

“A VERTENTE ROMANISTA DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO/PRIVADO”

RONALDO POLETTI

Em face da contingência do pouco tempo a que se deve limitar a presente comunicação, ela se restringirá a três pontos pertinentes ao tema da dicotomia direito público/privado.

Primeiro, algumas considerações genéricas sobre as teorias acerca do problema; *Segundo*, a explicação romanista ou a que assim pode ser designada; *Terceiro*, a influência do direito público romano no Brasil de nossos dias.

I

Em geral considera-se a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de fixar-se um critério, cientificamente válido, para justificar a divisão do direito em duas grandes espécies: público e privado.

As teorias não resistem às críticas. A questão não se resolve com as explicações de categorias *a priori*, necessidade didática, imposição prática, ficção teórica, decorrência da natureza da relação jurídica disciplinada pelo direito (relações de subordinação — direito público e relações de coordenação — direito privado).

Essas especulações desaguam sempre em uma visão política, ou pelo menos, não a afastam.

Um estado liberal nada, ou pouco, teria de direito público. Sua exacerbação é anárquica: nenhum direito (público), nenhuma autoridade, nenhum governo.

O oposto ao estado liberal nada teria de direito privado. Seria o estado como síntese de todos os fins, o estado totalitário, supressor das liberdades individuais e das esferas privadas da atuação das pessoas.

Curioso anotar, sempre em termos de modernidade, como os extremos se encontram na ambição anarquista do liberalismo e de sua criatura marxista, ambas visões de superação do Estado para o Governo das coisas e dos homens por si sós.

De qualquer maneira, a utilização desses critérios na explicação da dicotomia em tela tem uma referência necessária a um fenômeno moderno que é o *estado nacional*.

O Estado nessa acepção não tem o significado genérico de qualquer sociedade política organizada e com um governo institucionalizado. Ao contrário, indica realidade, historicamente recente, situada no fim da idade média, no renascimento, no momento do início da ruptura da unidade do mundo, com a reforma, o racionalismo, o capitalismo, etc. Tudo a desaguar, afinal, nas diversas revoluções, em cujos eflúvios vivemos.

Sob esse ângulo — o do estado moderno — a colocação de Kant está rigorosamente certa, ao considerar o direito privado como o atinente ao estado da natureza pré-contratual e o direito público todo o derivado da sociedade política após o contrato social. Nas suas pegadas, Kelsen abolirá todas as dicotomias, sustentando a unicidade pública estatal do direito na sua expressão normativa pura.

II

Nessa trilha, muitas vezes se identifica uma chamada teoria do interesse com a explicação romanista da dicotomia *ius publicum/ius privatum*, dando-se ao texto de Ulpiano (*Digesto* 1,1,1,2) uma interpretação decorrente de uma leitura moderna e contemporânea.

Ainda assim, o critério do interesse seria insuficiente, pois nem sempre o interesse público é o do Estado, estando, muitas vezes, nas mãos dos particulares, não afastando-se a hipótese inversa de o estado transformar-se em instrumento dos interes-

ses e das vontades de algumas “pessoas privadas” erigidas em oligarcas.

Na verdade, o critério do interesse é vago, além de ficar ao arbítrio do legislador revestindo-se de uma noção subjetiva, quando se almeja um critério com valor objetivo. Além disso, a idéia de interesse, nesse sentido, gera uma certa confusão, quando aplicada a determinados institutos. Nada é mais privado, por exemplo, mais particular e próprio da esfera da vida privada do que a família, cujas normas provenientes do “estado” são públicas por excelência, tendo em vista a sua relevância para a preservação da sociedade política.

De qualquer maneira, mesmo deixando de considerar o fato de o texto de Ulpiano, recolhido pelo DIGESTO, não refletir uma constante nas inúmeras passagens da obra do Imperador Justiniano, bem como a circunstância de que a história do direito, como se diz, ser a história dos textos, e esses não prescindirem de inúmeras considerações metodológicas para a sua compreensão, é mais ou menos evidente não referir-se à passagem ao direito público no sentido moderno, não haver ali a referência a interesse e muito menos a “estado”.

A dicotomia ali referida é didática (*huius studii duae sunt positiones...*) e o *ius publicum* tem em vista (*spectat*) *ad statum rei romanae*. A palavra *utilitas* não aparece referida, senão ao *ius privatum* e mesmo assim é discutível dar-lhe o sentido de “proveito” para confundi-la com interesse.

O mais grave, porém, reside no fato de que em Roma não havia *estado*, no sentido que hoje damos a essa palavra. Existia *republica*, *imperium*, *civitas*, não o *estado* nacional moderno.

O *ius publicum* é muito diferente na concepção publicista de um direito do estado, até porque o *ius publicum* era o direito proveniente do povo, designando o conjunto das *leges publicae populi romani* e compreendendo grande parte do que hoje chamamos de direito privado, impossível de ser concebido, àquela época, sem as magistraturas romanas.

Em consequência, torna-se muito difícil um direito romano vivo, como o chama Abelardo Lobo, para atuar contemporaneamente em termos de *ius publicum*.

No entanto, a influência do direito público romano no Brasil de nossos dias pode ser localizada:

a) Na crítica à representação política do tipo liberal, a partir da Primeira Constituição Republicana de 1891 (Alberto Torres, Oliveira Viana, os escritores de vertente integralista, como Gofredo Telles Junior) e a tentativa de substituí-la por uma democracia semi-direta, mantendo-se todavia a idéia medieval de representação política;

b) No estabelecimento de um sistema híbrido, permitindo-se a democracia direta, pela constituição de 1938: o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia de tipo liberal, indireta, através de representantes) ou diretamente, através do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular das leis (art. 1º, parágrafo único, e 14);

c) No debate nacional sobre o "Defensor do Povo", próximo do "Tribuno da Plebe", e na rejeição como representante dos representantes, pois é mister a defesa do povo, também, diante desse último;

d) No reconhecimento aos índios de sua "organização social, costumes, línguas, crenças e tradições...", em uma evidente adoção de uma plurinacionalidade característica da categoria romana de império.