76 da obra referida na nota anterior.

⁸⁵ O esquema de Gaio está em perfeita consonância com a célebre definição de Ulpiano: “A jurisprudência é a ciência das coisas divinas e humanas”.

⁸⁶ Como a “obrigação” pode ser uma coisa? É que o direito romano clássico “coisifica”, por assim dizer, a relação entre duas pessoas; dito de outro modo: a *obligatio* é a relação entre duas pessoas vista pelo prisma científico do direito (*Obligatio est vinculum iuris, quo necessitate adstringimur: “a obrigação é o vínculo jurídico pelo qual somos compelidos”, diz a célebre definição de Gaio*). A dificuldade de entendermos o instituto da obrigação como uma coisa se explica por dois motivos: 1) o conceito de “coisa” do direito moderno é diferente do conceito de “res” do direito romano (fala-se disto mais adiante) e 2) a fonte de uma obrigação contratual, no direito moderno (o direito subjetivo de crédito), é, normal e necessariamente, o acordo das vontades de duas pessoas, enquanto que no direito romano a obrigação

originada de um contrato poderia advir tanto da entrega da coisa (como no contrato de mútuo), como das palavras (como na *stipulatio*), dos escritos e, finalmente, do acordo de vontades (a compra e venda, por exemplo). A respeito deste segundo motivo, cf. MORAES, Renato José de. **Cláusula *rebus sic stantibus***. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 37-86.

⁸⁷ E isto é um reflexo do que ocorria na vida social da metrópole. Como bem reconhece Michel Villey (**La formazione...**, ob. cit., p. 200), “é óbvio que os romanos conheceram a ideia dos poderes do indivíduo; [...] O mundo romano é pleno de potestades: de *dominia*, de *manus*, de *imperia*, de *potestates*. Não há fumaça sem fogo; é preciso, portanto, reconhecer ao mundo romano – ao menos se o comparamos ao germânico – um *cachet* de individualismo. Roma é um agregado de famílias relativamente pequenas, e na sociedade romana cada chefe de família exercita zelosamente o seu *dominium*, a sua soberania sobre a casa, sobre os domésticos e sobre o patrimônio familiar, e é de se considerar que este poder foi, nos inícios, absoluto”.

⁸⁸ VILLEY, Michel. Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo. **Estudios...**, p. 83. Sobre a distinção entre a *res corporalis* e a noção de “coisa” para o direito moderno, há este comentário muito ilustrativo: “A *res corporalis* merece, de fato, esses longos estudos; é um conceito infinitamente mais pleno de substância que a coisa puramente material dos juristas modernos. Descrição de um *fundus*, estudo de coisas corpóreas: onde está aqui a noção de direito subjetivo?” (*idem*, p. 84).

⁸⁹ Cf. *idem*, p. 83, nota 25.

⁹⁰ Cf. VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. **Estudios ...**, ob. cit., p. 118.

⁹¹ “Interpreta-se a substância como um composto de dois elementos: matéria e forma. Não se trata de duas partes reais que se unem para formar a substância, mas de dois *momentos ontológicos* que a análise pode distinguir na *ousía*. A matéria é aquilo de que está feita uma coisa; a forma é a que faz algo ser o que é. Por exemplo, a matéria de uma mesa é a madeira e a forma, a de mesa” (MARÍAS, Julián. **Historia de la filosofía**, octava edición. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1956, p. 68).

⁹² Tradução a partir da versão castelhana de VILLEY, Michel. Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo. **Estudios...**, ob. cit., pp. 86-87: “Há dois gêneros fundamentais de definições: um, daquelas coisas que ‘são’; outro, daquelas que ‘se compreendem’. Digo que ‘são’ aquelas que podem ser percebidas e tocadas [...]. Que ‘não são’, aquelas que, pelo contrário, não podem ser tocadas nem mostradas, mas que podem ser percebidas e compreendidas pela alma [...]. As quais não têm corpo algum que as sustente, mas que são um certo conceito gravado e impresso na inteligência, que denomino ideia”.

⁹³ *Idem*, p. 89.

⁹⁴ Tradução a partir da versão castelhana em *idem*, p. 90: “[C]omo a herança, o usufruto, as obrigações contraídas de qualquer modo; e não importa que haja coisas corpóreas numa herança: pois também os frutos percebidos do campo são corpóreos, e aquilo que nos é devido em virtude de uma obrigação é, na maioria das vezes, corpóreo, como um campo, um escravo, o dinheiro: desse modo, o próprio direito da sucessão, o próprio direito do uso e gozo e o próprio direito da obrigação são incorpóreos; na mesma linha estão os direitos dos prédios rústicos e urbanos, também denominados servidões”.

⁹⁵ *Apud idem*, p. 87. Na nota 35 da mesma página, Villey transcreve o trecho com que Fleury inicia a exposição das coisas incorpóreas. Por se tratar de uma exposição paradigmática do sistema jurídico moderno, é aqui reproduzida: “As coisas incorpóreas, que nós chamamos direitos, porque só subsistem pela vontade dos homens que convieram para a sua comum utilidade de que quem tivesse feito tal ação teria razão de se apropriar de tal coisa, esses direitos, digo, são de duas maneiras: reais e pessoais. Os direitos reais são os que fazem que algo nos pertença ou nos sirva [...]. Dizemos que uma coisa nos serve quando tiramos alguma utilidade [...] e, então, esse direito se chama servidão, e o direito daquele a quem a coisa pertence se chama propriedade [...]. A propriedade ainda é, entre nós, de duas classes: útil e direta”.

⁹⁶ É o teor de *Institutas* 4.3 (*apud idem*, p. 86, nota 33): “*In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod*” (há ação real quando pretendemos que uma coisa corpórea ou um direito nos pertence).

⁹⁷ Esta passagem do *Digesto* é a mesma utilizada por Pugliese como demonstração de que os juristas romanos conceberam a noção científica de direito subjetivo.

⁹⁸ Cf. VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. *Estudios...*, ob. cit., p. 115.

⁹⁹ *Apud* VILLEY, Michel. Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo. *Estudios...*, ob. cit., p. 93. Tradução a partir da versão castelhana: “Só aquele que tem o direito do uso e da percepção dos frutos pode pretender ter o usufruto. O dono do campo, porém, não pode pretendê-lo, porque aquele que tem a propriedade não tem por separado o direito do uso e da percepção dos frutos, uma vez que não se pode ter servidão sobre o seu próprio campo”. Na p. 116, Villey esclarece que o *ius utendi fruendi* era considerado uma espécie de servidão pessoal.

¹⁰⁰ Cf. VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. *Estudios...*, ob. cit., p. 118. Por isto, julga-se que a tradução de *ius in re* mais acorde com o espírito científico do direito romano é “direito do uso e do gozo de uma coisa”, não “direito de usar e de gozar de uma coisa”.

¹⁰¹ Cf. idem, p. 112, nota 27. Nesta nota, depois de mencionar 16 passagens do *Digesto*, informa: “Em todos estes textos, o regime dos *jura* se opõe ao das *res corporales*, objetos de domínio”. Há alguns poucos textos em que a palavra *dominium* se aplica a *jura*: D. 7.6.3 e 43.24.15.8 (*dominium usufructus*); D. 4.28.5.49 (*dominium hereditatis*). Tal fato não parece impedir afirmar que – sob uma análise atenta – *dominium* e *ius* eram conceitos incompatíveis. Os vetustos textos dos juristas do período clássico eventualmente apresentam aparentes contradições, o que não deve causar-nos surpresa, pois, como ensina Renato José de Moraes (Cláusula *rebus...*, ob. cit., p. 38, nota 2), “quando se trata de dividir o direito romano em períodos e fases distintas, dentro das quais haveria uma espécie de consenso sobre determinados institutos, está-se sempre fazendo abstrações e cortes na realidade. Na verdade, entender o que foi o direito romano em determinado instante histórico é hoje tarefa extremamente difícil. Isto se explica pelo fato de o *Digesto*, a principal fonte sobre a jurisprudência romana, consistir em uma obra na qual estão misturados textos de autores diversos, que escreveram com diferenças de centenas de anos entre si, sendo recolhidas tanto opiniões minoritárias quanto majoritárias. Junte-se a isto as interpolações, levadas a cabo pela equipe de Triboniano, que muitas vezes modificaram o sentido original de passagens importantes, e se percebe a dificuldade para chegar a uma conceituação segura do direito romano clássico ou pós-clássico. Daí as freqüentes polêmicas que, entre os romanistas, dificilmente proporcionam resultados definitivos. Contudo, isso não impede atingir conclusões plausíveis que estejam suficientemente próximas da verdade histórica e capazes de possibilitar embasamento com relativa segurança”.

¹⁰² Cf. VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. *Estudios...*, ob. cit., p. 116.

¹⁰³ VILLEY, Michel. Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo. *Estudios...*, ob. cit., p. 98.

¹⁰⁴ VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. *Estudios...*, ob. cit., pp. 116-117.

¹⁰⁵ VILLEY, Michel. Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo. *Estudios...*, ob. cit., p. 98.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁷ *Idem*, pp. 96-97.

¹⁰⁸ Em Roma, uma pessoa poderia comprar ou receber em legado um campo com o usufruto retido (*fundus deducto usufructo*). Esta situação aparece em uma carta que Cícero envia a seu irmão Quinto (*ad Quintum Fratrem* 3.1.3), dando a notícia de que havia encontrado um campo de excelente qualidade, fértil e com numerosos mananciais de água. Desse modo, propõe ao irmão uma operação economicamente vantajosa: *aqua dempta et eius aquae iure constituto et servitute illi imposita tamen nos pretium servare posse si vendere vellemus* (retida a água, tendo sido constituído sobre ela um direito e tendo sido imposta uma servidão a tal campo, podemos conservar o preço, se é queremos vender). Cf. VILLEY, Michel. Acerca del sentido de la expresión *jus in re* en el derecho romano clásico. *Estudios...*, ob. cit., pp. 118-119.

¹⁰⁹ VILLEY, Michel. Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo. In *Estudios...*, ob. cit., p. 98. Acrescentou-se a ênfase.

¹¹⁰ *Idem, ibidem.*

¹¹¹ *Idem*, pp. 96-97.

¹¹² *Idem, ibidem.*

¹¹³ Alguns dos mais destacados romanistas contemporâneos já admitem, ao menos, que os jurisconsultos não definiram o direito subjetivo de propriedade. Juan Iglesias, por exemplo, afirma que “os juristas clássicos não nos legaram uma definição da propriedade” já que “não teria sido coisa fácil condensar em uma fórmula os elementos essenciais de um direito ao qual se concebe com a maior liberdade possível, de modo que a atividade e a iniciativa individuais possam discorrer dentro de caminhos largos” (**Derecho romano: historia e instituciones**, undécima edición, revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994, p. 229). Moreira Alves completa o argumento precedente esclarecendo que só “a partir da Idade Média é que os juristas, de textos que não se referiam à propriedade, procuraram extrair-lhe o conceito”. Muito interessante notar que foi a partir da leitura de um “fragmento do *Digesto* (V, 3, 25, 11), sobre o possuidor de boa-fé, [que os juristas pós-romanos] deduziram que a propriedade seria o *jus utendi et abutendi re sua* (direito de usar e de abusar da sua coisa)” (**Direito romano...**, ob. cit. na nota 79, p. 282). Também poderíamos recordar o testemunho de Vandick L. da Nóbrega: “Não encontramos nas fontes romanas uma definição da propriedade e, segundo Schulz, os juristas clássicos nunca procuraram estabelecê-la” (**Compêndio de direito romano**, vol. II, 8.ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, p. 54)

¹¹⁴ Citem-se umas palavras mais para reforçar esta tese: “[A] definição do direito absoluto de propriedade do art. 544 do Código Civil francês foi elaborada pelos *romanistas*, isto é, pelos juristas europeus que mantiveram por séculos o hábito de falar latim; mas isto não comporta, de forma alguma, que esta definição esteja presente no direito romano antigo. [...] Pelo que sei, nem a ideia de propriedade ‘à romana’, nem, em geral, a de ‘direito subjetivo’ fizeram parte da cultura jurídica clássica, e não consigo, aliás, encontrar os termos que teriam sido, então, capazes de exprimir adequadamente estes conceitos” (VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 200).

¹¹⁵ Neste sentido, interessantes as seguintes observações de Mário Curtis Giordani (**Iniciação ao direito romano...**, ob. cit., p. 34): “O cunho dado à propriedade romana como *senhoria absoluta*, como poder independente, como ato de verdadeira soberania do *paterfamilias*, não constitui uma característica nítida de individualismo? De Martino considera esse cunho, essa marca, não como uma exasperação individualística, mas antes como ‘afirmação da autoridade do *pater*, isto é, de um grupo étnico autônomo’, e cita Bonfante que procura demonstrar ‘que quando necessidades gerais e absolutas da coexistência social o exigiram, também a propriedade romana tolerava limites’. Refutando a opinião muito difundida que acusa o condomínio romano de extremo individualismo, De Martino observa que o princípio do *jus prohibendi*, usado no Direito Romano – direito de veto de um condômino em relação à atuação de outro condômino – não é menos eqüânime e social que o princípio da maioria. Este, ao contrário, ‘é mais francamente individualístico porque dá aos mais fortes um poder quase tirânico contra os fracos, isto é, contra os menores e mais modestos interesses’”.

¹¹⁶ VILLEY, Michel. **Direito romano**. Porto: Resjurídica, s. d., p. 131.

¹¹⁷ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 202.

¹¹⁸ *Idem*, pp. 198-199.

¹¹⁹ *Idem*, p. 199.

¹²⁰ A expressão latina da fórmula aristotélica aparece na **Suma de teologia** (parte primeira, questão 16, artigo 3) de Tomás de Aquino.

¹²¹ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 199.

¹²² Este juízo – é preciso deixar claro – não é *de valor*. Sobre a diferença entre a visão romana e a moderna não cabe dizer, em princípio, qual é a melhor ou pior. Como precisa Michel Villey (Los orígenes de la noción de derecho subjetivo. **Estudios...**, ob. cit., p. 42, nota 41), “trata-se de uma simples diferença de visão científica e não, certamente, de uma superioridade moral. Render culto à justiça (Ulpiano, D. 1.1.1.: “*justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemus*” [rendemos culto à justiça e professamos o

saber do bom e do equitativo]) não exige do teórico mais desinteresse do que o estudo dos direitos subjetivos do indivíduo. Sem falar que, neste sistema de pensamento, também se busca afastar-se de servir o interesse dos particulares”.

¹²³ “Foram os romanistas modernos que deformaram a linguagem romana e que deram uma etiqueta jurídica à potestade, definindo o seu conteúdo, pondo na conta do direito o seu pretense absolutismo e, enfim, modelando o direito subjetivo de propriedade colocando-o no lugar do informe *dominium* romano. [...] E também pode se pensar que os romanistas se enganaram ao fazerem do *dominium* um verdadeiro e próprio direito de absoluta potestade sobre a coisa, dado que se viu depois que a prática jurídica foi rapidamente constrangida a dar marcha ré e utilizar como antídoto aquele dúbio expediente do ‘abuso de direito’” (Villey, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 202).

¹²⁴ VILLEY, Michel. Las instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo. **Estudios...**, ob. cit., p. 75.

¹²⁵ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 204.

¹²⁶ *Idem, ibidem.*

¹²⁷ “Como antes da época das grandes migrações, o direito dos povos germânicos permanece sobretudo tendo como base o costume [...] houve provavelmente um grande número de costumes locais que sobreviveram do período anterior às invasões germânicas [...] Alguns dentre eles podem ter sido muito antigos porque remontariam à época que precedeu a ocupação romana da Gália (costumes célticos, costumes pré-célticos, costumes ‘ligurianos’)” (GILISSEN, John, ob. cit., p. 17).

¹²⁸ “A corte carolíngia nunca possuiu o fausto e o esplendor da vida cortesã da Roma Imperial ou de Bizâncio. No entanto, Carlos Magno, apesar de ser um homem rude e de pouca instrução, fez funcionar pela manhã, em seu próprio palácio, uma escola que servisse de modelo, a *escola palatina*, que era freqüentada por sábios e poetas, entre os quais se destacaram o sábio e teólogo anglo-saxão Alcuíno, o historiador franco Eginhard e o historiador lombardo Paulo Diácono” (SOUTO MAIOR, A., ob. cit., pp. 218-219).

¹²⁹ “No que diz respeito ao direito natural, Santo Tomás segue principalmente o pensamento de Aristóteles. Não quero dizer que simplesmente o reproduz. [...] A doutrina tomista, em primeiro lugar, é mais bem ordenada e coerente do que a aristotélica; além disso, os seus fundamentos reportam-se ao neoplatonismo, a Cícero, a Ulpiano, à Bíblia, a Santo Agostinho. Sabemos que Tomás não é adepto de nenhuma escola, mas pretende conciliá-las todas. Porém, no conjunto ele segue, em relação ao direito natural, o esquema aristotélico e, por conseguinte, podemos adotar para as duas doutrinas a mesma ordem de exposição” (VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit. na nota 87, p. 204).

¹³⁰ “A obra dos glosadores foi ampliada e aperfeiçoada pelos pós-glosadores. Esses juristas admiráveis, que construíram um edifício majestoso e duradouro, usaram de complicadas figuras lógicas para a análise do direito romano e influenciaram, ao contrário de seus antecessores, na aplicação prática do direito de sua época. Os pós-glosadores surgiram em uma época de autêntico apogeu cultural: são contemporâneos de Dante, Petrarca, Giotto, e apenas um pouco posteriores a Santo Tomás de Aquino e São Boaventura, pontos culminantes da escolástica medieval” (MORAES, Renato José de, ob. cit., p. 50).

¹³¹ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., pp. 204-205.

¹³² *Idem*, p. 205.

¹³³ “A escola de direito propriamente dita [...] nasce em Bolonha e faz ali a união entre o direito justinianeu e a ferramenta intelectual da filosofia grega. Faz isto com a consciência da importância que o discurso jurídico vinha adquirindo, especialmente pelo seu papel central na disputa política pela jurisdição, pela centralização progressiva do poder que acontecia na Europa ocidental” (LOPES, José Reinaldo de Lima, ob. cit., p. 114).

¹³⁴ VILLEY, Michel. **La formazione...**, ob. cit., p. 205.

¹³⁵ *Idem*, p. 206. Para a compreensão da gênese e da consolidação da noção técnica de direito subjetivo de propriedade a partir do pensamento de Guilherme de Ockham, vide BONALDO, Frederico. **Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade**: uma leitura à luz da história do pensamento jurídico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, pp. 107-135.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Vol. I, 13.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BONALDO, Frederico. **Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade**: uma leitura à luz da história do pensamento jurídico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade, disponível em www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato.1.htm/ (acesso em 2 de julho de 2003).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o direito**. I: Do realismo clássico à análise mítica. Coimbra: Almedina, 1990.

D'AGOSTINO, Francesco. **Filosofia del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, 2.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma**, 11.ª edição. Petrópolis: Vozes, 1991.

_____. **Iniciação ao direito romano**, 2.ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**, 2.ª edição revista e atualizada. São Paulo: Rideel, 1999.

HERVADA, Javier. **Crítica introdutória ao direito natural**. Porto: Resjurídica, s. d..

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**: historia e instituciones, undécima edición, revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.

MARÍAS, Julián. **Historia de la filosofía**, octava edición. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1956.

MORAES, Renato José de. **Cláusula *rebus sic stantibus***. São Paulo: Saraiva, 2001.

NÓBREGA, Vandick L. **Compêndio de direito romano**. Vol. II, 8.ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.

OLLERO TASSARA, Andrés. **¿Tiene razón el derecho?** Entre método científico y voluntad política. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 14.ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Lições preliminares de direito**, 22.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOUTO MAIOR, A. **História geral**, 14.ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

VILLEY, Michel. **Compendio de filosofía del derecho**: Definiciones y fines del derecho. Pamplona: EUNSA, 1979.

_____. **Direito romano**. Porto: Resjurídica, s. d..

_____. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

_____. **La formazione del pensiero giuridico moderno**. Milano: Jaca Book, 1986.