

RES CORPORALES, RES INCORPORALES E O PROBLEMA DO DIREITO
SUBJETIVOGiovanni Pugliese¹Tradução de Douglas Estevam²**Resumo**

Esta é a tradução de um artigo do professor Giovanni Pugliese publicado em 1953, num estudo em homenagem aos quarenta e cinco anos de magistério do professor Vincenzo Arangio-Ruiz. Trata-se de um estudo polêmico que contradiz as conclusões do professor Michel Villey sobre o direito subjetivo na doutrina romana. Tal controvérsia alimenta a filosofia do direito até os dias de hoje, apesar de as opiniões do professor francês serem mais disseminadas no Brasil do que as suas autênticas objeções. Desse modo, este trabalho tem por escopo reacender essa discussão na academia lusófona, cuja herança intelectual ainda faz escola mundo afora. Confrontando a história romana, sua extensa legislação, a doutrina clássica de seus juristas e as opiniões dos historiadores sobre esse patrimônio civilizacional, o professor italiano rebate duramente todos os argumentos que Villey alega para afirmar que os romanos desconheciam o direito subjetivo. Ao fim e ao cabo, o artigo sepulta todas as ponderações em contrário e demonstra a riqueza do direito romano ao longo de tantos séculos. Ademais, a tradução desse estudo em língua portuguesa é um contributo para futuras pesquisas na ciência jurídica, que em solo brasileiro ainda precisa de recobrar sua imensa dimensão humanística.

Palavras-chave: Direito Subjetivo; Direito Romano; Filosofia Do Direito; Michel Villey; Giovanni Pugliese.

O problema do direito subjetivo, sobre o qual já dediquei uma obra³, é constantemente reproposto ao jurista. É verdade que os conceitos jurídicos são questões de revisão constante - e isso não poderia deixar de ser verdade a menos que se deixasse de pensar⁴ - e quanto mais revisões se afiguram necessárias para o seu conceito, formulado não apenas por um único autor, revela-se já insuficiente para expressar seus múltiplos e diferentes

¹ Doutor em direito pela Universidade de Roma. Professor na Universidade de Milão. Professor de direito romano da Universidade de Roma. Professor visitante nas Universidades de Pádua, Istambul e na Louisiana State University. Membro das Academias de Ciências de Roma, Turim, Modena e Milão e doutor honorário das faculdades de direito das Universidades de Bordeaux e Göttingen. E-mail: mpbaccari@gmail.com

² Bacharelado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Técnico em Mecânica pelo Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – CEFET/RJ, já participou de projeto de pesquisa na graduação relacionado à Hermenêutica Filosófica nas Decisões Judiciais, cujo trabalho de conclusão foi publicado em livro sob o título “Linguagem, Hermenêutica e a necessidade de revisitar Heidegger”. Também já dissertou sobre a temática histórica dos Direitos Fundamentais em artigo intitulado “Deus meum jus”, e hoje realiza pesquisas na área de Direito Privado e Filosofia do Direito. Email: douglasestevam@hotmail.com.

³ PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milão: Editora Giuffrè, 1939.

⁴ A necessidade de revisão contínua dos conceitos não deprecia seu valor acadêmico nem significa que estejam tão somente ligados apenas ao direito positivo. Esse problema, que guarda posições apaixonadas, está fora de escopo deste estudo.

aspectos, sendo até mesmo contingente para os fundamentos da ciência jurídica, no que diz respeito ao sujeito. Qual importância se deve atribuir a essa insuficiência, ainda não se pode estabelecer. Certamente é fácil constatar que em todos os tempos se tem chamado de direito situações subjetivas tão diferentes, que parece sem esperança o esforço de reagrupar tudo sob um mesmo conceito e legitimar a dupla tentativa, não raro concebida pela doutrina, de distinguir entre aqueles capazes de assumir uma classificação técnica do direito subjetivo dentre inúmeras categorias (por exemplo: faculdade ou poder de crédito) ou de considerar o direito subjetivo como uma noção nem tão rigorosa que abarque, como um caldeirão, diversos elementos afins, em vez de uma definição estrita⁵.

Mas ainda não é o momento de se aprofundar nesses pontos da teoria geral⁶. A tarefa a que me propus é mais restrita e, ao mesmo tempo, tem mais a ver com a ocasião deste escrito: a celebração de Vicente Laranja-Rui como grande romanista e papirologista, que soube reunir numa síntese rara e preciosa o direito em seu sentido histórico, trazendo ao debate a objetividade esclarecedora da visão historiográfica e dando bases para a reconstrução de institutos antigos, além da reconstituição de documentos lacunosos, em seu sólido fundamento lógico nos princípios do direito. Pretendo, portanto, limitar meu estudo somente ao terreno romanístico, reexaminando sucintamente o problema do direito subjetivo à luz de uma série de contribuições dedicadas à pesquisa do jovem estudioso Villey⁷.

O interesse nessas contribuições reside no fato de ele não propor um novo conceito de direito subjetivo, nem pretender demonstrar que os romanos haviam-no sistematizado de modo próprio as situações jurídicas subjetivas, diferentemente do moderno, mas sim negar categoricamente que os romanos tiveram qualquer ideia de um direito subjetivo, isto é, uma concepção da realidade jurídica do ponto de vista do sujeito. Assim, Villey não encontra dificuldade em criticar minha abordagem sobre o assunto, e argumenta que é vão qualquer

⁵ A tentativa mais séria nesse sentido é o trabalho recente de GUARINO, Giuseppe. *Potere giuridico e diritto subiettivo*. Nápoles: Editora Jovene, 1949; mas não se pode esquecer das contribuições anteriores: DE RUGGIERO, Roberto. *Istituzioni di diritto civile*, volume I. Messina: Editora Principato, 1926. Página 193 e seguintes; RAVÀ, Adolfo. *Istituzioni di diritto privato*. Pádua: Editora Cedam, 1937. Página 27 e seguintes; LEVI, Alessandro. *Istituzioni di teoria generale del diritto*. Pádua: Editora Cedam, 1935. Página 77 e seguintes (ainda do mesmo autor e seguindo a mesma linha: LEVI, Alessandro. *La teoria generale del diritto*. Pádua: Editora Cedam, 1950. Página 266 e seguintes); além de NATOLI, Ugo. *Il diritto soggettivo*. Milão: Editora Giuffrè, 1943. Devo reconhecer que, quando me ocupei de tais problemas em PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milão: Editora Giuffrè, 1939. Página 54, nota 1; página 256, nota 2, não lhos dei o devido valor, iludido pela necessidade de uma definição rigorosa que girasse em torno de algum elemento essencial comum a todas as espécies concretas.

⁶ Uma revisão de minhas ideias sobre o direito subjetivo e situações afins, à luz de novas contribuições doutrinárias (especialmente a partir da primeira edição de CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma: Editora Foro Italiano, 1940; VASSALLI, Giuliano. *La Potestà punitiva*. Turim: Editora Utet, 1942; GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale*. Milão: Giuffrè, 1942) estava praticamente completa há dez anos. Contudo, meus manuscritos se perderam durante a guerra e, em razão de outros projetos, não me senti mais disposto a retomar a questão.

⁷ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. Revue Historique de Droit français et étranger, vol. 24, página 201 e seguintes, 1946-1947; VILLEY, Michel. *Du sens de l'expression jus in re en droit rom. classique*. Mélanges De

questionamento acerca das relações entre a ação e o direito subjetivo no direito romano⁸. Tampouco a posição do Villey é isolada, já que não foi ele quem a desenvolveu e, se me é permitido dizer, foi além das ideias de seu próprio mestre, Monier, que, de fato, é citado sem qualquer reserva em trabalhos posteriores⁹, que também recebeu uma adesão entusiasmada na Itália por parte de Albanese¹⁰. De qualquer modo, mesmo que fosse exclusiva, ainda assim, a concepção de Villey mereceria um sério escrutínio.

Começemos com uma premissa metodológica: é um dado incontroverso que os juristas romanos não elaboraram um conceito de direito subjetivo, assim como também não definiram o que era a norma, o ordenamento, o ato, o negócio, a sanção e, em geral, todos os conceitos que hoje compõem a teoria geral. E mesmo que, em vão, procurássemos nas fontes (que puderam chegar até nós) a definição de figuras tipicamente utilizadas pelos romanos, como o contrato, o legado, a servidão, ou se buscarmos uma definição de obrigação, de testamento ou de ação, por exemplo, que pertenceram ao auge da época clássica, se ela não for objeto de debate, será, então, marcada pela imprecisão terminológica¹¹. Dentre os sobressaltos da atividade teórica dos juristas romanos, um é bem pacífico e conhecido: a escassa propensão para conceituar e definir, como se os conceitos e seus corolários fossem dedutíveis pelo leitor a partir do conjunto de soluções práticas adotadas ou propostas. Mas isso não significa que hoje os romanistas estejam impedidos de estudar e discernir aquela realidade jurídica por meio de conceitos forjados posteriormente, ou que não possam averiguar se os conceitos são compatíveis com aquela realidade e como isso se dá, ou ainda como tais conceitos podem ser úteis para exprimir aquela realidade e se isso seria válido.

A legitimidade desse processo cognitivo depende da óbvia distinção entre direito positivo e ciência do direito¹². Tanto o direito positivo quanto a ciência do direito de um dado período histórico são para nós objetos do conhecimento; mas é claro que, ao conhecermos o primeiro, não estamos presos aos resultados que porventura dê o segundo. Como ao contemplar e julgar uma pintura de Rafael ou Jorjão, ninguém pensa que se deva permanecer fiel às técnicas de avaliação de Vasari, assim também não seria racional descrever e reconstruir o direito vigente em Roma durante a época clássica usando somente conceitos e expressões de Gaio, Juliano ou

Visscher II, Bruxelas, página 417 e seguintes, 1949. Já antes ele havia revisado meu artigo: PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Revue Historique de Droit français et étrange, vol. 24, página 125 e seguintes, 1946-1947.

⁸ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. Revue Historique de Droit français et étrange, vol. 24, página 126, 1946-1947.

⁹ MONIER, Raymond. *La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporales et incorporales*, em *Studi in onore di Siro Solazzi*, Nápoles: Editora Jovene, 1948. Página 256, nota 1; Página 362, nota 13.

¹⁰ ALBANESE, Bernardo. *La successione ereditaria in diritto romano antico*, em *Annali Palermo*, 20, página 232 e seguintes, 1949, em que o jovem romanista siciliano quase se lamenta por Villey haver professado mais explicitamente e com mais propriedade o que ele mesmo pretendeu sustentar (página 234, nota 1). Contudo, severamente crítico quanto à revisão do segundo estudo de Villey feita por GROSSO, Giuseppe, em IVRA, *rivista internazionale di diritto romano e antico*, página 317 e seguintes, 1950.

¹¹ Para todos os efeitos, consulte-se SCHULZ, Fritz. *I principi del diritto romano*, traduzido por Vincenzo Arangio-Ruiz. Florença: Editora Le Lettere, 1946. Páginas 37 a 42.

Pompônio.

Sem dúvida, as conexões entre o direito positivo e a ciência do direito são muito mais próximas e intercambiáveis do que entre a arte e a estética, entre a poesia e a crítica literária, ou mesmo entre os fenômenos naturais e a física, a astronomia ou a geologia. De fato, a ciência do direito não só influencia a existência futura do direito positivo, por meio legislativo (em sentido lato), mas participa também de sua formação, reexaminando e formulando princípios, deduzindo as regras particulares de determinados princípios, e construindo conceitos capazes de serem traduzidos em cânones hermenêuticos que sejam observados na solução dos casos¹³. Se se considerar que ainda hoje a ciência do direito provoca consequências de caráter normativo sob certos aspectos, tanto mais essa influência deve ser reconhecida na época romana. Mas isso também não significa que os romanistas devam reconstruir o direito romano somente através de ideias e visões dos juristas da época. É verdade que, no que tange ao direito romano, deve-se também ter em conta a contribuição da jurisprudência, que substituiu ou integrava o ponto de vista dos juristas romanos; daí a necessidade de se constatar se eles tiveram ou poderiam ter valor, e quantas vezes isso influenciava a lei.

No fundo, esta cautela na ciência do direito nada mais é do que um aspecto de outra ainda maior que se recomenda haver para além de seu âmbito científico. É essencial atribuir a esses conceitos um puro valor heurístico, considerando-os assim como meios e instrumentos para o conhecimento, em vez de reputá-los como enunciados verdadeiros em que se enquadra o direito positivo¹⁴, às custas de distorções. Entretanto, conforme estabelecido, não me parece possível negar a legitimidade, antes a necessidade, de se usar termos, expressões e conceitos da teoria geral contemporânea, para verdadeiramente poder compreender e apreciar a estrutura do direito romano, bem como de qualquer outro direito no passado, havendo precisamente aquele sentido de distância que Schulz considera o pressuposto indispensável da consciência histórica.

Se o direito romano tivesse que ser exposto em cada época de sua história só com os conceitos elaborados pelos juristas coetâneos, antes de tudo, limitar-se-ia a exposição somente aos períodos (dois ou três séculos no máximo) cujos juristas conhecemos as obras e alguns conceitos¹⁵, mas, acima de tudo, não seria compreensível nem aos juristas, nem aos bacharelandos, nem talvez aos historiadores, que o direito romano fosse

¹² Cfr. BETTI, Emilio. *Istituzioni di diritto romano I*. Pádua: Editora Cedam, 1942. Páginas VII-VIII.

¹³ Sobre este ponto, restam insuperáveis as contribuições de CAPOGRASSI, Giuseppe. *Il problema della scienza giuridica*. Roma, 1937. Página 129 e seguintes; páginas 197 e seguintes.

¹⁴ Trata-se de um cânón metodológico indiscutível, o que não precisa de ser enfatizado. Todavia, além dos erros inerentes à natureza humana, percebe-se a tendência de vários estudiosos em expor experiências jurídicas distantes da romana, como por exemplo: a grega, a greco-egípcia, a assírio-babilônica e a anglo-saxã, por meio de esquemas advindos do direito romano ou da doutrina romana. Sobre um exame minucioso das deformações conceituais cfr. ORESTANO, Riccardo. *Diritto romano, tradizione romanistica e studio del diritto*, na *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, LXXXVII, página 156 e seguintes, 1950.

¹⁵ Adotando tal rigorismo, resulta ilegítimo estudar o direito romano através das lentes de Carnelutti ou de Kelsen, tanto quanto expor a Lei das XII Tábuas com a dogmática de Quinto Múcio, ou as leis de Teodósio II a partir de Ulpiano.

considerado apenas como um elemento do quadro mais amplo da civilização de Roma. Sem os pontos de contato e os termos comparativos assentados em conceitos que nos são familiares, o direito romano, como qualquer outro direito na História, permaneceria num mundo fechado, desprovido de significado e de interesse. Seria como recitar uma tragédia de Ésquilo no original ante um público sem conhecimento do Língua Grega.

Os conceitos da teoria geral moderna servem precisamente para traduzir o direito romano numa linguagem inteligível. E, se usados com a prudência necessária, tornam-se úteis para enfatizar não apenas o que é comum, mas também o que é peculiar e diferente do nosso direito. De resto, esses conceitos, apesar de formados à luz da experiência moderna, em muito são filhos da tradição romana, não havendo nada além de um valor provisório; enquanto conceitos da teoria geral, eles devem aspirar à dicção duma experiência mais ampla do que a moderna Europa Continental, visando uma experiência global e sempiterna. A adaptação, portanto, que esses conceitos devem sofrer, ao serem aplicados ao direito romano, ou a qualquer direito ao longo da História, não é apenas um expediente sugerido com a referida cautela, mas pode constituir, através do escrutínio a que estão sujeitos, uma contribuição para seu próprio aperfeiçoamento. Em substância, estabelece-se um círculo: da teoria geral moderna para o direito romano, ou para outro direito na História, do direito romano ou de outro direito para a teoria geral¹⁶. E, a partir disso se entende que, querer estudar o direito romano só mediante os conceitos relativamente embrionários dos juristas de seus respectivos períodos históricos, não apenas é se colocar em posição de não poder aprofundar o saber, mas também renunciar aos resultados que porventura frutificariam a partir desse estudo, impedindo o próprio pesquisador, seus colegas de pesquisa e até mesmo os juristas contemporâneos de trazerem contribuições para a teoria geral do direito.

Porém, importa assinalar que não há de fato, independentemente dos cânones metodológicos defendidos, nenhum romanista que não se valha de conceitos nascidos fora do direito romano. E, se se repudia alguns conceitos, mais modernos ou com certa afetação doutrinária, isso só é possível adotando-se outros mais antiquados, ou retirando-os de outra fonte. Os exemplos se por si só se manifestam: quero salientar apenas que nosso Villey, enquanto se propõe a falar diretamente aos juristas romanos, para se referir em geral àqueles entes que a tradição considera como direitos subjetivos, adota a expressão que certamente não é romana: *instituto jurídico*¹⁷, que, embora pareça ser usada num sentido genérico, talvez seja eco de um conceito moderno bem

¹⁶ Sobre este aspecto, são exemplares as lições de GROSSO, Giuseppe. *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*. Turim: Editora Giappichelli, 1949.

¹⁷ Cfr. VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. Revue Historique de Droit français et étranger, vol. 24, p. 209 (as *res divini juris* ou *publicae* não são “des objets de droit subjectif, mais des institutions juridiques objectives”); p. 210 (“la *res* du juriste... est déjà, par elle même, une institution juridique”); p. 216 (“le *jus* est une *res*, c'est-à-dire une institution (*res*) purement abstraite, purement juridique”); p. 223 (“toutes les institutions juridiques objectives, les *res*, les actions, n'ont été...”).

conhecido, mais familiar a Villey do que a qualquer outro, conforme elaborado debaixo das saias de Hauriou¹⁸.

É por isso que eu acredito que a ausência de uma definição ou de um conceito preciso de direito subjetivo nas obras jurídicas romanas não nos impeça de enquadrar essa figura em certos aspectos da realidade jurídica romana, nem de torná-la-lhes inútil, esboçando o problema da relação entre o direito subjetivo e a ação. Deve-se ter em mente, entre outras coisas, que o conceito de direito subjetivo, mesmo para os teóricos modernos, não é claro nem definido: embora seja consenso tratar-se de uma atribuição conferida ao sujeito pelo ordenamento, as opiniões sobre seu conteúdo, os elementos em que é decomponível, a classificação jurídica de tais elementos, sua natureza, além das relações de identidade, diferença, correlação e dependência com a ação, ainda são numerosa e diversificadas. Portanto, a questão não é introduzir um conceito acabado de direito subjetivo no sistema romano, mas examinar os diversos conceitos propostos até agora com base naquele sistema, estabelecendo qual deles é mais adequado e melhor se conforma ao papel de conceito geral, testando as fontes romanas a este respeito, para assim obter algum novo conceito para a correção dos já estabelecidos. Esse era justamente o meu objetivo ao estudar a relação entre a *actio* e o direito subjetivo, e me parece que isso era legítimo e continua sendo¹⁹.

Tal legitimidade só poderia ser contestada se fosse provado que os romanos, além do conceito, nem mesmo tenham conhecido a realidade do direito subjetivo, e que seu ordenamento jurídico nunca tenha conferido ao sujeito alguma atribuição específica. Contudo, isso não é uma hipótese absurda, uma vez que a experiência contemporânea nos permite estabelecer que, num sistema totalitário construído com absoluta coerência, o direito subjetivo nunca encontraria lugar. Mas é claro que isso deve ser demonstrado. Ora, por mais que possamos dar azo às opiniões dos juristas que testemunharam o direito vigente naquele tempo, eu não diria que essa demonstração possa ser dada pelo fato de não terem definido o direito subjetivo nem mesmo por deixarem de designá-lo constantemente por um termo unívoco. Pelo contrário, mesmo que jamais tenham formulado seus institutos jurídicos do ponto de vista subjetivo²⁰, resta saber se seria autorizado deduzir que o ordenamento romano não conferia ao sujeito atribuições que pudessem ser estudadas sob a ótica do direito

¹⁸ Por fim, cfr. HAURIU, Maurice. *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris: Bloud et Gay, 1933. Página 89 e seguintes. Sobre os posteriores desenvolvimentos dessa doutrina cfr. ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Florença: Editora Sansoni, 1945. Página 21 e seguintes; ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Editora Giuffrè, 1947. Página 68 e seguintes. É óbvio que, como se aponta no texto, considerando a instituição como um corpo social para essa doutrina, VILLEY não poderia ter dito isso num sentido impróprio. Contudo, deve-se haver presente a categoria das instituições não personificadas, que Hauriou qualifica como *institutions – choses*.

¹⁹ Outra questão, na qual não se deve adentrar agora, é saber se o trabalho foi suficiente para tanto. A esse respeito, só posso dizer que hoje, naturalmente, escrevê-lo-ia de outro modo.

²⁰ O silêncio dos juristas deve ser entendido como a ausência de prova, e não como uma prova contrária. Uma verdadeira prova contrária seria um enunciado com princípios incompatíveis com o reconhecimento do direito subjetivo.

subjetivo. Por outro lado, o próprio Villey, no fim de seu estudo principal²¹, admite expressamente que as situações hoje indicadas como direitos subjetivos eram conhecidas pelos romanos, embora ele tenha admitido antes o contrário, já que não distinguia o direito positivo de sua construção doutrinária, malgrado os limites e as reservas que de súbito cercam essa admissão, a questão ainda mantém sua importância.

No entanto, não pretendo me restringir isso, nem mover contra Villey uma mera crítica metodológica. Meu interesse é criticar, sobretudo, os argumentos que, segundo ele, demonstrariam o prisma objetivo adotado pelos juristas romanos em se tratando de situações que para nós são subjetivas e, portanto, a ausência da ideia de uma pertinência subjetiva. Parece-me que, através da análise desses argumentos, chegar-se-á a esclarecer de fato em que medida os romanos conceberam atribuições ao sujeito.

O primeiro argumento baseia-se na sistemática das Instituições de Gaio. Embora elas forneçam o ponto de partida para a argumentação a seguir, não pretendo me deter por muito tempo nelas, porque poucos apontamentos são suficientes para reconhecer seu valor probatório.

Sendo indiscutível que os romanos não definiram o direito subjetivo, é óbvio que eles nem sequer delinearam uma classificação para as categorias de direito, nem mesmo se poderia esperar que a sistemática de suas obras fosse centrada numa análise dos direitos subjetivos. Analisando a sistemática gaiana, não se obtém nada a mais do que já se havia: a ausência nas obras romanas de uma classificação ou definição dos direitos subjetivos.

Por outro lado, a revelação dada por Villey é extremamente exagerada, seguindo estudos mais recentes sobre o tema²². Assumindo seu pressuposto argumentativo, deve-se esperar que os juristas modernos, que definem e classificam os direitos subjetivos, também fundamentem suas próprias obras privadas a partir de classificações terminológicas. Em vez disso, basta percorrer os índices de diversos manuais para perceber que as coisas não são bem assim, pois o critério sistemático em que se baseiam oscila entre a análise do direito subjetivo e do direito objetivo, não sem uma digressão sobre pessoas e atos. A partir de meados do século XIX até hoje, os autores seguem este padrão: depois de uma parte geral, mais ou menos ampla e articulada, cujo exame do direito subjetivo e da relação jurídica não representa nada mais que um detalhe²³, tratam de: pessoa (direitos pessoais,

²¹ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. Revue Historique de Droit français et étrange, vol. 24, página 223, 1946-1947.

²² Ele mesmo se cita VILLEY, Michel. *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*. Paris: Editora Montchrestien, 1945, que lamento não ter consultado.

²³ Naturalmente, as obras de teoria geral também são geralmente informadas pelo mesmo critério sistemático: cfr. p. ex. KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tubinga: Scientia, 1911 (Voruntersuchungen. Die objektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes. Die Subjectiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes) (v. também KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e dello stato*. Milão: Editora Comunità, 1952); CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma: Editora Foro Italiano, 1951) (Della funzione del diritto. Della struttura del diritto [Degli elementi giuridici. Dei rapporti giuridici. Dei mutamenti giuridici]); LEVI, Alessandro. *La teoria generale del diritto*. Pádua: Editora Cedam, 1950. (L'ordinamento giuridico. Ciclo vitale del rapporto giuridico). Uma importante exceção: TUHR, Andreas von. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Munique e Lipsia: Duncker & Humblot, 1914, que trata – cumpre ressaltar – apenas da parte geral do direito civil a partir da análise

direito de família ou, às vezes, direitos da personalidade), direitos reais, direito das obrigações (ou direito de crédito), e sucessões²⁴. Como se vê, apenas em matéria de direitos reais a exposição se concentra bastante sobre o direito subjetivo. Mas vários autores, muito atentos ao rigor sistemático, ao todo permanecem fiéis às divisões dadas pela lei, como, por exemplo, Cosak e Enneccerus, que empregavam *Sachenrecht*²⁵, mas preferiam se referir à tradição justiniana nomeando a segunda parte de sua obra como Coisas ou Bens (assim como os franceses)²⁶. Ainda mais significativa é a sistemática do Tratado de Direito Civil Italiano de Vasalli. Assim são os capítulos de sua obra: Pessoa Natural; Pessoa Jurídica; Filiação; Teoria Geral do Negócio Jurídico; Matrimônio e Relações Patrimoniais entre Cônjuges; Usufruto, Uso e Habitação; Servidão Predial; Enfitêuse; Comunhão; Condomínio; Compra e Venda; Comodato, Contrato de Prestação de Serviço; Privilégios Creditórios; e Execução Forçada. Passa-se, portanto, dos direitos subjetivos aos negócios jurídicos, dos contratos aos fatos, e aos procedimentos com a absoluta naturalidade que haviam os juristas romanos em seus comentários ao *ius civile* ou *ad edictum*.

Sem dúvida, outras obras parecem coerentemente se basear numa visão subjetiva do direito: basta recordar-se que Savigny expunha todo o direito privado e o sistema de ações no conjunto de relações jurídicas, enquanto na Itália Candian fazia o mesmo, isto é, levando em consideração a posição dos sujeitos. Contudo, seria um erro enorme supor que apenas esses autores tiveram a noção de direito subjetivo, enquanto outros tenham-na negligenciado ou ignorado. Na melhor das hipóteses, é possível assumir que eles não reconheciam o direito

do direito subjetivo: Die subjektiven Rechte und das Vermögen – Die Personen (quais seriam os titulares de tais direitos) – Die Rechtserheblichen Tatsachen (e quais seriam as causas de aquisição, de modificação e de extinção desses direitos).

²⁴ Na doutrina italiana, cfr. BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. Turim: Editora UTET, 1949 (Parte preliminare. Parte generale. Parte speciale. Diritti della personalità. Il diritto di famiglia. I diritti reali. Il diritto delle obbligazioni. Delle successioni per causa di morte]); MESSINEO, Francesco. *Manuale del diritto civile e commerciale*. Milão: Giuffrè, 1950-1951. (Introduzione. Dottrine generali. Diritti della personalità. Diritto della famiglia. Diritti reali. Diritto delle obbligazioni. Diritto delle successioni per causa di morte. Principi di diritto pr. Internazionale); TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Pádua: Editora Cedam, 1952 (Il diritto privato in generale. I soggetti e il diritto delle persone. La vita dei diritti soggettivi. Il diritto di famiglia. L'impresa e le società. I beni e i diritti reali. I diritti di obbligazione. I principali contratti nominati. Le successioni per causa di morte. Le donazioni); na doutrina francesa, cfr. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Editora Dalloz, 1947 (Introduction. Les personnes et la famille. Les choses ou les biens. Les sources des obligations. Théorie génér. de l'obligation. Principaux contrats usuels. Sûretés personnelles et réelles. Des régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités); PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil français*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950. (Principes généraux. Personnes. Biens. Obligations. Contrats. Sûretés réelles. Régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités); na doutrina alemã DERNBURG, Heinrich. *Lehrbuch des preußischen Privatrecht*. Saale: Editora des Waisenhauses, 1894-1896 (Allgemeine Lehren. Die dinglichen Rechte. Das Obligationenrecht. Die privaten Gewerberechte. Urheberrechte. Personenrecht und Familienrecht. Das Erbrecht); COSACK, Konrad; MITTEIS, Heinrich. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Iena: Editora Gustav Fischer, 1922-1924 (Die allg. Lehren. Das Schuldrecht. Das Sachenrecht. Das Recht der Wertpapiere. Das Gemeinschaftsrecht. Das Familienrecht. Das Erbrecht); ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martinho. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Marburgo: Editora Elwert, 1931-1932 (Allg. Teil. Recht der Schulverhältnisse. Sachenrecht. Familienrecht. Erbrecht).

²⁵ V. nota anterior; cfr. também WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, vol. I, tradução italiana de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Turim: Editora UTET, 1925.

²⁶ V. nota 31. A influência da sistemática justiniana, de origem gaiana, em particular, é bem explícita nos romanistas franceses: cfr. GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris: Editora Arthur Rousseau, 1924, que, após uma introdução histórica, intitula as outras partes de *Les personnes, Le patrimoine e Procédure civile*.

subjetivo como o centro em torno da qual todo o sistema legal devesse girar, ao contrário dos primeiros²⁷. Há, portanto, uma grande diferença entre negar uma posição central do direito subjetivo dentro do sistema e entre reconhecer seu conceito ou limitar-se a uma visão sistemática puramente objetiva.

Há também de se ter em conta que a sistemática de Gaio, acolhida por Justiniano, não era a única conhecida pelos juristas romanos. Resta provar, pois, que todos os manuais tenham se inspirado nela, pois as Instituições de Florentino parecem seguir uma ordem diferente daquela que Gaio seguiu, já que punha as Sucessões depois de Obrigações e Propriedade, inserindo entre a primeira e a segunda um livro misterioso cujo único fragmento mencionado no Digesto refere-se ao *status hominum*²⁸, deixando de lado as ações²⁹. Os poucos fragmentos das Instituições de Calístrato, de Paulo e de Ulpiano³⁰ não autorizam muitas induções em matéria de sistematização; no entanto, parece possível inferir que as duas primeiras obras não tenham examinado *ex professo* as ações, e que a terceira passava por alto sobre as obrigações³¹. Não se deve esquecer que as Instituições de Ulpiano, provavelmente no início do segundo livro³², continham uma passagem muito significativa (D. 1. 3. 41):

Totum autem ius consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat³³.

[Todo direito consiste ou na aquisição, ou na conservação, ou na diminuição, pois ou 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.]

²⁷ Essa abordagem diferente depende de uma visão mais ampla ou mais limitada do fenômeno jurídico, sendo a mais ampla, em minha opinião, aquela que dá menos importância ao direito subjetivo; embora isso também dependa do viés ideológico que há nos autores, seja uma tendência individualista seja social ou coletivista. Nesse sentido, talvez seria interessante uma análise da sistemática jurídica relacionando-a às ideologias de seu tempo e de seus autores com sensibilidade e profundidade como, por exemplo: CALAMANDREI, Piero. *Relatività del concetto di azione*, em *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 4º volume. Pádua: Editora Cedam, 1940. Página 79 e seguintes.

²⁸ LENEL, Otto. *Palingsesia Iuris Civilis*, volume I. Lipsia: Scientia, 1889. Página 173; SCHULZ, *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon, 1946. Página 159.

²⁹ Não restou nenhum fragmento dos quatro livros (II, IV, V e XII). Entretanto, com exceção do livro II, que devia continuar o tratamento das fontes ou talvez introduzir o direito de família, parece absolutamente improvável que tenha se ocupado das ações nos livros IV e V, que de fato são mencionados por SCHULZ, *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon, 1946, ao tratar do matrimônio e da tutela, examinado já no livro III. O que resta é o livro XII, uma parte muito menor do que aquela consagrada por Gaio às ações. Além disso, a referência às ações nem sequer é comprovada, faltando apenas uma prova do contrário.

* Tradução do Ministro Moreira Alves em ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. *Direito Romano*, vol. I, 7ª ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 89.

³⁰ A autenticidade dos textos de Paulo e de Ulpiano ainda são contestadas por SCHULZ, *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon, 1946. Página 171, que, sobre as Instituições de Ulpiano, cita outras fontes (página 172, nota 1). Evidentemente, o problema extrapola o escopo deste artigo.

³¹ Não me refiro às Instituições de Marciano (cujo delineamento vai além que Gaio), em razão da hipótese recentemente proposta por SCHULZ, *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon, 1946. Página 172 e seguintes, segundo a qual teriam sido a fusão de um trabalho institucional que não chegou a ser finalizado e a segunda parte de um tratado concebido sob os moldes dos *Digesta*, o que é bem provável.

³² MOMMSEN, Theodor. *Juristische Schriften*, volume II. Berlim: Weidmann, 1907. Página 61, nota 2.

Se isso não implica uma abordagem subjetiva do sistema jurídico, eu realmente não sei o que poderia ser.

Além das Instituições, contudo, sabe-se que ao menos duas outras sistemáticas foram adotadas pelos juristas romanos: a dos *libri tres iuris civilis* de Sabino, em parte citada por Quinto Múcio e empregada em vários comentários *ad Sabinum* dos séculos II e III depois de Cristo, e a do *edictum perpetuum*, usada nos comentários *ad edictum* e na primeira parte dos *Digesta*.

Villey não as examina, sob o argumento de que não foram muito conhecidas em seus princípios básicos e que, de qualquer modo, ninguém poderia afirmar que tenham se baseado na noção de direito subjetivo³⁴. Mas eu diria que o conhecimento delas é suficiente para nos convenceremos de que elas não se basearam completamente na tripartição *personae, res e actiones*, além do exame das *res* não haver tido a menor importância que percebemos nas Instituições de Gaio. Basta notar que, no sistema de Sabino, as *res* eram estudadas por último, após longa análise sobre direito testamentário, direito das sucessões, pátrio poder, dote, tutela e obrigações, bem como o fato de o Édito ser um sistema não só de ações mas de outros instrumentos judiciais também, com o quais as *res* não tinham nada a ver³⁵. Ora, é óbvio que nesses comentários não havia nenhuma sistemática em torno da noção de direito subjetivo, não só porque essa noção não foi elaborada cientificamente, como já assumimos reiteradamente, mas também porque eles não pareciam seguir uma única orientação racional, fruto de sucessivas estratificações históricas e de justaposições entre institutos, muitas vezes justificadas apenas por relações externas ou por associações de ideias ocasionais³⁶. O que importa é não terem sido informados por uma visão puramente objetiva do direito e não negarem a possibilidade de um ponto de vista subjetivo. Os dados que agora temos permitem-nos jogar fora absolutamente qualquer hipótese parecida no que tange às duas sistemáticas. Assim, ainda se não há de esquecer que o Édito, como um sistema de ações e instrumentos judiciais, continha todas as possíveis fórmulas admitidas em abstrato pelo magistrado e constituía um elenco notável de direitos e situações jurídicas subjetivas entre particulares. Poderia haver, portanto, algum exemplo mais claro do ponto de vista subjetivo?

³³ A passagem não é ignorada nem mesmo por VILLEY, Michel. *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*. Mélanges De Visscher II, Bruxelas, página 427, 1949, sem contar que sua autenticidade me é bem genuína.

³⁴ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. Revue Historique de Droit français et étranger, vol. 24, página 220 e seguintes, 1946-1947.

³⁵ É pueril a tentativa de Villey de fundar parcialmente a sistemática do Édito sobre uma distinção das *res* (*res religiosas, creditae, uxoriae*, etc.) (VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. Revue Historique de Droit français et étranger, vol. 24, página 221, nota 1, 1946-1947). Mesmo que fosse verdade que os títulos XV, XVI e XVII do Édito reconstruído por Lenel qualificassem variamente as *res*, e mesmo que se pudesse ignorar as inúmeras acepções do termo *res* neles assumidas, além dos títulos seguintes XX (*de re uxoria*) e XXXVI (*de re iudicata*), continuaria inconcebível que um sistema que se estendesse por 46 (quarenta e seis) títulos pudesse se basear, parcialmente ou não, numa distinção de *res* tão pobre.

³⁶ Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La società in diritto romano*. Nápoles: Editora Jovene, 1950. Página 43 e seguintes, especificamente na página 49.

Mas é chegada a hora de ir ao núcleo do pensamento de Villey. Ele assume, sempre com base na sistemática de Gaio, que os romanos não enxergavam no mundo jurídico senão *personae, res e actiones*, entendidos como *instituições jurídicas objetivas*. Não havia lugar para direitos subjetivos, porque aquilo que nós modernos consideramos direitos, para os romanos seriam apenas coisas, *res*. As classificações da *res* e especialmente aquela entre *res corporales* e *res incorporales* teriam esgotado o campo daquilo que nós consideramos como direito.

Confesso que, lendo os dois trabalhos de Villey sobre o assunto, veio-me à mente alguns quadros de Picasso: onde aqui e ali eu encontrava noções familiares, mas todas num mesmo plano e com representações tão diferentes, que tudo me era irreconhecível (assim como nos quadros do pintor: onde se descobre um olho no meio da barriga, uma perna no lugar do braço, ou um nariz dividido em dois ou três); talvez Villey goste de ser comparado a esse mestre venerável da arte moderna. Contudo, a adoção de técnicas e fórmulas artísticas no meio científico me parece uma brecha fácil para a crítica. Dir-se-á que a minha perplexidade é pelo fato de me confrontar subitamente com a linguagem crua das fontes romanas, livre das lentes disformes dos pandectistas e dos modernos. Eu direi o contrário: são precisamente as lentes de Villey que distorcem completamente o testemunho simples das fontes, como procurarei esclarecer agora.

No campo patrimonial, então, os romanos teriam conhecido, segundo Villey, apenas *res: res corporales*, aquilo que se pode tocar, e *res incorporales*, o que não se pode tocar, isto é, *in iure consistunt*. Mas, o pensamento de Villey não pode ser totalmente entendido ao pé da letra com base nessa afirmação gaiana, nem mesmo construir todo o seu frágil edifício sobre ela, se não se explicar qual seria a natureza da *res corporalis* para ele: “[...] la chose corporelle du juriste – diz ele³⁷ – n’est pas constituée *uniquement*³⁸ par un certain objet materiel, car tout *corpus* n’est pas, à son point de vue, une *res* et la *res* contient autre chose qu’un *corpus*, au sens originaire de ce mot; elle contient en outre des éléments de caractère juridique.” [As *res corporales* para o jurista não é constituída unicamente por um certo objeto material, assim como todo *corpus* não é, em seu próprio ponto de vista, uma *res*, pois a *res* contém outra coisa além de um *corpus*, no sentido originário dessa palavra; ela contém também elementos jurídicos.] E pouco mais adiante especifica que um *fundus* não é apenas um objeto material, um campo ou um imóvel rural, mas também aquilo que se chama *propriété*³⁹, comportando, além do *corpus* material, um conjunto de vantagens jurídicas de que o proprietário desfrutaria⁴⁰.

³⁷ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. Revue Historique de Droit français et étrange, vol. 24, página 210, 1946-1947.

³⁸ O destaque é do próprio Villey.

³⁹ Ao menos na Itália, essa acepção de *propriedade* é desprovida de qualquer valor técnico, restringindo-se somente ao vocabulário dos proprietários de terras e dos agricultores.

⁴⁰ Tais conceitos são repetidos no estudo sobre *ius in re*: VILLEY, Michel. *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*. Mélanges De Visscher II, Bruxelas, página 431 e *passim*, 1949.

A mesma ideia é comungada por Monier, em cuja obra Villey diz se inspirar⁴¹ e quem expressou sucessivamente aprovação aos resultados do discípulo, no texto dos Estudos em Homenagem a Ciro Consolo⁴², já citado aqui. A linguagem do ilustre romanista francês é bastante nebulosa, mas quando ele diz que as *res corporales* é “à la foi une existence physique et une existence juridique”⁴³ [por sua vez, algo tanto físico quanto jurídico] e que “la *res corporalis*, dans la vie juridique, est normalement envisagée comme une *proprietas*”⁴⁴ [a *res corporalis*, a partir do prisma jurídico, é vista normalmente como uma *proprietas*], e quando acrescenta que “la qualité de chose appropriée est incluse dans le fonds ou l’esclave, lorsqu’il fait l’objet d’une opération juridique ou d’une révendication”⁴⁵ [a qualidade de coisa apropriada pertence à categoria de *fundus* ou de escravo, quando é objeto de uma alienação ou de uma reivindicação], de modo que seja possível pensar em “dégager en quelque sorte la *proprietas* incorporée dans la chose pour l’opposer à l’*ususfructus* (Gai. Inst. 2, 33) et à la *possessio* (Gai. Inst. 2, 85-90)”⁴⁶ [distinguir a *proprietas* incorporada à coisa, por assim dizer, do usufruto (Gai. Inst. 2, 33) e da *possessio* (Gai. Inst. 2, 85-90)], resta evidente que Villey seguiu pelo mesmo caminho. No fim das contas, tanto o mestre quanto o discípulo acreditavam que, embora os direitos não fossem nada além de *res* para os romanos, por sua vez, as coisas continham elementos jurídicos ou até mesmo direitos. Ora, assim não é possível saber por que os elementos jurídicos e os direitos seriam eles próprios *res*, nem qual seria a justificativa para a distinção entre *res corporales* e *res incorporales*. De resto, permanecem as seguintes opções: ou os elementos jurídicos e os direitos contidos na *res* eram diferentes desta, ou não faz nenhum sentido classificá-los como *incorporales*. Ainda assim, se junto à *res incorporalis* havia a faculdade de ser apropriada, então não se sabe por que também não seria considerada incorpórea a faculdade de ser usada⁴⁷ ou fruída e, além disso, por que não dizer serem ambos tanto *res corporalis* quanto *res incorporalis*?

O que aqui se critica é a concepção baseada num ponto irrefutável que há muito vem sendo observado: o intercâmbio frequente e quase normal entre a coisa e a propriedade da coisa. No jargão jurídico dos romanos falava-se *rem* (*fundum, aedes, servum*, etc.) *vindicare, adquirere, legare, habere* etc. no sentido de reivindicação,

⁴¹ MONIER, Raymond. *Du mancipium au dominium*. Paris: Le cours de droit, 1947; *La division des choses corporelles et incorporelles*, cours de doctorat 1946-47 (Paris, 1947). Embora eu não tenha tido contato direto com essas obras, creio que as principais ideias ali sustentadas possam ser inferidas do texto de Monier em *Studi in onore di Siro Solazzi nell’anniversario del suo insegnamento*, Nápoles: Editora Jovene, 1949.

⁴² *La date d’apparition du dominium*, citado em *Studi in onore di Siro Solazzi nell’anniversario del suo insegnamento*, Nápoles: Editora Jovene; página 356, nota 1; página 362, nota 13; 1949.

⁴³ *Idem*, página 362.

⁴⁴ *Idem*, página 367.

⁴⁵ *Idem*, página 371.

⁴⁶ *Idem*, página 371. A mesma orientação é perceptível num trabalho bem parecido publicado como MONIER, Raymond. *La possession est-elle une res incorporalis en droit romain classique?* em *Mélanges De Visscher 4*, Bruxelas, página 235 e seguintes, 1950.

⁴⁷ Villey não só o admite como sustenta isso fervorosamente (v., por exemplo: VILLEY, Michel. *Du sens de l’expression jus in re en droit romain classique*, em *Mélanges De Visscher II*, Bruxelas, página 431 e seguintes, 1949.), explicando assim a expressão *ius in re*.

aquisição, legado, titularidade etc. da propriedade da coisa. Essa permuta entre a coisa e sua propriedade teve consequências sistemáticas sem dúvida, mas daí não se infere que a figura do *dominium* só tenha aparecido mais tarde no direito romano, nem menos é concebível que os romanos tiveram a *res corporalis* como uma mistura de matéria e de elementos jurídicos.

De acordo com Monier, a prova mais antiga da existência do *dominium* teria sido um fragmento de Alfeno Varo (D. 8. 3. 30), que provavelmente reproduzia uma resposta de Sérvio. Ele parece inferir que antes de Sérvio o conceito de *dominium* não era conhecido nem utilizado, e que a posição sistemática primordialmente atribuída pelos juristas posteriores à *res corporalis* devesse-se à longa tradição que concebia os fenômenos jurídicos sob o contorno da *res*, e não sob o *dominium*. Ora, embora seja frágil o argumento ao silêncio, quando empregado para reconstruir concepções de juristas cujos fragmentos muito pouco chegaram até nós, parece ser bastante recente o termo *dominium*, e com baixíssima difusão⁴⁸. Mas, mesmo que o termo ainda não tivesse surgido, já havia a noção de um direito ou de um poder, ou de um conjunto de direitos ou de poderes que o sujeito havia sobre suas coisas. E, para designá-la, era usada muito provavelmente a palavra *mancipium*, assim como supunha o próprio Monier⁴⁹. Pouco importa, para nosso ponto de vista, que a noção de *mancipium* fosse mais abrangente do que a de *dominium*, referindo-se não apenas às coisas mas também às pessoas sob o pátrio poder⁵⁰, sendo irrelevante que contivesse, vez ou outra, um matiz político também; interessante é que os romanos mais antigos não conheciam apenas as chamadas *instituições jurídicas objetivas* constituídas por pessoas ou coisas, mas já observavam entre as duas um vínculo jurídico imaterial, a que chamavam *mancipium*, não se restringindo apenas à *res*. Contudo, mesmo supondo que a relação jurídica entre a pessoa e a coisa não foi conscientemente avaliada nem recebeu uma denominação específica antes de Sérvio, não se poderia explicar o linguajar dos juristas clássicos, que continuaram a confundir indiscriminadamente a noção de *dominium*. Aduzir ao tradicionalismo da jurisprudência romana aqui estaria fora de propósito, pois não é possível debater pelo menos durante cem anos

⁴⁸ Consultando o tesouro e os léxicos relativos aos vários autores, percebe-se que o termo, usado uma só vez por Cícero, desconhecido por Plauto, Lucrécio e Horácio, e pouco utilizado pelos juristas que antecederam Juliano, vinha se difundindo pelo uso ao longo do tempo. Nem mesmo me persuade a objeção de AMBROSINO, Rodolfo. *Le applicazioni innovative della mancipatio*, em *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milão: Editora Giuffrè, volume 2, página 583, nota 23, 1953, segundo a qual a palavra *dominus* (cujo uso já era atestado por Plauto) possuía a noção de *dominium*. Na realidade, parece que recebia o nome de *dominus* o titular de direitos e poderes ainda não designado pelo *dominium*; este termo aparece só em época posterior, e pode ser derivado justamente de *dominus*.

⁴⁹ Logo no início de seu texto, ele fala da paulatina substituição da noção de *dominium* pela de *mancipium* (*Studi in onore di Siro Solazzi nell'anniversario del suo insegnamento*, Nápoles: Editora Jovene, página 357, 1949).

⁵⁰ Além disso, nas origens da noção de *mancipium*, não é absurdo pensar que se tratava, portanto, de uma propriedade ilimitada, desaparecendo assim a diferença entre pessoa e coisa, ambas em situação de objeto. Sobre o assunto: AMBROSINO, Rodolfo. *Le applicazioni innovative della mancipatio*, em *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milão: Editora Giuffrè, volume 2, página 598 e seguintes, 1953, embora essa hipótese não seja nova.

sobre *dominium*, aquisição, conservação e perda⁵¹, e continuar ainda fiel às concepções e doutrinas que pareciam estar claramente equivocadas por pressupor a sua inexistência. A propósito, nem se deve esquecer que a divisão gaiana de *personae, res e actiones* (em que a *res* ocupava uma posição dominante no sistema) certamente não foi anterior ao começo do Império.

Eu diria que a razão de ser da confusão entre a coisa e a propriedade é, ao mesmo tempo, muito inocente e bastante profunda. Pois, quando se concebe a propriedade como o pleno e absoluto direito sobre uma coisa – assim como concebiam os romanos no período clássico⁵², denominando processualmente a propriedade pelo termo peculiar *meum esse, Auli Agerii esse* –, torna-se óbvio e instintivo considerar as coisas como sendo elementos do patrimônio de alguém, em vez de uma propriedade sobre a coisa. Se é dito que determinadas coisas pertencem a alguém, por corolário, essas coisas compõem seu patrimônio; porém, se outras coisas não lhe pertencem, embora façam parte de sua esfera jurídica, não é possível dizer que perfaçam seu patrimônio, ou que seus bens compreendam tais coisas ou, ainda, que sejam *in bonis eius*. O conceito materialista de patrimônio é reflexo imediato do conceito de propriedade enquanto direito pleno e absoluto sobre a coisa, o que primeiro vem à mente. Mesmo hoje em dia, em que o direito de propriedade não é mais tão pleno e absoluto, nenhum leigo pensaria que os bens sob propriedade de alguém deixariam de ser seu patrimônio. Entre os próprios juristas modernos, ainda não foi abandonada a ideia de que os elementos da universalidade patrimonial sejam antes coisas⁵³.

Portanto, se as coisas sob propriedade fazem parte do patrimônio de alguém, como se espantar com os termos *rem vindicare, adquirere, legare, habere*, etc., ainda mais nos atos de *vindicatio*, aquisição e disposição, em que a *res* era diretamente mencionada⁵⁴? Hoje não se usa mais expressões parecidas pelos juristas que corretamente concebem o patrimônio como conjunto de direitos⁵⁵? Ora, não se trata, ao contrário do proposto por Monier, de um fenômeno histórico limitado no tempo e proporcionado pelo tradicionalismo da jurisprudência romana, mas de um grande erro de perspectiva que tem origem no conceito (ainda não superado)

⁵¹ Considerando-se a farta literatura citada em GRADENWITZ, Otto; KÜBLER, Bernardus; SCHULZE, Ernestus Theodorus. *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, volume 2. Berlim: Savigny-Zeitschrift, 1894. Página 335 e seguintes.

⁵² Prescindindo, portanto, de qualquer questão sobre sua origem.

⁵³ Veja-se, por exemplo: BARBERO, Domenico. *Le universalità patrimoniali*. Milão: Giuffrè, 1936. Página 388, nota 117; DUSI, Bartolomeo. *Istituzioni di diritto civile*, IV. Turim: Giappichelli, 1944. Página 96. Contudo, a doutrina moderna em geral considera o patrimônio como um conjunto de direitos ou situações jurídicas, embora continue a tratar do assunto na parte dedicada às Coisas ou aos Objetos de Direito por força da tradição (assim, por exemplo: MESSINEO, Francesco. *Manuale del diritto civile e commerciale*. Milão: Giuffrè, 1950-1951. Página 400 e seguintes; DE RUGGIERO, Roberto; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato I*. Messina: Principato, 1939. Página 492 e seguintes), ou a considerar vez ou outra algo entre o sujeito e o objeto (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Istituzioni di diritto civile*. Nápoles: Jovene, 1946. Página 53 e seguintes).

⁵⁴ *Fundum... meum esse aio, servum Stichum meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra, fundum Tusculanum do lego*.

⁵⁵ Por exemplo, PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil français*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, na página 851, diziam que “les biens entrent dans le patrimoine et en sortent”.

de propriedade enquanto posse de coisas, e das ideias primitivas que ainda vagam em torno do conceito de patrimônio⁵⁶.

Mas, a meu juízo, se a razão para a confusão entre coisa e propriedade é mais profunda do que Monier supunha, ela é também ao mesmo tempo ainda mais inocente, enquanto não implica a ausência da noção de *dominium* ou de uma noção equivalente em nenhum período histórico. Os romanos, expertos no Direito, tinham plena consciência de que quem reivindicava, adquiria, alienava, perdia ou conservava a coisa, na verdade, reivindicava, adquiria, alienava, perdia ou conservava o *dominium* ou o *mancipium*; mas eles considerariam um pedantismo inútil – e até nocivo – recorrer à perífrase do *dominium* ou do *mancipium*. E, de fato, se era necessário distingui-lo ou defini-lo, sabiam se expressar muito bem sobre o *dominium*⁵⁷. É pela mesma razão que essa confusão não resulta na interpretação da *res corporalis* como apenas uma união de elementos materiais e jurídicos. Se os romanos podiam falar em *rem vindicare, adquirere, legare, habere*, etc. para exprimir a *vindicatio*, a aquisição, o legado, etc. da propriedade sobre a coisa, isso não dependia das faculdades deriváveis da *res* nem a possibilidade de apropriá-la, mas sim do significado que atribuíam aos verbos *vindicare, adquirere, legare*, etc. em relação ao conceito de propriedade acima mencionado como direito pleno e absoluto sobre a coisa. Não havia uma verdadeira *vindicatio*, uma verdadeira aquisição ou um verdadeiro legado, senão enquanto se tratasse da propriedade sobre a coisa: na *vindicatio*, o autor afirmava *rem meam esse* e, portanto, é óbvio que não poderia dizer *vindicare rem* senão no sentido de reafirmar a propriedade; ao dispor um legado *per vindicationem*⁵⁸, usava-se a expressão *do lego*, e Gaio (4. 4) explica que *dare* significava realizar atos idôneos a tornar nossa a coisa de que era objeto, e, portanto, não havia sentido em explicar por que era impossível adquirir uma coisa da qual não se tornaria proprietário⁵⁹. Em essência, nessas expressões a importância recaía não sobre o complemento, mas sobre o verbo. Tanto é verdade que era perfeitamente possível excluir a referência à propriedade sobre a coisa, usando outros verbos como: *possidere, tenere, commodare, deponere, conducere* etc.

No mundo do Direito, não há dúvida de que a *res corporalis* é considerada a partir de seu aspecto jurídico, enquanto objeto potencial ou atual de ato e de relações jurídicas. É óbvio, portanto, que houvesse distinção entre *res divini iuris* e *res humani iuris*, entre *res publicae* e *res privatae*, entre *res in usu populi* e *res in patrimonio populi*, e que se falasse, com bastante atenção ao regime jurídico, de *agri limitati* e *agri arcifinii*, di *agri*

⁵⁶ Veja-se a explicação breve e clara de COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Editora Dalloz, 1947. Página 730.

⁵⁷ Por exemplo, podemos mencionar a passagem já citada de Alfeno D. 8. 3. 30, em que se defronta com um contrato de venda de dez metros quadrados de terra e é posta claramente a questão de saber se o terreno deveria ser entendido como objeto de propriedade ou de servidão. Do mesmo modo, Ulp. D. 45. 1. 38. 9, segundo o qual *habere dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet*.

⁵⁸ O que era o único em que se poderia dizer *legare rem*.

⁵⁹ Explicações análogas podem ser dadas a outros verbos que, juntos à *rem*, exprimiam a aquisição, a perda, a conservação ou a transmissão da coisa.

vectigales, stipendiarii, tributarii, occupatorii, scripturarii, etc. mediante um adjetivo ou um genitivo qualitativo que indicasse a abrangência do direito, ou determinando se já estava constituído em seu fundo. Desse modo, é uma fantasia lunática supor que em tal caso os romanos viam incluído na coisa (ou partir dela) um ou outro direito, um ou outro elemento jurídico⁶⁰. De fato, parece-me que eles haviam plena consciência de se tratar de expressões abreviadas, úteis a tornarem a linguagem concisa, mas suscetíveis de serem desenvolvidas numa perífrase maior, quando a exatidão do pensamento jurídico o pedisse. Veja-se, por exemplo, Ulp. (1. 51 *ad ed.*) D. 30.71.5:

Si fundus municipium vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. et Iulianus libro trigesimo octavo digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is qui legavit habet, valere legatum⁶¹.

A propósito do *fundus vectigalis* legado ao município concedente, Juliano, citado por Ulpiano, não encontra nenhuma dificuldade em desenvolver todas as minúcias da sintética expressão *fundus vectigalis*, e logo esclarece que o *fundus vectigalis* pertence ao município, observando, não obstante, que seu legado ao município é válido, pois o vectigalista havia um *ius* sobre aquele *fundus*. Supõe-se ainda que a última frase “*quia aliquod... legatum*” tenha sido interpolada⁶²; todavia, certamente se deve admitir que Juliano justificava a validade do legado, mesmo fazendo talvez alusão ao senatoconsulto Neroniano, deixando em evidência o direito do vectigalista sobre o *fundus*, já que não era proprietário.

O que mais se pode perceber na expressão *fundus vectigalis* senão uma breve maneira de indicar que a propriedade do *fundus* permanecia com o ente concedente, ao passo que o concessionário adquiria o direito de gozá-lo indefinidamente? É possível imaginar que o *fundus vectigalis* para os romanos era, então, o que se derivava da apropriação dentro do conceito de gozo perpétuo mediante o pagamento de um cânon? Pensem ainda na expressão *servus fructuarius*: ela não seria um modo reduzido de dizer *o escravo objeto de usufruto*? Não seria absurdo supor, de acordo com as ideias de Monier e Villey, que tais expressões indicam, ao contrário, espécies particulares de *servi*, como se *servus* (assim como *res corporalis*) fosse diferente caso acompanhado pelo adjetivo *fructuarius*?

Villey dá bastante relevância às passagens que mencionam um *ius fundi* ou um *ius domus* quando, por exemplo, fazem referência ao legado de alguma coisa: *cum iure suo omni* (Ulp. D. 33. 7. 42. 1; Paul. Sent. 3. 6. 58;

⁶⁰ Pensando assim, dever-se-ia dizer que a *res nullius* era, enquanto *res*, diferente de uma *res* sob propriedade de terceiro, por ser privada da faculdade jurídica de ser apropriada, o que é manifestamente absurdo. Ser *nullius* ou não, ser objeto de ocupação ou não, por conseguinte, são circunstâncias completamente extrínsecas, que não podem incidir na estrutura interna da *res*, nem mesmo sobre seu regime jurídico, que é concebido abstratamente.

⁶¹ Sobre as várias hipóteses de interpolação, cfr. *Ind. int. ad h.l.*, também VON BESELER, Gerhard. *Lucubrationes Balticae*, em *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Lateran University Press, volume 3, página 365, 1937, e VOGT, Heinrich. *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*. Marburgo: Simons Verlag, 1950. Página 27 e seguintes.

⁶² Como, por fim, supõe VOGT, Heinrich. *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*. Marburgo: Simons Verlag, 1950. Por outro lado, parecem-me descartáveis as profundas mudanças propostas por VON BESELER, Gerhard. *Lucubrationes Balticae*,

Mod. D. 33. 10. 8), aduzindo ser a prova de que havia elementos jurídicos no conceito de *res corporalis*. Mas, na verdade, o *ius* de que aqui se trata nada mais era do que aquelas relações ativas e passivas, cuja titularidade, em regra, era vinculada à propriedade da coisa: servidão, direitos de vizinhança, penhor, hipoteca etc. Eram, portanto, elementos extrínsecos à coisa, e não intrínsecos como supunha Villey. Em outras palavras, era um problema de direitos e obrigações do titular da coisa, e não de direitos e obrigações contidos na coisa, como se compusessem sua substância intrínseca. Mais uma vez, a explicação deve ser buscada, não no conceito de *res corporalis*, mas em outro conceito, como em: servidão, penhor, direito de vizinhança... Em geral, nas situações jurídicas de direitos reais ou naquelas inerentes à coisa. A ambulatoriedade do direito real era vista com tamanha força, que a figura do proprietário (aparentemente o sujeito de direito das situações jurídicas reais) desaparecia ante a própria coisa. É fútil dizer que a titularidade da coisa não passava de uma metáfora para os romanos: o mais importante é que o problema assim colocado é completamente alheio àquele relativo ao conteúdo da *res corporalis* e que, além disso, as passagens citadas por Villey, ainda que interpretadas o mais literalmente possível, não provam nada a seu favor⁶³.

Resta, pois, comprovado que a *res corporalis*, embora obviamente suscetível de uma perspectiva jurídica enquanto objeto potencial ou atual de determinados direitos, ainda era considerada porção de matéria, em vez de uma mistura única de matéria e direito. Talvez pareça que tenham sido muitas páginas para chegar a uma conclusão tão simples, a fim de refutar uma hipótese tão manifestamente infundada. Contudo, pensei que deveria me deter um pouco mais neste assunto, já que, segundo Vittorio Scialoja, enquanto um pequeno erro é visível a todos, um grande erro pode se tornar doutrina.

Apesar de tudo, vamos agora ao cume do pensamento de Villey, embora não menos preocupante. Concentrando toda a atenção sobre a linguagem e a sistemática de Gaio, herdada por Justiniano, ele sustenta que os *iura*, e precisamente a servidão, o usufruto, as obrigações e o assim chamado *ius successionis* não eram nada mais que *res*, sendo precisamente a *res incorporalis* a contrapartida da *res corporalis*, esta enquanto porção de matéria. Esta dicotomia da *res* tem a ver com a concepção de *res corporalis* defendida por Monier e Villey (principalmente de acordo a opinião estranha deste último em seu segundo trabalho), segundo a qual o *ius in re* seria infusão de uma *res incorporalis* numa *res corporales*, o que eu já disse ser bastante problemático e impreciso. Contudo, por ora quero deixar de lado isso que me parece uma contradição em termos, para me focar na hipótese segundo a qual os romanos atribuíam uma análise exclusivamente objetiva aos *iura*, equiparando-os à *res*.

Em primeiro lugar, parece-me que a subsunção dos *iura* à categoria de *res*, cindida entre *corporales* e

em *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Lateran University Press, volume 3, página 365, 1937, que subverte todas as soluções constantes no Digesto sem haver uma razão suficiente para tanto

incorporales, não houve aquela difusa ressonância que Villey pressupunha entre os romanos. É verdade que, sob a influência da especulação filosófica dos gregos, a ideia já aventado por Lucrécio de distinguir as *res* entre *corporales* e *incorporales* foi proferida de modo bem explícito por Cícero e Sêneca, e que provavelmente foi recepcionado pelos letrados da época. Contudo, tal distinção havia apenas um valor linguístico, à semelhança daquela ensinada no primário sobre a diferença entre substantivos abstrato e concreto, e que de fato foi retomada pelo gramático Carísio no século IV. No entanto, se consultarmos a literatura jurídica, constataremos que a expressão *res incorporalis*, com o significado especificamente jurídico, encontra-se tão somente em Gaio, nos *tituli ex corpore Ulpiani* (19. 11) e nas Instituições justinianas, que de alguma maneira têm relação com Gaio. Pode-se discutir em particular sobre o modo de formação das obras de Ulpiano e acerca das fontes específicas de cada passagem, mas deve-se admitir que a influência gaiana prevalecente; além do fato de a passagem seguinte (19. 11: *In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae*) ser uma paráfrase de Gaio para a exposição sobre *in iure cessio hereditatis* (Inst. 2. 35 e 3. 85), cujo parágrafo pode ser entendido, com absoluta plausibilidade, como uma incursão de estilo gaiano a fim de introduzir a descrição de *in iure cessio hereditatis*.

Devo reconhecer que a ideia da incorporeidade dos direitos também aparece em outras fontes: já Quint. *inst. or.* 5. 10. 116 nota que o *ius quod sit incorporale apprehendi manu non posse*, sendo possível, no século I depois de Cristo, que diversas decisões de juristas em torno da impossibilidade de *tradere, possidere, usucapere* os direitos possam ser reconduzidas a essa ideia, tal como proposta por Monier. Mas, somente em Paulo é notável o contraste entre aquilo que é corporal e aquilo que não o é, ressoando a distinção gaiana de certa maneira:

Paul. Sent. 6. 11: Sinendi modo tam corporales res quam quae in iure consistunt legari possunt: et ideo debitori id quod debet recte legatur;

Paul. (1. 15 ad Sab.) D. 8. 1. 14 pr. Servitutes praediorum rusticorum etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt;

Paul. (1. 54 ad ed.) D. 41. 2. 3 pr. Possideri autem possunt quae sunt corporalia;

Paul. (1. 54 ad ed.) D. 41. 3. 4. 26 (27) ... nec possideri intellegitur ius incorporale.

Embora houvesse muitas ideias análogas à dicotomia de Gaio, assim como foi dito, é digna de nota a constatação de que, com exceção da passagem na *Sententiae*, que se trata de uma compilação pacificamente entendida hoje como pós-clássica, o próprio Paulo, enquanto enfatizava a incorporeidade do direito, por outro lado, não chegou a equipará-lo à *res*.

Até a expressão *res corporalis*, quando não indica a coisa determinada em contraste ao dinheiro ou a outras coisas fungíveis (como em Iav. D. 12. 6. 46; Ven. 34. 4. 32 pr.; Maec. D. 32. 95 e Ulp. D. 23. 3. 39 pr.⁶⁴), além

⁶³ Pela mesma razão, nem mesmo lhe convém a famosa passagem em que Celso (D. 50. 16. 86) compara os *iura praediorum* à *bonitas*, à *salubritas* e à *amplitudo*.

⁶⁴ Esse significado de *res corporalis* já foi estudado por ARANGIO-RUIZ (cfr. *Istituzioni* 169 nt 1), cujo ponto de vista serviu de inspiração a outras considerações desenvolvidas neste artigo.

das passagens de Gaio e das Instituições justinianas, encontra-se unicamente em Ulp. D. 10. 3. 4 pr., que foi certamente interpolado, e em Marcian. D. 20. 6. 8 pr. Quanto às numerosas passagens que contrapõem os *corpora* aos *iura* ou às *actiones*, dentre as quais seguramente algumas sofreram interpolação (por exemplo: Ulp. D. 39. 3. 8; Ulp. D. 43. 26. 2. 3; Ulp. D. 44. 2. 7 pr.), isso não significa que os *iura* ou as *actiones* fossem consideradas *res incorporales*, como supõem (embora a partir de perspectivas distintas) Monier, Laranja-Rui e Grosso⁶⁵, mas sim que os *iura* e as *actiones* foram tidos, ao lado dos *corpora*, como elementos do patrimônio. Quando os juristas dizem que deduzem a partir da *hereditatis petitio* (*corpora et actiones omnes*) que alguém reivindicava um *corpus* ou um *ius*, ou que no termo *pecunia* estão compreendidos *tam corpora quam iura*, ou ainda que haja ligação entre *corpora omnia et iura* e assim por diante (cfr. Iul. D. 21. 2. 43; Ulp. D. 8. 5. 4 pr.; Herm. D. 50. 16. 222; Ulp. D. 30. 41. pr.; Paul. D. 18. 6. 7. 2; Ulp. D. 37. 1. 3 pr.; Ulp. D. 44. 2. 7. 5), seu significado linguístico é claríssimo, sem que haja necessidade de se subentender que os *iura* ou as *actiones* fossem *res*. E, de fato, essa forma de expressão é frequente entre os juristas modernos, para os quais essa questão toda não faria o menor sentido. No máximo, se há alguma coisa que deve ser subentendida, é que o termo *corpora* substitui a expressão “propriedade dos *corpora*”, conforme explicado acima. Mas, em geral, parece que os juristas romanos, em vez de se preocuparem com a distinção entre os dois termos, admitiram implicitamente que o patrimônio de uma pessoa era um conjunto de coisas e de direitos.

Ao todo, avaliando os dados obtidos, eu diria que há muita razão na opinião já enunciada há anos por Laranja-Rui de que Gaio foi o primeiro jurista a adotar a diferença entre *res corporales* e *res incorporales*, de modo que todas as passagens contempladas eram quase que exclusivamente gaianas. As críticas de Monier não têm mais do que um valor marginal, como já assinalado, já que a formulação do princípio de que os direitos não podem ser possuídos, usucapidos ou transmitidos por *traditio*, antes mesmo de se aventar a equiparação dos direitos à *res*, pressupõe também, pelo contrário, a perfeita consciência de que os direitos não são *res* e, portanto, a superação de concepções muito antigas que provavelmente identificavam a servidão de passagem à via, ou o complexo de bens corporais havidos na herança, e assim por diante. Poder-se-ia avançar na hipótese alegando a falta de originalidade de Gaio e defendendo algum sinal de distinção da *res* nos juristas anteriores, mas se deve reconhecer que não há nenhuma prova neste sentido. Quanto aos juristas da época e os posteriores, nota-se que apenas Paulo e Marciano expuseram uma ordem semelhante de ideias à de Gaio, seja pelo uso da expressão *res corporalis* seja pela insistente oposição daquilo que era corporal contra o que não no era, todavia, evitando escrupulosamente (salvo em Sent. 3. 6. II, de autenticidade muito duvidosa) a palavra *res incorporales*. Aliás, Marciano só contrapõe a *res*

⁶⁵ MONIER, Raymond. *Studi in onore di Siro Solazzi nell'anniversario del suo insegnamento*, Nápoles: Editora Jovene, página 365 e seguintes, 1949; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. Nápoles: Jovene, 1949. Página 163, nota 2; GROSSO, Giuseppe. *Corso di diritto romano – Le cose*. Turim: Giappichelli, 1941. Página 27.

corporalis ao *usufructus* em um único caso (penhor de usufruto) no qual, ainda que impropriamente, havia o exercício do usufruto sobre um objeto de outro direito, onde sua equiparação à *res* ainda podia encontrar alguma justificativa. Enquanto outros juristas ignoravam completamente tanto o termo quanto o conceito de *res incorporalis*, o que só aparecerá na época justiniana, quando a dicotomia de que nos ocupamos assume maior relevância jurídica, mesmo ainda não passando de um eco do pensamento de Gaio.

Em suma, creio que houve motivos suficientes para afirmar que a caracterização dos *iura* como *res incorporales*, senão por obra exclusiva de Gaio, era do feitio de pouquíssimos juristas e, de fato, não era uma ideia central da jurisprudência romana⁶⁶. Portanto, a pretensão de deduzir daquela dicotomia o corolário de que para os romanos os *iura* não eram direitos subjetivos, mas *instituições jurídicas objetivas*, parece desprovida de qualquer fundamento.

Ainda assim, a mesma conclusão é alcançável ainda que se restrinja tão somente às Instituições de Gaio ou se suponha que Gaio tenha sido o expoente de todo o pensamento clássico, ao contrário de tudo o que foi obtido até agora. O fato de incluir os *iura* na categoria da *res incorporales*, criada para este fim, não significa que Gaio ignorou ou quis negar a existência de situações jurídicas subjetivas⁶⁷. É fácil observar de cara que na categoria estão incluídos apenas direitos patrimoniais, ou seja, aqueles considerados parte do patrimônio, pois que aptos a satisfazerem interesses econômicos. Os direitos não patrimoniais, isto é, no máximo os direitos de família e os derivados imediatamente do *status* da pessoa, portanto, em nada se assimilavam à *res*. Apenas tit. Ulp. 19. 11 menciona entre as *res incorporales* a *tutela legitima libertae*, embora já tenhamos consignado que esta fonte é de obra pós-clássica, cujo compilador pode ter desprezado ligeiramente a classificação gaiana que certamente tomou por modelo, talvez induzido pelo erro de que Gaio também se referia em outros momentos à possibilidade de *in iure cedere* da *tutela legitima* (Gai. 1. 168, 171).

Ora, a ausência dos direitos não patrimoniais no rol das *res incorporales* indica, pelo menos, um grupo dos nossos direitos subjetivos que poderiam ser vistos por Gaio diferentemente do que imaginava Villey: já que os argumentos do romanista francês não deram nenhuma importância a esse grupo, nada nos impede de assumir que Gaio reconhecesse situações subjetivas. Mas, essa ausência ainda me parece mostrar alguma coisa a mais, assim é que a inserção dos *iura* na categoria de *res* não se deve à essência, ao conceito de direito, mas tão somente à sua característica patrimonial, apenas enquanto elementos do patrimônio é que Gaio dizia que os *iura* eram *res*⁶⁸.

⁶⁶ Parcialmente divergente é KRELLER, Hans. *Res als Zentralbegriff des Institutionensystem*, em *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Berlim, nº 66, página 572 e seguintes, 1948, que considera os conceitos de *res* e também o de *res incorporalis* como a pedra de toque da sistemática não só gaiana, mas das Instituições em geral.

⁶⁷ Segundo KRELLER, Hans. *Res als Zentralbegriff des Institutionensystem*, em *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Berlim, nº 66, página 589, 1948, a distinção entre *res corporales* e *res incorporales* parece antes adequada a uma doutrina que ponha o direito subjetivo no centro do próprio sistema, apesar de o autor não ter tido contato com as obras de Villey.

⁶⁸ Analogamente SEGRÈ, Gino. *Corso di diritto romano*. Turim: Giappichelli, 1927. Página 204 e seguintes.

E, de fato, a apresentação da *res* é feita com a chave de toda a sistemática que se segue: *quae (res) vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*⁶⁹.

Se não estou enganado, isso mostra que classificação dos direitos como *res incorporales* é, no fundo, um mero expediente terminológico a fim de homogeneizar os elementos do patrimônio entre si. Como visto, a maior parte dos juristas romanos não manifestou nenhuma exigência quanto a essa homogeneidade nem viu nada de estranho em aproximar coisas ou *corpora* a direitos ou a *actiones*, deixando incertezas por um longo tempo sobre o problema da classificação do patrimônio entre a universalidade de coisas ou a universalidade de direitos ou, então, uma categoria mista, ninguém chegando a um denominador comum. Para este fim, teoricamente é possível seguir por dois caminhos: ou centrar-se nos direitos, levando em consideração a propriedade por trás das *res corporales* e concebendo o patrimônio como um conjunto de direitos (e eventualmente obrigações), ou centrar-se nas coisas, levando em consideração aquilo que era objeto de direito e concebendo o patrimônio como qualquer conjunto de coisas reunidas com base em razões meramente jurídicas. Ora, enquanto a primeira solução talvez tenha sido acolhida por alguns juristas, mas nunca explicitamente formulada, algum indicativo pela segunda opção é notado em Ulp. D. 50. 16. 19, que, após mencionar quais seriam os elementos essenciais do patrimônio no que tange às coisas sob propriedade, além daquelas em posse de boa-fé, prossegue: “*aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus...*”

É verdade que Ulpiano não chegou a enumerar os direitos e as ações ao lado das coisas, mas considerava objeto das ações aquilo que poderia ser obtido por meio de uma ação e, fazendo menção à tríade *actio, petitio e persecutio*, revela referir-se a todas as ações possíveis, seja *in personam*, *in rem*, procedimento ordinário ou extraordinário (cfr. Ulp. D. 50. 16. 178. 2), em vez de se limitar somente às ações *in personam* e aos direitos de crédito, aludindo ao objeto de todos os direitos possíveis. Mas Gaio, que talvez não ignorasse essa maneira de resolver o problema, como se denota no cuidado em distinguir o direito, incorporal, do objeto, que poderia ser corporal, preferiu seguir por uma terceira via mais simples, que era chamar os direitos de *res* utilizando o conceito de *res incorporalis*, o que já deveria ser bastante comum, mas com um significado distinto entre os letrados. Sem dúvida, foi um feliz expediente, fornecendo um fundamento melhor à tripartição sistemática em *personae, res e actiones*, reduzindo os inconvenientes e embasando a exposição das obrigações na parte dedicada à *res*⁷⁰,

⁶⁹ O fato dessa distinção ser sobreposta pela *summa divisio* em *res divini iuris e humani iuris*, que parece ser ainda mais remota conforme a opinião comum (cfr. GROSSO, Giuseppe. *Appunti sulla distinzione delle res in Gaio*, em *Studi in Storia e Diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, Milão: Giuffrè, volume 1, página 35 e seguintes, 1937-1939. SCHERILLO, Gaetano. *Le cose, Lezioni di diritto romano – Le cose*. Milão: Giuffrè, 1945. Página 30; KRELLER, Hans. *Res als Zentralbegriff des Institutionensystem*, em *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Berlim, nº 66, página 580, 1948), confirma a origem gaiana ou, ao menos, sua inovação ante outras distinções entre *res corporales* e *incorporales*, que acabou ficando.

⁷⁰ A exposição dos livros II e III até as *obligationes* centra-se nos modos de aquisição da *res* referindo-se à *res corporales*, assim como se pode pensar que, no modelo seguido por Gaio, não havia nenhuma menção à *res incorporales* e, ocasionalmente, falava-se de servidão, de usufruto e de herança a partir da esfera de aplicação da *mancipatio*, do *in iure cessio* e do *usucapio*. Em seguida,

podendo explicar em outras passagens, mesmo que impropriamente, o fenômeno dos direitos sobre direitos, que começavam a surgir no tempo de Gaio⁷¹. Mas foi um expediente inócuo, pois consistindo na mera adoção de uma terminologia particular, podia não só ocultar, como suprimir a natureza dos *iura* como situações subjetivas. Sendo verdade que, quando Gaio reafirma o caráter incorporal da herança e do usufruto, a despeito da corporeidade da coisa objeto de herança e de fruto, e fala de *ipsum ius successionis* e *ipsum ius utendi fruendi*, a que mais se refere senão ao direitos (devidos ao sujeito em abstrato) de ser ou tornar-se herança e, respectivamente, de usar e gozar a coisa? E se o *ipsum ius obligationis* significava, como queriam Villey e Monier⁷², o *vinculum iurus*, que mais seria esse *vinculum* senão uma relação entre dois sujeitos ou mais, além é claro de uma figura subjetiva, que reassumia as figuras particulares do crédito e da obrigação? Uma confirmação ainda mais precisa desse imane ponto de vista subjetivo, com toda a probabilidade, seria retirado da leitura da passagem seguinte, que Gaio dedicou à catalogação dos *iura praediorum rusticorum et urbanorum*: mesmo com os poucos excertos que restaram do Código Veronense, é evidente que se trata de um sujeito que poderia ser o titular do *ius* ou que ocuparia o polo passivo da relação jurídica.

Mas, caso ainda restasse alguma dúvida, bastaria a leitura dos parágrafos segundo e terceiro do livro IV, em que Gaio enuncia sinteticamente os inúmeros pressupostos essenciais das *actiones in personam* e *in rem*, em que ele diz: por meio da *actio in personam* agimos contra quem nos tem uma obrigação com base num contrato ou num delito⁷³. Ademais, a *actio in rem* é aquela que se afirma por meio da seguinte fórmula: *rem corporalem nostram esse aut ius aliquod nobis competere*. Parece-me haver aqui a prova definitiva de que o *ius* não era uma *res* para Gaio, mas sim um *quid* similar a nosso direito subjetivo: em verdade, ele não diria que alguém teria um direito, se considerasse *ius* uma *res*, ainda que *incorporalis*, mas, referindo-se a enunciado antecedente, dissesse: *intendere rem corporalem vel incorporalem nostram esse*. Assim, o jurista deixa claro que, em vez de considerar o *ius* uma *res*, o termo *res incorporalis* nada mais é do que uma maneira de expressar o *ius*, útil para certos propósitos, mas não sendo capaz de deturpar sua realidade.

Villey, ao contrário, leva incrivelmente a sério esse uso de *res incorporalis* e estabelece, por sua própria conta, a equação universal: *res = ius*. Ele demonstra toda a ingenuidade de seu pensamento quando tenta explicar por que o *dominium* não recebia o nome de *ius* nas fontes em geral. Considerando os *iura* como *res corporales*,

introduzia-se todo o tratado de direito sucessório a partir da relação com a aquisição *per universitatem*. Contudo, a parte das obrigações não poderia ser enquadrada nessa exposição dos modos de aquisição e, portanto, se estava entre as *res*, pareceria estar fora do lugar. A formulação da categoria de *res incorporales* eliminou essa anomalia até certo ponto.

⁷¹ Nesta segunda categoria, como visto, está o texto de Marciano, D. 20. 20. 6. 8 pr.

⁷² VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, em *Revue Historique de Droit français et étranger*, vol. 24, página 214, 1946-1947; MONIER, Raymond. *La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporales et incorporales*, em *Studi in onore di Siro Solazzi*, Nápoles: Editora Jovene, 1948. Página 362.

⁷³ Gaio não diz se ser o sujeito ativo de uma obrigação significa ter um direito. Na verdade, esse é o problema mais difícil a ser resolvido em matéria de direito subjetivo, tanto do ponto de vista romano quanto da teoria geral (sobre o assunto, v. *infra*).

“[...] on comprend bien aussi que le droit de propriété ne soit pas qualifié de *jus*. Car il n’est pas une chose qu’on puisse placer sur le même plan que le *fundus*, que les choses corporelles. C’est au contraire le droit subjectif même qui porte sur une chose” [Entende-se também que o direito de propriedade não era tido como *jus*, porque não se tratava de algo que pudesse ser colocado no mesmo plano do *fundus*, porquanto fosse *res corporales*. Pelo contrário, o próprio direito subjetivo tem por objeto uma coisa]. Na verdade, o *dominium* não era chamado *ius*, porque nunca foi uma coisa, mas um direito. Assim como a *proprietas*, ao contrário do *usus fructus*, embora fosse “un des avantages juridiques... dont l’ensemble compose la *res corporalis*”, “n’est pas en elle-même un *res*. Aussi n’a-t-elle pas droit, semble-t-il, au terme de *ius*”⁷⁴.

Desse modo, retornemos ao ponto inicial para refletir um pouco mais. Mesmo que Gaio e outros juristas do período clássico tivessem claramente adotado o ponto de vista objetivo, considerando o direito como coisa ou bem (ponto de vista este bastante legítimo na Economia, e aplicável ao Direito de certo modo), isso não descarta a análise subjetiva da estrutura e do sentido desses direitos. Os dois pontos de vista, além de não serem incompatíveis, são também complementares. Pense-se naqueles juristas que admitiam a existência de direitos sobre direitos: equiparando o direito a uma coisa e o considerando como entidade objetiva; contudo, ninguém poderia sustentar que aqueles juristas ignorassem ou até mesmo negassem o conceito de direito subjetivo, ou que ali não enxergassem uma faculdade, um poder, uma pretensão ou qualquer outra relação subjetiva. Portanto, do mesmo modo é admissível que, mesmo classificando os *iura* como *res incorporales* por princípio, Gaio reconhecesse sua natureza subjetiva por outro lado.

Ao término de sua obra, Villey pensa ter esgotado todos os direitos subjetivos patrimoniais, exceto um: o *dominium*. Isso lhe parecia irreduzível, permanecendo, então, com a sua perigosa conjectura (ao constatar que o *dominium* não era tido como *ius* nas fontes romanas) de propor aquela explicação estapafúrdia que vimos há pouco. Preso a essa afirmação, ele ainda acrescenta que a categoria do *dominium* se estendia a todo o âmbito do direito privado, já que, se a servidão, o usufruto, a herança e as obrigações eram coisas, então deveriam pertencer aos indivíduos assim como as *res corporales* pertenciam a estes, pois que sobre eles detinham o *dominium*.

Ora, como dito desde o princípio, a afirmação de que o *dominium* era um direito subjetivo tem sua importância, pois aí está um grande abalo a toda a tese de Villey. Contudo, ainda mais importante é desmentir que o *dominium* se estendesse para toda a esfera do direito privado ou que exprimisse a posse de *res corporales* ou *res incorporales*, isto é, os próprios direitos. As expressões *propriedade da servidão* e *propriedade sobre o crédito* e outras parecidas não são novas, e seu único significado jurídico possível é a titularidade da servidão, do crédito etc. Se é verdade que no direito romano arcaico a propriedade, sob o nome de *mancipium*, *dominium* ou qualquer

⁷⁴ VILLEY, Michel. *Du sens de l’expression jus in re en droit romain classique*, em *Mélanges De Visscher II*, Bruxelas, página 429, 1949.

outra denominação, tinha uma abrangência muito maior do que em épocas posteriores, constituindo assim a matriz de outros direitos⁷⁵, ao contrário, isso não acontecia em razão de os direitos serem reduzidos a objeto de propriedade, equiparando-se à *res*, mas sim porque, em seu lugar, admitia-se apenas a propriedade de coisas corporais como, por exemplo: em vez de servidão de trânsito conhecia-se somente a propriedade da via⁷⁶; em vez de *ius successionis*, entendido como direito de ser ou tornar-se herança, conhecia-se apenas a propriedade dos bens sob herança, incluindo-se aqui tudo o que fosse corporal.

Além disso, já antes do período clássico, essas concepções materialistas foram sendo abandonadas para dar lugar gradativamente ao conceito de direitos limitados de gozo (*ius eundi agendi, ius aquae ducendae, ius utendi fruendi* etc.) ou, ao menos, pela inserção de direitos de crédito entre os bens da herança. Ora, essa transformação não foi uma substituição da antiga propriedade de coisas corporais pela de coisas incorpóreas, mas o nascimento de direitos subjetivos distintos da propriedade. Basta a leitura da bela passagem de Alfeno já citada anteriormente (D. 8. 3. 30) para perceber que já se distinguia a servidão do direito de propriedade no fim da República. Assim a servidão de trânsito já era bem entendida pela possibilidade de seu titular de atravessar determinado imóvel: *quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit*.

A ideia de uma propriedade sobre a servidão, de uma propriedade sobre o usufruto, e *a fortiori* de uma propriedade sobre o crédito ou sobre a obrigação, além de dogmaticamente incorreta, era absolutamente estranha aos romanos.

Assim como se faz uma prova matemática, considerando o modo como foi enunciada a *intentio* das fórmulas que pleiteavam tais direitos: nelas não se afirmava que o *iter*, o *aquaeductus*, a *servitus altius non tollendi*, o *usus fructus* ou a *obligatio* pertenciam ao autor, não se dizia *iter, aquaeductum, servitutem altius non tollendi, usum fructum, obligationem A.i A.i esse*, como se o Romano tivesse concebido a pretensa propriedade das coisas incorpóreas (para as coisas corporais, dizia-se *fundum Cornelianum A.i A.i esse*), mas sim que o autor tinha o direito de passagem, o direito de condução de águas, o direito de usar e gozar ou, ainda, que o réu não tinha direito a *altius tollere* ou que deveria dar alguma coisa ao autor: *ius esse A.o A.o eundi agendi, aquam ducendi*,

⁷⁵ É o que reafirma sistematicamente AMBROSINO, Rodolfo. *Le applicazioni innovative della mancipatio*, em *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milão: Editora Giuffrè, volume 2, 1953, com quem concordo veementemente, exceto na parte em que estende sua tese à matéria das obrigações (página 605 e seguintes).

⁷⁶ As opiniões são variadas no que toca à compreensão dessa propriedade sobre a via, ora entendendo-a como propriedade ordinária do período clássico (AMBROSINO, Rodolfo. *Le applicazioni innovative della mancipatio*, em *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milão: Editora Giuffrè, volume 2, página 591 e seguintes, 1953, que menciona a farta literatura antecedente), ora analisando a propriedade pelo prisma funcional (KASER, Max. *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, em *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, página 446 e seguintes, 1939; KASER, Max. *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar: Akademie für Deutsches Recht, 1943. Página 302 e seguintes). Contudo, essas divergências são irrelevantes, a meu juízo. Do mesmo modo, não importa se, num primeiro estágio, a diferença entre a mera propriedade e a percepção de frutos no usufruto fosse admitida por diferentes formas de propriedade. (sobre o tema: AMBROSINO, Rodolfo. *Usus fructus e communio*, em *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Apollinaris, volume 16, página 183 e seguintes, 1950).

utendi fruendi ou *ius non esse*. *N.o N.o altius tollere* ou *N.m N.m A.o A.o centum dare oportere* (cfr. Paul. D. 8. 5. 9 pr.; Ulp. D. 7. 6. 5 pr.; Ulp. D. 8. 5. 3 pr.; Gai. 4, 2-3, 41 e *passim*). Enquanto na *hereditas*, sobreviveu a *intentio: si paret hereditatem... Ai Ai esse* (cfr. Gai. D. 5. 3. 3; eod. 10. 1); mas esse fato, devido a razões particulares, não só histórico mas também dogmático sem dúvida, e sobre o qual não devemos nos debruçar neste momento, não pode desmentir o que vem à tona de outros campos do direito. Não se deve esquecer a esse respeito que tais provas têm um valor quase oficial, já que a *intentio* desempenhava a tarefa essencial de descrever o direito ou a relação jurídica alegada pelo autor.

Demonstrada, portanto, a inexistência da propriedade sobre as *res incorporales*, cai por terra o único argumento possível da hipótese de que os romanos efetivamente consideravam os direitos como coisas, e torna incontestado que eles concebiam, além do *dominium*, uma série de situações jurídicas subjetivas.

Livre das amarras teóricas de Villey, a riqueza das situações jurídicas subjetivas nas fontes romanas começa rapidamente a vicejar. Praticamente não há texto cujo objeto não consista em indicar aquilo que alguém pode ou deve fazer a alguém. Isto posto, parece-me que tal indicação, que deve haver em qualquer ordenamento jurídico, pressupõe necessariamente um ponto de vista subjetivo, circunscrito àquilo que primeiro salta aos olhos: relações jurídicas subjetivas. Ainda sobre esse ponto de vista mais restrito, podemos notar as locuções: *ius esse alicui*, *ius competere*, *ius habere*, *rem (hereditatem) alicuius esse*, *dominium alicuius esse*, *dominium habere*, *facultatem esse*, *facultatem competere*, *facultatem habere*, *potestatem esse*, *potestatem habere*, *licere*, *posse* (com algum verbo no infinitivo), *actionem esse*, *actionem competere*, *actionem habere*, além de outros léxicos que nos ajudam a perscrutar as fontes⁷⁷. O que me parece representar uma confirmação inabalável de que os romanos admitiam uma ampla gama de situações jurídicas subjetivas e pensavam o direito em torno delas.

O ponto negativo que pode ser suscitado, à primeira vista, é que essas situações jurídicas eram muitas e desprovidas de qualquer relação entre si, concebidas de modo atomístico e irredutíveis à figura unitária do direito subjetivo, o que é, em parte, fundado. Mas isso nada mais é do que dizer em outras palavras que os juristas romanos não se preocuparam em analisar o conteúdo intrínseco dessas situações jurídicas, já que pouco eram inclinados à especulação teórica, ou mesmo que não tiveram o cuidado de formular conceitos e adotar alguma linguagem rigorosa para uso científico. Isso aconteceu em diversos campos, por exemplo: nas obrigações, nos contratos ou na servidão, onde em vez de delinearem uma figura geral e abstrata, trabalharam somente sobre os espécimes terminológicos. No lugar do direito subjetivo por excelência, acabaram por conhecer somente direitos subjetivos, enquanto unidades de uma categoria maior.

No entanto, seria certamente equivocado pensar que cada termo correspondesse a diferentes relações

⁷⁷ Infelizmente, o dicionário mais importante (*Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*) não possui os verbetes *ius*, *licet*, *possum* e *potestas*. Caso fosse possível consultá-los, constatar-se-ia ainda mais a importância dada pelos romanos ao ponto de vista subjetivo.

jurídicas para esses juristas. Na verdade, muitos deles se sobrepunham sobre os outros, pois que indicavam a mesma situação jurídica, mas a partir de outro prisma. Havia figuras complexas em torno das quais havia inúmeras espécies, e eu creio que podemos ver isso no *ius*, no *dominium*, na *potestas*, na *facultas*, no *licere* ou na *actio*. É claro que, enquanto o *dominium* e a *actio* haviam noções bem definidas⁷⁸, a fronteira entre *ius*, *potestas* e *actio* era bem incerta, pois que seus termos relativos frequentemente eram usados como sinônimos⁷⁹. Deve-se ter em conta que *ius*, muitas vezes acompanhado de um gerundivo ou um genitivo (*ius eundi agendi*, *ius utendi fruendi*, *ius accusandi*, *ius mortuum inferendi* etc.)⁸⁰, indicava com prevalência absoluta a possibilidade de fazer algo⁸¹. Todavia, há de se observar que, embora *facultas* geralmente exprimisse uma possibilidade de agir a partir de um simples *licere* ou, então, fosse compreendida numa situação jurídica subjetiva ainda maior como o *dominium* ou pátrio poder, *ius* designava especificamente a possibilidade de agir reconhecida como figura autônoma e protegida por alguma *actio* em particular. Por fim, a *potestas*, mesmo com inúmeras acepções (que Paul. D. 50. 16. 215 tenta classificar), referia-se a uma possibilidade de agir mais intensa que ou se exprimia num poder de comando, como em seu conceito publicista, de *patria* e de *dominica potestas*, ou na legitimidade para realizar atos jurídicos eficazes (que já não fossem pressupostos de outra *actio*).

Certa feita, é importante notar que essas figuras manifestavam clara relação entre si. Em primeiro lugar, o termo *ius* havia uma designação muito geral, e já vimos que a possibilidade de agir, geralmente classificada como *facultates* ou *potestates*, podia igualmente ser expressa com o termo *iura*. A mesma *potestas* familiar assumia

⁷⁸ Refiro-me à *actio* enquanto relação jurídica, independentemente de outros significados do termo, relevando o que já dissera em PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milão: Editora Giuffrè, 1939. Página 18 e seguintes, e nas lições sobre PUGLIESE, Giovanni. *Il Processo formulare*, volume I. Gênova, 1948. Página 101 e seguintes, o que Villey simplesmente descarta quando não julga oportuno: “réduire ainsi les sens divers, généralement assez vagues du mot *actio*, en un unique sens” (*RH*, cit. 126).

⁷⁹ Por exemplo, dizia-se *ius accusandi* (Ulp. D. 40. 9. 30. 1-2; Mod. D. 48. 4. 7 pr., etc.) e *facultas accusandi* (Ulp. D. 48. 5. 4 pr.; Marcian. D. 48. 16. 1. 10), *ius aedificandi* (Pomp. D. 8. 2. 27. 1) e *facultas aedificandi* (Pomp. D. 39. 2. 41), *potestas manumittendi* (Gai. 1. 43) e *ius manumittendi* (Tryph. D. 49. 15. 12. 9), *potestas iubendi* (Marcian. D. 50. 16. 214) e *ius iubendi* (Pomp. D. 26. 7. 17).

⁸⁰ Cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, cit., vol. 2, página 22 (sub v. *habeo*); vol. 5, páginas 832 e 834 (sub v. *sum*).

⁸¹ Villey (VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, em *Revue Historique de Droit français et étranger*, vol. 24, página 217, 1946-1947; VILLEY, Michel. *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*, em *Mélanges De Visscher II*, Bruxelas, página 428, 1949) contestaria essa interpretação, muito pernicioso à sua tese sem dúvida, com base na autoridade filológica de RIEMANN, Othon. *Syntaxe latine*, Paris: Editora Klincksieck, 1890. 496. 504, segundo o qual o gerundivo desempenha uma função de substantivo, e não de verbo. Sem entrar numa discussão gramatical, não obstante eu diria que seu significado não muda substancialmente, porquanto se diga: “eu tenho direito de passagem ou eu tenho direito de usufruto”, em vez de “eu tenho o direito de passar ou eu tenho o direito de usar e gozar a coisa”, continua perfeitamente claro que a substância do direito consista em poder passar, usar e gozar. Quando um vocábulo indica uma ação e vem acompanhado de um sujeito, conforme *ius esse alicui eundi agendi, utendi fruendi, aedes tollendi, accusandi* etc., torna-se irrelevante que sua função gramatical seja a de verbo ou substantivo, já que substancialmente sempre haverá uma situação jurídica subjetiva para a possibilidade de realizar algum ato. Veja-se, pois, como é descrito o conteúdo de uma hipoteca *servitus*, a qual um daqueles *iura* se refere, em Paul. D. 8,1, 8 pr.: *Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest*. Por outro lado, basta analisar os títulos dos livros sete e oito do Digesto para concluir sem dúvida que a titularidade do usufruto ou da servidão nada mais era do que a possibilidade de se comportar de determinado modo em relação à coisa (objeto de direito). No mesmo sentido, mas dentro de certos limites, *ius* equivalia a *facultas* e a *potestas*.

tecnicamente o nome de *ius* nas expressões *alieno iuri subiectus* e *sui iuris*⁸² e, ainda na *potestas*, não se pode esquecer do binômio *ius potestasque esto*, por meio do qual inúmeras disposições legislativas conferiam determinados poderes aos magistrados ou aos particulares (cfr. *lex Falcidia* in D. 35. 2. 1 pr.; *lex Quinctia de aquaed*, 26. 49-50; *lex col. Genit. Iul.* 56; 125; 126; 128; etc.; *lex Malac.* 54, 49)⁸³. Por sua parte, a *actio* é definida em Cels. D. 44. 7. 51 como *ius iudicio persequendi*, embora alguns aleguem ser uma interpolação⁸⁴, o que eu discordo. Mas, ainda que o fosse, não haveria a possibilidade de associar a *actio* ao *ius*, já que a relação jurídica da *actio* determinava ao sujeito um *agere posse* ou, como foi dito em outro lugar, uma *potestas experiundi*, sendo possível referir-se à *posse* ou à *potestas* por meio de *ius*. Falta o *dominium* que, como ressalta Villey, não chegou a ser classificado em sua complexidade como *ius*, embora haja algumas exceções (cfr. Phil. c. 8. 10. 4). Em várias passagens o *dominium* recebe o nome de *ius* (por exemplo, na fórmula: *ius non esse N.o N.o aedes altius tollere*) ou, geralmente, de *facultas* ou *potestas*, podendo até mesmo aparecer como *potestas*, no caso, sobre um escravo (Paul. D. 50. 16. 215; cfr. Gaio. 1. 52-54).

De qualquer modo, mesmo prescindindo da relação terminológica, o que de fato importa é a relação substancial, que é o assunto da minha segunda questão. Parece-me que todas as figuras subjetivas acima indicadas haviam em comum a peculiaridade de pôr o sujeito numa situação de exercício da própria vontade, em determinada esfera e em sentidos mais ou menos importantes, fosse um poder de comando, um domínio sobre uma coisa, uma possibilidade de realizar atos eficazes ou a possibilidade de extrair utilidade de alguma coisa. Isso pelo menos significava que a ação do titular era lícita, em suma, de situações jurídicas ativas.

Diante disso, resta claro que os romanos não fizeram nenhuma consideração sobre aquilo que, na ciência jurídica moderna, chama-se pretensão. Apesar de rechaçar o nome, mais uma vez⁸⁵ eu vi ali a essência do direito subjetivo. Naquele trabalho, constatei que *ius* não era o termo idôneo para significar o direito a um comportamento de outrem, isto é, a situação jurídica de alguém ante um sujeito que tem a obrigação de comportar-se de determinado modo. Poder-se-ia ainda acrescentar que isso não diz respeito apenas ao significado de *ius*, mas talvez da indiferença geral ainda maior dos juristas romanos por aquela situação jurídica.

Isso não é difícil de se explicar. Na verdade, vários juristas modernos não hesitaram em afirmar que a

⁸² Sobre o tema cfr. KASER, Max. *Das Altrömischer Ius*. Gotinga: Vandenhoeck und Ruprecht, 1949. Página 89.

⁸³ Esta questão já foi tratada em PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milão: Editora Giuffrè, 1939. Página 239. Para mais informações sobre o assunto KASER, Max. *Das Altrömischer Ius*. Gotinga: Vandenhoeck und Ruprecht, 1949. Página 98, notas 9 e 10.

⁸⁴ Assim também parece pensar VILLEY, Michel. L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains. *Revue Historique de Droit français et étrange*, vol. 24, página 126, 1946-1947, que não se declara convencido de meu comentário contra a hipótese da interpolação (PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milão: Editora Giuffrè, 1939. Página 179; v. também PUGLIESE, Giovanni. *Il Processo formulare*, volume I. Gênova, 1948. Página 112 e seguintes).

⁸⁵ PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milão: Editora Giuffrè, 1939. Página 63 e seguintes; página 237 e seguintes; página 338 e seguintes.

pretensão, enquanto poder de pedir ou exigir da contraparte o adimplemento da obrigação, diferentemente da ação, não existe de fato⁸⁶, definindo-a dentro dos limites mais estreitos da expectativa de um comportamento alheio juridicamente protegida, o que naturalmente tornou obsoleto o termo *pretensão*, e ainda mais aquele empregado pelos pandectistas: *Anspruch*. Ora, os próprios romanos perceberam, mesmo sem enfrentarem o problema, que sobre um comportamento alheio não havia um poder ou uma faculdade e, guiados pelo seu pragmatismo, deram mais atenção à possibilidade de agir – no lugar da simples expectativa – que posteriormente era dada ao sujeito, isto é, a *actio*. Assim, o titular de uma servidão tinha o direito à *vindicatio servitutis*, além da eventual faculdade de usar o *fundus* serviente dentro dos limites pré-estabelecidos, ou o usufrutuário que, além da faculdade de usar a coisa e perceber seus frutos, tinha o direito à *vindicatio usus fructus*, ou o credor que tinha direito⁸⁷ à *actio in personam* correspondente ao crédito. E há de ser levado em conta que eles não viam a *actio* como uma pretensão, nem confundiam uma com a outra, como sustentaram Windscheid e seus incontáveis sequazes, mas, simplesmente desconsideravam-na, reconhecendo ao sujeito unicamente a *actio*.

A esta altura, surge a necessidade de estabelecer se a orientação das fontes romanas aqui ilustradas podem servir de base para revelar a inutilidade do conceito de pretensão, cuja evanescência contaminou a doutrina moderna, ou se a pretensão (como queiram chamá-la) representa, ao contrário, a única característica que os direitos subjetivos – em contraste às ações – têm em comum, sendo capaz de fornecer ao mesmo tempo o fundamento necessário para a legitimidade do titular para atos de disposição ou tutela. O fator decisivo para esta escolha poderia ser a determinação do significado jurídico dado ao sujeito enquanto destinatário de um comportamento prescrito na norma, isto é, se tal determinação havia uma relevância ou não além daquela atribuição de uma faculdade de gozo ou de um poder de tutela e disposição. Em outros termos, considerando

⁸⁶ Com exceção de SFORZA, Widar Cesarini. *Il diritto soggettivo*, na *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Turim, volume I, página 18 e seguintes, 1947, e ultimamente CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma: Editora Foro Italiano, 1951. Página 154 e seguintes; é óbvio que eu gostaria de subscrever esses autores tão insígnies, no sentido dar uma maior consistência ao conceito de direito subjetivo, mas, no momento, não me atenha apenas ao ponto de vista estritamente jurídico.

⁸⁷ Contudo, do ponto de vista terminológico, nota-se como os juristas clássicos também haviam o cuidado de indicar com uma expressão adequada a condição que havia o credor antes e independentemente da *actio*. Em algumas fontes dos séculos II e III, usava-se o termo *obligatio* num sentido ativo, ou então se recorria a locuções formadas com *ius: ius obligationis, ius nominis, ius crediti, ius stipulantis* (cfr. PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milão: Editora Giuffrè, 1939. Página 241 e seguintes, e KASER, Max. *Das Altrömischer Ius*. Gotinga: Vandenhoeck und Ruprecht, 1949. Página 97, nota 5). Mais comum ainda era a maneira sistemática de objetivar o direito na noção de crédito (*creditum, nomen*), quando os juristas falavam, com certas nuances: *creditum adtribuere, creditum recipere, creditum solvere, nomen pertinere, nomen adquirere, nomen dare, nomen habere, nomen legare, nomen solvere* (cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, cit., vol. 1, página 1060; vol 4, páginas 177 e 178). Em Cévola (D. 32. 34 pr.) encontra-se também a peculiar expressão *obligatio nominis*, na qual *obligatio* possui um sentido ativo já indicado neste artigo e, ao lado de *nomen*, expressa o direito creditório por excelência.

Quanto à possibilidade de valorizar essas provas também por um prisma substancial, eu não descarto a conclusão de que a lei romana na época clássica reconhecia de fato ao credor, não apenas a *actio*, mas também uma expectativa parecida com nossa pretensão, apesar das observações feitas no início deste artigo, em que distingo o direito positivo das elucubrações da ciência jurídica a partir dos cânones indicados. Porém, penso que essa questão não pode ser resolvida agora, tendo em vista os resultados a que chegou a teoria geral, que apresento adiante no artigo.

apenas o momento do ato alheio esperado, se não seria diferente a condição do destinatário daquele que não fosse contemplado pela norma, mesmo havendo interesse no adimplemento.

Mesmo assim, dentro de meus limites, ainda não me sinto capaz de examinar esse problema e outros conexos que indiquei no início, pois tenho como necessário primeiro deixarem decantar mais, tanto em mim quanto na doutrina contemporânea, as diversas ideias sustentadas sobre esse ponto. Por ora, creio ter me circunscrito bem ao desafio a que eu mesmo me propus, qual seja: o de esclarecer como os romanos não só atribuíam aos indivíduos situações jurídicas subjetivas, como também tinham perfeita consciência disso, empregando essa perspectiva em seus problemas jurídicos, ao contrário do que sustentavam Villey, Monier e Albanese. Também me parece admissível que essas situações jurídicas possam ser resumidas em um conceito unitário de direito subjetivo, embora acredite que seja apenas uma questão ulterior, de natureza secundária, no que diz respeito às questões enfrentadas neste estudo.

RES CORPORALES, RES INCORPORALES AND THE PROBLEM OF THE SUBJECTIVE RIGHT

Abstract

This paper is the portuguese translation from Pugliese's article published in 1953, in third volume of studies in honor of Vincenzo Arangio-Ruiz's forty five teaching. It is a controversial article that contradicts Villey's conclusions about the subjective right in Roman law. Such controversy has been fed the philosophy of law until now, although french opinion be more widespread than its genuine challenges in Brazil. Thus, this paper aims to feed back that question on lusophone academy, whose intellectual heritage is still well-known worldwide. Comparing the roman history, its large legislation, the jurists' classic doctrine and historians' opinion about that global heritage, Pugliese severely refutes arguments that Villey alleges to state that romans did not know subjective rights. After all, the article breaks down all opposite reflections and it shows roman law's richness throughout many century. Futhermore, this portuguese translation is a contribution to future legal researches, that still needs to recover its countless human values in Brazil.

Keywords: Subjective Right; Roman Law; Philosophy of Law; Michel Villey; Giovanni Pugliese.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANESE, Bernardo. *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *Annali Palermo*, 20, pag. 232 ss., 1949.

AMBROSINO, Rodolfo. *Le applicazioni innovative della mancipatio*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milano: Giuffrè, vol. 2, pag. 583, n. 23, 1953.

_____. *Usus fructus e communio*, em *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, Apollinaris, vol. 16, pag. 183 s., 1950.

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. Napoli: Jovene, 1949.
- BARBERO, Domenico. **Le universalità patrimoniali**. Milano: Giuffrè, 1936.
_____ **Sistema istituzionale del diritto privato italiano**. Torino: UTET, 1949.
- BETTI, Emilio. **Istituzioni di diritto romano I**. Padova: Cedam, 1942.
- CALAMANDREI, Piero. **Relatività del concetto di azione**, in **Scritti giuridici in onore di Santi Romano**, vol. 4, Padova: Cedam, 1940.
- CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il problema della scienza giuridica**. Roma, 1937.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. Roma: Foro Italiano, 1940.
_____ **Teoria generale del diritto**. Roma: Foro Italiano, 1951.
- COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Cours élémentaire de droit civil français**. Paris: Dalloz, 1947.
- COSACK, Konrad; MITTEIS, Heinrich. **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts**. Iena: Gustav Fischer, 1922-1924.
- DE RUGGIERO, Roberto. **Istituzioni di diritto civile**, vol. I. Messina: Principato, 1926.
- DE RUGGIERO, Roberto; MAROI, Fulvio. **Istituzioni di diritto privato I**. Messina: Principato, 1939.
- DERNBURG, Heinrich. **Lehrbuch des preußischen Privatrecht**. Halle: des Waisenhauses, 1894-1896.
- DUSI, Bartolomeo. **Istituzioni di diritto civile**, IV. Torino: Giappichelli, 1944.
- ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts**. Marburgo: Elwert, 1931-1932.
- GARBAGNATI, Edoardo. **La sostituzione processuale**. Milano: Giuffrè, 1942.
- GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. Paris: Arthur Rousseau, 1924.
- GRADENWITZ, Otto; KÜBLER, Bernardus; SCHULZE, Ernestus Theodorus. **Vocabularium iurisprudentiae romanae**, vol. 2. Berlin: Savigny-Zeitschrift, 1894.
- GROSSO, Giuseppe. **Appunti sulla distinzione delle res in Gaio**, in **Studi in Storia e Diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento**, Milano: Giuffrè, vol. 1, pag. 35 ss, 1937-1939.
_____ **Corso di diritto romano – Le cose**. Torino: Giappichelli, 1941.
_____ **Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano**. Torino: Giappichelli, 1949.
- GUARINO, Giuseppe. **Potere giuridico e diritto subiettivo**. Napoli: Jovene, 1949.
- HAURIOU, Maurice. **Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté**. Paris: Bloud et Gay, 1933.
- KASER, Max. **Das Altrömischer Ius**. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1949.
_____ **Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht**, Weimar: Akademie für Deutsches Recht, 1943.

_____ **Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht**, in *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, pag. 446 ss., 1939.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**. Tübingen: Scientia, 1911.

_____ **Teoria generale del diritto e dello stato**. Milano: Comunità, 1952.

_____ **Res als Zentralbegriff des Institutionensystem**, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Berlin, 66, pag. 572 s., 1948.

LENEL, Otto. **Palingenesia Iuris Civilis**, vol. I. Leipzig: Scientia, 1889. Pag. 173.

LEVI, Alessadro. **La teoria generale del diritto**. Padova: Cedam, 1950.

_____ **Istituzioni di teoria generale del diritto**. Padova: Cedam, 1935.

MESSINEO, Francesco. **Manuale del diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1950-1951.

MOMMSEN, Theodor. **Juristische Schriften**, vol. II. Berlin: Weidmann, 1907.

MONIER, Raymond. **Du mancipium au dominium**. Paris: Le cours de droit, 1947.

_____ **La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporales et incorporales**, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli: Jovene, 1948.

_____ **La possession est-elle une res incorporalis en droit romain classique?** in *Mélanges De Visscher 4*, Bruxelles, pag. 235 ss., 1950.

NATOLI, Ugo. **Il diritto soggettivo**. Milano: Giuffrè, 1943.

ORESTANO, Riccardo. **Diritto romano, tradizione romanistica e studio del diritto**, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, LXXXVII, pag. 156 ss., 1950.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité élémentaire de droit civil français**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950.

PUGLIESE, Giovanni. **Actio e diritto subiettivo**. Milano: Giuffrè, 1939.

_____ **Actio e diritto subiettivo**, in *Revue Historique de Droit français et étrange*, vol. 24, pag. 125 ss., 1946-1947.

_____ **Il Processo formulare**, vol. I. Genova, 1948.

RAVÀ, Adolfo. **Istituzioni di diritto privato**. Padova: Cedam, 1937.

RIEMANN, Othon. **Syntaxe latine**. Paris: Klincksieck, 1890.

ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1947.

_____ **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Sansoni, 1945.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Istituzioni di diritto civile**. Napoli: Jovene, 1946. Pag. 53 s. SCHERILLO, Gaetano. **Lezioni di diritto romano – Le cose**. Milano: Giuffrè, 1945.

SCHULZ, Fritz. **I principi del diritto romano**. Trad. Vincenzo Arangio-Ruiz. Firenze: Le Lettere, 1946.

_____ **History of roman legal science**. Oxford: Clarendon, 1946.

SEGRÈ, Gino. **Corso di diritto romano**. Torino: Giappichelli, 1927.

SFORZA, Widar Cesarini. **Il diritto soggettivo**, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Torino, vol. I, pag. 18 ss., 1947.

Studi in onore di Siro Solazzi nell'anniversario del suo insegnamento, Napoli: Jovene, 1949.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. Padova: Cedam, 1952.

TUHR, Andreas von. **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**. München e Leipzig: Duncker & Humblot, 1914.

VASSALLI, Giuliano. **La Potestà punitiva**. Torino: Utet, 1942.

VILLEY, Michel. **Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique**, in *Mélanges De Visscher II*, Bruxelles, pag. 417 ss., 1949.

_____. **L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains**, in *Revue Historique de Droit français et étrange*, vol. 24, pag. 201 s., 1946-1947.

VOGT, Heinrich. **Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts**. Marburg: Simons Verlag, 1950. VON BESELER, Gerhard. **Lucubrationes Balticae**, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Lateran University Press, vol. 3, pag. 365, 1937.

WINDSCHEID, Bernhard. **Diritto delle pandette**, vol. I, trad. it. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925.

Trabalho enviado em 25 de julho de 2018.

Aceito em 29 de julho de 2018.