

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

The aspects of Roman Law in the regulation of public goods in Brazilian Civil Law

MYRIAM BENARRÓS¹

JADER ALMEIDA GUERREIRO

RAQUELY PORTELA MALVEIRA

Universidade de São Paulo y Centro Universitário Fametro (Brasil)

Resumo: O presente trabalho busca analisar, primeiramente, no sistema do direito romano a disciplina das *res publicae*, em particular das *res communes omnium*, para posteriormente individuar no direito civil brasileiro quanto ainda permaneceu das concepções romanas na regulamentação das coisas públicas. Tenta-se, outrossim, evidenciar alguns problemas conceituais da tutela, nos ordenamentos contemporâneos, das *res publicae*, em particular no que concerne às *res communes omnium*.

Palavras-chave: Direito romano, coisas públicas, direito civil, tutela, bens públicos.

Abstract: The present article firstly seeks to analyse the regulation of *res publicae*, particularly of *res communes omnium*, in the Roman Law System; subsequently, it identifies what has remained from the Roman conceptions in the regulation of public goods in the Brazilian Civil Law. Furthermore, it is an attempt to highlight in contemporary ordinances some misinterpretations on the concepts of 'care, custody and protection' and of *res publicae*, distinctly concerning *res communes omnium*.

¹ O presente artigo foi elaborado por Myriam Benarrós, Mestre pela Universidade de São Paulo-USP, professora do Centro Universitário Ceuni-Fametro, em colaboração com os advogados Raquely Portela Malveira e Jader Almeida Guerreiro, bacharéis em direito pelo Ceuni-Fametro.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Keywords: Roman Law, public affairs, civil law, care, custody and protection, public goods

SUMÁRIO: I.—Considerações preliminares. II.—A classificação das *res publicae* no direito romano. III.—As coisas públicas no direito brasileiro: a *Consolidação das Leis Civis*, o *Esboço* e os Códigos Civis de 1916 e de 2002. IV.—Problemas conceituais e a defesa dos bens públicos no direito contemporâneo. V.—Considerações conclusivas.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O renascimento dos estudos do direito romano irá ocorrer, somente, no final do século XI, tornando-se intenso no século XII com a atividade dos juristas da Escola de Bolonha, os Glosadores.

O comparatista R. David tratando do renascimento e da ideia de direito afirma:

«A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso. [...] A ideia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não é uma ideia nova. Fora admitida, pelo menos no que respeita às relações entre particulares, pelos Romanos. Mas o regresso a essa ideia, no século XII, é uma revolução².

O direito estudado e cultivado nas universidades europeias, entre os séculos XII e XVII com base no direito justinianeu, convive com os direitos consuetudinários locais, mas constitui, tendencialmente, uma unidade, um direito comum, a todo o espaço europeu ocidental³.

Quanto à península ibérica, a difusão e a penetração do direito romano renascido e da obra dos Glosadores são atestadas já nos finais do século XII, em regiões hispânicas que tinham maior contato com o resto da Europa. Evidências mostram que ao longo da segunda metade do XII, encontramos, na região, jurisconsultos de formação estrangeira⁴.

² DAVID, R., *Les grands systemes de droit contemporains*, trad. port. Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 4 ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 39-40.

³ HESPANHA, A. M., *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 114 ss.

⁴ DE ALMEIDA COSTA, M. J., *História do Direito Portugues*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 244 ss.

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO... ■

Ademais, releve-se que as *Ordenações Afonsinas* no livro II, título 9, dispunha que diante do caso concreto, na falta de norma de direito nacional (leis do Reino, estilos da Corte ou os costumes antigamente usados), dever-se-ia utilizar, em questões jurídicas temporais, o direito romano (leis imperiais); em questões espirituais o direito canônico e se houvesse conflito entre os dois prevaleceria o direito canônico. Não se encontrando a norma aplicável ao caso, nestas diversas ordens jurídicas, recorrer-se-ia a Magna Glosa de Acúrsio e, por último, a, opinião de Bártolo⁵.

Entende-se por direito comum (*ius commune*), segundo M. J. de Almeida e Costa, um sistema normativo de fundo romano que se consolidou com a escola dos Comentadores (pós-glosadores) e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até os finais do século XVIII⁶.

A classificação das coisas é uma temática que tem que ser inserida no âmbito dos problemas relativos à sistematização do direito, que desde os tempos antigos, tinha sido objeto de reflexão dos *iurisprudentes*. O problema da sistematização tem caracterizado de forma relevante e plenamente consciente o método de trabalho da ciência jurídica a partir da idade moderna, até chegar a se converter em problema central da discussão sobre a cientificidade da exposição jurídica. Ora, com o renascimento dos estudos do direito romano, em Bolonha, a partir do século XII, que se difundiu por toda a Europa, o problema da «sistematização» não foi, imediatamente, enfrentado, pois os Glosadores e, posteriormente, os Comentadores deram um grande impulso à dogmática jurídica, sem abordar a questão da ordem das matérias, sem valorar se a sistemática predisposta por Justiniano pudesse ser a melhor ou a mais correta para que se considerasse o *Corpus Iuris* uma obra perfeita. Na verdade, a *autorictas* do *Corpus Iuris Civilis* não estava baseada nas suas qualidades científicas intrínsecas, mas no fato de que esse era, por excelência, o direito do império; a ideia política de Roma colocava a compilação justinianeia em uma posição que impedia criticar a sua fundamentação, assim como o seu texto. O problema da sistematização é retomado com uma nova consciência pelo Humanismo Jurídico, no âmbito do qual se assiste, de um lado, ao surgimento de novas propostas de exposição sistemática do direito, por outro lado, verifica-se uma renovada atenção pelo sistema das *Institutas* de Gaio e, conseqüentemente pelas Instituições de Justiniano⁷.

⁵ DE ALMEIDA COSTA, M. J., *História*, op. cit., pp. 341 ss.

⁶ DE ALMEIDA COSTA, M. J., *História*, op. cit., p. 285.

⁷ SCHIPANI, S., *Derecho Romano. Codificación y unificación del derecho*, trad. Fernando Hinestroza, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 44-45.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Destarte, a classificação das coisas nos códigos da família romano-germânica tem origem naquela elaborada por Gaio nas suas *Institutas* e, retomadas por Justiniano nas *Institutiones* do *Corpus Iuris Civilis*. O sistema das *Institutas* de Gaio e das Instituições de Justiniano representa um importante ponto de referência para o problema do sistema na história da tradição romanista. O sistema é construído segundo a famosa tripartição *personae* (Gai 1; I.1); *res* (Gai 2-3; I.2-4,5); *actiones* (Gai 4; I.4,6 ss.).

II. A CLASSIFICAÇÃO DAS RES PUBLICAE NO DIREITO ROMANO

O termo *res* nas fontes jurídicas romanas tem múltiplos significados, contudo, para fins da classificação, *res* corresponde à noção de «objeto», entidade material, uma porção do mundo externo, segundo critérios sociais e econômicos de valoração; hoje, na linguagem jurídica, prefere-se usar o termo «bens»⁸. Nas *Institutiones* de Gaio e de Justiniano o termo *res* é usado frequentemente, e em alguns fragmentos ele tem um valor de categoria sistemática, tais como em Gai 1,8; Gai 2,1-2-12-14a; Gai 4,1; nas de Justiniano em I.2,1 pr; I.2, 2 pr.; I.4,6,1.

No sentido jurídico, na lição de J. C. Moreira Alves, coisa é tudo aquilo que pode ser susceptível de apropriação pelas pessoas, aquilo que pode ser objeto de direito subjetivo patrimonial; tudo que for susceptível de apropriação pelas pessoas, desde que seja uma entidade econômica autônoma, é juridicamente uma coisa⁹. Esta, contudo, é uma definição de cunho patrimonialista que não pode ser projetada *in toto* à classificação das coisas no direito romano, pois, ela não se ajusta a especificidade das *res communes omnium*, como observam E. M. Agati Madeira e H. M. França Madeira, já que essas coisas são insusceptíveis de valor econômico, mas seguem sendo *res*, com sentido jurídico próprio¹⁰.

Entre as classificações das coisas algumas remontam aos Romanos, outras à doutrina medieval e à Pandectística, elaboradas com base nos dados fornecidos pelo *Corpus Iuris Civilis*. As classificações romanas, por outro lado, variam de jurista para jurista e as categorias que as compõem podem

⁸ MARRONE, M., *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, Giappichelli, 2004, p.177.

⁹ MOREIRA ALVES, J. C., *Direito Romano*, Rio de Janeiro, 2010, p. 144.

¹⁰ AGATI MADEIRA, E. M.-FRANÇA MADEIRA, HM., *Precedente histórico do princípio da defesa do meio ambiente no sistema jurídico romanístico luso-brasileiro*, in REINOSO-BARBERO, F., (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Thompson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 928 nt. 9.

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO... ■

adquirir significados diversos dependendo do autor e do contexto em que são utilizadas; nem mesmo nas *Institutas* de Gaio essas classificações formam um sistema único, não obstante, com base na famosa tripartição do *ius* que *vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* (Gai 1.7), o conceito de *res* tenha um valor central na exposição gaiana¹¹.

As *res*, de pronto, são qualificadas segundo que estejam *extra nostrum patrimonium* ou *in nostro patrimonio* (Gai. 2,1), sendo, estas últimas distinguidas em coisas *corporales* ou *incorporales* (Gai. 2,12); as coisas que são do direito humano também podem ser públicas ou privadas, não estando as coisas públicas entre os bens de ninguém, pois, são consideradas da própria comunidade; as coisas privadas são aquelas dos particulares (Gai. 2,10-11)¹². Com fundamento na distinção entre *in nostro patrimonio* e *extra patrimonium* a doutrina criou uma distinção dúplice: *res in commercio* e *extra commercio*, sublinhando como, não obstante algumas coincidências, o âmbito dessas duas classificações não fosse idêntico. Com efeito, uma coisa é *in commercio* quando esteja apta a ser objeto de relações jurídicas privadas, enquanto é *extra commercio* quando tais relações não sejam possíveis. As *res in patrimonio* são, ao contrário, aquelas sobre as quais subsiste um direito de propriedade, sendo, portanto, *in commercio*; ao passo que as *res extra patrimonium* são as coisas sobre as quais não incide um direito de propriedade, ou por que não são idôneas a serem objeto de um direito subjetivo no plano do direito privado, ou por que, embora sendo *res in commercio*, não possuem um proprietário, ou seja, são *res nullius*¹³.

Estavam fora do comércio as *res divini iuris*, ou seja, as *res sacrae*, as coisas dedicadas aos deuses, como os altares, templos e santuários, e as *res religiosas*, os túmulos¹⁴. Em contraposição às *res divinis iuris* os Romanos criaram a categoria das *res humani iuris*, as quais podiam ser públicas ou privadas (D.1.8.1 pr).

As *res privatae* eram as coisas *in patrimonio*, ou *in commercio*, enquanto são coisas *extra commercium* tanto as *res divini iuris* quanto as *res publicae*; uma terceira categoria, segundo V. Arangio-Ruiz, eram as *res communes omnium*, descritas nas Instituições de Justiniano (I.2,1,1) na esteira de um fragmento de Marciano (D.1.8.2 pr¹⁵). As *res communes omnium*, no direito justi-

¹¹ TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 379.

¹² GAIUS, *Institutas*, trad. port. A. CORREIA-G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1951, p. 75.

¹³ TALAMANCA, M., *Istituzioni*, op. cit., p. 380.

¹⁴ MOREIRA ALVES, J. C., *Direito Romano*, op. cit., pp. 150-153.

¹⁵ Marcianus III libro *institutionum*, D. 1.8.2 pr: *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur*.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

nianeu, são as coisas que pela sua própria natureza são acessíveis a todos, ilimitadamente, de modo que todos podem gozá-las: o ar, a água em curso, o mar, o litoral do mar (D.1.8.2.1; I.2.1 pr.-1) ¹⁶. A classificação que emerge da construção de Marciano são as coisas comuns a todos, categoria elaborada a partir de um conceito de direito natural, as *res universitatis*, as *res nullius* e as *res singulae*, susceptíveis de apropriação pelos particulares; as coisas da coletividade, no pensamento de Marciano, são aquelas que não são dos particulares, são as *res* construídas pelos homens e colocadas à disposição de todos os *cives*, não são coisas de direito natural, assim sendo, diferem das *res communes omnium*. Essa distinção não consta nas *Institutas* de Gaio, o qual descreve as coisas públicas como coisas *humani iuris* que pertencem à coletividade (*res universitatis*), a construção de Gaio não contempla as várias classificações, retomadas por Justiniano, da elaboração doutrinária de Marciano; de fato, Justiniano utiliza Gaio (D.1.8.5 pr.) para fundamentar o uso público dos rios, baseado no direito das gentes, e se vale de Marciano para invocar o fundamento no direito natural das *res communes omnium* ¹⁷.

O jurista Marciano, no entender de M. Talamanca constrói a categoria das *res communes omnium* como distinta das *res publicae*, inserindo nessa categoria todas as coisas que são devidas a todos os homens, independentemente de pertencerem a uma determinada comunidade, observe-se, contudo, que, geralmente, essas coisas para os outros juristas estão inseridas nas *res publicae*; no próprio pensamento de Marciano, em alguns casos, a relação entre as *res communes omnium* e as *res publicae* apresenta alguns problemas, como ocorre no caso dos rios ¹⁸.

Res publicae são as da coletividade, do *populus Romanus*, que estavam fora do comércio se destinadas ao uso público (*res in usu publico*), como estradas, praças, teatros, bibliotecas, passíveis de imediata utilização por parte dos *cives*, ou estavam *in commercio* se se tratava de bens dos quais o *populus Romanus* pudesse obter alguma renda ¹⁹; de forma semelhante as *res universitatum* são aquelas que pertencem, com análoga destinação, aos *municipia* e às *coloniae*.

Algumas coisas são por direito natural comuns a todos, outras da coletividade, outras de ninguém, e a maior parte delas dos indivíduos, as quais são adquiridas a cada um por várias causas; D. 1.8.2.1: *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris* - E certamente por direito natural são comuns de todas estas coisas: o ar, a água em curso, o mar, e, por isso, os litorais do mar. Ver trad. port. H. M. FRANÇA MADEIRA, *Digesto de Justiniano livro I*, São Paulo, RT, 2000, p. 88.

¹⁶ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 2006, p. 171.

¹⁷ AGATI MADEIRA, E. M.-FRANÇA MADEIRA, HM., *Precedente histórico*, op. cit., pp. 928-931.

¹⁸ TALAMANCA, M., *Istituzioni*, op. cit., pp. 382-383.

¹⁹ MARRONE, M., *Manuale*, op. cit., p. 178.

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO... ■

Nota, ainda, V. Arangio Ruiz que os Romanos não conseguiram construir uma disciplina sobre as coisas de uso público no sentido de coisas que pertencem ao «Estado», esses oscilam entre uma ideia de condomínio de todos os cidadãos e o conceito publicístico de soberania territorial. Por outro lado, os Romanos usam, frequentemente, a expressão *res publicae* também para as coisas do «Estado» que estão *in commercio* e que podem ser objeto de relações jurídicas patrimoniais, passando inclusive do patrimônio público para o patrimônio privado²⁰. Com certeza os juristas romanos intuíram a categoria dos bens dominicais, mas não desenvolveram uma exposição sistemática.

III. AS COISAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO: A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, O ESBOÇO E OS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E DE 2002

a) *O direito imperial entre 1822-1858.* Após a proclamação da independência política do Brasil, em 7 de setembro de 1822, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império decretou, e D. Pedro I mandou executar, a lei de 20 de outubro de 1823 que em seu artigo 1 determinava a vigência no Brasil das *Ordenações Filipinas*, Leis, Decretos, Regimentos, Alvarás e Resoluções de Portugal, pelos quais o Brasil tinha se governado até o dia 25 de abril de 1821 e todos os atos legislativos promulgados desta data em diante por D. Pedro I «enquanto se não organizar um Código ou não forem especialmente alteradas»²¹. Tratava-se do direito civil português disciplinado especialmente no livro IV da *Ordenações Filipinas* (1603), incompletas em muitos pontos, com grandes lacunas e sem nenhuma sistematização.

A Constituição Política de 1824, consagrando os princípios liberais, em seu art. 179, XVII (título 8 - *Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros*) dispunha: XVIII. *Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.* Destarte, promulgou-se em 1830, o Código Criminal; em 1832, o Código do Processo Criminal; em 1850, o Código Comercial e o Código do Processo Comercial. A codificação, porém, do direito civil se apresentava bem mais difícil, consequentemente, o Código Civil só viria a ser promulgado em 1916. O direito civil que irá vigorar no Brasil será o direito civil

²⁰ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, op. cit., pp. 171-172.

²¹ Quanto à importância do direito português na formação do direito brasileiro ver SANTOS JUSTO, A., «A influência do direito português na formação do direito brasileiro», in *Revista Jurídica da FA7*, vol. 1, nº 1 (jan./dez.), Fortaleza, Bookmaker, 2004, pp. 197 ss.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

português, seja anteriormente à Independência, ocorrida em 1822, seja no período posterior à emancipação política, enquanto se aguardava a efetivação do disposto no artigo 179 da Constituição imperial.

O jurista do Império L. Trigo de Loureiro²², em 1851, publica a notável obra *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, elaborada, como o próprio autor informa ao leitor, a partir do sistema criado pelo jurisconsulto português Paschoal José de Mello Freire na famosa obra *Compendio de Instituições do Direito Civil Lusitano*. Explica L. Trigo de Loureiro ter extraído do *Compendio* «pela mesma ordem delle, tudo quanto continua a ter applicação entre nós, e addicionando-lhe nos lugares competentes a substancia das Leis propriamente Brasileiras, publicadas desde 1822 até 1850»²³.

No livro II, título I, *Da divisão e qualidade das cousas*, encontra-se a disciplina concernente às coisas, o parágrafo 213 é dedicado às *Cousas comuns, publicas, da universidade, e de cada um*. No comentário o jurista de Viseu explica que a divisão das coisas de direito humano em comuns, públicas, da universidade, e de cada um, foi retirada do Direito Romano recepcionadas e «acomodadas ao nosso Estado». Dizem-se coisas «comuns entre nós as cousas de uso inexaurível, em que ninguém tem domínio, e cujo uso pertence a todos, taes como o ar, a luz, a agua corrente, o mar, etc, § 1 da *Inst. de rer. divis.*»; trata-se das Instituições de Justiniano I.2.1. São públicas as coisas que «são próprias da Nação, taes como o Thesouro Publico, os edifícios, e estabelecimentos publicos, os portos, os rios navegáveis, e os caudaes, as praias do mar até a distancia de tiro de peça do mar para a terra, as ilhas adjacentes e os terrenos da marinha», conforme às *Ordenações* livro 2, título XXVI, *Dos Direitos Reais*, §§ 8-10. São coisas da universidade aquelas que estão sob o domínio das províncias, cidades ou vilas, tais como os edifícios, os terrenos e estradas provinciais e municipais, os terrenos alagados por água de rios ou da chuva, os teatros públicos, as ruas, praças, rocios, e passeios públicos, os montes maninhos, ou baldios, e os terrenos destinados pelas Câmaras Municipais para logradouros, ou servidões públicas (Ord. Liv. 1,66). Por fim dizem-se «de

²² Lourenço Trigo de Loureiro nasceu em 25 de dezembro de 1793, sendo natural de Viseu, em Portugal. Iniciou seus estudos em direito na faculdade de Coimbra, porém, houve a interrupção obrigatória de suas aulas devido à invasão francesa, e consequente fechamento da Universidade. A partir disso, Loureiro deslocou-se para o Rio de Janeiro, onde passou a atuar na repartição dos Correios, lecionando, após, gramática portuguesa e o francês no seminário. Ao mudar-se para Pernambuco, lecionou também francês na academia das artes, anexa à de direito. Através da criação dos cursos jurídicos, em Olinda, Loureiro integrou a primeira turma, formando-se em 1832. Doutou-se no ano posterior, iniciando a carreira de docente, na mesma faculdade, como substituto interino. Em 1840, tornou-se lente efetivo, até que, em 1852, catedrático. Além disso, foi deputado na Assembleia provinciana por várias legislaturas. Faleceu a 27 de setembro de 1870, em Pernambuco.

²³ TRIGO DE LOUREIRO, L., *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, t. I, Pernambuco, 1851.

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO... ■

cada um» aquelas coisas que são propriedade exclusiva de cada indivíduo²⁴. Ressalte-se que no âmbito das *Ordenações* há uma aproximação conceitual entre as *res communes omnium* e as *res publicae*, posto que ambas categorias são inseridas no patrimônio real, Ord. Fil. Liv. 2,26, 8²⁵:

E as stradas e ruas publicas, antigamente usadas, e os rios navegáveis, e os de que se fazem os navegáveis se não caudaes, que corram em todo tempo. E posto que o uso das stradas e ruas publicas, e os rios seja igualmente comum a toda a gente, e ainda a todos os animais, sempre a propriedade dellas fica no Patrimonio Real.

Em cumprimento ao disposto na Constituição de 1824, o Governo imperial, em 15 de fevereiro de 1855, por indicação de José Tomás Nabuco de Araújo, Ministro da Justiça e senador do Império, contratou A. Teixeira de Freitas para elaborar a *Consolidação das Leis Civis*, classificando as leis vigentes, portuguesas e brasileiras, por ordem cronológica e segundo a divisão em públicas e privadas. Em 1859, Nabuco de Araújo, logo que aprovado o texto da *Consolidação das Leis Civis* (1858), contratou o advogado Teixeira de Freitas para elaborar o projeto de Código Civil.

b) *Consolidação das Leis Civis e o Esboço*. Seguindo a doutrina alemã, em particular Savigny e a teoria das relações jurídicas, A. Teixeira de Freitas, na *Consolidação das Leis Civis*, divide, primeiramente, a matéria em duas grandes categorias: 1) a **Parte Geral** que trata em dois títulos das pessoas e das coisas que são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas na esfera do Direito Civil; 2) a **Parte Especial** que se compões de dois livros. O livro primeiro tem por objeto os direitos pessoais e o livro segundo os direitos reais.

A classificação das coisas se encontra na Parte Geral, Título II, *Das Cousas*, arts 42 a 75. O art. 52 trata das coisas de domínio nacional, ou seja, no sentido mais extenso, as coisas de domínio eminente, domínio de soberania, sendo elas as coisas do uso público (estradas e ruas públicas, os rios navegáveis e «os de que se fazem os navegáveis, se são caudaes, que corram em todo o tempo (Ord. Fil. 2,26,8); e igualmente os portos de mar, onde os navios costumão ancorar» (Ord. Fil. 2,26,9); as coisas de domínio do Estado, como as ilhas adjacentes mais chegadas ao território nacional (Ord. Fil. 2,26,10), os terrenos de marinhas, terras devolutas, minas, minas e terrenos diamantinos, pau brasil, os bens a que não é achado senhorio certo, etc, e os bens da Coroa,

²⁴ TRIGO DE LOUREIRO, L., *Instituições*, op. cit., p. 122.

²⁵ *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, 14 ed., por Candido MENDES DE ALMEIDA, Rio de Janeiro, 1870, p. 441.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tais como palácios, terrenos nacionais, construções que pertencem ao Imperador e a seus sucessores²⁶.

Na *Consolidação* as coisas de domínio eminente são as coisas de uso público (art. 52, § 1), as de domínio do Estado (art. 52, § 2) e os bens da Coroa (art. 52, § 3). Observe-se que desaparece a expressão «de uso comum a toda gente e a todos os animais» presente em Ord. Fil. 2,26, 8. Na *Consolidação*, nota-se, portanto, a «união» de duas categorias distintas: as de uso público e as de uso comum, ficando englobada a segunda na primeira; por outro lado, desaparece a referência ao unitário «patrimônio real»²⁷.

A *Consolidação das Leis Civis*, dado os percalços enfrentados pela proposta de código civil, preparada por Teixeira de Freitas e consubstanciada no *Esboço*, foi obra, genuinamente, legislativa, pois, foi o verdadeiro Código Civil Brasileiro até 1 de janeiro de 1916.

Foi no *Esboço*, a segunda grande obra do jurista baiano, que A. Teixeira de Freitas pôde expressar o seu espírito inovador, pois, não estava adstrito aos vínculos ínsitos à *Consolidação*.

O plano do *Esboço* é um aprimoramento da sistemática da *Consolidação*, na Parte Geral, acrescentou às pessoas e às coisas, os fatos, mudando, dessa forma, o posicionamento tido quando da feitura da *Consolidação*. A disciplina das coisas se encontra na Seção II – *Das coisas*; a seção está dividida em quatro títulos: I. *Das coisas em geral*; II. *Dos modos da existência das coisas*; III. *Do lugar da existência das coisas*; IV. *Do tempo da existência das coisas*. O título II se divide, por sua vez, em 2 capítulos: I. *Das coisas em relação às pessoas*; II. *Das coisas em relação aos direitos*. As coisas em relação às pessoas são classificadas da seguinte forma: 1. *Dos bens nacionais*; 2. *Das coisas públicas*; 3. *Dos bens da coroa*; 4. *Dos bens provinciais*; 5. *Dos bens municipais*; 6. *Dos bens particulares*.

O art. 317 fornece o conceito de coisa «*Todos os objetos materiais suscetíveis de uma medida de valor são coisas*». De pronto, observe-se que o jurista baiano repele a categoria das coisas incorpóreas e nos comentários ao art. 317 reafirma um posicionamento que já havia explicitado na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*:

«Para este Projeto não há coisas, que, no dizer de Bentham, não sejam coisas. Entende-se por coisas somente os objetos corpóreos, e fique portanto em esquecimento a divisão que fez o Direito Romano, e que fazem todos os Códigos,

²⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Consolidação das Leis Civis*, Edição fac-simile, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, pp. 52-60.

²⁷ AGATI MADEIRA, E. M.-FRANÇA MADEIRA, HM., *Precedente histórico*, op. cit., p. 938.

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO... ■

de coisas corpóreas e coisas incorpóreas, atribuindo um sentido amplíssimo, e fazendo-a compreender tudo quanto pode ser objeto de direitos [...], ou pelo menos tudo quanto faz parte integrante do patrimônio [...]»²⁸.

A. Teixeira de Freitas restringe o conceito romano de «coisa», posto que só é coisa aquilo que possui materialidade e um valor econômico, veja-se o disposto nos artigos 318 e 319:

Art. 318. Os objetos materiais, que, sendo necessários ou úteis, não forem suscetíveis de uma medida de valor, como o ar, a luz, o mar, não se reputam coisas no sentido deste Código

Art. 319. Os objetos que, sendo suscetíveis de uma medida de valor, não forem objetos materiais, também não se reputam coisas no sentido deste Código.

Na nota ao art. 318, esclarece A. Teixeira de Freitas que:

«O Direito Romano, quando considera as coisas em sua existência natural, compreende em geral tudo o que existe corporalmente no espaço, não sendo pessoa; e portanto todas as partes componentes da natureza não livre. Como existem coisas que não são suscetíveis de apropriação, o Direito Romano as denomina *coisas comuns -res communes omnium hominum-* e daí resulta a diferença entre coisas e bens. Neste Projeto estas duas palavras são sinônimas, as coisas comuns ficam fora da linha das coisas; porquanto se trata das coisas como elemento de direitos, e os objetos materiais comuns e inexauríveis não são elementos de direitos»²⁹.

Infere-se da apreciação desses artigos que as *res communes omnium* não são nem coisas nem bens, de acordo com o *Esboço*; afasta-se Teixeira de Freitas, limitando o conceito de coisa, do seu posicionamento expresso na *Consolidação das Leis Civis*.

Os artigos 327 e 328 do *Esboço* tratam das coisas públicas que são suscetíveis de apropriação (como os animais de caça, peixes dos mares e rios, tesouros abandonados etc.) ou tão somente suscetíveis de uso gratuito. Nos termos do art. 328 pertencem à classe das coisas públicas de uso gratuito³⁰:

1. Os mares territoriais, isto é, os adjacentes em tanta distância quanta abranger o tiro do canhão.
2. Os mares interiores, baías, enseadas, barras, portos e ancoradouros.

²⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Esboço do Código Civil*, Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 115.

²⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Esboço, op. cit.*, p. 122.

³⁰ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Esboço, op. cit.*, pp. 123-124.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

3. As praias do mar, salvo os direitos de propriedade particular já adquiridos.

4. Os rios navegáveis e seus braços e também suas margens quanto ao uso necessário para a navegação, salvos também os direitos de propriedade particular já nelas adquiridos.

5. As lagoas ou lagos navegáveis e também suas margens para a mesma servidão pública das margens dos rios navegáveis.

6. Os terrenos de logradouro público a cargo das Câmaras Municipais, em conformidade das respectivas Posturas.

7. As ruas públicas, praças, estradas, caminhos, cais, chafariz, fontes, canais, pontes e quaisquer obras públicas construídas para utilidade e comodidade comum ou esteja a cargo do Governo Geral ou do Governo Provincial ou das Câmaras Municipais.

8. A água corrente, ainda que de rios não navegáveis, quanto ao seu uso para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a faça acessível.

Atente-se que na categoria das «coisas públicas tão somente suscetíveis de uso gratuito» se encontram as *res* que no Direito Romano eram denominadas *communes omnium*, na construção de Marciano (ou coisas públicas ou da coletividade de acordo com Gaio), tais como a «*aqua fluens et mare, et per hoc litora maris*» (D.1.8.2.1).

c) *Os Códigos Civis de 1916 e 2002.* A disciplina dos bens públicos na passagem do código civil de 1916 para o código civil de 2002, não apresentou grandes inovações. Dispunha o Código de 1916, no Capítulo III, *Dos Bens públicos e particulares*, no art. 65 que «*são públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertençam*». Comenta C. Bevilacqua que essa classificação repousa no modo diverso, pelo qual os proprietários exercem o direito de domínio sobre eles, salientando que no *Projeto primitivo* a inscrição deste capítulo era «*Dos bens em relação às pessoas*», mas o Senado suprimiu essa inscrição, pois alguns juristas censuraram a classificação dos bens que toma por base as pessoas a que os mesmos pertencem³¹.

O Código civil de 2002 em seu art. 98 não difere muito, pois, reza «*São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de*

³¹ BEVILAQUA, C., *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 1, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1927, pp. 290-291.

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO... ■

direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem».

Ambos os artigos apresentam a classificação dos bens em públicos e privados como constava nas *Institutas* de Gaio, Gai 210-11, classificação essa retomada por Justiniano em I.2.1.6, assim como no *Digesto* (D.1.8.1 pr; D.50.16.15):

Gai 2.10. *Haec autem (res) quae humani iuris sunt aut publicae sunt, aut publicae sunt aut privatae* – As coisas de direito humano ou são públicas ou privadas³².

Gai 2.11. *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt* – As coisas públicas reputam-se como não estando entre os bens de ninguém, pois são consideradas da própria comunidade. Privadas são aquelas dos particulares³³.

I.2.1.6. *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra, stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum* – Pertencem à coletividade, e não a particulares, as coisas que se encontram nas cidades, como teatros, estádios e outras coisas que são comuns nas cidades³⁴.

Os textos citados atestam que a distinção entre bens públicos e bens privados se encontra, sem dúvida, nas fontes romanas. Contudo, nos textos romanos nem sempre a terminologia é uniforme, observa B. Biondi, v.g, que nas fontes a expressão *res publicae* é usada, às vezes, no sentido amplo de coisas destinadas ao uso universal, correspondendo, de uma certa forma, ao conceito de *res communes omnium*³⁵. Nas *Institutas* de Justiniano as *res publicae* são analisadas em correlação com as *res communes omnium* e as *res universitatis*; na realidade, Justiniano une em uma única disciplina a classificação de Gaio e a do jurista Marciano; os compiladores buscam harmonizar e explicar as três categorias, *res publicae*, *res communes omnium* e *res universitatis*.

Leciona C. Bevilaqua que são bens públicos, encarados do ponto de vista da sua utilização: os de uso especial, de uso comum e particulares ou dominicais. São de uso especial os bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, aplicados ao serviço público. São de uso comum os administrados pelos poderes públicos, e que podem ser utilizados por quaisquer pessoas. São patrimoniais da União, dos Estados e dos Municípios aqueles sobre os quais

³² Para a trad. port. ver CURTIS GIORDANI, M., *O Código civil à luz do Direito Romano*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 106. Cf. CORREIA, A.-SCIASCIA, G., *Manual*, op. cit., p. 74-75.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Para trad. port. CORREIA, A.-SCIASCIA, G., *Manual*, op. cit., p. 358-359.

³⁵ BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 156; cf. CURTIS GIORDANI, M., *O Código*, op. cit., p. 107.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

essas entidades exercem direitos de domínio, nos termos da legislação³⁶. Note-se que o autor no que concerne aos bens de usos comum do povo considera o Estado mero administrador de tais bens, pois são bens da coletividade, são *res Populi*; na mesma linha de pensamento Pontes de Miranda, conforme anotam E. M. A. Madeira e H. M. F. Madeira, quando afirma que «o titular do direito sobre os bens do art. 66, I, não é a pessoa de direito público, é o povo mesmo, posto que ao Estado caiba velar por eles»³⁷.

Assim sendo, os artigos 66 (código de 1916) e o art. 99 (código de 2002) estabelecem as três diferentes espécies de bens públicos, não havendo diferenças substanciais nos enunciados normativos: I. Os de uso comum do povo, tais como os mares, os rios, as estradas, ruas e praças; II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive de suas autarquias; 3. Os dominicais que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Os legisladores de 1916 e 2002 operam uma unificação/harmonização das categorias de Gaio e Marciano que já podia ser vislumbrada no direito justinianeu.

Quanto aos bens de uso comum do povo, conceito que mais se identifica com aquele de *res communes omnium*, vemos que o legislador une em uma única categoria as duas categorias de *res communes omnium* que na visão de Marciano eram o ar, a água em curso, o mar, os litorais do mar (D.1.8.2.1) e as *res universitatis*, i.e., teatros, estádios e semelhantes (D.1.8.1pr; D.1.8.6.1; D.43.8.20; I.2.1.6). Assim, coisas públicas são as destinadas ao uso comum do povo, quer as pertencentes ao Estado, no sentido de C. Bevilacqua e Pontes de Miranda, como os portos, os rios perenes, o uso de suas margens e as grandes estradas públicas, quer as pertencentes às cidades como as praças, as ruas os estádios, os teatros.

No direito romano as coisas que constituíam o patrimônio do «Estado», como os terrenos, os edifícios, os escravos, os dinheiros públicos, as minas, o território das províncias, a presa de guerra, corresponderiam, salvo, como nota M. Curtis Giordani, diferenças intuitivas, aos bens públicos de uso especial e dominicais (arts. 66, II-III, do CC/1916 e art. 99, II-III, do CC/2002)³⁸. Na

³⁶ BEVILAQUA, C., *Teoria Geral do Direito Civil*, ed. rev. e atual por Caio Mario da Silva Pereira, 3 ed., Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, pp. 193-194.

³⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito privado. Parte Geral. Bens Fatos Jurídicos*, tomo 2, Rio de Janeiro, 1954, p. 136. Cf. AGATI MADEIRA, E. M.-FRANÇA MADEIRA, HM., *Precedente histórico*, op. cit., p. 941.

³⁸ CURTIS GIORDANI, M., *O Código*, op. cit., p. 110

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO... ■

lição M. Talamanca, como já salientamos, no quadro das *res publicae* se encontram as *res in usu publico*, aquelas de uso comum, submetidas à imediata utilização dos *cives*; as coisas que não podem ser usadas imediatamente pelos membros da *civitas*, enquanto são destinadas a um uso específico do «Estado», tais como as armas e os instrumentos bélicos; e por fim, as coisas que são utilizadas pelo «Estado» em consideração da sua potencialidade econômica, como o *ager publicus* e os territórios provinciais. Essa divisão, corresponde, grosso modo, a classificação das coisas públicas da legislação civil brasileira.

IV. PROBLEMAS CONCEITUAIS E A TUTELA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A disciplina das *res publicae* e das *res communes omnium* está correlaciona com a compreensão das *actiones populares romanas*, instrumento de defesa dos interesses do *Populus* na gestão da coisa pública, a conexão dessas duas temáticas põe em evidência alguns problemas conceituais da tutela, nos ordenamentos contemporâneos, das *res publicae*, em particular no que concerne às *res communes omnium*.

Deve-se evidenciar, *in primis*, a problemática concernente à dicotomia público-privado. Se considerarmos a particular concepção romana do *Populus* veremos que a contraposição entre «público» e «privado» é totalmente diferente daquela que estamos habituados a utilizar hodiernamente, público não é para os Romanos, pelo menos na época republicana, momento de maior fortuna das *actiones populares*, aquilo que pertence ao «Estado». Nessa época os conceitos de «comum» e «público» se sobrepõem, pois que a ideia de «comum» aparece entrelaçada com a própria ideia de organização das instituições públicas e com aquela relativa às relações de poder. Salienta A. Di Porto que o termo *Res publica* não pode ser traduzido nas nossas línguas e muito menos ser traduzido com a palavra «Estado», sem que se produza uma deformação do conceito romano de «participação e integração coletiva na vida da cidade». Na época republicana, portanto, o termo «público», se não equivale a «comum», contém em si uma ideia de «comum», de «utilidade comum»³⁹. «Público», nessa época, é aquilo que diz respeito a todos os cidadãos, como partes do todo, o *Populus*, não é aquilo que diz respeito ao *Populus* considerado como um ente abstrato, uma pessoa jurídica; nesse contexto, deve ser inserida a

³⁹ DI PORTO, A., «*Res in usu publico*» e «*Beni Comuni*». *Il nodo della tutela*, Torino, Giappichelli, 2013, p. XVIII.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

noção de *popularis*; na dicotomia «público-privado», está compreendida a dimensão do «popular». Note-se que essa concepção de «público» é totalmente diversa daquela que nos dois últimos séculos a doutrina elaborou, já que na construção doutrinária moderna «público» é aquilo que pertence ao Estado e «privado» é aquilo que pertence ao indivíduo. Muito importante ressaltar que a ideia de «comum», de «popular», interna à ideia de «público», tem implicações jurídicas relevantes, no que concerne à tutela na disciplina relativa às *res in usu publico*. A. Di Porto leciona que a disciplina dos bens destinados ao uso público se caracteriza pelo regime da tutela, definido pela legitimação popular; o bem é juridicamente considerado em razão da sua função, em razão da sua destinação ao uso público; a função do bem determina a disciplina da tutela, que é confiada ao *civis*, titular do uso do bem público. No Império a ação popular deixa de ser expressão da soberania do povo⁴⁰.

Tudo muda com a passagem da República ao Império, a posição do *populus* se enfraquece e todas as imputações de caráter público passam a ser referidas ao *princeps* e não mais ao *populus*. O significado de «público» muda, perdendo lentamente aquela noção interna de «comum», conseqüentemente, desaparece, paulatinamente, a legitimação popular, entendida como aquela destinada, como diria V. Scialoja⁴¹, a tutelar os «direitos públicos difusos»⁴².

A dicotomia «público-privado», no direito romano, tem, assim, como pano de fundo a particular relação entre o *civis* e o *Populus*, no âmbito da qual o *civis* não se contrapõe ao *Populus*, nem está em uma posição de submissão, o *civis* é parte do todo. O conceito base que fundamenta a constituição de uma comunidade política, como a *civitas*, é a relação todo-parte; esse conceito vem sendo ressaltado pela doutrina romanística como um aspecto saliente do povo romano. O sentido de concretude que sempre impregnou o pensamento jurídico romano impedia de se pensar ao povo como uma entidade abstrata, mas indicava um conceito de um conjunto de cidadãos, um conjunto estruturado em partes, cuja ação em prol do bem comum podia ser perseguida por cada cidadão através da *actio popularis*, e, principalmente, através dos *interdicta popularia*⁴³.

Deve-se, ainda, ressaltar que a categoria criada pelo jurista Marciano denominada *res communes omnium* que segundo de P. Maddalena devemos tra-

⁴⁰ DI PORTO, A., «*Res in usu publico*», *op. cit.*, p. XIX.

⁴¹ SCIALOJA, V., *Prefazione*, in *Le azioni popolari romane*, in *Archivio Giuridico*, vol. XXVIII, Pisa, 1882, p. 179.

⁴² DI PORTO, A., «*Res in usu publico*», *op. cit.*, p. XIX.

⁴³ MADDALENA, P., *Il territorio bene commune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà private e interesse pubblico*, Roma, Donzelli, 2014, pp. 25-26.

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO... ■

duzir com a expressão «bens comuns», possui uma importância fundamental para a correta compreensão dos problemas concernentes ao meio ambiente, pois hoje se privatiza até mesmo a água que é bem comum de todos, propriedade coletiva do povo. É imprescindível que se entenda que não se pode falar dos direitos de cada homem, se não levarmos em consideração que o homem não vive isoladamente, mas sim em uma comunidade, conseqüentemente, o primeiro conceito que se deve evidenciar é aquele da «relação entre a parte e o todo», «entre indivíduo e comunidade», «entre indivíduo e meio ambiente». As *res communes omnium* de Marciano se situam nessa perspectiva universal, compreendendo-se, assim, por que essas são consideradas no quadro do *ius naturale*, i.e., daquele direito que a própria natureza ensinou aos homens⁴⁴, trata-se do ar, da água em curso, do mar, dos litorais do mar, uma síntese *ante litteram* do hodierno conceito de meio ambiente. No entendimento do juiz da Corte Costituzionale italiana é necessário, hodiernamente, recuperarmos o conceito de *res communes omnium* e reequilibrarmos os conceitos de «propriedade privada» e «propriedade coletiva», posto que através da teoria de Marciano se viabiliza a tutela de interesses comunitários e universais⁴⁵.

É necessário que se efetue, no plano jurídico, um balanceamento entre propriedade privada e propriedade coletiva, com base no diverso peso dos correspondentes interesses objeto de tutela jurídica; é necessário que se supere o exacerbado individualismo das teorias neoliberais. Para que se possa instaurar um novo equilíbrio entre «propriedade privada» e «propriedade coletiva» é, oportuno que sejam transferidos da propriedade privada à propriedade coletiva todos os bens indispensáveis à sobrevivência de todos os cidadãos⁴⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro a atual proteção ao meio ambiente é garantida pela ação popular, instrumento posto à disposição, desde o direito romano, do *cives* para defesa de seus interesses, dispondo o art. 5, LXXIII:

«qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência».

⁴⁴ D. 1.1.1.3 *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est [...]* – O direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais. Pois este direito não é próprio do gênero humano, mas de todos os animais que nascem na terra ou no mar, comum também das aves. Ver trad. port. FRANÇA MADEIRA, H. M., *Digesto de Justiniano, op. cit.*, p. 16.

⁴⁵ MADDALENA, P., «Per una teoria dei beni comuni», in *Rivista MicroMega*, 9/2013, Roma, 2013, pp. 92-95.

⁴⁶ *Idem.*, pp. 100-101.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Como pode-se observar várias *res communes omnium* poderão ser defendidas pelos próprios cidadãos através da *actio popularis* constitucional. No que tange à proteção do meio ambiente, mais ampla do que a ação popular para defender os bens ambientais é a ação civil pública, criada pela Lei 7.347/1985, cuja propositura é de competência do Ministério Público nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal: *art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III. Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*. As coisas de uso comum (equivalentes às *res communes omnium*) referidas no Código civil de 1916 e no Código civil de 2002 são consideradas, tradicionalmente, pela doutrina brasileira como sendo bens de propriedade do povo. A. Teixeira de Freitas no *Esboço*, na nota ao art. 331, ao se referir à propriedade pública, elabora o conceito de «propriedade dos bens nacionais», aqueles destinados ao uso de todos e afirma que «o proprietário desses bens é a pessoa jurídica do art. 274, 1º, isto é, o povo, em geral como entidade política; e o seu uso pertence a todos e a cada um dos indivíduos que formam essa entidade»⁴⁷. C. Bevilacqua, outrossim, na nota ao art. 66, I, afirma que «Os primeiros (os bens de uso comum) são os que pertencem a todos (*res communes omnium*). O proprietário desses bens é a coletividade»⁴⁸.

V. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A análise da disciplina concernente aos bens públicos, desde o direito imperial até o Código Civil de 2002, atesta que do ponto de vista sistêmico, no sentido que os comparatistas dão ao termo, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma forte ligação com o direito romano, em particular com o direito do *Corpus Iuris Civilis*.

Ressalte-se que existe uma diferença conceitual entre os termos «sistema jurídico» e «ordenamento jurídico», embora inúmeros doutrinadores entendam que essas expressões são sinônimas, estas devem ser diferenciadas. Há de se considerar, primeiramente, a acepção de «ordenamento jurídico» como «um complexo de normas jurídicas efetivas»⁴⁹, posto que as normas jurídicas nunca existem de forma isolada, pelo contrário, estas fazem parte de um conjunto de

⁴⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, A., *Esboço*, op. cit., pp. 127-128.

⁴⁸ BEVILAQUA, C., *Código*, op. cit., p. 291.

⁴⁹ SCHIPANI, S.-BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, D., *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*, São Paulo, FGV Direito SP, 2015, pp. 19-20.

ASPECTOS ROMANÍSTICOS NA DISCIPLINA DOS BENS PÚBLICOS NO DIREITO... ■

normas com relações particulares entre si, formando o que chamamos de «ordenamento jurídico»⁵⁰ ou «direito» em sentido objetivo.

Diferencia-se, portanto, da expressão «sistema jurídico», que segundo S. Schipani significa «a identificação de algum critério que reúna ou agrupe aquelas diversas realidades que são os ordenamentos jurídicos em concreto», ou seja, os sistemas são fundados sobre realidades étnicas, ideológicas e econômicas⁵¹. Nessa linha de pensamento, P. Catalano salienta que é possível individualizar cada sistema jurídico com base em elementos étnicos, como por exemplo, os «direitos dos povos latinos», «direitos dos povos germânicos», ou se considerarmos as condições particulares geográficas, econômicas, sociais e políticas da América Latina, v.g., podemos individualizar um «grupo latino-americano»⁵².

Pode-se afirmar, portanto, sob a ótica do direito comparado, que no mundo existem diversos ordenamentos jurídicos distintos, e cabe ao jus-comparatista reconhecer essa multiplicidade e buscar inventariar os elementos mais estáveis e duradouros de cada um, isto é, aqueles dados que podem desaparecer somente após um longo período e que dizem respeito à história do ordenamento considerado. Após elencar os elementos caracterizadores dos ordenamentos jurídicos analisados é possível agrupá-los de acordo com as suas semelhanças, e essa correspondência ou similaridade entre os elementos mais estáveis dos diversos ordenamentos é o que leva a identificação de um verdadeiro «sistema jurídico» que os unem⁵³.

Se levarmos em consideração que cada ordenamento possui suas regras próprias, é inevitável reconhecer a sua diversidade, seja nas técnicas utilizadas para formular os enunciados, seja no modo de classificar e interpretar as regras de acordo com o meio social em que se encontram. No entanto, conforme leciona R. David, essa multiplicidade é bem menor quando se consideram os elementos mais fundamentais e estáveis de cada ordenamento, com a ajuda dos quais se pode descobrir as regras, interpretá-las e determinar o seu valor⁵⁴.

Ademias, segundo o jurista francês, é possível o agrupamento dos diferentes direitos em «famílias», reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. A primeira família de direito é a família romano-germânica, que agrupa os

⁵⁰ BOBBIO, N., *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 17.

⁵¹ SCHIPANI, S.; BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, D., *Sistema jurídico*, op. cit., p. 20.

⁵² CATALANO, P., «Sistema Jurídico Latino-Americano», in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 69 (1982), pp. 253-254.

⁵³ SCHIPANI, S.; BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, D., *Sistema jurídico*, op. cit., pp. 21-22.

⁵⁴ DAVID, R., *Os grandes*, op. cit., p. 21.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

países nos quais a ciência jurídica se formou sobre a base do direito romano; as regras de direito concebidas nestes países são estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral⁵⁵.

A. Saraiva da Cunha Lobo, já no começo do século xx, lecionava que na apreciação da influência do Direito Romano sobre a organização do direito de todos os povos da Europa, a classificação «que corresponde à verdade só pode ser a que divide estes povos em dois grandes grupos – os que receberam imediata e diretamente essa influência e o dos que só mediata ou indiretamente a experimentaram»⁵⁶. A família romano-germânica, cujos ordenamentos traem origem do direito romano, através de fenômenos tais como a colonização e a recepção (ou *transfusión*), dispersou-se muito além das fronteiras do Império Romano, particularmente, em toda a América Latina. De fato, C. Bevilacqua, na trilha do pensamento do comparatista E. Glasson, que distinguia três grupos de legislações: 1) aquelas em que a influência do direito romano e do direito canônico são «quasi nullas»; 2) as que recepcionaram o direito romano «de um modo mais ou menos radical»; aquelas em que os componentes germânico e romano se fundiram «por quantidades quase eguaes», acrescenta a essa classificação um quarto grupo a legislação dos «povos latino-americanos»⁵⁷.

Destarte, bem observa Lacerda de Almeida que:

«A verdade jurídica que brilha nos modernos monumentos de legislação, nos nossos tão decantados Códigos, está em gérmen, ninguém há que o desconheça, nos textos imortais do Direito Romano. Eis uma das razões da admiração, do culto, geralmente prestado ao Direito Romano e do seu indisputado domínio desde a Antiguidade até aos tempos atuais. O Direito Romano é a expressão altíssima da verdade jurídica»⁵⁸.

A disciplina dos bens públicos no direito brasileiro, oportunamente historicizada, tem o seu *principium* no Direito Romano compilado pelo Imperador Justiniano.

⁵⁵ DAVID, R., *Os grandes*, op. cit., pp. 22-23.

⁵⁶ SARAIVA DA CUNHA LOBO, A., *Curso de Direito Romano*, Brasília, Senado Federal-Conselho Editorial, 2006, p. 418.

⁵⁷ BEVILAQUA, C., *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*, II Ed., Bahia 1897 (I Ed. 1893), pp. 73 ss.

⁵⁸ L. DE ALMEIDA, *Prefácio*, in A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso*, op. cit., pp. XXI-XXXII.