



PERSONALIDADE JURÍDICA EM USO E INSTRUMENTALIDADE: O DOMINIUM COMO FÓRMULA DE RACIONALIZAÇÃO PARA A PERSONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO JURÍDICA DE PESSOA

Legal Personality in use and instrumentality: the domain as a rationalization formula for personality as an instrument for the legal realization of a person

Dirceu Pereira Siqueira

Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Maringá, PR, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>

E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

Fernando Rodrigues de Almeida

Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Maringá, PR, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2882794362021505> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6144-7752>

E-mail: fernandordealmeida@gmail.com

Trabalho enviado em 06 de abril de 2022 e aceito em 09 de novembro de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 16, N.03, 2023, p. 1769 - 1786

Dirceu Pereira Siqueira e Fernando Rodrigues de Almeida

DOI: 10.12957/rqi.2023.66406

RESUMO

O presente trabalho busca observar, a partir de uma hipótese de um paradoxo de natureza da personalidade jurídica, uma forma de resgate de seu conceito de pressuposto de pessoa como elemento de efetivação da instrumentalidade jurídica. Para tanto observar-se-á a personalidade a partir de um resgate do conceito romano de *dominium* para que este possa resgatar sua atuação jurisdicional sobre o conceito de pessoa. O presente trabalho deduz, por meio de pesquisa bibliográfica a hipótese do deslocamento de natureza do direito à personalidade.

Palavras-chave: Personalidade Jurídica; natureza jurídica; *dominium*

ABSTRACT

The present work seeks to observe, based on a hypothesis of a paradox of the nature of legal personality, a way of rescuing its concept of person presupposition as an element of effective legal instrumentality. In order to do so, the personality will be observed from a rescue of the Roman concept of *dominium* so that it can rescue its jurisdictional action on the concept of person. The present work deduces, through bibliographical research, the hypothesis of the displacement of nature of the right to personality.

Keywords: Legal Personality; legal nature; *Dominium*

INTRODUÇÃO



O presente trabalho se inicia a partir de uma hipótese acerca de um problema teórico da conceituação de natureza de direitos aos quais se relacionam com a ideia de *personalidade*.

Para tanto, o primeiro contato com essa temática, será justamente o da problemática de tais direitos como significado e seu enquadramento formal, observando o porquê não se justificaria uma dedução tradicional de hipóteses estatuídas sobre este instituto teórico.

Os direitos da personalidade são elementos de forma jurídica que, apesar de muito utilizados na estrutura jurisdicional como garantidores do exercício de autonomia de liberdade individual, ainda assim são explorados de forma pouco crítica nas estruturas doutrinárias.

Há uma dificuldade de categorização destes direitos, uma vez que ao mesmo tempo que apresentam uma forma normativa de derivação dos direitos de liberdades, ou como uma norma fundamental de validação do espaço normativo, se estatuem em uma seara civilista de contrato. Ainda assim, quando enfrentados como meio de garantia, podem apresentar definições dúbias, como uma possível inerência ao indivíduo e ao mesmo tempo uma realização de dever-ser puro despersonalizado dentro de um purismo metodológico abstrato. Esse enfrentamento, pode, inclusive passar pela tentativa de *fundamentalização* constitucional desses direitos, o que traz mais problemas quando relacionados com sua natureza intrasubjetiva.

Com isso, tentar fazer uma relação dedutível com a aplicabilidade de uma natureza jurídica pura dos direitos da personalidade para caracterizá-los como uma norma em sentido formal parece inviável a este trabalho.

Assim, observaremos a própria categoria jurídica que se observa sobre a personalidade, por meio de um resgate ao direito romano a partir do fundamento de *dominium*, para que a racionalidade não se perca no modelo de aplicação legal.

1. SOBRE O PROBLEMA GENEALÓGICO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Há uma relação tautegórica da personalidade como fundamento pressuposto de indivíduo e pessoa, ainda que seja essencialmente um forma jurídica, deve ser observada agora como um elemento normativo. Para tanto, a natureza, até agora enfrentada como uma hipótese paradoxal, deve apresentar-se como uma realidade objetiva. O resultado genealógico deve apresentar-se como fundamentação de natureza.

Essa passagem se dará em um sentido anômico em que a personalidade se encontra, para



assim observar sua categoria de aplicabilidade que a afasta de certas fundamentações de direito aplicado e a aproxima de um direito pressuposto, para que, enfim seja apresentada, por meio de tal dedução sua natureza jurídica.

A relação paradoxal da natureza dos direitos da personalidade se apresenta justamente quando se remonta ao fato de que ao tentar categorizar a personalidade em uma forma jurídica não se consegue se desvincular de uma inerência, com isso a forma de direito natural e direito positivo se colidem em si.

Uma estrutura em que os direitos da personalidade são considerados como uma relação aplicável de direitos materiais deve ligar-se a uma estrutura aplicável, e a tentativa de uma caracterização de natureza dos direitos da personalidade como fundamento simultaneamente jusnaturalista e juspositivista, se realiza como uma relação em que há uma contradição em termos de aplicabilidade, isso porque, da mesma forma que sua aplicação se faz pela forma pura, do ponto de vista juspositivista, em um naturalismo a forma de aplicação deve estar necessariamente ligada a uma legitimidade do detentor do direito, que gera um conteúdo aplicável.

Porém, ao contrário de determinar o elemento comum entre o juspositivismo e o jusnaturalismo – que talvez fosse o resultado de uma revisão linear e sistemática da bibliografia dos direitos da personalidade – a observação por blocos de poder-saber presentes na genealogia observada até o presente momento, neste trabalho nos revelou alguns elementos mais coerentes sobre a natureza desse instituto.

Talvez, seja interessante destacar é que nas duas hipóteses doutrinárias de natureza temos elementos que não se alocam em uma fundamento primário, mas sim em um elemento finalístico quanto a personalidade como direito. Isso fica mais claro, no texto “Zur Kritik der Gewalt” na melhor tradução brasileira por João Barrento na obra “O anjo da história” (2019), que leva o título de “sobre a crítica do poder como violência”¹, o autor observa que tanto no direito natural quanto no direito positivo a justiça apresenta-se como critério de fins e, é nos meios que se modifica os critérios de observação das passagens, mas existe um meio comum, ou segundo o autor, um dogma fundamental comum que, ainda que sua justificativa se mova sobre o aspecto intrínseco do direito natural e axiológico do direito positivo, os fins justos deverão ser alcançados por meios legítimos, e meios legítimos, aplicados para alcançar fins justos, apresentando-se, assim, os fins como uso de ambos os modelos de direito, como busca de critério comum de justiça, em que, em ambos os casos se justificam por meio do fim a atribuição valorativa dos meios.

¹ Segundo nota do tradutor: O termo alemão usado por Benjamin neste título (Gewalt) designa tanto “poder” como a “violência”. (BARRENTO *in* BENJAMIN, 2019, p. 57)

O direito natural aspira a “legitimar” os meios pela natureza justa dos fins; o Direito positivo busca “garantir” a natureza justa dos fins pela legitimidade dos meios. A antinomia revelar-se-ia insolúvel no caso de o pressuposto dogmático comum ser falso, ou seja, se os meios legítimos, por um lado, e os fins justos, por outro, se encontrassem numa contradição inconciliável. Mas a percepção desse estado de coisas não seria possível antes de sair do círculo e de estabelecer critérios independentes, tanto para os fins justos como para os meios legítimos. (BENJAMIN, 2019, p. 61)

Assim, observando que a detenção do poder/violência do direito se dá pela definição *a posteriori* do fundamento teleológico do bem jurídico delimitado, pode-se justificar aqui a busca dos direitos da personalidade em terem uma tentativa de natureza mista quanto sua definição jurídica.

O problema é, que afinal, com essa conclusão apenas observamos o problema do direito da personalidade como manutenção de uma autopreservação do direito, como ordem determinada pela sua radicalização de sobrevivência, em qualquer que seja sua natureza observada. Isto é, ainda que possamos determinar o fundamento possível de observação quanto a finalidade da personalidade como forma jurídica para manter sua estrutura como meio de garantia de direitos, a sua aplicação torna-se inviável se incompatível com a dogmática jurídica aplicável.

Esse segundo problema de outra natureza, a incompatibilidade de elementos intrasubjetivos como personalidade serem categorizados em uma linearidade histórica, elemento que a racionalidade é obrigada a observar. Isso apresenta-se pois, a personalidade é estruturalmente *apocalíptica*, uma vez que há o interesse da revelação do sujeito quanto a si mesmo, enquanto o direito dessa personalidade é observado a partir da relação historicista com a relação entre contrato e sujeito de direito.

De um ponto de vista da existência do direito, como formula abstrata de observação, este, ainda que por método se valide em uma manutenção formal determinada. Com isso, há uma revelação sob um aspecto ideológico da categoria do Direito em se apropriar de um elemento que, em tese, o invalida, para sua própria validade, aparece como uma contradição do próprio direito para o método de aplicação de sobrevivência, como violência simbólica de si mesmo.

Ora, do ponto de vista da aplicação, a função tanto jusnaturalista quanto juspositivista não se enquadram em uma possibilidade de natureza do instituto, isto é, para isso os direitos da personalidade deveriam conter-se em um espectro de natureza de finalidade, de tal forma que a personalidade seria, não um pressuposto, mas uma relação de fundamento do efeito normativo no plano de aplicação.

Com isso, a genealogia traçada até então na presente tese ajuda a observar a inconstância de apreensão dessa possibilidade, uma vez que a personalidade não pode se caracterizar como um elemento na decisão judicial, tampouco como fundamento posterior a própria aplicação jurisdicional.

Isso se dá pelo resultado obtido sobre o fundamento de ligação entre personalidade e direito, que se fez possível observar como uma realização fundamental de estrato jurídico a partir de uma realização de um espaço específico em que a personalidade se aloca.

Como se pode observar, a genealogia aplicada demonstra uma relação de poder-saber bem específica quanto a personalidade, que faz dessa uma forma jurídica em si quanto a sua existência. Uma vez que foi necessária a separação da personalidade sobre as categorias de indivíduo e pessoa, sendo a personalidade, um elemento que se produz após a fundamentação axiológica da pessoa, porém se move, em essencialidade efetiva, para um pressuposto do próprio indivíduo, para que assim, os termos presentes no contexto atribuído ao sujeito se mantenha fora da experiência, permitindo a substanciação fundamental do caráter humano diferenciado frente outros elementos axiológicos presentes no fenômeno.

Com isso o resultado genealógico da personalidade faz com que esta se apresente em um fundamento não racionalizável, em que neste ponto podemos observar sua transcendência de conceito observável para sua aplicação jurisdicional.

Sendo assim, a ligação necessária para a efetividade racionalizante da personalidade a sua finalidade jurisdicional deve-se fazer sobre esse aspecto de uma metatragédia, isso se faz necessário porque, ainda que se tenha observado que a personalidade, em seu deslocamento garantidor de um *não-meio*, se faz por meio de uma forma jurídica, que pressupõe a categoria normativa, tanto de indivíduo, quanto de pessoa, deve se firmar, para sua aplicabilidade formal em uma relação direta com a forma jurisdicional, ou seja, se a genealogia da personalidade a coloca em um *Wirklich Jetztzeit*², a aplicação geral para sua natureza jurídica se faz na possibilidade de aplicação jurisdicional.

² Entende-se como o conceito de um Agora efetivo em relação a consciência do detentor da personalidade quanto a si mesmo.

2. O RESGATE DO RACIONALISMO DA PERSONALIDADE PELO *DOMINIUM*

O racionalismo kantiano obrigou que o direito moderno fosse lido a partir de estruturas binárias. A partir da necessidade de se categorizar uma diferença cabal entre planos do *ser* e *dever-ser*, ou seja, um plano em que a coisa em si se encontra no meio e um plano racional em que os juízos apresentam uma categoria objetiva para tais termos, deduzir, por assim, uma necessidade de que esses planos aparecessem em relação a própria dedução jurídica em termos de necessidade de criação de ciência jurídica.

A dedução kelseniana é muito responsável por essa dualidade, uma vez que usa o pressuposto da razão kantiana para emoldurar a forma jurídica em uma estrutura que permita uma forma estática e metodológica de um purismo normativo.

Kelsen observa uma diferença binária entre a norma e o fato correlatas a estrutura kantiana, de forma em que para que haja a existência de uma ciência jurídica essa deve ser descolada de um plano humanístico aberto, de uma forma a se diferenciar das relações da natureza, que para Kelsen se observam em relações causais, uma vez que à toda hipótese deve estar ligada a uma consequência essencial no plano da causalidade, enquanto em termos jurídicos a consequência é pressuposta da própria norma, em um plano lógico e cartesiano científico.

Causalidade e Imputação, como já observado, são dois diferentes modos de um nexos funcional, dois diferentes modos, nos quais duas questões de fato são ligadas uma com a outra como condição e consequência. A diferença entre ambos subsiste na circunstância de que a imputação (isto significa a relação entre uma conduta determinada como condição e a sanção como consequência descrita numa lei moral ou jurídica) é produzida por um ato de vontade, cujo sentido é uma norma, enquanto a causalidade (isto significa a relação entre causa e efeito descrita numa lei) é independente de toda e qualquer intervenção (KELSEN, 1986, P.32)

Com isso, o racionalismo kantiano, que procura se desvincular de um jusnaturalismo está correlato ao positivismo kelseniano em encontrar a necessidade de se desvincular de um plano mutável do produzido no *meio*. Para tanto essa diferenciação dualista passou a ser uma constante necessária no plano jurídico, e principalmente quando se relacionam as formas estruturantes que dependem de um fenômeno para serem acuradas em termos da prática jurídica.

Talvez, nos próprios termos contratualistas do direito, a liberdade possa ser a princípio a raiz matricial desse binarismo entre fenômeno e forma, uma vez que ainda que liberdade trate-se de um elemento fenomenologicamente complexo em termos humanos, a liberdade em termos de direito reduz a ideia de vontade a forma do contrato, ou seja, uma espécie formal de vontade por meio da distinção entre o aceite de termos não próprios em razão da formação de um elemento puro contratual.



Entretanto, defende-se aqui, que, ainda que a liberdade seja o fundamento hipotético normativo em termos kelsenianos, em força de sustentar o antes observado por Rousseau, o grande binarismo que impediu a aplicação necessário em termos personalíssimos a formatação do elemento central da forma jurídica enquanto produto de uma estrutura de proteção tanto do indivíduo quanto da pessoa está no binarismo que fundamenta o *Nóμος*, ou seja, a razão fundacional do direito, a medida que dá origem a forma jurídica. Qual seja, posse e propriedade.

Isso porque, conforme já observado, anteriormente a relação jurídica quanto sua efetividade espacial se dá na forma do *Nóμος* que apresenta-se como a apreensão visível da ordem política e social em termos jurídicos (SCHMITT, 2014, p. 69), definição importante, tendo em vista o próprio conceito de *Nóμος* como uma medição originária que funda as subsequentes, para a divisão do espaço de poder onde se revela a função jurídica de um estado, ou seja, quando observamos o *Nóμος* como forma fundamental de abertura do espaço jurídico deixamos a dualidade kantiana, para retornar a uma forma efetiva de observação de um abstrato jurídico, questão essencial para a proposta hegeliana que se faz no presente trabalho, isso porque a partir da ideia de *Nóμος* temos no mesmo âmbito uma abstração jurídica impetrada no efetivo, ou seja, visualizada, ainda que não se apresente em termos de fenômeno do *meio*, mas se revela para a fundação efetiva do Espaço Político, uma forma fenomenologicamente anômala em termos de espaço, mas efetiva em termos de apropriação, elemento fundamental para a formação da personalidade em seu deslocamento efetivo para pressupor indivíduo e pessoa.

Por sua vez, posse e propriedade, em forma biária, refletiu toda a colocação da forma jurídica sobre o puro e o fenomenológico no direito moderno, até mesmo os marxistas trabalharam com o fim da propriedade e a manutenção da posse sem se atentar para que a própria posse estava em um espectro formal de afirmação jurídica moderna, isso porque essa dualidade substituiu integralmente o *Nóμος* da terra, ou seja, se retirou a legitimidade visualizável e efetiva, sob o fundamento do uso desse conceito pelos totalitários, de forma a inviabilizar a ideia do espaço anômico visualizável para um conceito jurídico específico preso em um fundamento finalístico.

O fundamento da propriedade como forma central do direito trouxe a apreciação de uma quimera entre o direito e o próprio corpo, de forma que, é possível, nos termos em que trata-se o presente trabalho, observar a fundamentação de retirada do corpo como objeto de observação justamente pela sua categoria que implica uma fenomenologia fora do *meio*, que a partir do que analisamos aqui se aplica em um fundamento de *não-meio*, mas até então foi necessária essa apropriação de um espaço normativo a partir da ideia de um título de um espaço anômico por meio do direito para determinar as categorias próprias da pessoa, isso talvez fique óbvio e claro em Locke, que relaciona diretamente o corpo a propriedade como direito em si mesmo, ou seja, a observação

do direito como formula de apreensão titular de validade sobre o corpo, destacamos o §27 do o *Second Treatise of Government*, que deixa mais clara essa posição.

Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he has mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property³ (LOCKE, 1980, p.19)

Essa formula está ligada diretamente a necessidade de relacionar o fenomeno com sua categoria jurídica, ainda que esse seja o problema em si, principalmente quanto a binariedade necessaria para a fundamentação de uma diferença entre o fato jurídico e o fato naturalistico, a ideia de propriedade vem como uma negação da posse, ou seja, ainda que a posse seja um elemento real e fenomenológico, o corpo, ainda que seja fenomeno, não está no lugar real do fenomeno, mas na estática jurídica do título de direito, o que os contratualistas chamaram de propriedade.

Talvez, possamos entender que Rousseau minimizou essa esfera ao trazer a liberdade e a vontade como fundamento, o que reataria, ainda que parcialmente a ideia do corpo sobre o direito, mas isso não pode ser interpretado dessa forma, ainda que o contrato social rousseauiano seja considerado como um ato de vontade, a propriedade ainda é elemento importante para o autor e para o fundamento do contrato, pelos mesmos motivos de John Locke e da relação binária da racionalidade kantiana, ou seja, pela impossibilidade de considerar o fato como meio de apreensão jurídica, de forma que o conceito de pessoa deva, necessariamente ser observado como formula jurídica separada do fenômeno.

Talvez a leitura isolada do Contrato Social de Rousseau possa dar margem a uma interpretação tendenciosa sobre o que significa vontade em termos jurídicos racionalizáveis e isolados do fenômeno, mas, a ampliação da obra do autor permite que possamos deduzir a necessidade dessa separação do mundo apreensível do plano do direito. Destacamos aqui o “discours sur l'economie politique”, que Rousseau apresenta o fundamento, que ainda que a vontade seja elemento essencial, a propriedade é formula de aplicação da forma jurídica.

³ Tradução livre do autor: Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa: a esse corpo não há direito a não ser a si mesmo. O trabalho de seu corpo e o trabalho de suas mãos, podemos dizer, são propriamente seus. O que quer que ele retire do estado que a natureza forneceu e o deixou, ele misturou seu trabalho e juntou a ele algo que é seu e, assim, o torna sua propriedade.

Il est certain que le droit de propriété est le plus sacré de tous les droits des citoyens, plus important à certains égards que la liberté même; soit parce qu'il tient de plus près à la conservation de la vie, soit parce que les biens étant plus faciles à usurper; plus pénibles à défendre que la personne, on doit plus respecter ce qui peut se ravir plus aisément; soit enfin parce que la propriété est le vrai fondement de la société civile; le vrai garant des engagements des citoyens: car, si les biens ne répondaient pas des personnes, rien ne seroit si facile que d'éluder ses devoirs, de se moquer des loix⁴ (ROUSSEAU, 2012, p.378)

Rousseu se utiliza de um discurso em que une os elementos efetivos, como o sacro e a vida ao título jurídico da propriedade em uma relação que, inclusive potencializa seu fundamento a sua estrutura útil quanto a facilidade de usurpação, porém deve-se observar que essa usurpação observada por Rousseu não está adstrita na subtração do bem, ou seja, no fato da tomada do bem em si de forma efetiva, mas sim na incorporação injusta do título como ficção jurídica.

A relação da propriedade como antípoda dualista da posse está justamente no elemento do *meio*, ou seja, o exercício sobre a posse nada mais é que a vinculação do corpo ao *meio*, de forma que o direito não pode e não deve, a princípio, retornar o seu objeto em um espectro que não viabilize a retirada do conceito sobre o corpo desse espectro fenomenológico. O fato da posse se dá pela própria existência apreensível do exercício, enquanto a propriedade se dá a partir apenas da ficção, inegável que a posse esteja no espaço da efetividade, o problema é que, quando antagonizada com a propriedade sua própria forma perde sua efetividade em detrimento da forma jurídica.

Posse e propriedade estão nos mesmos termos de dever ser puro, ou seja, ambos apresentam-se como normas de ciência jurídica estática, entretanto, seu fundamento de finalidade se amolda a elementos derivados de uma finalidade pura na propriedade e de um finalidade fenomenológica na posse. Isto é, enquanto posse se dá pela consumação jurídica do fato, ou seja, o exercício de fato sobre o espaço determinável em termos fenomenológicos, a propriedade se desvincula do fato e se prende apenas no título jurídico ao qual se pressupõe a validade.

A questão é a seguinte, se a proposta se remonta em uma fórmula de efetividade sobre o direito, ou seja, uma apreensão consciente do direito, ainda que o pressuposto do fenômeno do fenômeno não seja considerado para um retorno ao corpo puro, uma mera vida, mas sim, uma relação direta entre a consciência e a apreensão jurídica, isso significaria a necessidade de uma superação dos conceitos de posse e propriedade? Não, de forma alguma tais conceitos jurídicos devem perder sua materialidade quanto as estruturas jurídico-políticas, mas o que deve ser

⁴ Tradução livre do autor: É inquestionável que o direito de propriedade é o mais sagrado de todos os direitos dos cidadãos, é mais importante, em certos aspectos, que a própria liberdade, uma vez que tende diretamente a conservação da vida, isso porque, como os bens são mais fáceis de usurpar, deve-se respeitar-se mais estes que são mais fáceis de tomar. Por fim, porque a propriedade é o verdadeira garantidor dos compromissos entre os cidadãos, pois sem os bens não respondessem as pessoas, seria muito fácil fugir dos direitos e zombar das leis.

observado é o espaço efetivo entre a posse e a propriedade e, principalmente, a partir de tal espaço de efetividade, fundamentar-se a personalidade como direito de uso, como fundamento geral da pessoa e do indivíduo como elementos jurídicos.

Isso significa dizer: não se trata da reforma da posse e da propriedade enquanto conceito jurídicos, mas sim do rompimento entre a estrutura binária e antipodal a qual o direito moderno tratou esses dois elementos e os fundamentos como hipótese pressuposta do direito.

Isso se justifica uma vez que Personalidade, como já apresentado em seu resultado genealógico, não se dá como forma de direito dedutível, mas como pressuposto do próprio conceito jurídico a ser aplicado ao fundamento de indivíduo e pessoa. Dessa forma o que se faz necessário é determinar como há possibilidade de *usus* da personalidade como direito.

3. USO DO *DOMINIUM* DA PERSONALIDADE COMO FUNDAMENTO DE PESSOA

Se falamos de *uso*, ou seja, do exercício do direito como meio de efetivação do próprio direito, precisamos de um estatuto jurídico que permita sua apreensão real, não como dever-ser, ou seja, fora do plano binário entre razão e fenômeno, mas como o *Nóμος*, isto é, como uma apreensão visível da ordem política e social em termos jurídico, fora de um kantianismo, e buscando uma negação da abstração na forma observada em Hegel.

A partir disso, não se faz um grande desafio, apenas uma recolocação histórica. Isso porque, a binariedade entre *ser* e *dever-ser* é uma constatação moderna e de fundamento tanto racionalista quanto contratualista – ou seja, tanto em termos filosóficos quanto em termos jurídicos – da modernidade, que teve sua necessidade a partir do direito burgês e se concretizou com a necessidade de direitos sociais a partir da revolução industrial. Entretanto, essa binariedade não era a forma de observação do exercício do *uso* em todo o momento do direito.

No Direito Romano, principalmente quando observamos o *digesto do imperador Justiniano*⁵, observamos a presença tanto da posse, quanto da propriedade, mas fora de sua binariedade, justamente porque se encontram separadas por um terceiro elemento de exercício de *uso*, qual seja, o *dominium*.

⁵ Digesto é um dos quatro livros do que, desde 1583 – após ordenação por Dionísio Godofredo – é conhecido como *Corpus Juris Civilis*, conjunto de textos jurídicos determinado pelo Imperador Bizantino Justiniano. O Digesto ou Pandectas é uma compilação de fragmentos de juriconsultos clássicos da era romana, escrito em grego e em latim, que consideraremos as passagens desta última linguagem, uma vez que há consenso histórico de que a versão grega, apesar de que, em tese, tem mais riqueza linguística, vem a ser traduzida a partir da versão latina.

Primeiramente é importante fazer uma definição do porque diverge-se de parte significativa da doutrina brasileira em considerar a ideia romana de *dominium* da tradução direta por propriedade. O primeiro motivo já foi observado acima, que, por meio da integração racionalista a prática jurídica, um conceito que não se aplica na binariedade entre fenômeno e razão não seria possível em sua justificação contratual, ainda mais por um conceito que englobaria uma forma jurídica abstrata de apreensão efetiva no plano real como esta a qual apresentamos.

Mas, em termos de determinação específica do mapeamento da estrutura do *dominium*, fica clara sua diferenciação do puro título jurídico de axologia racional a qual chamamos de propriedade, a partir da própria linguagem romana quanto ao temo.

O título jurídico relativo a bens pode ser encontrado na linguagem dos jurisconsultos romanos em três versões diferentes, a primeira sob o termo *mancupium* (ou *mancipium*), o segundo sob a denominação de *proprietas*, e finalmente o termo *dominium*.

De fato a ideia de posse, por sua vinculação de fato é sepada de qualquer relação de título jurídico, e nada temos a divergir desse ponto, o elemento posse aparece nos códex romanos como uma formula estritamente relacionada ao que o racionalismo chamaria de evento do ser, ou fenômeno por si, é visualizável, mas desprovido de qualquer atividade jurídica que possa garanti-lo.

Isso fica claro, no próprio Digesto (especificamente no livro XLI, 2, 12, 1) em que se extrai que se observa: *nihil commune habet proprietas cum possessione*⁶. Bem como no Livro XLIII (17, 1, 2) *separata esse debet possessio a proprietate*⁷.

O problema é que, justamente essa separação específica que apresenta-se pode ter gerado um vício hermeneutico de relação entre o que era o conceito de propriedade nos moldes contraturalistas modernos, e o instituto da *proprietate* que é apresenta-se como um dos elementos naturais da forma jurídica de exercício jurídico sobre bens.

A ideia de *proprietas* pode considerar uma ideia, dentro dos modelos romanos, a mais recentes, a partir do momento em que o exercício sobre os bens está intimamente ligado com a a separação entre objetos jurídicos e pessoas.

Com isso o conceito de *proprietas* passa a ser um objeto genérico de uso de determinados bens quando estes estão necessariamente relativos a forma inanimada e territorial. A propriedade, como conhecemos, de fato deriva da ideia do *proprietas*, entretanto, por uma vinculação específica com o exercício sobre a terra, ou seja, com uma relação de fundamentação de bem como conhecemos hoje. Isso não significa a destituição da figura do escravo romano no império bizantino,

⁶ Tradução livre do autor: Propriedade nada tem em comum com a posse

⁷ Tradução livre do autor: A posse deve ser distinguida da propriedade

para este ainda existem outras formas correlatas a propriedade, mas a *proprietas* está relacionada diretamente com bens aos quais não se pode atribuir corpo individual qualificado politicamente, ou mesmo sacralizado pelo *pax deorum*, o *proprietas* estava vinculado a possibilidade de diferenciar a extensão da força jurídica a um objeto desvinculado da potencia sobre as pecto de pessoa como configuração.

Resta à ciência extrair claramente a consequência da nova prática judiciária; extrair a essência do sistema das acções. As compilações justinianas não conhecem mais do que um tipo de propriedade aberta a todos, sobre todas as coisas do direito privado; são designadas por uma palavra moderna: *proprietas*. (VALLEY, 1996, p.130)

E aqui já é necessária uma primeira distinção. A relação tanto de *dominium* quanto de *mancupium* já são pormenorizadamente distintas da *proprietas*, mas importa observar que ainda que esta ultima esteja relativa as coisas, as duas outras podem estar relacionadas as pessoas, mas com diferenciações entre si. O que nos obriga a observar a relação do *mancupium* como resgate imediato a fundamentação do uso dos corpos.

Mancupium, em uma derivação direta do *manus*, ou seja, algo relacionado diretamente ao fenômeno de manuseio de algo, talvez tenha sido a relação mais antiga de exercicio jurídico, ou juridicialização da posse, mas que tem em si uma forma bem determinada e relacionada com a ideia do *potestas*, ou seja, uma legitimidade atribuida pela força política para o manuseio de determinado bem, e aqui temos a importante relação do *Mancupium* com a fundamentação direta com o uso dos corpos por proteção jurídica.

A legitimidade de *potestas* tinha sua importancia justamente para uma diferenciação jurídica do poder sobre as coisas do poder sobre as pessoas, uma vez que as coisas, elementos postos na natureza, precisavam de uma legitimidade muito mais simples do ponto de vista jurídico do que atribuir poder de uso a outro que tem potencial poder igual de uso, ou seja, o *Mancupium* tinha a intenção de originar fortemente a formula do uso no corpo, legitimando a atuação do corpo que usa e limitando o poder do corpo usado.

Esse corpo usado, apresentava-se em uma situação *in macipium*, e era apresentado pela nomenclatura de “filius familias (inclusive a mulher submetida à manus do marido) vendido solenemente (por meio da *mancipatio*) a terceiro pelo pater familias” (ALVES, 2016, p. 119). Com isso a relação entre o *macupium* e a relação jurídica não se atribuía, como se costuma observar, como uma propriedade, mas uma legitimidade de modificação de qualificação sobre o uso dos corpos e o corpo que usa.

Para a determinação de uma *res Mancipi*, para atribuição de um corpo em uso por um *potestas*, a relação era ao mesmo tempo que jurídica também mística, de tal forma que a relação entre uso e corpo fossem persuadidos em forma de legitimidade.

O conteúdo do grupo das *res Mancipi* teve aliás a boa fortuna de intrigar os espíritos subtis dos romanistas contemporâneos. Alguém de entre eles emite a hipótese que as *res Mancipi* teriam sido, na origem, apenas susceptíveis dum verdadeira propriedade; ou, dizem outros, dum direito mais arcaico que a propriedade, que se nomearia o *Mancipium*. Antes de conceber abstractamente a propriedade, o espírito primitivo dos romanos teria concebido o "*Mancipium*", "superior" poder concreto de comando sobre uma coisa. (VILLEY, 1996, p.123)

Portanto, o poder contido no *potesta* para o uso do *res Mancipi* estava devidamente atribuído ao uma relação de emulação divinista sobre aquele em que se deveria relacionar em sentido geral de corpo. Por isso o *manus* só poderia ser atribuído a ideia da família, ou seja, o *potesta* que usava o *Mancipium* recebia uma denominação específica, que era o *pater*, ou seja esse "pai de família gozava ainda dum poder quase tão completo sobre os membros da sua família" (VILLEY, 1996, p. 47). A atribuição do poder de uso do *Mancipium* era de fato uma legitimação, uma legitimação jurídica de uso sobre os corpos que relacionavam-se diretamente com a função do *pater*.

Entretanto é interessante observar o livro L do Digesto (16, 195, § 2) que trazia uma fórmula muito interessante para o poder uso do *pater* das limitação do *Mancipium*, que se apresentava da seguinte forma: *paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet*⁸

Essa passagem, em geral, gera certas confusões, porque se relaciona que o poder do *pater* está em uma esfera do *dominium*, mas veja-se que a distinção é clara, o exercício do *dominium* está em relação ao âmbito espacial e jurídico da casa.

Isto significa que o *dominium* apresenta-se como uma fórmula distinta de uso, que, ainda que seja relacionado com o poder do *Mancipium* não se pode dizer tratar da mesma coisa. Podemos observar que dentro do exercício do *dominium* a relação direta com aqueles sob a égide do *pater* tem uma relação específica, a do *Mancipium*, justamente para que estes – filhos, esposa – estejam sob a autoridade de exercício do *pater*, mas não se confundam nem com a terra, com os bens ou com outros corpos que podem estar sob a submissão do *pater*, com isso, nos é "levado a distinguir o poder do *dominus*, que se exerce sobre os escravos sem restrição alguma – do poder do *pater* em sentido estrito sobre os filhos, da autoridade marita, chamada *manus*, sobre a mulher casada". (VILLEY, 1996, p. 47).

⁸ O chefe de família é denominado aquele que tem o domínio da casa

Dominium, dessa forma, aparece como uma categoria de uso sobre coisas que podem ser determinadas em um plano de fato, ainda que esse plano de fato seja uma ficção, mas determinando-se necessariamente sobre a realidade. Isso que fez existir a necessidade de uma distinção, ou subdivisão de sua categoria sob a forma como o *dominium* é exercido pelo *patrio* ou pelo *senhor do escravo*, ainda que essas duas figuras repousem sobre a mesma pessoa.

Isso se dá em uma fórmula categórica em que o *dominium* considera uma amplitude fática da ficção jurídica. Ou seja, a partir de uma relação sociologicamente efetiva, o corpo passa a ser utilizável por meio de um efetivo visualizável.

Observemos, por exemplo, o comentário de Ulpiano a Sabino no livro III do Digesto (29, 20) em que se afirma: *traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo tranfert; si non habuit, ad eum, qui accipit nihil tranfert*⁹. Quando se trata de uma relação de *dominium* sob o escravo, a observação de Ulpiano é clara, não se deve transferir o corpo, isso porque o máximo que se tem sobre o corpo do outro é a posse, elemento essencialmente factual, sem ficção, mas se a ficção jurídica passa a ser uso por meio da legitimidade, esta se faz por meio de uma efetividade que difere o corpo do poder, de forma que o que se deve transferir é o *dominium*, o corpo permanece corpo, nas limitações do uso, uma vez que o corpo, para estar em uma categoria de uso direto deve estar atribuído a família, justamente para que não seja destituído de sua categoria fora do fenômeno das outras coisas, dos bens, que estão no âmbito da *proprietas*.

Podemos analisar uma passagem interessante de Steinwascher Neto (2007, p.172) para tentar observar essa distinção e suas dificuldades de compreensão no âmbito doutrinário, justamente pelo óbvio do dualismo da racionalidade kantiana moderna, veja-se:

Dominium representa exatamente o poder que no antigo direito estava expresso na *manus Proprietas* representa, ao contrário, a relação entre a pessoa e a coisa, sinal de ligação, do vínculo, da relação de propriedade. Na verdade, as duas expressões, *dominium* e *proprietas* examinam um ponto de vista diferente em um idêntico conceito. *Dominium* é, das duas, a mais rude, a mais antiga; *proprietas* é a mais aperfeiçoada, a mais moderna.

De fato, a ideia da propriedade, como título jurídico podem dizer respeito ao uso, em termos de título jurídico, mas, quanto a sua natureza de uso, um se relaciona com o plano fenomenológico, e outro se relaciona com uma ficção que legitima o uso do campo visível, ou seja, os corpos.

⁹ Pela entrega não se deve nem se pode transferir o que recebe, mas do que tem a entregar. Este, se é senhor do fundo, transfere o domínio dele. Mas, se só tinha a posse dele, não transfere coisa alguma ao que recebe

Veja-se por exemplo o comentário no TiT. XIII da Lex I do Rex Rotharis do Digesto, em que se apresenta¹⁰: *Si quis liber homo migrare volueritaliquo, potestatem habeat intra dominium Regni nostri*¹¹ Aqui temos a relação direta sobre a possibilidade do uso do corpo como faculdade da autoridade, ou seja, há uma necessidade de relação do uso com a categoria previamente analisável.

CONCLUSÃO

Com isso, podemos observar que, o conceito de *dominium* no direito romano está em um espaço entre a posse e a propriedade, ou seja, entre o fato e a ficção jurídica, esse espaço se compreende em uma relação jurídica que necessita uma efetividade observável, de fato como uma relação do *Nóμος*, ou seja, não se trata do fato, justamente porque esse se comunica apenas com aquilo que se presnde no plano fenomenológico, e como observamos, o conceito de pessoa não pode, e nem sequer deve, estar relacionado nesse plano, justamente por não se encontrar em um campo factível a não ser pelo proprio corpo. Da mesma forma, o conceito de pessoa não é uma ficção em termos passíveis de estar em um estrato jurídico puramente ficto como da propriedade, isso porque o plano da pessoa é uma forma jurídica de legitimação da propria relação jurídica. Com isso o que se entende como propriedade, no modelo racionalista, está ligado apenas a um ato jurídico sobre o conceito de criação que não depende do fato, enquanto a posse está ligada essencialmente ao fato.

Já o *dominium* é elemento que necessita de uma relação de jurídico-observável. Justamente por isso que o modelo romano utilizada o *dominium* a forma do escravo, para poder, de fato, usar o corpo, como pessoa, mas em um plano de legitimidade de poder, e ainda com a necessidade de subdividi-lo na categoria de *mancupium* para determinar o poder sobre o corpo da família.

Mas nos importa observar, que o problema do *dominium* não é a restrição romana quanto ao *potestas* do escravo ou ao *pater* da família, mas sim ao conceito que se relaciona a isso. O *dominium* é o uso jurídico de um conceito efetivo.

Com isso não há forma jurídica nenhuma capaz de observar o direito da personaldiade a não ser uma categoria de *dominium*, que pelos pressupostos da propria pessoa moderna traz a possibilidade desse direito estar em um patamar de uso, sem que ele seja puramente ficto ou necessite abrir mão de sua categoria jurídica.

¹⁰ Por tratar-se de comentário e não de um enunciado jurisconsulto, ou seja, presente de forma diferente em cada edição do digesto, se optou aqui por referenciar uma fonte impressa.

¹¹ Tradução livre do autor: Se algum homem livre deseja migrar, posso tê-lo sob o domínio de nosso rei

Obviamente o *dominium* da personalidade não se trata do conceito do romano do *potestas*, ou seja, da escravidão ou do poder patrio, ao contrário, pois este garante ao corpo o uso da personalidade em si, mas não como direito de aplicabilidade geral, mas sim como poder de uso de si, não pela propriedade, como queria Locke, justamente porque essa propriedade traria um conceito puramente ficto a pessoa, e como observamos a personalidade é efetiva no pressuposto de indivíduo e pessoa.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 17ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BENJAMIN, Walter. Estética e sociologia da arte. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017
- _____. Nachträq: gesammelte Schriften, vol. I-2, Frankfurt: Suhrkamp, 1974 – pp. 693-704
- _____. O anjo da história. Trad. João Barrento. 2ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.
- _____. Crítica da violência. In BENJAMIN, Walter. Escritos sobre mito e linguagem. Tradução de Ernani Chaves. Rio de Janeiro: 34, 2011.
- CORPUS JURIS CIVILIS: Digesto. Vol 1. Coord. Edison Alkmin Cunha. Brasília: TRF1, ESMAF, 2010
- CORPUS JURIS CIVILIS: Digesto. Vol 2. Coord. Edison Alkmin Cunha. Brasília: TRF1, ESMAF, 2010b
- KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre. Nachdruck: Österreichische Stantsdruckerei , 1992
- _____. Teoria geral das normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986
- _____. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b
- _____. Teoria pura do direito. tradução João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- _____. Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per um dottrina pura del diritto. Ed. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989
- LOCKE, John. Second Treatise of Government. Indianapolis: Hackett, 1980.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Collection Complete Des Oeuvres de J.-J. Rousseau: Citoyen de Geneve. Tome I. Paris: Classiques Garnier, 2012

_____. Discours sur l'orifine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes. Ed. Les classiques du peuple. Intr. J.-L. Lecercle. Paris: Éditionss Sociales, 1971.

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

_____. O nomos da terra: no direito das gentes do jus publicium europauem. 1ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes et al. Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano. Vol I. 1ed. São Paulo: YK, 2017a.

_____. Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano. Vol II. 1ed. São Paulo: YK, 2017b.

_____. Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano. Vol III. 1ed. São Paulo: YK, 2017c.

VILLEY, Michel. Direito Romano. Trad. Fernando Couto. Belo Horizonte: Paulo Ferreira da Cunha, 1996.

Sobre os autores:

Dirceu Pereira Siqueira

Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Cesumar, Maringá, PR (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State – EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado.

Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Maringá, PR, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>

E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

Fernando Rodrigues de Almeida

Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá, como bolsista CAPES/PROSUP, sob orientação do Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, como bolsista CAPES/PROSUP, sob orientação do Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Junior; Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília; Coordenador e Professor de Filosofia do Direito e Direito Constitucional no Curso de Direito Das Faculdades Maringá

Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Maringá, PR, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2882794362021505> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6144-7752>

E-mail: fernandordealmeida@gmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.

