

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
INSTITUTO DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO FILOSOFIA**

DISSERTAÇÃO



**A DIVISÃO DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO NA DOUTRINA
DE KANT**

Eduardo Pinto de Almeida

Pelotas

2010

EDUARDO PINTO DE ALMEIDA

A DIVISÃO DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO NA DOUTRINA DE KANT

**Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em
Filosofia, do Instituto de Sociologia
e Política da Universidade Federal de
Pelotas, como requisito parcial para
a obtenção do título de Mestre em
Filosofia**

Orientador: Prof. Dr. Joãozinho Beckenkamp

Pelotas

2010

EDUARDO PINTO DE ALMEIDA

**A DIVISÃO DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO NA DOUTRINA
DE KANT**

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

.....

in memoriam

Maria da Glória Pinto de Almeida (1948-2006)

RESUMO

Este trabalho investiga a divisão direito privado e direito público na obra *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito* de Immanuel Kant. Ele parte de duas considerações elementares. De um lado, e nisso consiste a principal motivação da pesquisa, constata-se a dificuldade da teoria do direito em dar o critério e a justificação da sua divisão mais ampla. De outro lado, verifica-se que a filosofia do direito kantiana exhibe a divisão direito privado/direito público como a divisão superior do direito concebido em seu modelo. Mas, ao contrário da teoria do direito que pode, eventualmente, ou deixar em aberto o problema do fundamento da divisão em favor de um propósito meramente prático, ou contentar-se, às vezes com um, às vezes com outro fundamento ou critério, a doutrina kantiana tem de fundamentar seus conceitos, de modo que Kant está obrigado a, de alguma forma, dar o critério dessa que constitui a divisão mais ampla de seu sistema de direito. Neste sentido, o trabalho vem justamente interpelar Kant em busca de um critério, de um *fundamento* para a divisão do direito privado/direito público. Ao exigir o cumprimento dessa obrigação, ele pergunta para Kant *qual o fundamento da divisão direito público/direito privado* e pretende obter elementos para futuros desenvolvimentos no terreno da teoria do direito, promovendo, assim, o encontro de dois planos de reflexão.

Com vistas a uma contextualização que talvez seja mais útil ao jurista do que ao kantiano, o trabalho se apresenta em duas partes. A primeira estuda a história da divisão direito privado e direito público desde o direito romano até o início da modernidade; a segunda parte estuda a filosofia da Doutrina do Direito, primeiro a partir de duas opiniões de comentadores e depois em uma análise mais propriamente conceitual.

Palavras-Chave: Direito. Conceito. Privado. Público. Kant.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. BREVE HISTÓRIA DA DIVISÃO ENTRE DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO	14
1.1. Os Fragmentos no Digesto	15
1.2. Interpretações dos Fragmentos	18
1.3. Atualização Metodológica	20
1.4. A Doutrina das Fontes e a Invenção do Direito Privado	23
1.4.1. Realeza, República e Diversidade de Fontes	25
1.4.2. O Principado e a Ciência dos Prudentes	30
1.4.3. O Dominato e as <i>Leges</i>	32
1.4.4. A Invenção do Direito Privado	36
1.5. Fragmentação do Direito Romano e Desaparecimento da Divisão	41
1.6. Renascimento Jurídico e Sistemas Romano-Germânicos	44
1.7. Recepção do Direito Romano na Alemanha	48
1.8. Nascimento do Direito Público Moderno e Lei	50
1.9. Epílogo	54
2. DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO NA DOUTRINA DE KANT	56
Introdução	56
2.1. Trivialidade, Tradição Jusnaturalista e A Priori	60
2.2. Estruturas Jusnaturalistas	62
2.2.1. Grotius e as determinações do <i>Ius</i>	63

2.2.2. Hobbes, Pufendorf e Achenwall.....	68
2.2.3. Singularidade da Estrutura Kantiana.....	74
2.3. A Interpretação de Bobbio e o Problema da Natureza do Estado de Natureza	75
2.3.1. A interpretação de Bobbio	76
2.3.2. O problema da solução de Bobbio	78
2.4. Forma da Doutrina e Elipse da Matéria	79
2.4.1. A comutação de privado/público em natural/positivo	80
2.4.2. Dicotomia e Elipse.....	84
2.5. Atualização Metodológica	87
2.6. As Definições do Direito Privado e do Direito Público.....	88
2.7. A Interpretação do Direito Como Autorização.....	90
2.7.1. O direito e a filosofia prática.....	90
2.7.2. O direito como autorização.....	92
2.8. Especificidade do Direito Privado.....	96
2.8.1. O arbítrio e seus objetos.....	97
2.8.2. Permissão e faculdade	100
2.8.3. Faculdade como especificidade do direito privado	102
2.9. A Especificidade do Direito Público.....	104
CONCLUSÕES	107
ANEXO. Excurso: a Lógica de Direito Privado e Direito Público	110
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

Um Problema da Teoria do Direito

Uma das primeiras coisas que se aprende em uma escola de direito é que “todo o direito se divide em direito privado e direito público”. Essa proposição encontra-se em qualquer manual elementar de introdução ao direito (p. ex: GUSMÃO, 1973). No entanto, apesar de sua difusão, a divisão do direito em privado e público é problemática para o jurista porque não é fácil dizer precisamente o que é direito privado e o que é direito público e qual a diferença entre os dois.

No terreno do que os juristas costumam chamar de ciência do direito, muitos critérios foram propostos para distinguir o direito privado do direito público. Quando Pontes de Miranda escreveu os seus *Comentários à Constituição de 1946*, pôde compilar nada menos que vinte teorias sobre essa divisão (PONTES DE MIRANDA, 1960, p. 95). Para Pontes, na ocasião, a distinção entre direito público e direito privado se resolveria em termos de “intensidade do interesse público” (1960, p. 97), que seria expressa através das diversas espécies de normas positivas. Essa solução não agradou, por exemplo, a Vicente Ráo, que no seu *O Direito e a Vida dos Direitos*, acrescentou mais um item àquela lista de teorias ou critérios (1952, p. 244 e seguintes). De resto, a solução de Pontes nem ao próprio Pontes satisfez. Se bem mantendo a ideia da intensidade do interesse público, o jurista sentenciou o seguinte quando, na década de 50, começou a publicar seu *Tratado de Direito*

Privado em 60 volumes: “a distinção entre direito público e direito privado é de origem histórica e não lógica. Não há, *a priori*, pela matéria tratada, tal dicotomia” (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 121).

Os critérios propostos pela teoria do direito para elucidar a distinção são geralmente resumidos em três – o do interesse, o dos sujeitos e o da relação – mas, na realidade, são sempre insuficientes sob um ou outro aspecto. O critério do interesse, que é o mais fácil de encontrar nos manuais, estabelece como regra que, se o interesse é privado, o direito em questão é privado e, se o interesse é público, o direito é público. Ora, em primeiro lugar, como já foi muitas vezes observado, não existe “nenhuma linha radical de fratura” (ASCENSÃO, 1978, p. 284) entre o interesse público e o interesse privado; mas também de nada adianta aqui falar em *graus* de intensidade de interesse público e privado, porque, em qualquer caso, “a determinação dos ramos do direito, que é antes de mais uma operação pragmática destinada a permitir o estudo em melhores condições do material jurídico, passa a estar dependente de difíceis e arriscadas valorações” sobre a natureza do interesse em cada caso (ASCENSÃO, 1978, p. 284). De acordo com o critério dos sujeitos, seria público o direito que regula as situações em que intervém o Estado, privado o que regula as situações entre os indivíduos. Também tal critério não satisfaz porque freqüentemente o próprio Estado atua através das regras de direito privado (ASCENSÃO, 1978, p. 284-285). Por fim, o outro critério bastante difundido entre os juristas é o da relação jurídica: o direito público regula as situações em que os sujeitos estão em posição de desigualdade, com o Estado em posição superior; o direito privado regula as situações em que os sujeitos da relação jurídica estão em situação de igualdade; coordenação de um lado e subordinação de outro, portanto. Embora este critério seja o que cobre a maioria dos casos adequadamente (ASCENSÃO, 1978, p. 285), ele também não está imune às críticas. Na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Hans Kelsen formula uma objeção a este critério, a partir de sua própria teoria das normas secundárias (KELSEN, 2000, p. 292-296); também Alf Ross, que considera-o uma derivação do critério dos sujeitos, argumenta contra tal critério em *Direito e Justiça* (ROSS, 2000, p. 251).

Por causa de dificuldades que tais é muito comum que, após apresentar a *problemática* dessa distinção, os textos de teoria geral do direito rendam-se à aparentemente insolúvel aporia da divisão privado-público. Muitas vezes se

recomenda que o estudante simplesmente *aceite* a distinção sem querer questioná-la ou examiná-la muito de perto, de modo que, apesar de seu inegável valor pragmático e hermenêutico para a teoria e a prática do direito, a divisão privado/público permanece misteriosa e problemática.

Também não espanta, pois, quando alguns vão mais longe e pretendem, não mais explicar, mas eliminar totalmente a divisão direito privado/direito público. O próprio Kelsen considera tal divisão estranha à ciência do direito, ou taxando-a de ideológica na *Teoria Pura do Direito* (2003, p. 312 e seguintes), ou ressaltando sua inutilidade para a sistematização do direito na *Teoria Geral do Direito e do Estado* (2000, p. 297).

No entanto, mesmo com os problemas apontados por Kelsen e inobstante a dificuldade da teoria do direito, o fato é que a divisão continua desempenhando um importante papel no ensino e na interpretação do direito. E mesmo a tão influente figura de Kelsen não impediu que a divisão direito privado/direito público continue “o principal esteio da classificação sistemática jurídica” (ROSS, 2000, p. 249).

Ora, é certamente humilhante para qualquer conhecimento que se veja como ciência, ou que se pretenda sistemático, não poder explicar a divisão superior de seu sistema.

Interpelação da Filosofia do Kant

Contudo, essa grande divisão não interessou apenas aos juristas positivistas ou cientistas do direito mais ligados aos sistemas empíricos. Fora do terreno da assim chamada ciência do direito, no plano da *filosofia* do direito, também existem várias referências a esta divisão. Dentre outras obras, os *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito* (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*) de Kant, certamente é uma referência notável. Seu texto apresenta-se em três grandes partes: uma *Introdução*, que é uma parte geral e vale para as ulteriores divisões, um “Direito Privado” e um “Direito Público”. Esse fato elementar sobre a doutrina kantiana, no respectivo texto, é de fácil constatação, basta que se examine o índice

de alguma das edições. Porém – e é isso que a torna uma referência notável – a divisão direito privado/direito público na doutrina de Kant certamente não é apenas uma forma de organizar os materiais do texto, ela não é de tinta e papel, por assim dizer; é, ao contrário, uma divisão sistemática, como se pode constatar já pela tábua que consta no *Prefácio à Doutrina do Direito na Metafísica dos Costumes* (KANT, 2003, p. 56).

Mas na medida em que a doutrina kantiana, simplesmente por ser uma filosofia metafísica, tem já de fundamentar seus conceitos, então Kant está obrigado a, de alguma forma, dar o critério dessa que constitui a divisão mais ampla de seu sistema de Direito. Neste quadro, a ideia do presente trabalho é bastante simples. Considerando, de um lado, que a filosofia kantiana exhibe a divisão direito privado/direito público como a divisão superior de seu modelo jurídico, e, de outro lado, sabendo que a teoria do direito não tem uma resposta para o problema, o trabalho vem justamente interpelar Kant em busca de um critério, de um *fundamento* para a divisão do direito privado/direito público. O trabalho analisa assim essa divisão na obra *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*: ele pergunta para Kant *qual o fundamento da divisão direito público/direito privado*.

Como já visto, para aquele que estuda o direito há boas razões para investigar a divisão sob a perspectiva de uma teoria geral. Mas também para aquele que estuda o direito com propósitos mais imediatos, também urge entender a grande divisão, pois nos sistemas jurídicos empíricos “as disposições de Direito Público se não interpretam do mesmo modo que as do Direito Privado” (MAXIMILIANO, 1995, p. 303). O direito público e o direito privado produzem e orientam-se por diferentes – às vezes opostos – princípios. Esses princípios fundam e servem como regra de interpretação a uma legislação positiva, de modo que encontrar o critério e definir a divisão *com precisão* pode influir muito concretamente em uma infinidade de questões.

Mas, aquele que estuda a filosofia de Kant tem seus próprios motivos para estudar essa divisão na doutrina kantiana, pois, como já dito, pelo fato de Kant elaborar uma doutrina *metafísica* do direito, a distinção entre o direito privado e o direito público não pode ser empírica, nem pode decorrer da simples continuidade de uma tradição; ela tem de estar fundada *racionalmente, a priori*. Contudo, não

obstante o amplo uso que Kant faz da distinção na Doutrina do Direito, ele não deixou muito claro o critério com o qual trabalhou para efetuar essa distinção. Em realidade, o filósofo refere-se a ela em poucas e não muito esclarecedoras passagens, de modo que a compreensão da distinção demanda alguma interpretação de seu texto. Neste sentido, inobstante o quase absoluto silêncio dos intérpretes de Kant sobre o assunto, a busca do critério, por assim dizer, “oculto” da *summa divisio* na Doutrina do Direito não é um exercício arbitrário ou de diletantismo, mas corresponde a uma pretensão filosoficamente legítima e que deve contribuir para uma leitura *kantiana* da doutrina de Kant.

Assim, o trabalho é animado pela perspectiva não só de obter melhor entendimento da doutrina de Kant, mas também pela possibilidade de levantar elementos para a análise de conceitos no nível da ciência dogmática do direito, promovendo, ademais, a colaboração desses dois níveis de reflexão.

Estrutura e Limites deste Trabalho

O texto tem duas partes principais. A primeira é um estudo histórico que procura seguir o fio da distinção direito privado/direito público desde a sua criação entre os romanos até o século XVIII quando Kant escreve sua *Rechtslehre*. A segunda parte aborda a filosofia kantiana, primeiro a partir da opinião de comentadores e, depois, num desenvolvimento mais propriamente de análise de conceitos.

As principais limitações do presente estudo são as seguintes. Primeiro, o trabalho não propõe uma leitura sistemática da filosofia de Kant, nem sequer de todos os textos em que ele aborda o direito; seu objeto do estudo é tão somente a primeira parte da *Metafísica dos Costumes*, os *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. Além de fixar o objeto da pesquisa em dimensões razoáveis, essa limitação atende a que foi somente na Doutrina do Direito que Kant tratou o direito público e o direito privado.

Ademais, embora uma das motivações da pesquisa seja obter elementos para a análise de conceitos no nível da teoria geral do direito, não faz parte de sua meta analisar as teorias propostas pelos juristas, muito menos investigar à qual dessas teorias ou critérios de distinção se ajustaria a eventual solução proposta por Kant. Isto seria certamente algo desejável e útil, mas atrairia diversos problemas e tornaria o trabalho muito complexo, prejudicando, provavelmente, o resultado. O objetivo do presente trabalho, vale frisar, é apenas descobrir o critério utilizado por Kant para separar o direito privado do direito público, ou, melhor, fazer um primeiro esforço nesse sentido.

Muitas coisas se submetem à dualidade privado-público. Fala-se pessoa privada e pessoa pública, religião privada e religião pública, interesse privado e interesse público; o próprio Kant contrapunha um uso privado a um uso público da razão. É importante deixar claro que ao presente estudo só interessam as conceituações do *direito* privado e *direito* público. Assim, o trabalho não parte da dualidade privado público em geral para depois investigar o *direito* privado e o *direito* público; ao contrário, faz parte de sua metodologia uma sistemática limitação aos *conceitos jurídicos*.

Na escassez de textos que tratem especificamente da divisão superior do direito kantiano, o trabalho tem ênfase na interpretação e análise de conceitos e, assim sendo, tem um caráter em alguma medida experimental. Por isso mesmo não se trata aqui tanto de examinar argumentos e contrapor teses, mas apenas de identificar os contornos do sistema proposto por Kant.

Por fim, vale ainda mencionar que, ao versar sobre a dualidade direito privado/direito público, o trabalho toca num tópico clássico da teoria do direito e, como todo tratamento de tema clássico, é necessariamente insatisfatório sob um ou sob outro aspecto.

1. BREVE HISTÓRIA DA DIVISÃO ENTRE DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO

O objetivo das seções seguintes é apresentar as linhas gerais da evolução da divisão direito privado-direito público desde a antiguidade até o início da modernidade. O texto tem duas partes principais. A primeira (seções 1.1, 1.2, e 1.4) aborda o direito romano que é onde surgiu a distinção; localiza os textos e procura identificar as marcas essenciais tanto do direito público quanto do direito privado romanos. Sem a pretensão de expor o direito romano ou as opiniões e controvérsias dos romanistas, procura apenas destacar certas características que serão exploradas no trabalho. A seção 1.3 é um ajuste metodológico. A segunda parte (seções 1.5, 1.6 e 1.7) procura seguir o destino da distinção desde a queda do império romano até a época de Kant. O objetivo, além de apresentar os elementos históricos mínimos do problema, é localizar e destacar as ideias que possam colaborar para a interpretação da doutrina kantiana.

1.1. Os Fragmentos no Digesto

A história da divisão direito público/direito privado começa com os romanos, em alguns fragmentos compilados no Digesto¹ de Justiniano. Tais fragmentos, que referem direta ou indiretamente a divisão, são de três tipos e, conseqüentemente, podem ser agrupados em três classes ou grupos. A primeira classe contém *uma definição da distinção ou divisão* e é uma classe de um só membro, que não encontra par em nenhuma outra parte do *Corpus Iuris Civilis*²; na segunda classe há uma importante *regra jurídica* e várias determinações suas; e na terceira classe existem diversas referências a “público” sem oposição direta a “privado”, assim como aplicações da oposição público-privado em relação a diversos objetos.

A *divisão* encontra-se em um fragmento (D. 1. 1. 1. 2) de Ulpiano³ que, numa tradução bastante neutra, que se encontra no livro de Ronaldo Poletti (1996, p. 129), diz o seguinte:

“Duas são as posições deste estudo, a do direito público e a do direito privado. O direito público é aquele que tem em vista a situação (*status*) da

¹ Para as fontes do direito romano, utilizarei neste trabalho os materiais publicados no sítio eletrônico LASSARD, Y & KOPTEV, A. *The Roman Law Library* [<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>], que, além de disponibilizar mais de uma fonte do texto latino, reproduz diversas traduções. Entre os especialistas, a edição base do *Corpus Iuris Civilis*, que fixou o texto em latim é a de Theodor Mommsen e Paul Krueger (Berlim, 1954). Quanto ao Digesto, utilizo a tradução inglesa de C. H. Monro (Cambridge, 1904) e a edição francesa, bilíngue, de M. Hulot (Paris, 1803, edição fotocopiada pela Scientia Verlag, Alemanha, 1979). Para as *Institutas* de Justiniano, usarei a tradução de Spencer Vampré (Magalhães, São Paulo, 1915). As citações, doravante no corpo do texto, seguirão o padrão internacional: “D” para *Digesto*, “I” para as *Institutas*, seguidos dos números do livro, do capítulo e do fragmento respectivo.

² Existe também, fora do Digesto, um texto de Cícero que pode, em certa medida, ser levado à conta de definição, mas nosso propósito é ficar no âmbito do direito justinianeu, especialmente em razão da influência concreta que o *Corpus Iuris* exercerá no desenvolvimento do direito europeu moderno. De mais a mais, o que seria aproveitável do texto de Cícero, a idéia de que direito privado e direito público se distinguem em função de certas fontes, será devidamente explorada no trabalho.

³ Domitius Ulpianus, que morreu em 228, dominava a jurisprudência clássica e a filosofia de Aristóteles, Platão e Plutarco, “era um grande jurista e um bom filósofo” (CRUZ, 1984, p. 400).

coisa (*res*) romana; o privado o que se volta para a utilidade dos indivíduos; pois algumas coisas são úteis pública e outras privadamente”⁴

Já a *regra jurídica*, num fragmento de Papiniano⁵, enuncia que “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*”, isto é, diz que o direito público não pode ser mudado por pactos privados (D. 2, 14, 38, Papiniano). Assim, tutores dispensados de prestar contas por quem os nomeou, quando agem de má-fé na administração dos bens de seus pupilos, têm de ser condenados, independentemente da referida cláusula de dispensa, porque o direito público não pode ser modificado pelo pacto privado (D. 26. 7. 5.7, Ulpiano); de igual modo, o penhor, o depósito, a posse precária, a compra e a locação não podem ter por objeto coisa própria (D. 50.17.45). Constituem ainda especificações dessa regra D. 27.8.1.9; D. 27.1.30.3; D. 39.1.16; D. 11.7.20, entre outros textos⁶.

Deixando de lado as ocasiões em que não se usa “público” em contraposição direta a “privado” (que são muitas, p. ex.: D. 4. 2. 23; D. 5. 1. 78, etc.), na terceira classe de referências ao privado-público no Digesto estão aqueles fragmentos nos quais a divisão é aplicada a vários outros conceitos e objetos que não o próprio *ius*. Em D. 1. 8. 10 (*De Divisione Rerum*) fala-se que alguma coisa (*res*) pode ser pública ou privada conforme o critério ali enunciado; D. 4. 8. 16 e D. 4. 8. 32 falam em causa pública e causa privada; D. 8. 3. 3 [3] distingue fontes públicas e fontes privadas; D. 9. 2. 31 distingue via pública de via privada para fins de responsabilidade (por culpa).

De todos esses materiais, os que mais nos interessam são os das duas primeiras classes, ou seja, a definição de Ulpiano e a regra formulada por Papiniano.

⁴ Para fins de cotejo: “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*”

⁵ Aemilius Papinianus, que morreu no ano de 212, “foi o primeiro jurista cristão” e um dos últimos da época clássica. Foi um mártir da ciência jurídica: por ter classificado como *fratricídio* a morte de Gueta, ordenada pelo imperador Caracala, ganhou deste último a pena de morte (CRUZ, 1984, p. 398).

⁶ Para o presente trabalho é indiferente a cronologia desses fragmentos. GARRIDO (1995, p. 166) acredita que a regra seja uma abstração feita pelos jurisprudentes a partir da observação de vários casos e anota que ela talvez reflita uma tendência da época imperial para considerar o direito como um ordenamento “unitário” e que não pode ser derogado pelos pactos particulares.

É verdade que o fato de a distinção privado/público na terceira classe de referências ser aplicada a tantos *objetos de direito* insinua a ideia de que ela tenha se movido dos objetos do direito ao próprio direito como objeto (isto é, objeto de estudo, de ciência). Assim, do mesmo modo que uma fonte, um caminho, uma coisa pode ser pública ou privada, também “o direito” poderia ser assim adjetivado. Mas a simples apreciação dessa hipótese demandaria complexas investigações da cronologia de inúmeros fragmentos. E mesmo deixando de lado as ameaças de possíveis interpolações⁷ e infidelidades de compiladores cristãos e/ou copistas pagãos, a única certeza seria, em qualquer caso, a de que o pensamento dos juristas anteriores às compilações de Justiniano estará sempre sob dúvida (GIBBON, 1952 b, p. 80 e nota 81, p. 621; SILVEIRA, 1957 a, p. 334). Todas as cautelas são poucas na interpretação dos fragmentos do *Corpus Iuris Civilis*; afinal, é o próprio Justiniano nas *Constitutio Deo Auctore* e *Constitutio Tanta* quem ordena que suas comissões *modifiquem* os textos dos antigos juristas⁸.

Para os fins deste capítulo em particular e deste trabalho em geral é, no entanto, dispensável a análise detalhada da terceira classe de referências e de pouca importância a autenticidade e integridade do direito pré-justiniano no *Corpus Iuris Civilis*, eis que aqui interessa mais o que os juristas doravante acreditarão ser o direito romano (isto é, como está no *Corpus Iuris Civilis*) do que o que efetivamente teria sido esse direito romano. Podemos, pois, deixar de lado o terceiro grupo de referências e a preocupação com a cronologia dos fragmentos. Igualmente, as subdivisões de *ius privatum* e *ius publicum* mencionadas no Digesto e nas Institutas dizem respeito ao âmbito de aplicação e não colaboram para a identificação de suas peculiaridades.

⁷ O estudo das interpolações no *Corpus Iuris* é objeto de uma ciência particular e própria na doutrina européia, desde Cujas, ou Cujácio, humanista francês (1522 – 1590) até Otto Lenel, com a sua *Palingenesia Iuris Civilis* (1889) e Kalb, já no século XX, com *Einführung in das Studium der Digesten* (1916).

⁸ Sobre este peculiar método de compilar e as respectivas motivações pode-se consultar a *História e Fontes do Direito Romano*, do antigo professor da USP, Silvio A. B. Meira (1966, p. 197 e seguintes).

1.2. Interpretações dos Fragmentos

As interpretações correntes oferecidas pelos romanistas a respeito dos fragmentos acima mencionados não trazem uma visão clara sobre a divisão privado-público do direito entre os romanos. Ao contrário, elas mostram que aquilo que poderia ser visto (ainda que indevidamente) como um critério simples de divisão, na realidade é motivo de grande confusão e perplexidade.

No seu popular *Traité Élémentaire de Droit Romain*, Eugène Petit (1925, p. 5) explica que no texto de Ulpiano acima citado (D. 1. 1. 1. 2) o direito público refere as *relações* dos cidadãos com os poderes públicos e o direito privado as relações dos particulares entre si. E apressa-se a deixar claro que qualquer que seja o valor do direito público, foi no direito privado que se revelou o gênio romano e que, assim sendo, seu livro doravante só tratará do direito público naquilo que tenha íntima relação com o direito privado.

Pietro Bonfante (1951, p. 12-13) afirma que a distinção privado-público, tal como figura no texto de Ulpiano, diz respeito à oposição estado-indivíduo. Mais especificamente, o direito público regula as relações políticas e fins que o Estado deve alcançar; o direito privado regula as relações entre os cidadãos privados, fixa condições e limites no interesse dos indivíduos. Que no Digesto se encontre relações entre indivíduos privados reguladas como direito público se explica pela concorrência entre os dois tipos de *interesse*, o que deve ser decidido – de acordo com o que expressa a regra de Papiniano acima citada (D. 2, 14, 38) – sempre a favor do *interesse público* (BONFANTE, 1952, p. 13-14).

Vicenzo Arangio-Ruiz, que era professor na Universidade de Roma, desqualifica as explicações que vêm na divisão direito público/direito privado um reflexo de dois tipos de interesses. Pois, de fato, não há norma que não tenha por escopo o interesse social e nem pode haver norma de interesse social de que não tire proveito o indivíduo (1952, p. 29-30). Tratar-se-ia apenas de uma questão de intensidade deste ou daquele interesse em um ou outro assunto.

Mas, segundo Arangio-Ruiz, no mundo antigo as fronteiras do direito privado e do direito público eram muito mais claramente traçadas do que no moderno. Para nós, quando o Estado pratica um ato comercial ou industrial ou quando aluga um imóvel, por exemplo, não hesitamos em ver uma relação de direito privado, mas no direito romano “todas as relações em que o estado intervém tomam um caráter publicístico” (ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 30). Ele lembra ainda que para os romanos o problema dessa distinção não parecia algo digno de estudo – nem tanto pela sua indiferença quanto à pura teoria – mas porque “sua atenção se concentrava sobre o direito privado, único de que empreenderam a sistematização” (ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 30). O *Ius Publicum* do texto de Ulpiano e de outros lugares do Digesto, que se poderia traduzir mesmo como “direito público”, designa mais freqüentemente “norma proveniente do Estado”. A real oposição dessa “norma do Estado” seriam aquelas normas muito particulares que as pessoas criam para si mesmas em seus negócios jurídicos e estaria expressa pela regra de Papiniano citada acima: o direito público não pode ser mudado pelos pactos privados (D. 2, 14, 38). Para Arangio-Ruiz a distinção privado-público se resolve na distinção (que é moderna e não romana) entre *ius cogens* e *ius dispositivum*: algumas normas (*ius cogens*) não podem ser afastadas pelas pessoas em seus negócios; por outro lado, os negócios privados se dão em um espaço designado pelas normas e marcado pela possibilidade de escolhas pré-determinadas (*ius dispositivum*). No fundo, o que o doutrinador italiano está dizendo é que, embora os conceitos sejam romanos, este não é mesmo um *problema* próprio do direito romano e, desse modo, não encontra uma solução no direito romano; tratando-se de problema do direito moderno, aplica-se categorias modernas, inclusive quando à interpretação do direito romano.

Assim, a julgar pelas opiniões desses romanistas, aquele que, perplexo diante da incapacidade da doutrina moderna de dar um critério claro e definitivo a respeito da divisão, quiser voltar-se para o direito antigo em busca de clareza, encontrará ou a mesma confusão da doutrina moderna ou uma tentativa de solução (cujo mérito não pode ser aqui avaliado) francamente anacrônica.

De outra parte, os romanistas da escola *pandectista* do século XIX, experimentaram muitas interpretações para o texto de Ulpiano e seria por demais

digressiva a sua enumeração aqui⁹; quase todas, porém, ou se deixam reduzir a um dos critérios já enumerados acima ou – e isto é mais comum – são também francamente anacrônicas e, portanto, inúteis para quem quer uma compreensão histórica. Aliás, vale lembrar que, em realidade, a escola pandectista não tinha caráter rigorosamente histórico, estava mais orientada a adaptar o direito romano à sociedade alemã do século XIX.

A verdade é que para o jurista *de hoje* a divisão privado-público *no direito romano* – tal como se vê nos fragmentos citados – é altamente problemática e de difícil inteligência. Com efeito, quem percorrer a literatura romanista – e poderíamos continuar citando-a indefinidamente – se encontrará sempre com quase os mesmos problemas familiares à doutrina moderna. No entanto, como bem notado pelos próprios romanistas modernos, não há nada que indique que os juristas romanos tenham achado difícil, problemática ou obscura essa divisão. E talvez seja esta a principal coisa a se anotar sobre a divisão privado-público no direito romano – que isto não era um problema para os romanos; talvez nem fosse importante.

Entretanto nem este indício da indiferença romana nos impede de buscar algumas notas, características ou traços gerais dessas conceituações no direito romano com vistas a uma compreensão dos problemas da teoria moderna, especialmente da Doutrina do Direito de Kant.

1.3. Atualização Metodológica

Como já visto, seria pouco aproveitável a incursão no domínio do direito romano se a abordagem se limitasse a uma compilação das opiniões dos romanistas. Para que seja útil o exame do direito romano – bem como da própria história da divisão direito privado-direito público – é preciso fazer uma consideração de natureza metodológica.

⁹ Por todos eles pode-se consultar o §13 do Livro I dos Comentários a *Pandecta*, de C. F. von GLÜCK (1888, p. 70 e seguintes).

Um conjunto qualquer de objetos – mesmo de normas ou conceitos – pode sempre ser dividido em dois (ou mais) subconjuntos sem que tal divisão tome por critério alguma característica desses objetos. Por exemplo, a divisão do conjunto de todas as regras de direito pode ser feita com base num critério meramente numérico: metade das regras no conjunto A, metade das regras no conjunto B. Isso naturalmente não leva em consideração nenhum traço ou característica desses objetos. Dividir os objetos não implica distinguir os objetos. A não ser, claro, que se considere como distinção o fato de agora termos objetos que pertencem ao conjunto A e objetos que pertencem ao conjunto B. Neste caso, a divisão criaria a única distinção, isto é, a única distinção dos objetos seria dada pela própria divisão. Mas seria ainda assim e por isso mesmo uma distinção vazia e que não está relacionada de qualquer forma aos traços essenciais dos objetos.

Ora, principalmente depois do positivismo jurídico do século XX, costuma-se chamar a divisão do direito privado e direito público de *dicotomia*¹⁰. Mas a dicotomia como figura lógica que é refere a divisão de um universo em duas classes (A, B) que se excluem mutuamente, de modo que nenhum elemento deste universo pode pertencer às duas classes. Se algo pertence à classe “A”, esse algo, *por definição*, não pertence à classe “B”. Bem por isso se diz que o significado da dicotomia é fazer equivalentes uma afirmação e uma negação¹¹: afirmar que algo - uma regra, um conceito, pertence à classe A é o mesmo que negar que pertença à classe B. Dizer que uma regra, um conceito é direito público é então dizer que essa regra ou conceito *não* é direito privado e vice-versa. Seguindo a regra da dicotomia, se interpretarmos os fragmentos do Digesto em termos de “interesse”, por exemplo, ou proveito ou utilidade do indivíduo versus “interesse” ou utilidade do estado, teremos de aceitar que o interesse do indivíduo e o interesse do estado (ou do povo) romano jamais coincidem, o que é uma conclusão absurda no direito romano (POLETTI,

¹⁰ De acordo com o *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, a dicotomia (διχοτομία; Dichotomie) é tão antiga quanto os textos de Platão. Entre os juristas do século XX, talvez seja Norberto Bobbio quem mais tenha contribuído para difundir-la aplicada à dualidade direito privado/direito público. O estudioso italiano, a partir das obras de Kelsen, chamou a divisão do direito privado e público de “grande dicotomia” em muitos de seus escritos (ver, por exemplo: BOBBIO e BOVERO, 1996, p. 38, nota 4).

¹¹ Uma exposição e um desenvolvimento formal mínimo pode-se encontrar no livro de Susanne K. LANGER, *Introduction to Symbolic Logic* (1967, p. 142-146). O que o próprio Kant escreveu sobre a figura da dicotomia será visto nos capítulos seguintes deste trabalho.

1996, p. 126 e seguintes) e no direito contemporâneo. Algo parecido poderia ser argüido a respeito dos outros critérios de interpretação.

Na realidade, pelo ponto de vista lógico, o que salta aos olhos na definição de Ulpiano acima mencionada (D. 1. 1. 1. 2) é a utilização de *dois* critérios para a divisão: o direito privado é o direito que diz respeito *ao indivíduo*; mas o direito público é o que diz respeito *ao estado das coisas romanas* - ou ao Estado Romano, ou à República Romana como quer a leitura corrente; ou, ainda, ao povo romano como quer Poletti (1996, p. 128).

Na medida em que a definição de Ulpiano trabalha com dois critérios, a rigor, tratar-se-ia ali de uma dupla dicotomia: a dicotomia do que diz respeito ao interesse do indivíduo e do que não diz respeito ao interesse do indivíduo por um lado, e, por outro lado, a dicotomia daquilo que diz respeito ao estado e daquilo que não diz respeito ao estado. Neste caso, contudo, nenhuma das dicotomias se daria propriamente entre o direito privado e o direito público, ou melhor, a dicotomia não seria entre o direito público e o privado, mas entre o direito privado e o direito que não é privado e entre o direito que é público e o direito que não é público. É evidente o caráter extravagante dessa “dupla dicotomia” e sua relativa inutilidade prática.

Seja como for, o importante é que do texto de Ulpiano não decorre necessariamente a ideia de uma dicotomia entre o direito privado e o direito público e, assim sendo, nosso exame da divisão do direito romano igualmente não se orientará pela ideia de uma dicotomia. Isso nos permite, imediatamente, tratar o direito privado separadamente do direito público.

Além disso, o afastamento do caráter dicotômico nos permite também levar a sério, ou pelo menos não descartar liminarmente outro tipo de interpretações da divisão, entre as quais aquela de um possível caráter didático (POLETTI, 1996, p. 133). Pois, se bem a regra de Papiniano seja um forte indício contra o caráter didático, com efeito, o fragmento principal de Ulpiano encontra-se, num título do Digesto que tem por objeto as definições e divisões e começa com a frase “Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum”, isto é, ele afirma, a princípio, que é o *estudo* do direito que tem duas posições; o *ius* seria então dividido em público e privado em função de seu estudo, quer dizer, em função da organização dos materiais, remetendo a um aspecto meramente externo. Em apoio desta ideia, há o

fato de que a obra de Ulpiano de onde se tirou o fragmento (*Institutiones*, 1. 1. 4) é, de fato, normalmente considerada como obra didática (cf. KASER, 1999, p. 47), ou seja, dirigida para o ensino do direito.

Trata-se, em todo caso, de procedimento meramente metodológico, isto é, não se discute o mérito de saber se os romanos realmente pensavam em termos de dicotomia, ou se a divisão aponta para o direito ou para a exposição do direito. Apenas para os fins da presente investigação, cujo alvo final é a filosofia do direito kantiana, basta não descartar liminarmente a ideia de que a divisão do direito em público e privado no direito romano possa não ser uma dicotomia ou possa ter mais a ver com o conhecimento ou a exposição do direito do que com um princípio ou divisão inerente ao objeto exposto ou conhecido. Assim, ao invés de procurar por oposições e contrastes, ou – o que seria ainda mais grave – de uma afirmação a respeito do direito privado tirar uma negação a respeito do direito público (o que seria não apenas lícito, mas necessário em uma *dicotomia*), é preciso também aceitar áreas cinzentas, ou simplesmente aceitar que dois conceitos de direito podem se ter formado separadamente.

Evidentemente não se resolve os problemas do direito romano assim *en passant* a caminho da filosofia kantiana. O que nos vale aqui neste ponto é apenas a necessidade de ser mais flexível, deixando de lado *ad cautelam* certas ideias.

1.4. A Doutrina das Fontes e a Invenção do Direito Privado

Agora, deixando um pouco de lado a ênfase na unidade do direito, isto é, deixando de concentrar a análise na *divisão* enquanto tal cumpre buscar a característica de cada um dos membros dessa divisão. Para isso será preciso

digressionar – longamente, talvez – no exame das *fontes*¹² do direito romano, pois somente a partir da compreensão dos processos de formação do direito entre os romanos é que será possível destacar alguns traços especialmente do seu direito privado. Porém, antes disso é preciso fazer apenas algumas considerações preliminares.

Para aquele que lida com o direito e/ou a teoria do direito após o advento da modernidade, *direito* e *lei* (norma geral produzida por um *legislador*) são quase sempre o mesmo. E quem diz *lei*, diz também *Estado*. Não é preciso entrar no mérito dessas assimilações, nem sequer da veracidade de sua afirmação. Uma vez reconhecido o relativo predomínio da lei como fonte quase exclusiva do direito em nossa cultura atual, cumpre afastá-lo – como quem afasta um preconceito – antes de proceder ao estudo do direito romano; é preciso, ainda que com dificuldade, deixar de lado a ideia do “império da lei” para poder entender o direito romano e avaliar o valor das diversas fontes do direito antigo.

Costuma-se chamar de “fontes do direito romano” duas coisas distintas. Em primeiro lugar, fonte do direito romano é aquilo que estabelecia o direito na época: costumes, leis, editos de magistrados, *senatusconsultos*, *responsa prudentium*; é de onde vem o direito, o lugar em que ele começa. Mas são também chamadas “fontes do direito romano” as fontes do *conhecimento* ou do *estudo* do direito romano: escritos jurídicos, papiros, moedas, monumentos, obras artísticas, literárias, filosóficas etc. (MEIRA, 1966, p. 266). Às vezes os dois sentidos de “fonte” coincidem em um documento, como acontece justamente nos escritos dos juristas (a jurisprudência), cujas opiniões em determinada época foram consideradas fontes do direito, ainda que seu propósito fosse mais a exposição e o desenvolvimento conceitual do direito.

A doutrina das fontes está intimamente ligada ao desenvolvimento *interno* do direito romano, isto é, ao seu desenvolvimento *conceitual*, mas também guarda significativa ligação com as instituições e os regimes políticos sob que viveram os romanos, isto é, com o aspecto *histórico* das instituições.

¹² O exame das fontes que aqui se inicia não significa, de modo algum, que se está tomando partido pelo critério da fonte para a distinção do direito privado e direito público. Ocorre apenas que a doutrina das fontes é talvez a parte mais importante do estudo do direito romano. É digno de nota ainda o fato de o estudo da história do direito romano

Neste estudo seguiremos de modo geral a cronologia utilizada, entre tantos outros, por Silvio Meira: Realeza, séc. VIII ao final do séc. VI; República, 509-510 até 27 a. C.; Império (1) Principado, ou Alto Império: de 27 a. C. até 284 da era cristã; (2) Dominato ou Baixo Império: 284-565. A divisão das seções seguintes *do texto*, no entanto, não seguirá exatamente esse critério cronológico-histórico, mas procurará colocar em evidência ao mesmo tempo a marcha do desenvolvimento *conceitual* da ciência do direito.

1.4.1. Realeza, República e Diversidade de Fontes

Pouco se conhece do direito romano da época da Realeza, isto é, do século VIII ao final do século VII (GILISSEN, 2003, p. 80), além do que consta, é claro, no próprio Digesto (D. 1.1.2, 1-49). No que diz respeito às fontes, alguns afirmam que predominou aí o costume (*mores maiorum, consuetudo*) junto às leis reais (*leges regiae*) (MEIRA, 1966, p. 39). Dos costumes não sobrou registro escrito; das *leges regiae* se encontram alguns poucos traços na Lei das Doze Tábuas (GILISSEN, 2003, p. 84-85).

A época Republicana (509-510 até 27 a. C.) conhece uma diversificação das fontes: os costumes, as leis, os senatusconsultos, os editos dos magistrados e a jurisprudência (MEIRA, 1966, p. 58). As leis foram fontes muito importantes no período republicano. Bastaria dizer que desse período são a *Lex Poetelia Papiria*, de 326 a. C., que extinguiu o *nexum*, de modo que a responsabilidade do devedor recaísse sobre seu patrimônio e não sobre seu corpo; e a *Lex Aquilia* que estabeleceu a responsabilidade extracontratual por dano em 250 a. C.¹³. Aqui, o termo *lex* é empregado em um sentido próximo ao de “lei” dos tempos atuais, pelo menos no que diz respeito às *leges publicae*¹⁴, que eram “promulgadas pelo Poder Público para terem aplicação a toda a coletividade” (MEIRA, 1966, p. 63).

¹³ Há uma lista dessas leis em MEIRA (1966, p. 59 e seguintes).

¹⁴ O corte sistemático que aqui se faz impede a análise justa da diversidade e complexidade dos métodos de formação, aprovação e promulgação das leis nessa fase da vida romana. Tais

A mais importante das “leis” no início da República é a Lei das XII Tábuas que “segundo a tradição lendária, teria sido redigida a pedido dos plebeus que, ignorando os costumes em vigor na cidade e as suas interpretações pelos pontífices, se queixavam do arbítrio dos magistrados patrícios.” (GILISSEN, 2003, p. 86-87)

A explicação tradicional sobre a origem dessa “lei” é montada a partir de historiadores como Tito Lívio, Dionísio de Halicarnasso e Diodoro da Sicília. De acordo com tal tradição, no ano de 452 a. C., com a finalidade de criar leis para resolver os conflitos entre os patrícios e os plebeus, teria sido enviada uma delegação à Grécia. A delegação teria por finalidade aprender o que houvesse de melhor em termos de legislação e levar a Roma. O material resultante de tal busca – pela sua quantidade – teria induzido a criação de um Decenvirato (uma magistratura especial) para o seu estudo e sistematização. Esse Decenvirato, presidido por Ápio Cláudio, teria elaborado, a partir do material grego, dez tábuas de lei, apresentadas ao povo, que posteriormente as aprovou. O trabalho foi completado depois por um novo Decenvirato que elaborou mais duas tábuas. Diz a lenda que uma vez terminada a tarefa o Decenvirato teria se tornado em tirania com os seus membros pretendendo eternizar-se no poder (MEIRA, 1966, p. 70-71). A hipótese de uma embaixada romana à Grécia é, por diversos motivos, desqualificada por ninguém menos do que Edward Gibbon que afirma que entre as tábuas romanas e as de Sólon alguma semelhança pode ser eventualmente encontrada, mas que tanto em direito privado como em público os legisladores de Roma e de Atenas parecem ter sido estranhos ou adversos (GIBBON, 1952 b, p. 72).

Mais importante que isso, para os nossos fins, é que desde Gianbattista Vico tem a versão lendária sofrido ataques especialmente no que diz respeito ao *caráter legislativo* do Decenvirato. De fato, o autor napolitano considerava a Lei das XII Tábuas uma coletânea de costumes antigos, mas compilados muitos anos mais tarde do que pensa a tradição. Depois de Vico muitos outros, de modo semelhante, sustentaram teses contrárias ao suposto caráter legislativo das XII Tábuas. A lei das XII Tábuas não pode ser considerada obra de um *legislador* como nós hoje concebemos. Não é nosso propósito aprofundar tais controvérsias. Basta dizer que um historiador do porte de um John Gilissen é da seguinte opinião:

elementos, por interessantes e instrutivos, remeteriam mais à vida política do que ao estritamente jurídico.

“A Lei das XII Tábuas não é um código, no sentido moderno do termo; não é talvez um conjunto de leis, antes uma redução a escrito de costumes, sob a forma de fórmulas lapidares. A sua redacção tendeu a resolver um certo número de conflitos entre plebeus e patrícios; mas a sua interpretação permaneceu secreta, porque confiada aos pontífices.”

Quanto ao conteúdo, a julgar por suas reconstruções mais bem sucedidas¹⁵, a *Lex Duodecim Tabularum* continha disposições de direito público e de direito privado.

Outra fonte do direito na época – pelo menos segundo alguns historiadores – foram os *senatusconsultos*. A palavra senado vem de *senex*: o senado é a casa dos mais velhos e, na República, enquanto o povo detém o poder, o senado detém a *autorictas*. Teoricamente nessa época o Senado era órgão consultivo e não legislativo e justamente por isso alguns não admitem os *senatusconsultos* como fonte do direito (MEIRA, 1966, p. 64). No entanto, não se trata de ver fontes do direito apenas nas *leges*, mas, ao contrário, em todas as manifestações que possam influir de forma decisiva no conteúdo da vida jurídica. Ademais, o senado chegou a comandar a política exterior e a administração interior do Estado Romano, além do que, e isso é decisivo, *os magistrados seguiam suas decisões* (SILVEIRA, 1957 b, p. 614-615). Por isso, parece correto considerar esses atos do Senado também como fontes do direito romano. De qualquer forma, não teria sido grande o número desses *senatusconsultos*. O importante para nós aqui é que, conforme Ortolan, citado por Meira (1966, p. 64-65),

“A autoridade dos *senatusconsultos*, sobretudo no que diz respeito ao governo e a alta administração, não é contestada; mas com relação direito privado, os juristas romanos, mesmo mais tarde, os põem em controvérsia; os raros *senatusconsultos* citados neste gênero dizem respeito, além disso, a algum interesse público.”

¹⁵ Edward Gibbon menciona as de Gravina e Terrason (GIBBON, 1952 b, p. 617, nota nº 19); entre nós, Silvio Meira apresenta um panorama atualizado (1966, p. 85-89) bem como a tradução da reconstrução de Godefroy (1966, p. 90-106).

Tratar-se-ia, portanto, de uma fonte de direito público e não privado.

Outra fonte do direito no período republicano são os *editos dos magistrados*. A função dos magistrados em geral e dos pretores em especial era de ouvir as partes em conflito, conceder-lhes “as fórmulas das ações” e encaminhá-los aos juízes ou tribunais adequados. Os editos continham as regras que os magistrados seguiriam para o exercício de suas funções jurisdicionais. Eram um grande programa daquilo que seria feito em cada magistratura. Inicialmente eram proclamados oralmente, mas com o tempo essa proclamação tornou-se escrita. Ao prometer uma *ação*, o magistrado acabava criando um *direito* de que os cidadãos se poderiam utilizar (GILISSEN, 2003, p. 90). Isto é, dava-se basicamente o contrário do que acontece hoje, quando é uma legislação que estabelece direitos aos quais as ações judiciais respectivas seguem quase que como mera derivação lógica¹⁶. De acordo com Silvio Meira (1966, p. 68), os magistrados

“deveriam aplicar a lei, mas esta, muitas vezes injusta e rigorosa, dava margem a injustiças, como na hipótese de exclusão da herança de filho emancipado. O magistrado passou então a suprir e a corrigir o *jus civile*.”

Assim os editos passaram a ser fontes do direito por contribuírem para o seu conteúdo de forma original. De acordo com John Gilissen (2003, p. 90), com o tempo os editos foram se consolidando, criando um

“*ius pretorium*, um direito pretoriano distinto do *ius civile*, constituído pelos costumes e pelas *leges*. Direito de origem jurisprudencial – é neste sentido que se emprega ainda hoje a expressão de direito pretoriano – ele preencheu as lacunas do *ius civile* e sobretudo criou regras novas de direito,

¹⁶ De fato, num sistema jurídico como o nosso, *ações judiciais* seguem por princípio dos *direitos* (materiais) aos quais protegem. O artigo 75 do antigo Código Civil Brasileiro de 1916 (Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916) dizia que “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. A primeira parte do artigo 189 do atual Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), mais técnico, diz que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”.

permitindo adaptar o direito à evolução considerável que a sociedade romana tinha sofrido nos séculos III e II antes de Cristo”

Depois de algum tempo os editos se tornaram continuamente repetidos. Formaram-se o *jus honorarium* (quando se leva em consideração todos os magistrados) e o *jus praetorium* (quando se refere apenas os pretores). Alguns dizem que houve mesmo uma codificação desses editos, consolidada no chamado *edito perpétuo*; porém isto de fato só ocorrerá num período mais avançado da história. É certo que no ano de 67 a. C., por força da *lex Cornelia de edictis praetorum*, os editos passaram, uma vez publicados, a obrigar também aos magistrados. Nada disso porém deve afastar a atenção da especificidade dessa fonte, o fato de o direito aqui ser uma criação dos magistrados.

Resta tratar da última fonte do direito romano na República. Hoje chamamos *jurisprudência* o conjunto dos julgados dos magistrados, quer criem, quer não criem inovações no sistema legal. *Jurisprudência* na terminologia romana designa, porém, o que hoje chamaríamos de “doutrina” ou ciência do direito. Ela foi uma importante fonte já na república e a ela estão muito ligados a criação e o desenvolvimento do direito privado romano clássico (conforme se verá mais adiante).

A importância da jurisprudência dentro do direito romano e para a história do direito em geral é tanta que alguns autores apresentam para ela uma periodização particular. Assim, na muito difundida divisão de Girard, por exemplo, a primeira fase do desenvolvimento da jurisprudência é *esotérica* e vai até o séc. IV a. C. Neste período, a prática do direito é um segredo mantido pelos Pontífices. O traço corresponde, na verdade, a uma parte do período da Realeza que, afinal, como já vimos, não tinha a jurisprudência como uma fonte do direito. A jurisprudência aqui, se houve alguma, esteve ligada mais à religião e não deixou de qualquer forma vestígios; para o estudioso, ou não existiu, ou é como se nunca tivesse existido. A segunda fase na classificação de Girard vai do século IV a. C. até o século I a. C, “quando Cneu Flávio, secretário de Ápio Cláudio *Caecus*, divulga uma compilação de fórmulas de ações que teria sido elaborada por Ápio” (MEIRA, 1966, p. 107). Como este fato anuncia, esta é uma fase de laicização do direito. O direito passou a ser conhecido de todos e daí surgiu a necessidade de seu estudo e interpretação.

Alguns passaram a estudar e dar consultas, outros começaram a ensinar o direito em cursos. A terceira fase vai de Quinto Mucio Scevola (82 a.C.) até o final da República em 27 a. C. e é considerado o período de sistematização do direito, quando surgem grandes escritores e grandes obras. A partir do ano 27 a. C. se inicia a época clássica da jurisprudência.

1.4.2. O Principado e a Ciência dos Prudentes

A terceira época no estudo das fontes do direito romano começa no ano de 27 a. C. (725 *ab urbe condita*) quando Augusto iniciou o *Principado* e vai até o ano 284 da era cristã com a eleição de Diocleciano. O período é também chamado de “Alto Império” por alguns historiadores. O movimento geral das grandes modificações das estruturas políticas, não obstante a criação de novas magistraturas, revela-se na tendência de crescente concentração de poder no imperador. Silvio Meira destaca assim a característica geral do período:

“No Principado, também conhecido por Alto Império, a administração central das coisas públicas pertencia, portanto, ao imperador. As demais magistraturas foram a pouco e pouco despojadas de sua antiga autoridade.”
(MEIRA, 1966, p. 115)

Entretanto, os poderes do senado, ao contrário do que ocorreu a outras instituições, cresceram. De órgão consultivo passou a órgão legislativo tomando tarefas que antes pertenciam às assembleias populares. As províncias foram divididas em senatoriais e imperiais, de modo que muitos historiadores chamam o regime político da primeira fase do Império de *diarquia*, seguindo os ensinamentos de Theodor Mommsen.

O Principado é o período em que há maior número de fontes. São elas: as leis, os editos, os costumes, as *responsa prudentium*, os senatusconsultos e as constituições imperiais. Mas também é o período em que a tendência à centralização do poder começa a atingir as próprias fontes do direito.

Quanto aos *costumes*, continuam a ter relativo peso como fontes. Já as *leis* sofrem um grande enfraquecimento que está ligado ao inversamente proporcional fortalecimento do senado. Os poderes legislativos, ao deslocarem-se para o Senado, mudam o *peso* das fontes. De acordo com Silvio Meira,

“Os senatusconsultos vão assim a pouco e pouco substituindo as leis votadas pelas assembléias populares. Estas, em virtude da extensão territorial e aumento populacional não mais podem reunir” (1966, p. 120)

Por volta de 98 d. C., o Senado acaba por absorver completamente as funções comiciais. Restam, é verdade, algumas *leis*, mas somente as promulgadas pelo imperador “em nome do povo”, sem consulta ou aprovação e que tratam de matéria administrativa. A situação não perdurará, pois logo

“passou a vigorar o princípio *quod Principi placuit legis habet vigorem*, isto é, o que o Príncipe decide tem força de lei (Ulpiano, *D*, 1, 4). As Constituições imperiais passaram a absorver a autoridade das leis comiciais e dos senatusconsultos, até eliminá-los totalmente.” (MEIRA, 1966, p. 133)

Também os *editos dos magistrados* conhecem aqui o seu fim enquanto fonte específica. Entre o fim da República e o primeiro século do Principado os editos se acumularam a ponto de ser difícil a sua utilização e, além disso, tornaram-se estáveis, isto é, já pouco inovavam o direito (GILISSEN, 2003, p. 90). Ademais, “a atividade absorvente do Príncipe não podia admitir que os magistrados, especialmente os pretores e os edis, continuassem na sua tarefa fecunda de ‘criar o direito’” (MEIRA, 1966, p. 135). Por isso, no ano de 130 o imperador Adriano

incumbiu o jurisconsulto Sálvio Juliano de realizar uma compilação do direito honorário, isto é, uma compilação dos editos de todos os magistrados. O resultado foi a famosa compilação *Edictum Perpetuum*¹⁷. A partir daí, por ordem do imperador (lex), o conteúdo de quaisquer editos deveria ser extraído do *Edictum Perpetuum*. Encerrou-se assim a função criadora do direito praticada pelos magistrados. Os editos cristalizam-se numa espécie de legislação e as atividades dos magistrados deixam de valer como fonte específica do direito.

No entanto, a jurisprudência, que começara a crescer desde a República, conhece no Principado o auge de seu desenvolvimento. Este período, de fato, corresponde, grosso modo, ao que se costuma chamar de “época clássica” da jurisprudência na história interna do direito romano. São dessa época os juristas Labeo (Labeão), Vitelius, Massarius Sabinus (século I); Salvius Julianus, Sextus Pomponius, Gaius (Gaio), Ulpianus (Ulpiano), Florentinus (Florentino) (século II); Papinianus, Marcianus Modestinus (século III). De acordo com John Gilissen

“Apesar do seu caráter privado, os escritos dos jurisconsultos constituíram uma verdadeira fonte do direito na época clássica, não somente pelos seus comentários de textos legislativos, mas sobretudo pela sua maneira de resolver as lacunas do direito. Pela abundância de matérias tratadas, e pela construção lógica das suas obras, os jurisconsultos elaboraram uma verdadeira ciência do direito.” (2003, p. 91)

1.4.3. O Dominato e as *Leges*

¹⁷ “O adjetivo neutro *perpetuum* foi aplicado por Sálvio não no sentido de ‘ânua’, e sim no de permanente, efetivo. Não se deve confundir, portanto, com os editos perpétuos que os magistrados anteriormente publicavam, para terem vigência por um ano” (MEIRA, 1966, p. 136).

A segunda fase do império romano, chamada Dominato ou “Baixo Império”, começa no ano 284 com o advento de Diocleciano e vai até o ano 565 com a morte de Justiniano. No plano político é uma fase de decadência, no plano jurídico, de exaurimento. Depois da morte de Teodósio 1º, em 395, o império é dividido em dois, do oriente e do ocidente. A cisão tem correspondência na divisão lingüística e econômica, mas o império continuou uma unidade do ponto de vista jurídico. De acordo com Silvio Meira “a unidade foi mantida por meio da legislação, que era a mesma. Quando um Imperador promulgava uma Constituição fazia a sua remessa ao outro por meio de uma *pragmática sanctio*” (1966, p. 150).

No plano das fontes, completa-se o movimento de absorção pelas *Constitutio*. A não ser pelos costumes, que continuam sempre como uma fonte relativamente significativa, outras fontes desaparecem sob o obstinado *quod principi placuit legis habet vigorem* (D. 1. 4. 1). A verdade é que a vontade imperial em tudo penetra, a tudo domina e quer dirigir. Independentemente da criação e extinção de magistraturas, fonte do direito aqui são sempre as Constituições Imperiais. A jurisprudência que há pouco conhecera seu auge, está totalmente exaurida como fonte criativa. O último grande jurisconsulto foi Modestino, que vivera no século III. No lugar que era ocupado pelos criadores de uma verdadeira ciência surgem agora meros compiladores. As mentes que outrora teriam se ocupado do *ius* empregam-se agora em teologia.

Nesta época as obras de jurisprudência, especialmente as do período clássico, passam a ser denominadas genericamente de *lura*; as Constituições Imperiais de *Leges*. (MEIRA, 1966, p. 156). O termo *ius* passa a ser usado em oposição a *Lex* (SILVEIRA, 1957 a, p. 355).

A abundância de materiais, tanto de Constituições como de obras de jurisperitos, inspira a criação de compilações de *Leges* e de *lura*. As primeiras compilações, contudo, são obras privadas, particulares (GILISSEN, 2003, p. 91; MEIRA, 1966, p. 156). Entre estas recolhas privadas de *Leges*, encontram-se o Código Gregoriano, que continha as constituições imperiais de 196 a 291, e o Código Hermogeniano, com as constituições promulgadas entre 293 a 294. Tais recolhas continham pouquíssima matéria de direito privado. Havia também

compilações de *Leges* e *lura* misturados (MEIRA, 1966, p. 158), tanto privadas como “oficiais”, isto é, feitas por imperadores.

O movimento de absorção das diversas fontes do direito pelas *Leges* se faz sentir também em relação à Jurisprudência. No dizer de Edward Gibbon (1952 b, p. 76), nesta época, “the oracles of jurisprudence were almost mute”. Além da decadência própria e inerente da Jurisprudência - já praticamente exaurida criativamente - foi nessa época promulgada a chamada “lei das citações”. O material de *lura* deixado pelos juristas, especialmente da época clássica, era muito extenso e de difícil aplicação prática. Algumas vezes havia conflitos entre as opiniões desses juristas a respeito das questões submetidas a exame. Daí resultavam contradições e muitas demandas judiciais. Por isso, Teodósio II (pelo Império do Oriente) e Valentiniano III (pelo Ocidente) promulgaram em 426 a Lei das Citações (incluída no Código Teodosiano). Esta lei determinava quais autores podiam ser citados em juízo bem como as preferências em caso de desacordo entre suas opiniões (MEIRA, 1966, p. 161). A partir deste momento tem-se que a Constituição determinava como e quais *lura* podiam ser utilizados, ou seja, a Jurisprudência desaparece como fonte do direito, pois seu caráter vinculante é determinado por outra fonte.

A outra característica marcante desta época é a produção de compilações, como já indicado. Certamente as mais prestigiadas hoje são as de Justiniano. Não se sabe exatamente as motivações de Justiniano para a realização das compilações, mas certamente estão entre elas as já mencionadas dificuldade de consulta das fontes clássicas e desatualização dos textos antigos. Além disso, havia a influência do cristianismo sobre o direito, a qual era necessário concretizar de alguma forma. O plano de Justiniano compreendia compilações de *Leges* e compilações de *lura*. Seu legado legislativo se deu em seis grandes obras, ou quatro, se considerarmos apenas as *compilações* (como, por exemplo, GILISSEN, 2003, p. 92). O *Novus Codex Iustinianus*, do qual nada restou, era uma compilação de codificações anteriores, que tinha por base todo o acervo das Constituições Imperiais e foi promulgado em 529¹⁸. As *Quinquaginta Decisiones* foram cinquenta constituições promulgadas por Justiniano de agosto a novembro de 530. Há controvérsia entre os estudiosos acerca do propósito dessas *decisiones*. Sabe-se

¹⁸ Ver divergência sobre os fragmentos em Silvio Meira (1966, p. 183).

que após o *Novus Codex Justiniano* queria compilar a doutrina clássica, ou seja, queria compilar os *lura*; segundo alguns historiadores, as cinqüenta constituições funcionariam como preparação para a compilação dos *lura* e serviriam para eliminar controvérsias jurisprudenciais entre as escolas sabiniana e proculeana (GIBBON, 1952, p. 80). Pietro Bonfante, no entanto, defende que as decisões serviram de regra para os práticos que consultavam os *lura* não compilados (MEIRA, 1966, p. 183-184).

O Digesto ou Pandectas¹⁹ é, por excelência, a compilação dos *lura*. Dezesseis juristas, professores e advogados foram escolhidos por Justiniano para compilar cerca de duas mil obras dos jurisconsultos clássicos, reduzindo cerca de três milhões de linhas a cento e cinqüenta mil (GIBBON, 1952, p. 79). Não obstante, “um terço do Digesto é tirado das obras de Ulpiano, um sexto das de Paulo” (GILISSEN, 2003, p. 92). Embora o conteúdo do Digesto sejam *lura*, o certo é que em 16 de dezembro de 533 d. C. o próprio Digesto ganhou “força de lei” (cf. *Constitutio Tanta De Confirmatione Digestorum*, §11; *Constitutio Omnem*, § 23). Nisso que hoje se poderia chamar, em relação às fontes do direito romano, de “despotismo categorial”, aqui mais uma vez a lei (Constituição) absorveu mais outra fonte do direito.

No que toca às *Institutas*, foram concebidas como um manual para o estudo do direito na escola de Constantinopla (MEIRA, 1966, p. 187). No entanto, através da mesma *Constitutio Tanta*, Justiniano deu-lhe “força de lei”.

Após as *Institutas*, Justiniano quis promover ainda um novo código para substituir o anterior. Assim, promulgou em 29 de dezembro de 534 o *Codex repetitae praelectiones*. Esta compilação contém Constituições desde Adriano. Por fim, as *Novellae* ou leis novas são as Constituições que Justiniano continua a promulgar depois da publicação do *Codex*. Não foram objeto de compilações oficiais, mas foram recolhidas por particulares.

O movimento geral dessa era é fácil de perceber. Na época da queda do império, só existia *uma* fonte do direito: as Constituições Imperiais, ou *Leges*. Todas

¹⁹ De acordo com o *Greek-English Lexicon* de H. G. Liddell e R. Scott, Πάνδεκτης (*pandectas*, *pandectarum*) no grego é “aquilo que tudo contém”, “o que tudo vê” ou que é visto por todos. Aplicado aos textos, era um nome comum em miscelâneas, ou em dicionários universais, etc; é muitas vezes considerado um mau equivalente do latino *Digesta* (GIBBON, 1952 b, p. 620, nota 75).

as fontes do direito se reduziram a uma. As compilações de Justiniano, tanto as de *lura* (*Digesto*, *Institutas*) quanto de *Leges* (*Codex*) são leis, isto é, do ponto de vista formal, são *Leges*.

Retomando a distinção mencionada no início, das várias acepções de “fonte” (item 1.4), é possível anotar ainda que o *Digesto* termina fundindo todos os tipos de fontes, pois ele é uma *lei* cujo conteúdo é uma compilação de *lura* e ao mesmo tempo ele é uma fonte de conhecimento – a mais importante, como se verá – do direito romano.

1.4.4. A Invenção do Direito Privado

A longa digressão pelas fontes do direito romano nos mostrou, entre tantas coisas, como este direito não foi, em sua época áurea, a criação exclusiva de legisladores, nem a lei sua única forma de manifestação. A partir do conhecimento dessa diversidade das fontes e formas do direito, pode-se entender a construção do direito privado romano.

O direito privado romano começou a formar-se já no século VI a. C. Naquela altura, a característica rural da sociedade romana sobressaía em todas as suas atividades, inclusive culturais. A figura dominante é a *família*, sociedade regida pelo *paterfamilias*. A família romana é uma associação *jurídica* (KASER, 1999, p. 95) regida apenas pelo *paterfamilias* e composta de todas as pessoas que estão sob o seu poder. O poder do *paterfamilias* chama-se *potestas* ou *manus* e, em relação aos que fazem parte da família (filhos não emancipados, esposa, clientes e escravos), é quase ilimitado²⁰. O *paterfamilias* é *sui iuris*, *suae potestatis*; os que estão sob seu poder, *alieni iuris*. Estima-se mesmo que o povo romano se tenha formado a partir de grupos de famílias, as gens (o equivalente grego, porém mais amplo, é γένος),

²⁰ Um exemplo disso, desagradável talvez para o juízo atual, é o da situação da mulher: “Na época da República a mulher não era sujeito de direito; a sua condição pessoal, a sua relação com os pais ou com o marido eram, não da competência do direito da cidade, mas do da *domus*, cujo chefe onipotente era o *paterfamilias*.” (GILISSEN, 2003, p. 600).

que eram como cooperativas de atividades rurais e em tempos arcaicos tinham grande poder político (KASER, 1999, p. 98). As famílias exerciam quase uma *soberania*, com pouca interferência externa, e, de acordo com Max Kaser, “o direito privado romano arcaico é de facto entendido como o direito da sociedade familiar nas suas relações internas e com as outras famílias” (1999, p. 18).

No fim do período arcaico, início da República, a principal fonte do direito privado é a Lei das Doze Tábuas aplicada através da *interpretatio*. Essa lei – que, como já vimos, não era exatamente uma “lei” – fazendo escrita grande parte do direito privado tornou-o acessível ao conhecimento das pessoas em geral, laicizando-o²¹. A “lei”, contudo, jamais representou uma “legislação estatal” de caráter unitário e, de qualquer modo, a criação e o desenvolvimento do direito privado clássico prendem-se a outro tipo de ocorrência, conforme se passa agora a examinar.

A expansão territorial e o contato com os mundos helenístico e egípcio a partir do século III a. C. criaram as condições para o início de um grande processo de desenvolvimento da sociedade e do direito. Com efeito, entre o século II a. C. e o século III d. C. situa-se o chamado *período clássico* do direito romano. De um lado, a filosofia grega ensina os juristas romanos a proceder através de análise e síntese e a elaborar *conceitos* procurando integrá-los em seqüências articuladas (não exatamente “sistemáticas”). Por outro lado, o comércio intenso e a circulação de capitais – e na República a circulação de moeda supera o escambo – forçam um desenvolvimento acelerado do direito privado. A família, por sua vez, aos poucos foi perdendo força, cedendo ao individualismo. Mais ou menos na época em que se inicia o *Principado*, a forma de vida passa a ser urbana e o mundo conhece a dominação romana. Quando Augusto é imperador e a paz reina, está armado o cenário em que se dará o auge do desenvolvimento da ciência do direito.

A grande evolução social demanda uma transformação no direito. Mas essa evolução não se fará através dos legisladores e sim em um processo que envolve os jurisprudentes e suas atividades junto aos magistrados.

²¹ Outros fatores concorrentes de laicização são o chamado *Jus Flavianum* e o ensino público do direito por Tibério Coruncâneo (CRUZ, 1984, p. 290).

O direito privado romano dos períodos pré-clássico e clássico, isto é, da época em que reveste a sua forma determinante, é caracterizado como *direito dos juristas* (KASER, 1999, p. 32). Os juristas ou jurisprudentes não eram funcionários do Estado; pelo menos, não o eram necessariamente. Sua atividade não era uma profissão, mas era cultivada por afeição, o que não significava de modo algum que a ciência que desenvolveram estivesse totalmente desligada da prática. Na sistematização de Max Kaser, a influência dos juristas se manifestou em duas frentes principais: na aplicação e na criação do direito.

Inicialmente os órgãos jurisdicionais chamaram estes jurisprudentes para opinar nos problemas a eles submetidos. Com o passar do tempo os jurisprudentes firmaram uma influência concreta e decisiva dentro de uma firme continuidade da atividade jurisdicional “que garantiu a segurança jurídica e a confiança do povo”. Os juristas aconselhavam os magistrados (pretos) e também as partes e assim acompanhavam todo o processo; e isso, vale frisar, não por terem um cargo público, mas simplesmente porque sabiam, conheciam o direito. Eles valiam-se de umas poucas normas legisladas e de muitas convicções jurídicas não escritas - o direito consuetudinário. (KASER, 1999, p. 33 e seguintes)

O aspecto mais diretamente criativo do trabalho dos juristas está também ligado à atividade dos magistrados. Pois na época em que se dá o grande progresso cultural, político, econômico e social, no início da República, a adaptação do direito arcaico e do insuficiente direito da Lei das Doze Tábuas foi obra dos magistrados encarregados da jurisdição pública. Como nem o direito arcaico nem o da Lei das XII Tábuas era suficiente, e, uma vez que os magistrados eram simples políticos sem maiores conhecimentos ou habilidades, os juristas criaram e desenvolveram muito por sua própria iniciativa. Esse direito que veio a ser chamado de *Jus Honorarium* tinha por conteúdo então a criação intelectual dos juristas, que aconselhavam tecnicamente os pretos e possibilitavam assim a introdução de novos institutos.

Havia decerto um limite material nessa criação. Os juristas trabalharam principalmente sobre os conflitos patrimoniais entre particulares (D’ORS, 1992, p. 17) e direito processual civil. De outro lado, em certos campos a sua ciência não penetrava:

“Em contrapartida, o direito e a jurisdição penal, bem como toda a administração do Estado pareciam aos romanos ser matérias públicas, influenciadas por forças políticas e, por isso, não sujeitas a critérios exclusivamente jurídicos.” (KASER, 1999, p. 35)

Não é necessário ir além daqui para perceber os traços importantes do direito privado romano. Pelo menos em seu auge, o direito privado romano não foi criação do Estado; ele, além de ser aquele direito que visa “o interesse do indivíduo”, é também um direito que original e essencialmente *não é elaborado pelo Estado*. Ele não é um conjunto de “leis”. Ele é aquilo que hoje chamamos de *doutrina*, uma *ciência* (JÖRS & KUNKEL, 1957, p. 28 e seguintes), mas também, por outro lado, ele é aquilo que a doutrina de hoje não estaria autorizada a fazer: ir além do material que tem que transmitir, explicar ou expor, passando a criar direito.

Considerando que depois na época do Principado inicia-se a tendência de reduzirem-se as fontes do direito pode-se notar que em determinado momento houve, na época clássica principalmente, um período em que, por um lado, os imperadores não interferiam no desenvolvimento de um direito privado e nem os juristas quiseram fazer ciência sobre a condução do estado romano. Foi, afinal, “sob a vista complacente dos imperadores que os juristas romanos elaboraram a rede conceitual do direito” (KASER, 1999, p. 34).

De acordo com John Gilissen,

“Sob o Alto Império, o direito privado romano aparece como um sistema individualista, enquanto que do ponto de vista político, a liberdade dos cidadãos ia diminuindo sem cessar. Há assim, um divórcio crescente entre o direito privado e o direito público. À submissão absoluta ao imperador opõe-se a grande liberdade dos cidadãos (*cives*) de disporem de seus bens a título privado. Os juristas romanos constroem então, no domínio do direito das coisas e das obrigações, um sistema jurídico completo e coerente” (GILISSEN, 2003, p. 87).

Quando no Dominato ou Baixo Império as Constituições Imperiais finalmente assumem o posto de fonte praticamente única do direito privado, porém, este direito privado já está consolidado – quando ele vira “lei” ele já está pronto e suas categorias deixarão doravante uma marca definitiva na cultura ocidental. Em suma, com o fim do império romano, os jovens povos que habitam a Europa

“deparavam, neste ponto, com as duas formas do conceito romano de direito: a lei imperial que – como comando do poder – impunha a sua pretensão absoluta de vigência em relação a todos os membros da comunidade submetida [...]; e o direito como ciência especializada altamente diferenciada [...] a forma espiritual do direito” (WIEACKER, 2004, p. 16).

Talvez por não interferirem os imperadores na criação do direito (privado), não houve no tempo do direito romano controvérsias ou conflitos a respeito *da divisão* direito privado/direito público. Juristas de um lado e imperadores de outro respeitavam os limites que lhes eram mutuamente reservados para a criação do direito. Em realidade, como reconhecem os historiadores em geral, os imperadores souberam muito bem tolerar esse “direito dos juristas” em prol de suas políticas. Assim, é muito fácil ver que, no tempo dos romanos, a divisão do direito privado e público não era *problemática*.

Se é assim, cabe então perguntar o que se ganha afinal com o difícil exame do direito romano. Ora, se por um lado não podemos destacar senão *aproximações* sobre a divisão privado-público e sobre cada um desses direitos, por outro lado, a investigação até aqui empreendida, justamente por não permitir uma distinção cabal, nos permite afastar, com certa autoridade, quaisquer preconceitos e muitas ideias preconcebidas na análise dessa divisão: é preciso admitir que nós herdamos a distinção dos romanos, mas nós realmente não sabemos exatamente o que isso significava *para eles*.

Não obstante, podemos, mesmo assim, enumerar alguns traços: que, aparentemente, a divisão não era *problemática* para os romanos, nem foi objeto de discussão dos jurisperitos; que há uma correspondência *parcial* entre a distinção

privado-público e a distinção *Iura e Leges*; que muito provavelmente os romanos não entendiam a divisão em termos de *dicotomia* no sentido lógico; que o direito privado como conhecemos até hoje é no seu núcleo uma criação de estudiosos e cultores – uma “ciência” – e não um conjunto de ordens da autoria de funcionários do estado; sabemos ainda que o direito público não podia ser derogado pelos pactos privados. Mas sabemos também que a nenhuma dessas características ou distinções se pode reduzir ou “resolver” a divisão; trata-se sempre de aproximações parciais, mas que *em conjunto* nos dão uma boa visão do caráter *geral* dessa divisão e nos fornecem elementos para a análise que se empreenderá na segunda parte deste trabalho.

Em realidade, veremos que a modernidade tornará, de certa forma, essa distinção mais sua do que dos romanos e através dela determinará categorias de pensamento e desenvolvimento filosófico.

1.5. Fragmentação do Direito Romano e Desaparecimento da Divisão

Com a queda do império romano no século V, o direito romano começa a fragmentar-se. O império do Oriente, que se expandira sob Justiniano, é constantemente atacado por povos eslavos e pouco depois pelos turcos, que avançarão até a península ibérica e Gália antes de começarem a recuar lentamente (GILISSEN, 2003, p. 128); o direito das compilações de Justiniano é objeto de constantes revisões, traduções, resumos e exercerá sua influência na Grécia e na Rússia (GILISSEN, 2003, p. 93).

No antigo território do Império Romano do Ocidente formam-se diversos reinos de origem germânica: Visigodos, Borgúndios, Francos, Ostrogodos, Longobardos. Do século V ao VIII, populações romanizadas e povos bárbaros invasores vivem lado a lado, seguindo inicialmente cada um sua lei (DAVID, 1993, p. 29), de modo que o direito romano – em vigor no ocidente através das compilações de Justiniano por força da *Pragmatica Sanctio* (554) – subsistiu (já vulgarizado)

concorrendo ao lado dos direitos de origem germânica em grande parte da Europa (princípio da “personalidade” da lei). Ao mesmo tempo, começa a formar-se um direito canônico, que, inicialmente sendo direito de uma determinada religião, carrega, no entanto, a mesma pretensão universalista dessa religião (GILISSEN, 2003, p. 134) e em alguns momentos será aplicado também aos leigos.

O desejo de unificação de Carlos Magno e seus soberanos se estendeu também ao direito. Porém seus esforços não impediram a fragmentação do território e um crescente enfraquecimento do poder central em favor dos senhores feudais. Armou-se assim o cenário do regime social e político feudal. A partir daqui a única fonte do direito será o costume; o direito romano desaparece progressivamente (GILISSEN, 2003, p. 180; p. 167). A prioridade era manter a paz, (HARDING, 2001, p. 22) e não “dar a cada um o que lhe pertence” de acordo com a justiça (DAVID, 1993, p. 30).

Do século IX ao XII o direito feudal domina a Europa ocidental (GILISSEN, 2003, p. 128; 188). Não é preciso entrar em muitos detalhes desse quadro histórico complexo. O mais importante é perceber, com René David, que neste período o direito *como técnica de organização social* será quase totalmente apagado:

“Para que serve conhecer e precisar as regras de direito, quando o sucesso de uma das partes depende de meios de prova tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou a prova dos ordálios? Para que serve obter um julgamento, se nenhuma autoridade, dispondo de força, está obrigada ou preparada, para pôr esta força à disposição do vencedor?” (DAVID, 1993, p. 30).

Porém, não é demais enfatizar a cláusula “como técnica de organização social” porque certamente alguma forma de direito sempre subsiste. Conforme Kantorowicz,

“Bien entendu, il a toujours existé du droit, même au plus profond des siècles obscurs. Il nous suffira de rappeler ici les impressionnants

ensembles de jugements des rois anglo-saxons, les édits lombards, les collections de droit visigothiques, ou les *Capitularia* des Carolingiens, pour comprendre que le Premier Moyen Age était tout sauf dénué de droit” (KANTOROWICZ, 1988, p. 48).

No entanto, trata-se aqui do desaparecimento de *uma determinada concepção* do direito. O próprio Kantorowicz faz a ressalva de que essas *leges barbarorum* por ele citadas em refutação à tese do “desaparecimento do direito” têm caráter regional e não universal; tais leis – que nem sequer eram “leis” no sentido como entendemos esse termo – que representavam o costume de uma tribo ou de uma região eram administradas por particulares fazendo as funções de homens da lei, não por juízes conhecedores formados cientificamente (KANTOROWICZ, 1988, p. 49).

Ora, quando o direito romano desaparece quase inteiramente, igualmente sai de cena a sua distinção do direito privado-público. Numa sociedade em que a própria jurisdição é cada vez mais transferida para as mãos privadas dos senhores feudais (HARDING, 2001, p. 48; p. 22; GILISSEN, 2003, p. 190), tal distinção não fará mesmo muito sentido. No lugar mais tarde ocupado pela ideia de um contrato social existe aqui o contrato muito concreto através do qual o vassalo se compromete a prestar *consilium et auxilium* em troca da proteção do senhor, que não tem nada de “social”, é eminentemente individual e privado. Enfim, ao “identificar o poder privado do *dominus* ao poder de mando do *imperium*, o feudalismo outra vez suscitava a indiferenciação desses dois grandes ramos do direito” (MACHADO NETO, 1988, p. 242).

Não é aqui o lugar adequado para levantar teses desta magnitude, mas talvez a sociedade feudal seja melhor compreendida justamente pela *ausência* de distinção entre público e privado do ponto de vista jurídico-político; talvez seja essa a sua nota mais característica. Afinal, é com grande dificuldade que Hannah Arendt, no §5 do capítulo II da *Condição Humana* tenta manter a distância ou “abismo” entre a esfera privada e a esfera pública na época medieval: não obstante certas semelhanças, o público da antiguidade não se ajusta inteiramente ao que proporciona a Igreja Católica (ARENDDT, 2007, p. 43). Sem embargo, num plano

mais estrito dos *conceitos jurídicos*²², que é o que nos interessa neste trabalho, a questão parece um pouco mais clara. Basta ver que normalmente a jurisdição estará (quase inteiramente) nas mãos do senhor feudal que a aplicará não nos limites de um território determinado por conceitos “públicos”, mas, justamente nos limites de sua “propriedade” privada. Ainda que, como sugere Hannah Arendt, o público em geral possa equacionar-se no religioso, o que importa perceber é que esse “público” não está no plano jurídico; não se constrói ainda com categorias jurídicas.

1.6. Renascimento Jurídico e Sistemas Romano-Germânicos

As coisas começam a mudar quando, a partir do século XII, como parte do mesmo processo que resultará no Renascimento, inicia-se a formação da família romano-germânica de direitos. Nessa época as instituições feudais tinham atingido o auge do desenvolvimento na maior parte da Europa e começavam já a ruir; o poder passa a concentrar-se nas mãos de um número limitado de pessoas. As relações sociais e o comércio – que agora é aberto entre as cidades e não fechado na comunidade – são retomados; começa a surgir a ideia de uma comunidade política, de um estado (GILISSEN, 2003, p. 239); o ideal de uma sociedade cristã cuja base é a caridade resta abandonado; o direito e a moral deixam de ser vistos apenas como partes da religião (DAVID, 1993, p. 31).

²² A necessidade de manter-se nos limites dos conceitos jurídicos - que é o que sempre se demanda do jurista - pode ser ilustrada pela exposição de Tercio Sampaio (FERRAZ JR, 2007, p. 132-137), o qual, após apresentar a discussão proposta por Hannah Arendt sobre as esferas pública e privada, tem que resignar-se com o mesmo resultado de sempre, qual seja, a admissão da confusão e dificuldade de distinção entre o *direito* privado e o *direito* público. Aliás, o autor parte da suposição de que a origem da distinção entre direito público e direito privado é a distinção entre privado e público em geral. É importante perceber, porém, que não há base para tal suposição, pois, poder-se-ia com igual direito supor o contrário, que a vida em geral emprestou o conceito do mundo jurídico.

O fato mais importante é que a partir da Universidade de Bolonha são retomados os estudos de direito romano. Em realidade, se há um *renascimento* em relação ao direito, trata-se do renascimento dos estudos do direito romano no século XII. Antes visto como “instrumento de uma sociedade pagã”, algo contrário aos princípios da caridade (lembramos que o direito romano é quase na totalidade um direito privado que trata antes de tudo de bens e obrigações patrimoniais), o direito romano passa a ser ensinado nas primeiras universidades (DAVID, 1993, p. 31).

Duas coisas são importantes destacar nesse cenário. Primeiro, a independência em relação ao poder político na qual foi engendrada a semente do futuro direito europeu: “O sistema de direito romano-germânico *foi fundado sobre uma comunidade de cultura*. Ele surgiu e continuou a existir, *independentemente de qualquer intenção política*” (DAVID, 1993, p. 32). Na universidade estuda-se quase exclusivamente o direito do que agora vem a se chamar *Corpus Iuris Civilis*, do qual muitos textos de direito público “são excluídos à partida” (WIEACKER, 2004, p. 141). Os professores analisam os textos e os interpretam sem muita preocupação com os vários direitos em vigor aqui e ali, mas influenciados em todo caso pela filosofia cristã. O sistema que assim desenhavam era um sistema *teórico*, “mais próximo do direito romano do que dos direitos positivos locais de sua época” (GILISSEN 2003, p. 203). O direito foi “considerado como um modelo de organização social. Não se volta para o contencioso nem para os julgamentos: processo, provas, execução são negligenciados [...]” (DAVID, 1993). Era um direito erudito, que ao contrário do direito “efetivo” dos diversos locais era *escrito* e, além disso, era mais completo e mais evoluído até mesmo por ter servido a uma sociedade mais desenvolvida. Outra característica importante desse direito das universidades, ou melhor, um traço intrínseco desse direito, era o fato de remeter a uma unidade: salvo pequenas diferenças de interpretação, era o mesmo direito ensinado por todos os mestres. Isto lhe valerá no futuro o título de *ius commune*. Ademais, por expressar-se em latim, língua da ciência, goza de prestígio muito superior aos direitos nacionais, os quais remetem sempre a uma fragmentação e diversidade. Em resumo, o fato desse direito não estar vinculado a eventos políticos está fundamentalmente ligado ao seu caráter “científico”, mais exatamente ao seu caráter conceitual, teórico. O direito que se cultivou nas primeiras universidades não consistia numa série de ordens de um legislador e nem tampouco traz prejuízo aos direitos nacionais ou locais – os

professores que ensinavam o direito romano faziam uma espécie de *ciência* do direito, mas de forma alguma legislavam ou tinham pretensão de criar regras jurídicas.

A segunda característica desta fase, a ser destacada aqui, tem a ver com o conteúdo desse direito das universidades. Para compreender esse traço, é preciso que se tome um recorte maior da história. Como já dito, trata-se, a princípio, do estudo do *Corpus Iuris Civilis* e de algumas outras poucas compilações. A primeira escola que se forma na universidade de Bolonha é chamada de escola dos glosadores, em referência ao seu método de trabalho. Inicialmente, a glosa²³ é uma pequena explicação sobre uma palavra, mas vai se expandindo para frases e textos inteiros; porém seu traço essencial de ser apenas uma exegese do texto se mantém; os glosadores eram, ao seu modo, *analíticos*. A esta escola pertenceram Azo e seu mais ilustre discípulo, Acúrsio, autor da *Glosa Ordinaria*, chamada “Grande Glosa”. Pouco depois da escola de Orleães, num movimento algo contrário à escola dos glosadores surge a escola dos comentadores ou pós-glosadores. Os comentadores estendem o método usado na teologia e na filosofia para o estudo do direito; são influenciados pela escolástica tomista e procuram interpretar os textos do direito romano no seu conjunto. Fez parte dessa escola o célebre Bártolo de Sassoferrato (ou Saxoferrato), que segundo John Gilissen (2003, p. 347) seria o responsável pela invenção – a partir dos textos romanos, claro – da distinção entre *dominium utile* e *dominium directum*²⁴. Essa escola (*mos italicus*) começará a preocupar-se com aplicações práticas do direito romano procurando adaptá-lo ao direito medieval; tentando, mais exatamente, achar *soluções* no direito antigo (GILISSEN, 2003, p. 347). Depois dos comentadores, os *humanistas* (*mos gallicus*) estudarão o direito romano novamente sem preocupar-se com a aplicação prática, mas tal movimento não será definitivo: a partir do século XV, especialmente depois do século XVII quando o estudo do direito romano implanta-se na Alemanha, ele está voltado definitivamente para a aplicação prática. É a época do *usus modernus Pandectarum*, isto é, do uso moderno das Pandectas (GILISSEN, 2003, p. 350; DAVID, 1993, p. 35).

²³ Latim *glossa*; grego γλῶσσα: literalmente, *língua*; neste caso, “palavra obsoleta ou estrangeira que precisa de explicação” de acordo com o *Greek-English Lexicon* de Liddell e Scott.

²⁴ Para Richard Tuck (1979, p. 16), a distinção remontaria já a Acúrsio.

O renascimento dos estudos de direito romano nas universidades resulta num corpo de conhecimentos e construções teóricas mais ou menos uniforme pela maior parte da Europa chamado agora *ius commune*; ele desenvolve um processo que culmina na sua recepção, ou como *ratio scripta* (na França) ou como direito subsidiário (Alemanha) (DAVID, 1993, p. 43; GILISSEN, 2003, p. 350). Mas durante este processo, o *Digesto* e as *Institutas* constituem o alvo crescente de sua atenção. Considerando que essas duas compilações contêm sobretudo os *lura* e, por fim, sabendo que esses *lura* são o próprio direito privado romano, seu objeto foi cada vez se tornando mais exclusivamente o direito privado.

Mas ao mesmo tempo em que a retomada dos estudos de direito romano termina por afigurar-se como praticamente uma retomada dos estudos do direito *privado* romano, concentrando-se no *Digesto* ou *Pandectas*, esse renascimento trará o renascimento também da *divisão* direito público/direito privado. Esse núcleo de direito romano dará também as próprias *categorias* em que se organizarão doravante os sistemas romano-germânicos:

“O renascimento dos estudos de direito romano tem um segundo significado: que o vocabulário do direito, as categorias em que as regras serão ordenadas, os conceitos que se utilizarão serão o vocabulário, as categorias, os conceitos da ciência dos romanistas. Divisão do direito público e privado, classificação dos direitos em reais e pessoais, noções de usufruto, de servidão, de dolo, de prescrição [...] tornam-se as divisões e noções sobre as quais os juristas raciocinam, visto que são formados pela escola do direito romano.” (DAVID, 1993, p. 41)

Daí não ser exagero dizer que a divisão direito público e direito privado pertence à essência dos sistemas romano-germânicos; ela faz parte do que se poderia considerar a *gramática mais elementar desses sistemas*. E isso é importante frisar também pelo lado negativo, ou seja, que ela é uma distinção que, como tal, não existe nem na família do *Common Law*, nem nos direitos dos povos muçulmanos, nem dos povos indianos, nem nos direitos socialistas (sobre estes últimos a situação será explicitada nas seções seguintes).

1.7. Recepção do Direito Romano na Alemanha

Este é um estudo meramente preparatório e, como tal, prima mais pela exatidão – ainda que em linhas gerais – do que pela exaustão dos assuntos que trata. Apenas mais duas questões não podem deixar de ser referidas aqui. Uma, a peculiaridade da “recepção” do direito romano na Alemanha; outra, a sorte da divisão privado/público, vista sob o ângulo do público, no mesmo período em que se formou o *ius commune*, bem como sua significação para a teoria do direito na modernidade.

A recepção do direito romano na Alemanha demorou mais tempo para acontecer do que no resto dos países europeus. O movimento mais amplo do direito germânico através da Idade Média é representado pelo fato de que a dissolução do império carolíngio acabou com a jurisdição central e quando se conseguiu novamente impor uma jurisdição comum aos membros do Sacro Império já não havia um direito legítimo comum, sendo preciso recorrer ao direito romano em busca de unidade (WIEACKER, 2004, p. 107-108). As cidades alemãs conheceram um progresso acentuado durante a Idade Média, o que levou inclusive à criação da Liga Hanseática. A necessidade de regras claras e mais ou menos iguais entre as diversas cidades, determinada principalmente pelas atividades comerciais, fez desenvolver-se algo muito próximo de um direito comum alemão (DAVID, 1993, p. 46-47), de caráter privado, especialmente comercial, o *Deutsches Privatrecht*. Esse direito, assim como os costumes em geral, não foram exata e simplesmente substituídos por um outro direito, o romano. Trata-se, em primeiro lugar, da recepção do *ius commune*, isto é, do direito do *Corpus Iuris Civilis*, que é, decerto, direito romano, porém agora transformado por séculos de malhação pelas escolas dos glosadores e dos comentadores (WIEACKER, 2004, p. 139). Nessa situação de concorrência desses dois direitos, o direito romano era o “direito comum” e sua

aplicação era *subsidiária* em relação aos direitos particulares das diversas regiões alemãs (teoria estatutária) (WIEACKER, 2004, p. 144-145). Em realidade, o processo de romanização foi predominantemente um processo de “cientificização” do direito alemão (WIEACKER, 2004, p. 136), de racionalização dos processos jurídicos; a recepção do direito romano não é exatamente a recepção de um conjunto de normas.

O processo de recepção é compreendido por Franz Wieacker sob dois aspectos, prático e teórico. A recepção chamada “prática” é antes “a grande subversão do antigo direito privado alemão pelo domínio do direito justiniano na teoria do direito privado, na legislação e na aplicação do direito” (WIEACKER, 2004, p. 129). De outro lado, o que se chama de recepção “teórica” era a pressuposição de que

“o direito romano adquirira uma vigência que não tinha de ser fundada num ato legislativo do poder público. Antes, a chamada ‘recepção teórica’ [...] foi explicada pela ideia de que o código justiniano era direito vigente por força da concepção, dominante na Alta Idade Média mas que se manteve até mais tarde sobretudo na Alemanha, de uma *translatio imperii* dos imperadores romanos para os francos e alemães (que eram considerados os do Quarto Império da visão de Daniel)” (WIEACKER, 2004, p. 147).

Porém, essa recepção teórica, com a sua ideia de continuidade do império romano e mesmo a questão da “lenda de Lotário”²⁵ são derrubadas a partir dos trabalhos do historiador Hermann Conring e já estão superadas quando do advento do *usus modernus pandectarum* (WIEACKER, 2004, p. 227; LOSANO, 2007, p. 56). A própria recepção prática, ademais, já está consumada no século XVII. Tudo isto abriu espaço para a criação de novas disciplinas e de uma teoria moderna da constituição pelo simples e marcante motivo de que a vigência do direito em geral

²⁵ De acordo com a *Lotharische Legende*, o imperador Lothar III, em sua campanha pela Itália, teria descoberto, em 1137, um manuscrito do Digesto. Tal documento teria sido levado para a Alemanha e elevado à categoria de lei imperial tornando vigente o direito romano (ver SCHANBACHER, D., 1992, p. 1004-1008; LOSANO, 2007, p. 56).

carece agora de fundamentação, ou, pelo menos, desacreditada a *translatio imperii*, já não pode se sustentar nas bases antigas.

No que diz respeito às finalidades do presente estudo, o que é preciso notar é que no tempo em que Kant escreve a sua Doutrina do Direito, as formas do direito romano já tinham penetrado e já tinham sido absorvidas na vida prática dos juristas alemães, especialmente no campo do direito privado. Por outro lado, do ponto de vista teórico, a partir do século XVII a ordem jurídica como um conjunto carece de fundamentação no que diz respeito à sua vigência e isso suscita uma crescente proposição de teorias da constituição e naturalismos jurídicos.

1.8. Nascimento do Direito Público Moderno e Lei

Paralelo à retomada dos estudos de direito romano pelos juristas durante a Baixa Idade Média ocorre o desenvolvimento de um grupo de conceitos num universo de referências um pouco diferente do mundo desses juristas ou legistas²⁶. Se é certo, de um lado, que os estudos dos juristas das universidades compreendiam também o estudo de algum direito público romano (WIEACKER, 2004, p. 141), de outro lado, o desenvolvimento dos conceitos que resultarão na construção do direito público na modernidade tem origem diferente.

Ainda que a igreja representasse a esfera pública durante a Idade Média, isso não impediu o secretário Maquiavel – que estudou as *Institutas* e o *Digesto* – de usar no seu *Príncipe* pela primeira vez a palavra *stato* “num registro que, rejeitando todo o ideal contemplativo, situa o conceito, de uma só vez, na antípoda do idealismo antigo, do cristianismo, do estoicismo e, de maneira mais geral, de todo moralismo” (GOYARD-FABRE, 1997, p. 15). Talvez seja exagero dizer que as

²⁶ Não abordaremos aqui o constitucionalismo inglês, cuja influência é certa na formação do direito público moderno (cf. LOSANO, 2007, p. 74 e seguintes), porque isso tornaria o nosso estudo demasiadamente complexo e, ademais, nos desviaria do eixo dos sistemas romano-germânicos para incluir a família do *Common Law*.

ordens deste príncipe de Maquiavel já “formam uma estrutura jurídica” como afirma Simone Goyard-Fabre, (1997, p. 51), mas é inegável a novidade deste conceito laico de Estado fundado numa política “pura”.

Depois, Jean Bodin, que também estudou direito romano (GOYARD-FABRE, 1997, p.98), nos *Seis Livros da República* desenvolve uma teoria da soberania (a partir da ideia romana de *imperium*) cujo conceito a caracteriza pela primeira vez como um poder essencialmente legislativo: “[...] temos aqui uma ruptura decisiva com os argumentos anteriores dos legistas, os quais tendiam a considerar o governante essencialmente juiz” (SKINNER, 1996, p. 560). Mesmo que não se possa dizer que os *Six Livres* sejam um “tratado de direito público” como consta no verbete de “Jean Bodin” da *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, temos agora, além de um “estado” leigo, um soberano *legislador*.

Com Hobbes o estado soberano forma-se através de um pacto, isto é, forma-se já a partir de uma *figura jurídica*. Mas uma vez parido o monstro, “a ilimitada submissão dos indivíduos ao poder público, que é objecto do contrato social, permanece como vínculo indissolúvel, independente da maneira como aquele poder público manifestar posteriormente a sua actividade” (DEL VECCHIO, 1972 a, p. 119). Assim, apesar deste Estado formar-se a partir de um categoria jurídica, o poder soberano não conhece depois de formado quaisquer figuras jurídicas que o limitem. Ora, no *Espírito das Leis* Montesquieu chamará *direito político* justamente às leis “nas relações entre os que governam e os que são governados” (2005, p. 41).

Robert Derathé, ao apresentar o *Contrato Social* de J-J. Rousseau, afirma que o subtítulo da obra – *Principes du droit politique* – talvez seja mais importante do que o próprio título (*in* ROUSSEAU, 2008, p. 44). No que se quer aqui destacar, certamente isso é verdade. Pois com o *Contrato Social*, além de formar-se a partir da figura jurídica do contrato, o Estado exercerá seu poder através de leis. A lei torna-se o conceito central desse *droit politique*. O Estado, esta grande força leiga forma-se, mantém-se e atua através de conceitos e categorias jurídicas. Que Rousseau tenha mudado o subtítulo do Contrato Social de *Essai sur la forme de la*

République para *Principes du droit politique* mostra não uma hesitação de estilo, mas a progressiva determinação do conceito²⁷.

Mas, ainda no subtítulo do *Contrato Social*, Rousseau nos dá outra pista sobre o caráter do direito público e a natureza da obra e de sua atividade de filósofo político: trata-se aí apenas de *princípios* do direito político²⁸. Rousseau não está escrevendo uma obra com base no direito positivo de Estado algum, tampouco sua obra está criando ou constituindo direito político. Rousseau parece estar bem consciente da diferença metodológica imposta por esse novo direito que está surgindo em seu livro: este direito público tem de expressar-se em leis de caráter geral, não em escritos de juristas ou doutrinadores. O filósofo só pode descrever os princípios, aliás, nem tanto desse direito público que será criado pelas leis, mas de todo esse processo de ter um direito público que expressa-se em leis.

O século XVIII é o século em que realmente começa a desenvolver-se aquilo que hoje chamamos de direito público, mas esse direito público não se origina do exame do direito positivo de um Estado concreto, nem é obra de juristas ligados à prática judiciária; ele é, antes, em suas categorias e conceitos centrais, obra de filósofos. Assim, não se trata tanto de um *direito* que passa a tomar uma forma pública, ou de um direito público que começa a transformar-se num outro direito público, moderno agora, mas a partir do que se pode ver pelo percurso da filosofia política²⁹, trata-se da ideia de um poder público que quer dar-se formas jurídicas. O direito público é um público feito com categorias jurídicas.³⁰

²⁷ Houve, em realidade, outros tantos títulos e subtítulos intermediários, cf. Derathé (in ROUSSEAU, 2008, p. 405).

²⁸ Derathé em *Jean-Jacques Rousseau e a Ciência Política de seu Tempo* (2009, p. 569 e seguintes) procura mostrar que a expressão “droit politique”, em Rousseau, é mais ampla que “droit public”. O direito político seria a parte natural do direito público, seus princípios; o direito público seria o correlato positivo do direito político. Não obstante a autoridade de Derathé e o fato de que Rousseau realmente distingue o direito público positivo dos *princípios* do direito público, é pouco convincente que Rousseau, no *Contrato Social*, tenha usado as expressões “direito político” e “direito público” sistematicamente para um e outro conceito. Para o presente trabalho, é necessário apenas fazer a distinção entre o direito público positivo e os seus respectivos princípios, até mesmo porque o mais comum na língua francesa é usar as expressões “direito político” e “direito público” como sinônimos (GOYARD-FABRE, 1997, p. 1).

²⁹ Poderíamos sintetizar esse percurso no seguinte esquema: (1) estado leigo (2) que é soberano e (3) fundado em uma figura jurídica (4) mas que reconhece limites jurídicos para si (5) através de leis. Não é evidentemente o propósito aqui esboçar uma história do Estado, nem tampouco do uso do termo “estado”, apenas captar o aspecto “público” que aos poucos vai se concretizando. Tem-se aqui plena consciência do caráter precário duma síntese desse tipo.

Não é que não existisse ainda aquilo que em algum sentido podemos chamar de “direito público”. Também não é o caso de ignorar que Rousseau e tantos outros teóricos do direito público eram essencialmente isso, teóricos, escritores, pensadores, não legisladores. Porém como representantes em geral daquilo que se chama jusnaturalismo têm também a pretensão de expor princípios “imutáveis”, “racionais” e de certa forma “válidos”. O século XVIII é ademais um século em que os planos do pensamento, das ideias políticas e o mundo do fazer efetivamente tocam-se – somente às vezes através de revoluções. Kant escreve seu trabalho sobre o direito num século em que se está inventando o direito público - às vezes com as figuras do direito privado. É, em realidade, o século da luta pelo direito público.

A ênfase na lei se refletirá de forma muito concreta nos sistemas romano-germânicos a partir do fim do século XVIII. Pois efetivamente no final do século XVIII e início do século XIX a lei torna-se a fonte quase exclusiva do direito nesses sistemas (GILISSEN, 2003, p. 417). A lei, além de corresponder a exigências racionais da época, é, em realidade, o único instrumento capaz de unificar regiões diferentes ao eliminar costumes e práticas judiciárias locais, consideradas agora como atrasadas. Este “período legislativo” (DAVID, 1993, p. 51) dos sistemas

³⁰ M. Foucault, na aula de 17 de janeiro de 1979 (FOUCAULT, 2008, p. 52 e ss) chamou de “via rousseauiana” (p. 54) à proposta de pôr limites *jurídicos* ao exercício do poder soberano. O problema fundamental do direito público no século XVIII seria então não fundar a soberania - como no século XVII - mas pôr limites ao poder público (p. 53). É preciso porém não perder de vista a diferença entre o *droit politique*, cujos princípios são propostos por Rousseau, e aquilo que os monarcas do século XVIII faziam ou ordenavam. Esse direito positivo dos monarcas dificilmente seria considerado objeto de estudo por Rousseau. Na realidade, Rousseau reprovava a Montesquieu, por exemplo, justamente não ter tratado dos *princípios* do *droit politique*, prendendo-se ao direito positivo dos governos estabelecidos; em relação a isso, acrescentava ainda que “nada no mundo era mais diferente do que esses dois estudos” (cf. DERATHÉ, *in* ROUSSEAU, 2008, p. 44). A monarquia que no Contrato Social figura entre as formas legítimas de governo é uma monarquia subordinada à soberania popular; uma monarquia na qual o rei não detém soberania. Não se trata, pois, de uma monarquia “de verdade” (cf. DERATHÉ, *in* ROUSSEAU, 2008, p. 46). De resto, no capítulo VI do Livro III do *Contrat Social* o que se tem é uma série de argumentos mostrando a inadequação da monarquia em relação aos princípios que Rousseau defende e sobretudo seu caráter radicalmente contrário a tudo que é *público* (ROUSSEAU, 2008, p. 230-235). Por isso a tese de Foucault tem de sofrer moderação sob um aspecto estritamente jurídico: o direito positivo do século XVIII ou anterior não era público no mesmo sentido que o direito público moderno e esse direito público moderno ainda estava a ser criado, e de fato só estará em plena elaboração já depois, no século XIX. A tese de Foucault parece equiparar o direito positivo dos regimes monárquicos comentado pelos legistas da época com o direito público teorizado pelos jusnaturalistas. No entanto, não se tem um direito público *positivo* capaz de limitar o poder político antes de ter um poder político que, em primeiro lugar, seja genuinamente *público* (o que exclui a monarquia) e em segundo lugar que se deixe não tanto limitar (coisa que um monarca jamais se sentiria obrigado a fazer), mas *formar-se* por esse direito público. É preciso entender que não existe um *público* em sentido próprio antes de existir um determinado modelo de Estado e de direito.

romano-germânicos, sob o qual se vive até hoje, e que decorre em grande parte da filosofia política e das proposições da escola do direito natural produzirá já no início do século XIX, de um lado, o advento das grandes codificações do direito privado (a começar com o *Code Napoléon*, de 1804); mas também de outro lado uma série de *Constituições* (GILISSEN, 2003, p. 417), que são, afinal, nada mais que “leis especiais”.

1.9. Epílogo

A partir do século XIX, a sorte da divisão do direito privado-direito público é bem fácil de esboçar. Do ponto de vista prático basta dizer que ela está definitivamente instalada nos sistemas da família romano-germânica servindo de ferramenta e constante referência para a interpretação do direito positivo. Mas ao mesmo tempo seu valor será constantemente colocado em questão entre teóricos e filósofos.

Talvez seja correto dizer que Hegel “apagou” a divisão direito privado/direito público de seus escritos sobre o direito, especialmente dos *Princípios de Filosofia do Direito*, o que seria denunciado, aparentemente, pela forma ternária de sua divisão da matéria (e do conceito). A aplicação da dualidade privado-público sobre as divisões hegelianas tende a criar enormes problemas, pois se por um lado pode servir de fundamento da negação do contratualismo político dizer que o público não pode estar condicionado ao privado, por outro lado, tal ideia terminaria sabotando a o Estado hegeliano que teria de se ver justamente dependente de uma categoria de direito privado, o direito das sucessões.³¹ No entanto, de um ponto de vista *externo*, toda a filosofia do direito de Hegel pode ser colocada dentro do mesmo quadro geral

³¹ Norberto Bobbio no ensaio *Direito Privado e Direito Público em Hegel* (1991) acredita que a divisão pode servir como chave de leitura do direito hegeliano, mas, mesmo assim, reconhece as dificuldades.

do final do século XVIII e início do século XIX, onde a verdadeira tarefa é fundar o direito público, eis que o direito privado não pede fundamentação, nem corre perigo.

Um ataque mais claro à divisão será empreendido pelo direito socialista. Embora inicialmente de matriz romana, “a originalidade do direito soviético manifesta-se, por outro lado, na rejeição pela doutrina soviética da *summa divisio* da família romano-germânica” (DAVID, 1993, p. 263). A tese do desaparecimento, no longo prazo, do Estado e, assim, de todo o direito é, em primeiro lugar e imediatamente, o desaparecimento das formas do direito privado³². Apesar de ter Lênin proclamado a morte do direito privado em relação à economia, os juristas soviéticos jamais conseguiram livrar-se totalmente de certos conceitos e noções elementares do direito burguês (DAVID, 1993, p. 264). A distinção aqui encontrou um uso deliberadamente ideológico, ainda que não de forma explícita.

Por fim, no século XX, ao mesmo tempo em que a divisão é largamente empregada pela doutrina jurídica, tem-se o famoso ataque de Kelsen, do qual a prática, aliás, não faz o menor caso, e com que voltamos ao ponto de partida da Introdução *retro*.

³² A série de ensaios de Christine Sypnowich, em seu *The Concept of Socialist Law* (1990), teria se beneficiado bastante do uso da distinção entre direito privado e direito público em relação aos textos socialistas. O quase total desconhecimento dessa divisão e suas implicações sistemáticas é uma notável desvantagem do povo anglofalante na análise de textos que envolvem o direito das famílias romano-germânicas.

De um ponto de vista mais concreto, sabe-se que a experiência soviética criou um sistema legal muito extenso, especialmente no ramo penal; e, sob outro aspecto, é preciso lembrar que nos modelos de direito socialistas, o direito de revolução permaneceria ainda como um “direito” de certa forma fundamental (FRIEDRICH, 1963, p. 148 – 150), mormente a incompatibilidade desse modelo com uma “lei natural” em geral (SYPNOWITCH, 1990, p. 29-32).

2. DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO NA DOCTRINA DE KANT

Introdução

Como já observado, a obra *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito* de Kant divide-se em três grandes partes - uma *Introdução*, um “Direito Privado” e um “Direito Público”. Tal divisão, enquanto divisão do texto, é de fácil constatação, basta que se examine o índice de alguma das edições. Mas a divisão direito privado/direito público para Kant não é uma divisão apenas do texto; é uma divisão sistemática, como se pode ver já pelo esquema que consta no *Prefácio à Doutrina do Direito na Metafísica dos Costumes* (KANT, 2003, p. 56). Em realidade, na *Introdução à Doutrina do Direito*, Kant não hesita em dizer que essa é mesmo a divisão suprema (oberste Einteilung) de seu direito natural: “a divisão superior do direito natural não pode ser a divisão (por vezes feita) em direito *natural* e direito *social*; em lugar disso,

tem que ser a divisão em *direito natural* e *direito civil*, o primeiro sendo chamado de *direito privado* e o segundo, de *direito público*” (KANT, 2003, p. 88).

Mas qual o critério usado por Kant para determinar a divisão superior do sistema? Assim como a teoria moderna do direito tem dificuldade de estabelecer o critério dessa dualidade, também o texto de Kant não entrega uma resposta com facilidade. Uma eventual solução kantiana, que poderia valer como solução também para a teoria do direito, não é de fácil identificação; ao contrário, exige algum esforço de interpretação e compreensão. Sob este ponto de vista, e levando em consideração o que foi dito na Introdução geral deste trabalho, esta segunda parte trata, de certa forma, de um problema dentro de um problema: o problema dos juristas em geral de distinguir direito privado de direito público passa a ser aqui o problema de saber como Kant distinguiu direito privado e direito público.

Abstraindo disso, a primeira e mais importante coisa que se tem de saber a respeito deste tema é que não há bibliografia sobre ele. No que diz respeito aos filósofos que se interessaram pelo direito kantiano, a negligência da “divisão suprema” se explica pelo fato de ser possível expor as principais articulações conceituais da obra sem referência a ela; e também, é claro, porque para muitos interessa mais a própria relação entre o direito e o corpus da filosofia prática do que qualquer conexão interna do sistema do direito. Por outro lado, a atração material exercida por certos temas do direito privado e do direito público – propriedade, posse, constituição, governo, direito de punir – muitas vezes desvia o olhar da divisão maior em que tais temas se inserem. Boa ilustração disso é o fato de recente coletânea de trabalhos sobre a Doutrina do Direito estar ela mesma particionada em direito privado e direito público, não obstante a própria divisão não ser tematizada (trata-se da obra Kant e o Direito, organizada por Alexandre Travessoni). Adela Cortina Orts (1994) em seu *Estudio Preliminar* que precede a tradução espanhola da *Metafísica dos Costumes* examina várias figuras do direito privado e não deixa de consignar a originalidade do direito público da *Rechtslehre*, mas também nada diz sobre a própria divisão. Os exemplos de tal omissão poderiam se multiplicar, até mesmo porque uma grande parte da recente literatura sobre a Doutrina do Direito é escrita em língua inglesa e, como já foi visto na primeira parte deste trabalho, a divisão do direito em privado e público é quase totalmente estranha aos sistemas de

fora do eixo romano-germânico. Bem por isso, a presente dissertação não tem propriamente uma “revisão bibliográfica”.

Mas também não é a intenção aqui preencher uma lacuna da literatura kantiana. Primeiro, porque o trabalho não está comprometido com a filosofia kantiana como a entendem os kantianos; seu compromisso e seu interesse, aliás, é muito mais pelos conceitos jurídicos do que por alguma escola filosófica em particular. Segundo e mais importante: não está na capacidade e nem sequer na ambição do autor deste trabalho preencher lacunas da literatura filosófica. Se aqui se conseguir pequenos avanços e aproximações na direção do entendimento correto dos conceitos *jurídicos* de direito privado e de direito público já se terá ganhado muito.

Quanto ao que foi visto no Capítulo 1, é oportuno esclarecer que, de outro lado, pode parecer bem antikantiano fazer preceder a abordagem de uma divisão da Doutrina do Direito por uma investigação histórica dessa mesma divisão. Pois, com efeito, a primeira regra do jogo da filosofia kantiana e que vale especialmente para o direito é justamente a regra da explicação puramente racional: tentar entender o direito kantiano a partir de uma perspectiva predominantemente histórica seria, ou não levar Kant muito a sério, ou, no mínimo, um desvio de abordagem. Não seria em qualquer caso um jeito eficiente de tentar entender a Doutrina do Direito *em sua especificidade*.

Por isso, antes de cruzar a fronteira para o direito kantiano, é importante que fique claro que a investigação histórica empreendida na primeira parte deste trabalho não quer representar um princípio de explicação ou de interpretação do direito de Kant. Ela nos mostra elementos e funciona mais como um cenário em cujo primeiro plano se insere o objeto deste estudo, a Doutrina do Direito. É evidente que o próprio Kant, com sua filosofia e tudo o mais que o cercava, é um evento histórico e, como tal, sujeito às contingências e necessidades que se revelam quando se quer enxergar as coisas através da lente da sucessão temporal. Mas é preciso conceder as regras básicas dessa filosofia – não para agradar os kantianos – mas para poder conhecer com honestidade o modelo de direito que naquelas bases pode ser construído.

No mais, vale apenas lembrar o já exposto na Introdução deste trabalho. A perspectiva desta pesquisa é dupla: sua intenção é promover o tráfico entre a filosofia e a ciência do direito. Também vale advertir que infelizmente não houve tempo e energia para a exposição, ainda que em linhas gerais, do sistema do direito de Kant. O presente texto pura e simplesmente pressupõe que seu eventual leitor tenha pelo menos *uma* leitura completa e sistemática da obra.

Nos capítulos seguintes apresenta-se duas opiniões sobre a divisão direito privado e direito público na Doutrina do Direito (Capítulo 2.1). Uma delas afirma que Kant, ao introduzir a divisão em sua doutrina, não estava fazendo mais do que seguir a tradição jusnaturalista de sua época; a outra opinião procura o critério usado por Kant para traçar a divisão, exigindo de Kant, ademais, uma definição a priori do critério. O Capítulo 2.2 leva a sério a primeira opinião e investiga a estrutura de alguns modelos jusnaturalistas que figuram em obras citadas por Kant, a fim de verificar até que ponto estava ele seguindo outros autores; descobre, no entanto, que o uso que Kant faz da divisão privado/público é bastante diferente do uso feito por outros autores, possíveis fontes suas. A primeira opinião resta assim descartada. O Capítulo 2.3 segue a segunda pista, examinando a opinião de Norberto Bobbio e mostra que a interpretação dele não é convincente e que tende a criar um problema insolúvel dentro do modelo kantiano. O Capítulo 2.4 se aproveita do problema da interpretação de Bobbio para avançar na investigação e estabelecer que para Kant a divisão direito privado/direito público não constitui uma *dicotomia*. Tal constatação, porém, impõe uma mudança metodológica, que consta no Capítulo 2.5: antes de tentar entender as *relações* entre o direito privado e o direito público, sejam ou não de natureza dicotômica, é preciso localizar e compreender a especificidade de cada um desses direitos. Nesse espírito, o Capítulo 2.6 localiza definições de direito privado e direito público na Doutrina do Direito. O Capítulo 2.7 apresenta uma interpretação da Doutrina do Direito como um todo, a partir da qual as definições localizadas no Capítulo 2.6 poderão ser desenvolvidas como a especificidade do direito privado e a especificidade do direito público nos Capítulos 2.8 e 2.9, respectivamente. Por fim, o Capítulo 2.10, traça as relações entre o direito privado e do direito público, preparando a conclusão do trabalho.

2.1. Trivialidade, Tradição Jusnaturalista e A Priori

Um obstáculo inicial à investigação da divisão em direito privado e direito público, é que, do ponto de vista da matéria, ela está tão introjetada no modo de pensar daqueles que vivem sob os sistemas jurídicos romano-germânicos que chega mesmo a induzir uma aparente trivialidade e passa muitas vezes por divisão “transparente”; e talvez por isso tal divisão na Doutrina do Direito não chame muito a atenção de comentadores³³ e a tendência é que ela seja vista mais como o reflexo da simples adoção (neste caso, um tanto acrítica) de uma tradição de juristas ou filósofos do jusnaturalismo do que como um passo filosoficamente relevante dentro do desenvolvimento da *Rechtslehre*; afinal, nada mais natural do que dividir “todo o direito” em privado e público. De alguma forma, a trivialidade dessa divisão transita clandestinamente do mundo dos juristas para a filosofia de Kant.

Ora, é preciso pôr sob suspeita essa aparente trivialidade; e, uma vez posta sob suspeita a trivialidade da divisão, ou melhor, de sua ocorrência no texto de Kant, temos, de início, duas pistas na investigação de seu critério. A primeira ressalta o caráter histórico da divisão e sugere que Kant simplesmente apropriou-se de uma distinção tradicional, o que equivale a, de certa forma, neutralizar a importância da divisão, tornando-a, novamente, trivial. A segunda pista chama atenção para a necessidade de que o eventual critério de Kant seja dado de acordo com os princípios de sua filosofia. A primeira tese aponta para fora da filosofia kantiana, a segunda para dentro.

Simone Goyard-Fabre reconhece que “no seio deste dualismo categorial absolutamente clássico, a originalidade de Kant é, filosoficamente, das mais importantes” (GOYARD-FABRE, 2004, p. 89-90) porque o direito privado é por ele considerado o direito que o homem tem no estado de natureza. Mas, embora aponte essa importância da divisão para a filosofia jurídica crítica, a autora francesa acredita que Kant *adota* o dualismo privado/público prestigiando o direito romano e seguindo

³³ Como já mencionado, é notória a carência de bibliografia sobre a divisão suprema do direito kantiano.

a tendência dos juristas dos séculos XVII e XVIII (GOYARD-FABRE, 2004, p. 86-87). Afinal, nos séculos XVII e XVIII, “de Suarez a Grotius, de Pufendorf a Domat, de Pothier a Achenwald..., é de regra o recurso à distinção dos dois grandes domínios do direito” (GOYARD-FABRE, 2004, p. 87). Em suma, ainda que empregada de modo algo diverso, tratar-se-ia de uma divisão tomada da tradição.

Ora, na medida em que reenvia a questão de dentro da filosofia kantiana para uma tradição histórica, a única “vantagem” dessa posição é que evita a necessidade de explicar a divisão *nos termos da filosofia kantiana*. No entanto, para aquele que está justamente buscando a explicação kantiana da divisão, evitar a busca da explicação kantiana da divisão é um inequívoco contra-senso. De qualquer forma, esta posição tem de ser levada a sério no sentido de que talvez, afinal, Kant possa ter sido pouco kantiano ou pouco crítico ao escrever sua obra sobre o direito (o que, de fato, parece ser a opinião de alguns comentadores).

Dentre os poucos autores que se preocuparam com a presença da divisão na *Rechtslehre* de Kant está também Norberto Bobbio que a ela dedicou uma considerável atenção na obra *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant* (1985, p. 83-90). A nosso ver, é justo o que Bobbio exige de Kant:

“Kant, como já se falou, elabora não uma doutrina empírica do direito, mas uma doutrina metafísica, ou seja, uma doutrina racional do direito. Também a distinção entre direito privado e direito público não pode ser para ele uma distinção empírica, mas deve estar fundamentada racionalmente.”
(BOBBIO, 1985, p. 84)

Um argumento (que Bobbio não dá) para sustentar essa exigência é facilmente montado a partir do texto da Doutrina do Direito. Para Kant, o direito como doutrina (*Lehre*) ou é direito natural (*Naturrecht*) e se baseia apenas em princípios a priori, ou é doutrina do direito positivo (*positive, statutarisches Recht*) o qual procede da vontade de um legislador (KANT, 2003, p. 83, “B”; assim como o §A da *Introdução à Doutrina do Direito*, 2003, p. 75). Ora, não é difícil inferir qual dos dois tipos de doutrinas está Kant fazendo quando escreve a sua *Rechtslehre*. Se a divisão entre direito privado e direito público é uma parte de uma Doutrina *a priori*,

ela também deve ser *a priori*. E isto, vale frisar, é uma exigência da própria *Rechtslehre* e não uma demanda *externa* por coerência. Em todo caso é oportuno sempre dar a maior importância a esta característica de a Doutrina do Direito enxergar a si mesma: a distinção entre direito positivo (e sua respectiva ciência) e direito natural acontece aqui *no terreno do direito natural* cuja ciência não é algo distinto de seu objeto, mas é, por assim dizer, a própria coisa. Mesmo a distinção entre uma ciência *a priori* e outra ciência positiva do direito é uma distinção *a priori* e faz parte de uma doutrina *a priori* do direito.

De acordo com essas posições, temos de um lado a incontornável exigência da caracterização *a priori* da dualidade, mas de outro lado temos o dado histórico, que não serve de explicação dentro do modelo kantiano, mas que não pode de qualquer forma ser ignorado: como bem o mostrou a primeira parte deste trabalho, Kant não inventou essa dualidade.

Nosso propósito aqui não é propriamente saber como Kant se relacionou com uma tradição jurídica milenar, nem muito menos descobrir o problema mais geral do relacionamento da filosofia crítica com a história. Nosso objetivo é entender como o filósofo construiu o próprio sistema, sob a ótica de suas próprias exigências internas, ainda que para tanto tenhamos de nos valer de dados históricos. Por isso, é preciso neutralizar a suposta trivialidade da presença da divisão na Doutrina do Direito: é verdade que a divisão acompanha a formação dos sistemas romano-germânicos até mesmo porque essa divisão consta no próprio *Corpus Iuris Civilis* (como, aliás, ficou bem claro na primeira parte deste trabalho); e é verdade que jusnaturalistas eventualmente dela se serviram durante o Século das Luzes. Mas, ao que tudo indica, mesmo um exame bastante externo da doutrina de Kant em comparação com seus parceiros de jusnaturalismo ou de século revela uma notável diferença no tratamento e aplicação da divisão.

2.2. Estruturas Jusnaturalistas

As próximas seções abordam obras de alguns dos principais jusnaturalistas, especialmente aqueles citados por Kant em suas obras jurídico-políticas; nestas seções procura-se localizar e especificar as divisões principais dos sistemas, revelando seus contornos. O exame não é, evidentemente, exaustivo: nem apanha todos os autores que possam ter influenciado Kant, nem examina todas as obras daqueles autores que aborda. O objetivo principal é apenas afastar o suposto caráter trivial da divisão na Doutrina do Direito, mostrando que Kant não está simplesmente seguindo o que fizeram outros jusnaturalistas.

2.2.1. Grotius e as determinações do *Ius*

Começemos por Grotius, “o pai dos modernos”, “o Descartes do direito”, “o legislador da Europa moderna” (VILLEY, 2009, p. 631). Para entendermos as divisões do direito na doutrina de Grotius é preciso digredir de forma um pouco extensa, examinando certas construções conceituais. No seu *Iure Belli ac Pacis*³⁴ (1625) as principais divisões do *Ius* são dadas já nos Prolegômenos em meio a uma disputa sobre a “realidade do direito” com o cético Carnéades e, posteriormente, aprofundadas no capítulo I do Primeiro Livro. A discussão com o cético é indiferente para os nossos objetivos, mas, evidentemente, interessa a Grotius demonstrar a realidade do direito. Ele fará isso justamente enunciando seu tão famoso *princípio da*

³⁴ A edição base utilizada aqui é a seguinte: GROTIUS, Hugo. *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, tradução de P. Pradier-Fodéré, editado por Denis Alland e Simone Goyard-Fabre. Paris: PUF (Quadrige), 2005. A citação no corpo do texto se refere sempre a essa edição e será feita de acordo com o padrão tradicional: “Prol.” para os Prolegômenos ou número do Livro, seguido de capítulo, parágrafo e eventualmente a subdivisão do parágrafo. Sobre as edições do *Iure Belli ac Pacis*, cumpre notar que a tradução francesa de Barbeyrac, conquanto seja a mais difundida, inclusive servindo de base a outras traduções, é, segundo alguns especialistas, “la plus fallacieuse de toutes” (cf. a apresentação de Denis Alland à edição supracitada). E, com efeito, embora as notas de Barbeyrac tenham um valor inestimável, que por si valeriam uma edição, sua tradução padece de uma *ostensiva* interpretação, sobretudo quando se trata de traduzir o latino *Ius*. No mais, a supramencionada edição base será cotejada com as traduções de De Courtain (Haia: Freres van Dole, 1703), John Morrice (Indianapolis: Liberty Fund, 2005), que segue Barbeyrac, e do próprio Barbeyrac (Lyon: Jean-Marie Bruyset, 1768).

sociabilidade. O homem é, de fato, um animal, mas um animal diferente dos outros, superior a eles (Prol. §VI) e isto é o que testemunham diversos fatos, entre os quais a necessidade de reunir-se numa associação pacífica adequada à sua característica racional. Embora os animais também se reúnam em bandos, os homens possuem para a vida social um instrumento particular que os distingue: a linguagem (Prol. §VII). Além disso, o homem é dotado da faculdade “de conhecer e de agir” de acordo com princípios gerais, o que é da essência da sua natureza. O homem tem assim um “pendor dominante” para a vida social que está ligado à sua racionalidade e não à perseguição do próprio interesse, como os outros animais. Daqui surge uma primeira determinação do direito (*ius*), pois o cuidado da vida social (*societatis custodia*),

“é a fonte do direito propriamente dito, ao qual se relacionam o dever de se abster dos bens alheios, o de restituir aquilo que sem nos pertencer está em nossa posse ou mesmo o proveito que dessa posse tenhamos obtido, a obrigação de cumprir as promessas, a de reparar o dano causado por culpa, e a distribuição dos castigos entre os homens.” (Prol. §VIII) ³⁵

Esta determinação podemos chamar de “*ius em sentido próprio*”³⁶ e é importante notar que ela se dá em relação à fonte, que é a necessidade de viver em sociedade (isto é, trata-se de intersubjetividade e exterioridade) e que este *direito (ius)* está ligado a uma série de *deveres*.

A partir desse direito em sentido próprio é desenvolvida uma segunda determinação do *ius* (Prol. §IX). Além do *appetitus societatis* o homem possui ainda outra característica que o distingue do resto dos animais. Ele possui um juízo³⁷

³⁵ Barbeyrac faz constar aí “est la source du *Droit Naturel* proprement ainsi nommé”, mas nas versões latinas consta apenas “fons est eius iuris quod proprie tali nomine appellatur”. Embora pouco mais adiante fique claro que se trata aqui do direito natural, não é isso o que consta no texto. Já a versão inglesa de Morrice traduz esse *iuris* por Right, não por “law”.

³⁶ A exemplo dos títulos de parágrafos da versão inglesa, que seguem, por sua vez, as da edição latina de Johannes Bauen (Amsterdam 1648 em diante). A edição latina original, porém, (Nicolaum Buon, Paris, 1625) não tem nem títulos e nem numeração de parágrafos nos Prolegômenos.

³⁷ Barbeyrac exagera um pouco: “un Jugement Droit & Sain”.

(*judicium*) que o faz avaliar as coisas tanto presentes quanto futuras enquanto capazes de ser agradáveis ou nocivas, bem como reconhecer aquilo que a elas pode conduzir. Assim, compreende-se que o homem na perseguição dessas coisas oriente-se por um “são juízo”, sem se deixar corromper nem pelas seduções das alegrias presentes, nem pelo medo do futuro. Aqui e em relação a esse juízo, Grotius apresenta uma determinação negativa do *ius* (Prol. §IX): “o que está em oposição a um tal juízo deve ser considerado igualmente contrário ao direito da natureza, isto é, da natureza humana”. No §X (Prol.), Grotius introduz uma terceira determinação do direito, ainda relacionada à natureza do homem mencionada no §IX (Prol.), isto é, ao seu juízo, e que diz respeito a uma “sábria economia na distribuição gratuita das coisas que são próprias a cada homem ou sociedade”. Não é fácil compreender esse direito, pois a enumeração oferecida por Grotius, que é exemplificativa e não exaustiva, aponta às vezes para o que seria uma justiça distributiva, pública, às vezes para aspectos de mérito privado. Mas não é preciso decidir a natureza dessa *sage économie*, cumpre apenas sublinhar sua diferença em relação ao direito em sentido estrito: este último consiste em deixar aos outros aquilo que já lhes pertence, já a *sage économie* refere uma distribuição gratuita (dar a alguém algo que ainda não lhe pertence)³⁸.

Estas três determinações do *ius* são famosíssimas por serem aquelas que existiriam (Prol. § XI)

“mesmo quando concordássemos – o que não poderia ser concedido sem um grande crime – que não existe Deus ou que os assuntos humanos não são objeto de seus cuidados.”

No §XII dos Prolegômenos, Grotius insere outra fonte do *ius*, “diferente daquela que emana da natureza”: a “livre vontade de Deus”. Além de introduzir mais um gênero do direito, este parágrafo traz vários esclarecimentos sobre a estrutura

³⁸ Barbeyrac dedica bastante atenção a este problema, oferecendo uma interpretação contra De Courtain na nota nº 7 ao §X. Por enquanto cabe apenas observar, que, ao lado da distinção “cada um o que já é seu” e “distribuição gratuita”, há paralela uma distinção ativa\passiva fazer\deixar de fazer algo. Não fazer o mal / fazer o bem.

do sistema em que se move Grotius. Pela primeira vez torna-se claro que as três determinações do direito que vinham até aqui sendo tratadas (Prol. §§VIII a X) são aquilo que Grotius chama de direito natural (*jus naturale*)³⁹.

Grotius mostra ainda outro tipo de *ius* argumentando que, se é de direito natural (*cum ius naturae*) ser fiel aos compromissos (*sit stare pactis*), é necessário que existam entre os homens meios de se obrigarem entre si (Prol. §XV; na tradução de Barbeyrac, Prol. §XVI). Assim, o direito civil (*iura civile*) é “uma extensão do direito natural” (Barbeyrac). Mas, não obstante decorra do direito natural, o fundamento do direito civil é outro, contratual.⁴⁰

Prosseguindo na refutação do céptico Carnéades (Prol. §XVI), Grotius considera que, ainda que a utilidade própria seja o objetivo dos diversos direitos⁴¹ dos diversos Estados, isso não impede que tenha nascido um direito em virtude do consentimento, seja entre todos, seja entre a maioria desses Estados. O nome dessa espécie é *direito das gentes* (*ius gentium*) e não se confunde com o direito natural (Prol. § XVII). Assim, até mesmo porque Carnéades em sua dúvida céptica não concebeu algo como o *Ius Gentium*, contra ele Grotius poderá muito bem sustentar a possibilidade de um direito comum a todos ou à maioria dos povos: tal direito pode ser criado voluntariamente, por consentimento.

No § XVII dos *Prolegomena*, Grotius fechará a sua longa refutação do céptico, replicando a última tese de Carnéades, qual seja, a tese de que a justiça é a suprema loucura por que nos faz procurar o bem alheio à custa do benefício próprio. Não faz diferença para os nossos fins examinar o argumento a favor da Justiça, pois daí não surgirá mais nenhuma determinação do direito. Com o que vimos já é possível ter o esboço do sistema de acordo com os Prolegômenos:

³⁹ Mas essa disjunção entre Deus e a natureza como fontes do direito, sob certo aspecto é mais aparente do que real, pois de um lado a nossa própria razão nos prescreve a submissão incondicional à vontade divina e de outro lado o direito natural pode ser atribuído a Deus já que foi Deus que quis que o princípio da sociabilidade e o juízo inerente ao homem existissem em nós (Prol. §XII). Essa observação de Grotius parece indicar que a noção de *fonte* não pode ser confundida com a de *causa*.

⁴⁰ “Com efeito, aqueles que se encontram reunidos em alguma associação de indivíduos ou que se encontram submetidos, seja à dominação de um homem, seja de vários, prometeram, ou, de acordo com a natureza das coisas, deve-se presumir que contraíram o compromisso tácito de se conformarem àquilo que estabeleceu a maioria dos membros da associação ou aquilo que estabeleceram aqueles aos quais o poder foi delegado” (Prol. XV).

⁴¹ Pradier-Fodéré traduz “les lois”, Barbeyrac “Loix”; o latino, porém, fala em “iura”.

- [1] *Ius naturale* { (a) direito em sentido próprio e estrito (natureza como *sociabilidade* do homem, §VIII)
 (b) direito em sentido ampliado: { (i) natureza como *judicium* do homem, sentido negativo (§IX)
 (ii) natureza como *judicium* do homem, distribuição econômica (§X)

[2] *Direito divino* (§XII)

[3] *Direito civil* (§XV)

[4] *Direito das Gentes* (§XVII)

No Capítulo I do Livro I, Grotius apresentará mais algumas divisões do direito. Dentre as especificações trazidas pelo Capítulo I, duas podem ser aqui destacadas, justamente por terem um reflexo na estrutura do modelo. Primeiro, a contraposição entre *direito voluntário* e *direito natural* (I, I, IX) (que é muitas vezes apresentada já nos Prolegômenos de algumas versões do *Iure Belli* - o que certamente não está no texto, mas não é assim tão arbitrário porque ela completa o esquema esboçado nos Prolegômenos); de fato essa é a principal, ou pelo menos a mais ampla, divisão do modelo de Grotius. A outra especificação do *ius* feita no Capítulo I é o detalhamento da subdivisão do direito voluntário humano (I, I, XIV) em direito civil, direito mais extenso que o direito civil e direito menos extenso que o civil. O direito civil é o direito que deriva do poder civil; o poder civil é o poder que impera no Estado (*Civitas*). O direito mais extenso que o civil é o Direito das Gentes (*ius gentium*); o direito menos extenso que o civil “et qui ne découle pas de la puissance civile, quoiqu’il lui soit soumis, est de différentes sortes: il comprendre les ordres d’un père, ceux d’un maître, et autres semblables” (I, I, XIV/1). Levando em consideração tais especificações, a forma geral do sistema seria a seguinte:

- Ius naturale* { (a) direito em sentido próprio e estrito (natureza como *sociabilidade* do homem, Prol. §VIII) [1]
 (b) direito em sentido ampliado: { (i) natureza como *judicium* do homem, sentido negativo (Prol. §IX) [2]
 (ii) natureza como *judicium* do homem, distribuição econômica (Prol.§X) [3]

{ } }

[4] <i>Direito Divino</i> (Prol.§XII)	1. <i>universal</i>	<i>Divino</i> (a)	} <i>Direito Voluntário</i>
	ou 2. <i>particular</i>		
[5] Menos extenso que o civil (Prol.§XV; I, I, XIV)		} <i>Humano</i> (b)	
[6] <i>Direito Civil</i> (Prol.§XV; I, I, XIV)			
[7] <i>Mais extenso que o civil: Direito das Gentes</i> (Prol.§XVII; I, I, XIV)			

Como se vê, a divisão entre um direito privado e um direito público não existe no plano de Grotius e mesmo a divisão direito natural/direito positivo não corresponde exatamente à divisão natural/voluntário. Sob o ponto de vista da *matéria*, é possível encontrar o correspondente ao direito privado no desenvolvimento daquilo que Grotius chama de *direito como faculdade* (I, I, IV) e que constitui ainda uma outra especificação da palavra *ius* que não entra no esquema aqui delineado. Além disso, ao que tudo indica, nem mesmo este esquema é algo muito rígido já que a partir do capítulo II do Livro I Grotius passa a assimilar o *Direito das Gentes* (que deveria ser apenas uma parte do direito voluntário) ao direito natural, implodindo (aparentemente) o esquema geral por ele mesmo delineado.

Em realidade, o conceito que Grotius dividirá em privado e público, a partir do Capítulo III do Livro I, não será o do direito, mas o *da guerra*, que, no entanto não é sequer o contrário do de direito. A guerra de Grotius, porém, não é sequer o contrário do direito. Por outro lado, a organização dos livros e capítulos do *Iure Belli* mostra a pouca importância das divisões do *ius* na ordem da exposição. De qualquer forma, a divisão do direito em privado e público não se encontra como tal na principal obra de Grotius – nem no texto, nem no sistema.

2.2.2. Hobbes, Pufendorf e Achenwall

Nas principais obras de Hobbes é muito comum encontrar expressões como *private men* (por exemplo, no prefácio do *De Cive*), *private interest* em oposição a *common good* (*De Cive*, capítulo 5, §§4 e 5), *private reason*, *private person*, etc. No sumário que precede o capítulo 1 da Parte II dos *Elements of Law*, (1928, p. 107) Hobbes até mesmo usa a expressão “*a private right*”, porém num sentido certamente muito diferente daquele em que nós usamos a expressão direito privado. O capítulo XXII do *Leviathan* fala em “*Systemes subjects*” (associações ou sociedades) e as divide em *politicall* e *private*; no capítulo XXXI fala-se em culto público e culto privado; no XXXIII em autoridade pública e autoridade privada; no XXVII encontra-se “*private natural reasoning*”, “*private reason*”, “*private judgements*”, etc.

Em uma de suas obras menores Hobbes chegou bem perto da distinção entre um direito privado e um direito público. Nas *Questions Concerning Liberty, Necessity and Chance* ele admite a existência de causas (objetos de demanda) públicas e privadas, mas nega que exista uma justiça pública e outra privada (*Animadversiones Upon the Bishop’s Answer to My Opinion About Liberty and Necessity* no. XXV, item “h”; in HOBBS, 1839, vol. 5, p. 356).

Noutra de suas obras menores, o *Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, Hobbes menciona direta e claramente a divisão em meio a uma discussão sobre a distinção entre a capacidade natural e a capacidade política. O filósofo considera que, ainda quando o poder soberano não se encontra num colegiado (assembléia), mas numa única pessoa, os atos particulares do soberano podem ser distinguidos de seus comandos, ao que o estudante replica que a distinção procede porque, afinal, “*natural capacity and politic capacity signify no more than private and public right*” (HOBBS, 1839, vol. 6, p. 151-152).

Não obstante tal referência, a verdade é que a divisão do direito público e direito privado não ocupa uma posição sistemática de relevância em nenhuma das grandes obras de Hobbes; por exemplo, ela simplesmente não existe no *Leviathan*. Na realidade, se é certo que o *Leviathan* pode ser lido como um tratado sobre direito público, isto é, como uma obra que se coloca ao lado de outras como o *Contrato*

Social de Rousseau, também é certo que a grande divisão é totalmente estranha ao sistema jurídico inglês do *Common Law*⁴². Quem quiser ver a divisão privado público no *Leviathan* – e sempre será possível aplicar essa distinção às obras, inobstante as intenções de seus autores – terá de ver também uma notável atrofia do direito privado em relação ao direito público⁴³.

Algo semelhante poderia ser dito de Locke e mesmo de Hume: suas obras têm muitas referências a conceitos como interesses e fins privados e interesses e fins públicos, pessoa privada etc, mas em verdade, a divisão entre direito privado e direito público é ignorada⁴⁴.

Samuel Pufendorf, o primeiro professor de direito natural “e das gentes”, para o qual foi criada a cadeira respectiva na Universidade de Heidelberg em 1661, escreveu três obras de direito natural: *Elementa Jurisprudentiae Universalis* (1660), *De Iure Naturae et Gentium* (1672) e *De officio Hominis et Civis* (1673). A última, que é um epítome da segunda, foi certamente a mais difundida das três. De acordo com essa obra⁴⁵, a estrutura do direito é muito mais simples do que a apresentada por Grotius. Com Pufendorf tudo parte de uma teoria dos entes morais e da consideração do homem e de sua natureza, suas ações, sua condição no mundo, sobretudo no estado de natureza. No Prefácio do *De Officio* já se fica sabendo que os deveres do homem são conhecidos (1) pela luz da razão, (2) pelas leis e constituições dos diversos países e (3) pelas revelações (religiosas) (Pref. §I de acordo com a numeração de Barbeyrac, §IV da edição latina). Os deveres relacionados são deveres do homem enquanto ser sociável ou enquanto súdito deste ou daquele estado (*civitatis subjectus*) ou enquanto cristão. Daí nascem três

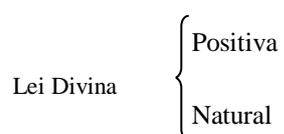
⁴² Talvez seja possível relacionar a distinção *Common Law*/Equity à distinção direito público direito privado, mas a relação é, em todo caso, parcial (LOSANO, 2007, 330-341).

⁴³ Filosofia política ou filosofia do direito? Por causa de seu *Leviathan*, Hobbes é considerado “um dos mais importantes escritores da Filosofia do Direito” (DEL VECCHIO, 1977a, p.116). Mas, ao mesmo tempo, para a editora do *Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, a obra é “arguably the most brilliant and influential political treatise ever written in English”. Em realidade, a filosofia política é quase sempre - não só no *Leviathan* de Hobbes - uma filosofia do *direito público*.

⁴⁴ Em relação a Locke pode-se consultar o *Second Treatise*, capítulo 18, §§199 e seguintes; para Hume o *Treatise on Human Nature*, book III, Part 2 section 1 e section 2; sec 6, 8, 10, etc.

⁴⁵ A edição base é a de Barbeyrac: PUFFENDORF, S. *Les Devoirs de L'Homme et du Citoyen, tels qu'ils sont prescrits par la Loi Naturelle. Tome Premier*. Paris: Delastre-Boulage, 1822. A edição latina cotejada é a seguinte: PUFENDORFII, S. *De Officio Hominis et Civis secundum Legem Naturalem, Libri Duo*, Tomus Primus. Batavorum: Samuel et Johannis Luchtmans, 1769. A inglesa é a tradução de Andrew Tooke (*The Whole Duty of Man According to the Law of Nature*, 5a. ed. London: 1735)

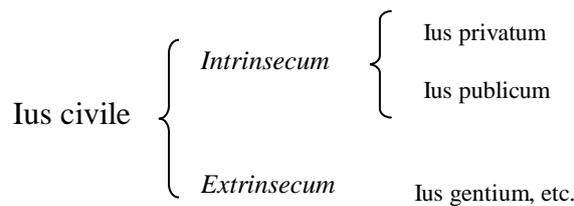
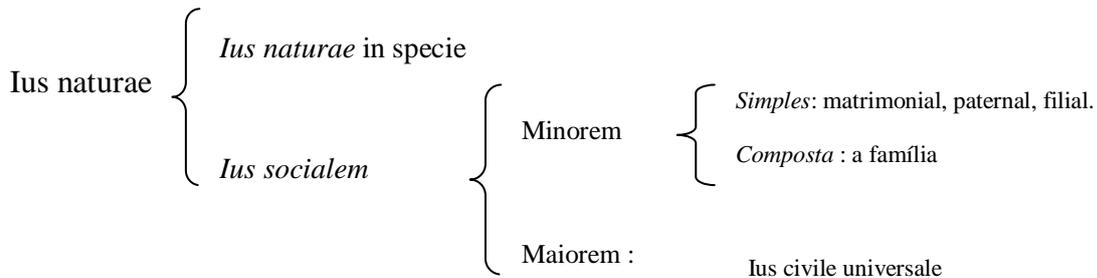
ciências ou disciplinas: o direito natural (*Juris Naturalis*), o direito civil (*Juris Civilis*) e a teologia moral (*Theologia Moralis*). Cada uma dessas ciências prova as suas máximas de acordo com seu princípio próprio: o direito natural prescreve uma ou outra coisa *porque a reta razão nos faz julgá-la necessária para a preservação da sociedade entre os homens*; as prescrições do direito civil são obrigatórias porque o poder legislativo assim estabeleceu ou ordenou; os preceitos da teologia moral são obrigatórios porque Deus as ordenou aos homens através da escritura (Pref. §II). A sistemática do modelo de Pufendorf é muito simples e interessa a ele sobretudo manter uma certa harmonia entre essas três esferas. Para ele não será tão importante o *ius* (do qual não fornece desenvolvimentos), mas a *lex*, as *leges*. A lei é um decreto de um superior que obriga os que a ele estão sujeitos (Livro I, capítulo II, §II); a obrigação é uma ligação jurídica pela qual somos determinados a fazer isso ou aquilo ou abstermo-nos disso ou daquilo (Livro I, capítulo II, §III). A estrutura da lei também é simples. Quando é *perfeita*, ela possui um *preceito* que descreve a ação que deve ser feita ou omitida e uma parte que indica o mal prometido àquele que fizer o que é proibido ou deixar de fazer o que é ordenado. A principal virtude da lei é “fazer conhecer a vontade do superior” (Livro I, capítulo II, §VII). As leis se distinguem primeiro em relação à autoria: são divinas ou humanas, conforme sejam criadas por Deus ou pelo homem. Depois, quanto à “congruência universal e necessária” com a humanidade, as leis são ou naturais ou positivas. A lei natural é aquela que convém à natureza social e racional do homem e cujo conhecimento decorre somente da luz da razão. A lei positiva é fundada pura e simplesmente sobre a vontade do legislador (Livro I, capítulo II, §XVI). No cruzamento das duas classificações, a lei divina pode ser positiva ou natural, mas a lei humana é sempre positiva (Livro I, capítulo II, §XVI – o trecho não aparece na versão francesa, mas consta da latina). O esqueleto do sistema é o seguinte:



A partir daí Pufendorf deduzirá uma série de deveres, direitos e instituições. E, embora se encontre em seu tratado, de forma descontínua, claro, a matéria do direito privado (contratos, sucessões, etc.) e a do direito público (incluindo uma teoria da constituição) a terminologia “direito privado” e “direito público” não é empregada; nem a divisão é mencionada.

Gottfried Achenwall, que escreveu uma história dos estados europeus (*Geschichte der heutigen vornehmsten Europäischen Staaten in Grundrisse*), foi professor de direito e filosofia em Göttingen. Sua doutrina, que hoje só é importante por ter sido usada por Kant, está exposta em diversos trabalhos. Dos que nos coube examinar, o primeiro, *Elementa Iuris Naturae in Usum Auditorum Adornata*, de 1750, consta como trabalho em co-autoria com Johannis Stephani Pütteri até a 3ª edição; a partir daí passou a ser creditado apenas a Achenwall. O segundo é intitulado *Iuris Naturalis Pars Posterior Complectens Ius Familiae Ius Publicum et Ius Gentium* e sua 5ª edição (1763), que foi utilizada por Kant, encontra-se publicada no Vol. XIX da Edição da Academia Prussiana (AA XIX, 325-442). A estrutura do modelo pensado por Achenwall está desenhada já nos §§21-22 dos Prolegômenos ao *Elementa Iuris Naturae* (p.7). Tudo parte da consideração de que a condição do homem (*status homini*) ou é solitária ou é social e assim o *ius naturae* se divide de um lado em *ius naturae in specie* e de outro lado em *ius sociale* e *ius gentium*. O *ius naturae* em sentido estrito é o que existe no estado de natureza, isto é, anterior às sociedades. As sociedades podem ser maiores ou menores; as menores podem ser simples – sociedade matrimonial, paterna ou filial – e podem ser compostas, as *famílias*. Assim o direito social decorre de diversas fontes e resulta em várias espécies: *ius matrimonialis*, *ius paternum*, *ius herile* (filial), *ius oeconomicus* (*ius familiae*) e, no caso de sociedades maiores, *ius civile universale*. De acordo com o §22 dos Prolegômenos do *Elementa Iuris Naturae*, o *ius civile universale* divide-se em *ius publicum* e *ius privatum*, conforme trate de um nexos entre comandante e súditos ou trate de relações dos súditos entre si. Os direitos e obrigações (*iura et obligationes*) dos cidadãos entre si formam o *ius privatum*; os direitos e obrigações entre súditos e comandantes formam o *ius publicum* (*Elementa*, §661). No *Iuris*

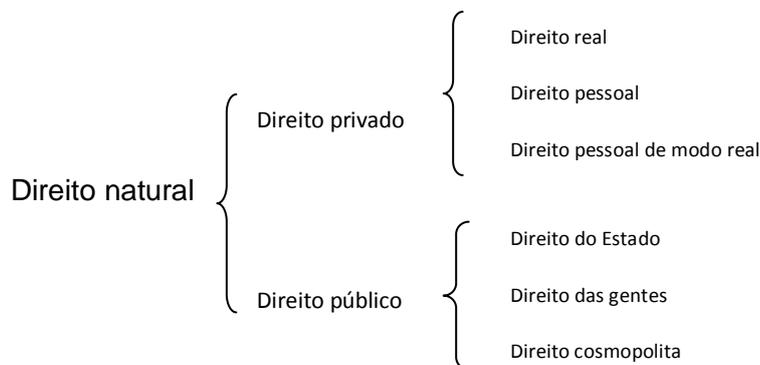
Naturalis Pars Posterior – que, diga-se de passagem, parece não manter inteiramente o plano dos *Elementa* – será feita ainda mais uma divisão no *Ius Civile*, entre *Ius civitatem intrinsecum* e *extrinsecum* (*Iuris Naturalis*, § 87). Um esboço do sistema ajuda a entender a posição sistemática da divisão do direito privado e direito público:



A divisão entre direito privado e direito público, longe de ser a *summa divisio* do sistema é, de certa forma, até secundária. Muito mais importante aqui é a distinção entre o direito social com suas subdivisões e o direito natural em sentido estrito. A divisão privado/público aparece como uma das especificações de um dos tipos de sociedade e em realidade trata-se de uma divisão que tende a desafiar o campo próprio do direito natural. Por outro lado, um exame da matéria do direito privado, que ocupa um espaço relativamente pequeno como seção autônoma (e que não se encontra no *Iuris Naturalis Pars Posterior*) revela uma típica subdivisão romanista: direito das coisas, direito das pessoas, ações e delitos (*Elementa*, §§800 e seguintes). Isto não espanta, já que Achenwall foi professor de filosofia e de direito e certamente manuseou o *Digesto* ou as *Institutas*.

2.2.3. Singularidade da Estrutura Kantiana

Para Kant, a divisão suprema do direito natural é em direito privado e direito público (KANT, 2003, p. 88). No direito privado as subdivisões mais amplas são dadas pelas espécies de objetos do arbítrio e seu modo de aquisição (KANT, 2003, p. 94-95; §4 do Direito Privado) em: direito real, direito pessoal e direito pessoal de modo real (KANT, 2003, p. 104-105). O direito público, por sua vez, subdivide-se em direito do Estado (*Staatsrecht*), direito das gentes (*Völkerrecht*) e direito cosmopolita (*Weltbürgerrechts*), de acordo com o §43 do Direito Público (KANT, 2003, p. 153-154). Eis a imagem do sistema:



A comparação das estruturas desses grandes sistemas jusnaturalistas revela a singularidade da posição da divisão direito privado/direito público na Doutrina do Direito de Kant. É possível e até provável que Kant tenha se inspirado na obra de Achenwall, inclusive neste ponto específico. Porém, e isso é da maior importância, o modelo de Achenwall, ao contrário do modelo kantiano, não tem em direito público e direito privado a sua divisão *superior*; trata-se, para Achenwall, de

uma mera subdivisão do *Ius Civile*. Assim, do ponto de vista sistemático é flagrante a diferença dos modelos.

É verdade que as definições dadas por Achenwall do direito privado como “direitos e obrigações dos cidadãos entre si” e do direito público como “direitos e obrigações entre súditos e comandantes” (cf. 2.2.2) não se tornam inaplicáveis ao modelo kantiano em razão daquela dessemelhança estrutural. Quanto a isso, veremos em desenvolvimento ulterior que as próprias definições de Kant são muito diferentes. Por enquanto, basta lembrar que, conforme o §A da Observação Geral do §49 do Direito Público, para Kant o soberano no Estado tem em relação aos súditos apenas direitos e nenhum dever coercitivo.

Retomando o propósito inicial deste capítulo, podemos afirmar que o exame das obras de alguns dos principais jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII nos mostra que em tais obras a divisão direito privado/direito público é muito menos importante do que se poderia supor. Todos os autores acima examinados foram citados por Kant e dentre eles, como se viu, apenas Achenwall usa a distinção na estrutura de seu sistema e, ainda assim, como *subdivisão*, de uma forma bem diferente da que será feita por Kant. A opinião segundo a qual Kant, ao dividir seu sistema em direito privado e direito público, estava apenas seguindo os grandes jusnaturalistas, pode ser, pois, descartada.

2.3. A Interpretação de Bobbio e o Problema da Natureza do Estado de Natureza

Como já dito no Capítulo 2.1, Norberto Bobbio colocou em termos corretos a questão ao querer da doutrina de Kant aquilo que o próprio Kant queria ou teria de querer, isto é, um critério a priori para a *summa divisio*. Ao investigar a posição de Bobbio, o presente capítulo é dividido em duas partes. A primeira expõe a interpretação do autor italiano para o texto de Kant no que diz respeito ao critério da divisão. A segunda mostra que, apesar de ter proposto a questão em termos corretos, sua interpretação conduz a um problema para o qual o próprio Bobbio não pôde dar uma resposta convincente.

2.3.1. A interpretação de Bobbio

Norberto Bobbio levou a sério a divisão direito privado e direito público e ofereceu uma interpretação completa da questão na obra *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant* (1984). Seu ponto de partida são três critérios de distinção usados na teoria do direito em geral, mas que vale aqui lembrar⁴⁶: a forma, a matéria e a fonte. De acordo com a *forma*, a distinção se determina em torno da *relação jurídica*. O direito privado trata de relações jurídicas cujos dois termos têm o mesmo peso, são “iguais” juridicamente, isto é, trata de relações de *coordenação*; o direito público, ao contrário, trataria de relações em que um dos termos tem maior peso (o estado), ou seja, de relações de *subordinação*. De acordo com a *matéria* do direito a distinção se determina em torno do *interesse*: quando o interesse é individual tem-se o direito privado; quando o interesse é coletivo, estamos diante do direito público. (1984, p.83) De acordo com o terceiro critério, o da *fonte*, a distinção privado/público não teria razão de ser para o jurista moderno uma vez que para este todo o direito decorre do estado, de modo que todo o direito é público, mesmo o “privado”.

⁴⁶ Na realidade, a abordagem de Bobbio é diretamente derivada das lições de Kelsen, especialmente da *Teoria Geral do Direito e do Estado*.

Após apresentar os três critérios da teoria do direito, Bobbio enuncia logo sua tese. Segundo ele a única maneira de Kant fundar racionalmente a distinção entre direito privado e direito público é voltar-se para as diversas fontes de que os diversos direitos derivam. Assim para caracterizar um direito diverso do estatal será necessário “sair do direito estatal” e procurar um direito fora dele. Segundo Bobbio, por ser Kant um “jusnaturalista”, a sua doutrina tem necessariamente de sustentar a existência de um direito fora do direito estatal. Esse direito é o *direito natural* definido por Bobbio, nesta altura, como *aquele que regula as relações dos homens no estado de natureza* (1984, p.84).

Uma vez estabelecido que o direito natural é o que vigora no estado de natureza, Bobbio efetuará a sua identificação com o direito privado:

“[...] se por direito privado deve-se entender um direito que se diferencia essencialmente do direito público ou estatal e não seja uma parte dele, assim como é geralmente entendido o direito privado, deve-se chegar a conclusão de que *o direito privado identifica-se com o direito que é próprio do estado de natureza*” (1984, p.85)

E isto, mais uma passagem da Doutrina do Direito na qual Kant trata da divisão superior do sistema (KANT, 2003, p. 88), é o suficiente para Bobbio concluir efetuando a comutação entre os pares conceituais privado/público e natural/positivo:

“Desta forma, o problema da distinção entre o direito privado e o direito público em Kant muda para a distinção entre direito natural e direito positivo, ou seja, entre o direito que vige no *estado de natureza* e o direito que vige no *estado civil*”. (BOBBIO, 1984, p.85)

Uma vez determinada através do critério da fonte, Bobbio poderá afirmar que a distinção privado/público em Kant será racional e não empírica. Poderá também aplicar os outros dois critérios e associar, de um lado, ao direito privado as características de ser um direito racional, ideal, *a priori*, que rege relações de

coordenação e interesses individuais; de outro lado, ao direito público, um direito “voluntário e determinado historicamente”, de relações de subordinação e interesses coletivos.

2.3.2. O problema da solução de Bobbio

Esta interpretação, porém, cria um grande problema, identificado, aliás, pelo próprio Bobbio (1984, p. 87) e que pode ser formulado nos seguintes termos. De acordo com o §E da Introdução à Doutrina do Direito (KANT, 2003, p. 78) o *conceito estrito de direito* é inseparável do conceito de coação. Na interpretação de Bobbio, a coação, porém, surge apenas com a instituição de um estado civil. Assim, se a coação só é possível em um estado civil e se só é direito o que se acompanha de coação, segue-se que o direito privado, por não decorrer do Estado e, por conseguinte, não possuir coação, *simplesmente não é direito*. A interpretação de Bobbio leva então a esta chocante conclusão: o que Kant chama de direito privado não seria absolutamente *direito nenhum* segundo os próprios princípios da Doutrina de Kant.

O problema tomará um aspecto bem mais dramático quando se considerar que é decisivo, não apenas para esta questão do direito privado/público, mas para o argumento central da Doutrina do Direito, que exista algum tipo de direito no estado de natureza, pois, no dizer de Kant (§44),

“Na hipótese de nenhuma aquisição ter sido reconhecida como jurídica, mesmo em caráter provisório, antes do ingresso na condição [Zustand] civil, a condição civil ela mesma seria impossível [...] (KANT, 2003, p. 155)”

Bobbio tentará resolver o problema recorrendo ao carácter provisório do estado de natureza e da aquisição e posse que nele é possível, argumentando que para Kant “o estado de natureza é um estado jurídico, mas *provisório*, distinto do estado civil, que é o único estado jurídico *peremptório*” e que no estado de natureza “pode ser *adquirida* alguma coisa, mas somente de maneira provisória” (BOBBIO, 1984, p. 88). E, embora admita que o texto de Kant nem sempre seja claro a respeito da juridicidade do estado de natureza, para ele é manifesta a “intenção de Kant de considerar o estado de natureza um estado jurídico” (BOBBIO, 1984, p. 89).

Ora, a solução de Bobbio não convence. Primeiro porque Kant não diz que o estado de natureza é juridicamente provisório; Kant diz que *no* estado natural é possível uma *posse* jurídica provisória. Mais importante que isso, no entanto, é que ao atribuir carácter jurídico ao estado de natureza kantiano Bobbio tem de contradizer radicalmente o texto de Kant, pois para Kant, o estado de natureza é, *por definição*, um estado não jurídico (KANT, 2003, p. 150; §41): “Uma condição que não é jurídica [nicht-rechtliche Zustand], isto é, uma condição que não encerra justiça distributiva, é chamada de estado de natureza [natürliche Zustand] (*status naturalis*)”.

2.4. Forma da Doutrina e Elipse da Matéria

As interpretações que conduzem a contradições tão diretas com o texto interpretado devem sempre estar sujeitas a revisão, mesmo sendo de grandes mestres como Norberto Bobbio. Muitas questões poderiam ser levantadas contra a argumentação de Bobbio. Em primeiro lugar, a mais óbvia: embora ao formular o problema ele tenha corretamente chamado atenção para a necessidade da caracterização a priori da divisão privado-público, afastou-se bastante de uma solução kantiana ao tentar acomodar a filosofia de Kant aos três critérios tradicionais da teoria do direito; sua solução é, *prima facie*, externa em relação à filosofia kantiana. Além disso, a tese de que a coação somente surge com a instituição de

um estado civil não é tão evidente como poderia parecer e não pode ser concedida sem maiores questionamentos.

Apesar desse e de muitos outros problemas é mais interessante entender o movimento mais amplo do pensamento de Bobbio, pois ele corresponde ao próprio senso comum do positivista. Três pressuposições muito gerais estão implícitas no argumento de Bobbio; seu pensamento tem o seguinte roteiro: parte-se da ideia de uma unidade, “o direito” em geral (1984, p. 83-84), para dividi-la em dois conjuntos *absolutamente separados e impermeáveis entre si* (privado e público) (1984, p. 84-85), a partir de *um* critério, que é, neste caso, valer no estado de natureza *ou* valer no estado civil (1984, p. 85).

Nas seções que seguem, procuramos mostrar, primeiro, que a comutação privado/público e natural/positivo resulta de uma interpretação incorreta de uma determinada passagem do texto da Doutrina do Direito e que o problema do critério dessa divisão não pode ser encontrado a partir dessa suposta comutação. Depois, passamos a mostrar que a pressuposição de que direito privado e direito público se excluem mutuamente é falsa, ou em outras palavras, não se trata aqui de uma *dicotomia*, como supõe Bobbio.

2.4.1. A comutação de privado/público em natural/positivo

O principal apoio da tese da identificação de direito privado com direito natural e direito público com direito positivo é encontrado por Bobbio (1984, p.85-86) na seguinte passagem da *Introdução à Doutrina do Direito*:

“A divisão superior do direito natural não pode ser a divisão (por vezes feita) em direito *natural* e direito *social*; em lugar disso, tem que ser a divisão em *direito natural* e *direito civil*, o primeiro sendo chamado de *direito privado* e o segundo, de *direito público*, pois o estado de natureza não se opõe à

condição *social*, mas sim à condição *civil*, visto ser certamente possível haver sociedade no estado de natureza, mas não sociedade *civil* (a qual garante o que é meu e teu mediante leis públicas). Esta é a razão porque o direito num estado de natureza é chamado de direito privado.” (KANT, 2003, p. 88)⁴⁷

Porém, apesar da dificuldade do texto kantiano neste ponto, e do tratamento um pouco confuso dos pares conceituais, a interpretação mais sistemática dissolve a aparente identificação porque, em realidade, o que Kant quer marcar ali não é tanto a distinção entre direito privado e público, nem tampouco quer ele equacioná-la à outra distinção do estado de natureza e estado civil. O texto se ocupa da forma mais geral da Doutrina do Direito, é verdade, mas tem alvo certo: trata-se de rejeitar divisões adotadas por outros jusnaturalistas, especialmente o próprio Achenwall (PHILONENKO, 1993, p. 39). Como já visto (Capítulo 2.2.2, *supra*), Achenwall sustentava que, dado que a condição do homem, ou é solitária ou é social, o direito natural como *gênero* se divide, de um lado, em direito natural em *sentido estrito*, de outro em *direito social* e direito das gentes; já o direito de família⁴⁸ de Achenwall não se enquadra exatamente nem no direito privado nem no direito público já que estes são uma subdivisão do direito das sociedades maiores, enquanto aquele faz parte do direito das sociedades menores.

Para Kant, no entanto, o estado de natureza se contrapõe ao estado civil e não ao estado social. O seguinte texto do §41 esclarece o ponto:

⁴⁷ Nesta tradução resulta uma divisão em que um dos termos (direito natural) comparece ao mesmo tempo como gênero e espécie. Adoto, por isso, a alternativa sugerida por J. Beckenkamp, em sua tradução ainda inédita: “A divisão suprema do direito natural não pode ser (como acontece às vezes) aquela entre o direito no estado de natureza e o direito social, mas tem de ser aquela entre o direito no estado de natureza e o direito civil, dos quais o primeiro é chamado o direito privado, o segundo, o direito público. Pois ao estado de natureza se contrapõe, não o estado social, mas o estado civil, porque naquele bem pode existir sociedade, mas apenas não uma sociedade civil (assegurando o meu e teu através de leis públicas), chamando-se o direito, por isto, no primeiro, o direito privado.”

⁴⁸ O que Kant chama de direito da sociedade doméstica corresponde ao que Achenwall chama de direito das sociedades menores (simples e composta), cf. Cap. 2.2.2 e, grosso modo, ao que hoje se chama de direito de família. Com a finalidade de simplificar o texto, doravante usarei a expressão “direito de família” para referir tanto o direito das sociedades menores de Achenwall quanto o direito das sociedades domésticas de Kant.

“Uma condição que não é jurídica, isto é, uma condição que não encerra justiça distributiva, é chamada de estado de natureza (*status naturalis*). Aquilo que se opõe a um estado de natureza não é (como pensa Achenwall) uma condição *social* e que poderia ser classificada como uma condição artificial (*status artificialis*), mas sim a condição *civil* (*status civilis*), aquela uma sociedade sujeita à justiça distributiva. Isto porque também no estado de natureza pode haver sociedades compatíveis com direitos (por exemplo, as sociedades conjugal, paternal, domésticas em geral, bem como muitas outras); porém, nenhuma lei, “Deves ingressar nesta condição” vige *a priori* para essas sociedades, ao passo que se pode dizer de uma condição jurídica que todos os seres humanos que pudessem (mesmo involuntariamente) encetar relações jurídicas *devem* ingressar nessa condição.

A primeira e a segunda dessas condições podem ser chamadas de *condição de direito privado*, enquanto a terceira e a última podem ser chamadas de *condição de direito público*.” (KANT, 2003, p. 150-151)

No modelo kantiano não há lugar para o direito social como espécie autônoma do direito e, de resto, para Kant nem mesmo a união civil é propriamente uma *sociedade*. E este é, sob o aspecto sistemático, um ponto extremamente importante para Kant, pois a rejeição de um direito social que se situaria em algum lugar fora do direito privado e do direito público está relacionada a uma das suas mais radicais inovações, a introdução do “direito pessoal de modo real” no sistema do direito privado (§22).

Levando em consideração que o diálogo de Kant é com Achenwall para quem o direito de família é uma parte do direito social, a eliminação dessa classe do direito social implica a necessidade de achar outro lugar para o direito de família. Eis a solução dada por Kant ao problema do direito de família ou doméstico: se estas relações podem ser analisadas em termos de relações individuais, ainda que formando uma síntese de suas duas espécies (o real e o pessoal), não há razão para uma terceira divisão tão geral como o suposto “direito social”. O direito de família ou doméstico não se situa ao lado de privado e público (isto seria um erro categorial), mas *dentro* do direito privado, *ao lado* de direito real e direito pessoal.

No que diz respeito à divisão superior, o que importa na forma do sistema kantiano não é a existência de uma sociedade qualquer, mas de uma união criada *em razão do direito*, que é a criação de um estado civil e, assim, tem-se apenas duas situações em que se deve considerar o homem – ou ele se encontra em um estado não-jurídico (o que não significa que não exista algum “direito” num outro sentido da palavra, como será visto mais adiante) ou ele se encontra em uma condição jurídica.

O sentido do texto usado por Bobbio para sustentar a tese da comutação dos pares natural/positivo e privado/público é então simplesmente mostrar a forma mais geral do sistema, no qual não há espaço para o “direito social” e nem para um estado de natureza sem sociedade alguma (PHILONENKO, 1993, p. 39-40). O texto simplesmente não tem o sentido pretendido por Bobbio.

É verdade que o próprio Kant por duas vezes nas passagens acima citadas parece assimilar os pares de conceitos; primeiro quando diz que a divisão suprema do direito natural “[...] tem que ser a divisão em direito natural e direito civil, o primeiro sendo chamado de direito privado e o segundo, de direito público” (KANT, 2003, p. 86)⁴⁹ e, depois, referindo-se aos estados de natureza, artificial e civil diz que “a primeira e a segunda dessas condições podem ser chamadas de condição de direito privado, enquanto a terceira e a última podem ser chamadas de condição de direito público” (KANT, 2003, p. 150-151). Mas a referência a Achenwall mostra que a questão é, em primeiro lugar, estabelecer dois estados ou condições contrapostos e, depois, apontar também qual é o direito próprio, ou melhor, a forma típica do direito, de um e do outro estado.

Enquanto o estado de natureza contrapõe-se muito clara e radicalmente ao estado civil, até mesmo como uma dicotomia, já que um é o estado jurídico, outro o estado não-jurídico, tal contraposição não pode ser estendida – nem com base no texto invocado por Bobbio, nem com base em qualquer outra passagem da Doutrina do Direito – a direito privado e direito público.

⁴⁹ Isto é, “o direito no estado de natureza e o direito civil”, de acordo com a opção de tradução mencionada na nota nº 47.

2.4.2. Dicotomia e Elipse

Na base da interpretação de Norberto Bobbio está a pressuposição de que direito privado e direito público se excluem mutuamente, isto é, que constituem termos de uma dicotomia. Ao equiparar os pares de conceitos Bobbio quis transferir, não a dicotomia jurídico/não-jurídico em particular, mas o *caráter dicotômico* de estado de natureza/estado civil para direito privado/direito público; ao fazer isso ficou entre negar a juridicidade do direito privado ou afirmar a juridicidade do estado de natureza. Decidindo-se pela última alternativa, precisou contradizer o próprio Kant, para quem o estado de natureza é, *por definição*, o estado não-jurídico. Ao que tudo indica, Bobbio, que chamava a esta divisão de “a grande dicotomia”, (BOBBIO; BOVERO, 1996, p. 38) tentou ler também no texto de Kant uma dicotomia.

É preciso admitir que a divisão do privado/público é de alguma forma regida pela distinção estado de natureza/estado civil, pois conforme o texto do § 41 supra citado (KANT, 2003, p. 150-151), a divisão é em privado e público *porque* ao estado de natureza contrapõe-se o estado civil. Também é verdade que no texto da Doutrina do Direito quando surge o direito público termina o direito privado e isto coincide com a passagem do estado de natureza para o estado civil nos §§41 e 42. Contudo, se tais estruturas não induzem a identificação dos pares de conceitos, muito menos autorizam a recíproca exclusão entre direito privado e direito público.

Na realidade, a dicotomia não era figura estranha a Kant que, de acordo com as lições de lógica compiladas por seus alunos, tratou dela pelo menos em três ocasiões, geralmente na parte dedicada aos conceitos. Na Lógica de Viena é dito que toda divisão imediata de conceito é uma dicotomia e que toda politomia é, por sua vez, sempre já uma *subdivisão* (KANT, 2004, p. 368). A dicotomia é obtida pela simples aplicação da palavra “não”. Assim, no exemplo ali atribuído a Kant, os

triângulos ou são equiláteros ou não são equiláteros. Os não equiláteros ou são *aequicrura* (isósceles) ou *scalena*. Daí, por exemplo, quando os matemáticos dividem os triângulos em *aequilatera*, *aequicrura* e *scalena* trazem a subdivisão à frente da divisão, falsificando-a (KANT, 2004, p. 368-369). Na Lógica de Jäsche, no §113 (KANT, 2004, p. 637), é dito que uma divisão em dois membros é uma dicotomia e uma que tem mais de dois membros uma politomia. A dicotomia seria a única divisão baseada em princípios a priori; a única divisão primitiva, baseada no princípio de contradição. A politomia não poderia ser ensinada em lógica porque demanda conhecimento do objeto e intuição, seja a priori, seja empírica. Aqui Kant acrescenta, porém, que a divisão baseada no “princípio da síntese” a priori pode ser uma tricotomia contendo o conceito como condição, o condicionado e a derivação do último a partir do primeiro (KANT, 2004, p. 638). Por fim, na própria *Metafísica dos Costumes*, Kant menciona a figura da dicotomia ao tratar das críticas ao conceito do direito pessoal de modo real: a divisão interna do direito privado não é uma dicotomia, mas uma “divisão metafísica” (KANT, 2003, p. 201).

Tais proposições básicas sobre a divisão de conceitos de um modo geral parecem, inicialmente, dar apoio a Bobbio, porque, se a divisão privado/público do (suposto) conceito de direito for uma dicotomia, ela pode, realmente, ser considerada também uma divisão a priori. Saber o estatuto do conceito de direito a partir da lógica demandaria uma pesquisa particular e própria - aliás, a rigor, Kant fala não em *um* conceito de direito, mas em *dois*, um “moral”, outro “estrito”, o que por si parece desautorizar aplicações diretas das regras lógicas gerais de *divisão* de conceitos. Mas, qualquer que seja o estatuto lógico do “conceito de direito” de Kant e abstraindo o problema de saber o que pode ser aplicado da lógica ao âmbito prático e especialmente ao jurídico, o que pode ser afirmado, em qualquer caso, é que a dualidade direito privado/direito público não constitui uma dicotomia. E para isto nem é preciso, na realidade, sair da Doutrina do Direito.

Na seção que trata do meu e teu no estado de natureza e da passagem para o meu e teu no estado jurídico em geral, pouco depois do trecho acima transcrito, ao falar do estado jurídico (*rechtliche Zustand*) e do estado não jurídico (*nicht-rechtliche Zustand*), no §41, Kant diz o seguinte:

“A primeira e a segunda dessas condições podem ser chamadas de *condição de direito privado*, enquanto a terceira e a última podem ser chamadas de *condição de direito público*. Esta [a condição de direito público] não encerra deveres complementares ou outros deveres recíprocos humanos, além dos que podem ser concebidos no primeiro estado; a questão do direito privado [*Die Materie des Privatrechts*, isto é, a matéria do direito privado] é idêntica em ambas [as condições]. As leis da condição de direito público, conseqüentemente, têm a ver somente com a forma jurídica de sua associação (constituição) em vista da qual essas leis têm necessariamente de ser concebidas como públicas” (KANT, 2003, p. 151)

Assim, na passagem de um estado não-jurídico para um estado jurídico, isto é, quando se estabelece um estado civil, o direito privado se conserva materialmente, ainda que esta passagem para o estado civil determine uma alteração de *forma* do direito. A conservação da matéria do direito privado nada mais é do que a conservação das figuras tratadas minuciosamente por Kant na primeira parte de sua Doutrina, eis que elas já se mostraram dignas de figurar numa *legislação* que se orienta por princípios racionais. De acordo com o texto acima transcrito, nada há de incompatível entre a matéria do direito privado e a forma de direito público.⁵⁰ Ainda que se tenha de admitir que no estado de natureza kantiano só pode existir direito privado, daí não se tira a proposição de que no estado civil só existe direito público ou que não existe direito privado. O domínio do direito público não se constrói a partir da simples negação do direito privado. Daí, num esquema fácil de visualizar, temos:

	<i>Estado de natureza</i>	<i>Estado civil</i>
Direito privado	X	X
Direito público	-	X

⁵⁰ Por outro lado, daí não se segue que a matéria esteja esgotada com o direito privado, isto é, não se pode tampouco converter a distinção direito privado/público na distinção matéria/forma do direito; de fato, como fica claro no texto da Doutrina do Direito, num modelo assim desenhado haverá espaço também para (muita) matéria de direito público, ou seja, matéria que surge da necessidade de instituir-se um sistema de leis positivas. O exemplo mais contundente é o do direito penal.

O modelo exposto pelo texto conserva o direito privado sob a forma do direito público, de modo que, no estado civil, há o direito privado e o direito público. A razão mais óbvia para não reproduzir a *forma do modelo* na *forma do texto* da obra é que haveria uma enorme e inútil repetição (“a matéria do direito privado é a mesma em ambos” os estados, conforme diz Kant). Mas a elipse da matéria no *texto* de Kant não pode iludir sobre a forma do sistema que este texto está a expor.

Embora Bobbio tenha colocado em termos corretos o problema ao chamar a atenção para a necessidade da caracterização a priori da divisão privado/público, ele acabou sucumbindo ao pensamento de jurista, ao supor que o direito privado e o direito público constituem uma dicotomia e projetar essa suposição na Doutrina do Direito. Ora, tal erro é instrutivo porque permite estabelecer, preliminarmente, que a divisão privado-público não constitui aqui uma dicotomia.

2.5. Atualização Metodológica

Do quanto vimos até agora, já sabemos que, ao definir a arquitetura de seu sistema de direito natural sobre a divisão direito privado e direito público, Kant não estava simplesmente acolhendo uma tradição do jusnaturalismo; e sabemos também que tal divisão não pode ser considerada uma *dicotomia*. Se estes dois pequenos avanços não nos permitem ainda ter uma visão clara da divisão da doutrina kantiana, eles, de outra parte, nos impõem, especialmente o fato de não tratar-se aqui de uma dicotomia, a necessidade de uma mudança de abordagem do sistema da Doutrina do Direito.

Com efeito, a estrutura da dicotomia, “a - não a”, deve ser abandonada, porque já se sabe que o direito público não é um domínio fundado pela simples negação do direito privado. Ainda que o estado jurídico seja fundado pela negação do estado de natureza, para Kant o direito público conserva e reafirma o direito privado. Assim, de modo semelhante ao que já foi feito na primeira parte deste trabalho, para avançar na investigação, ao invés de procurar um critério que divida o

direito em duas partes – público e privado – passaremos a procurar, de um lado, a *especificidade do direito privado* e, de outro, a *especificidade do direito público*. Assim, no lugar de “a – não a” colocaremos simplesmente, ainda que de forma provisória, “a, b”. As eventuais relações entre “a” e “b” podem ser melhor compreendidas depois que se conhece a especificidade de cada um dos membros.

2.6. As Definições do Direito Privado e do Direito Público

Uma vez estabelecido que direito privado e direito público não constituem um a negação do outro, mas podem de algum modo se combinar entre si, um como forma, outro como matéria, isso já deve indicar que eles não constituem uma simples *divisão* de uma unidade. Se procurarmos as definições que o próprio Kant apresenta desses dois tipos de direito, encontraremos, no §43 da Doutrina do Direito, o seguinte a respeito do direito público:

“O conjunto das leis que necessitam ser promulgadas, em geral a fim de criar uma condição jurídica, é o *direito público*. O direito público é, portanto, um sistema de leis para um povo [...]” (KANT, 2003, p. 153)

O direito público é definido como um sistema de leis (*ein System von Gesetzen*). Com efeito, nada há de espantoso em chamar *direito* a um conjunto de leis, pois essa é uma das maneiras menos questionadas de usar essa palavra. Num estado jurídico, o direito público é um conjunto de leis promulgadas, isto é, publicadas. A definição parece aceitável liminarmente.

O direito privado não apresenta uma definição assim tão direta como o direito público. Mas cabe perguntar: uma definição paralela valeria para o direito privado? Seria o direito privado um conjunto de leis não públicas? Um conjunto de

leis privadas, talvez? Ou, uma vez que o direito privado já existe no estado de natureza, seriam as suas leis simplesmente leis naturais? Embora certamente se encontre na Doutrina do Direito figuras normativas a que se possa chamar de “leis naturais”, nada disso parece ser o caso no que diz respeito a uma *definição* do direito privado.

O núcleo do direito privado kantiano, o seu ponto central, localiza-se facilmente nos dois primeiros capítulos (§§1-10) da respectiva parte. O principal assunto discutido ali é *o modo de adquirir e ter algo externo como o meu* e a figura capital desse texto é o *postulado jurídico da razão prática* (§2) que enuncia que é possível ter como o meu um objeto externo de meu arbítrio. Esse postulado confere uma *faculdade* (ou competência na tradução de Edson Bini) de impor aos outros uma obrigação e é chamado de *Lex Permissiva* (KANT, 2003, p. 92).

Essa possibilidade de ter algo externo como o meu e a relação que é por ela criada mostram o caminho para a definição do direito que existe num estado não jurídico, isto é, o direito privado. Pois a permissão de ter algo externo como o meu cria o espaço do *meu e teu externo*. Ora, esse conceito nos remete imediatamente à divisão do § B, nº 2, da página 82 (KANT, 2003), eis que o meu e teu interno e o meu e teu externo correspondem ao direito *inato* e ao direito *adquirido*, respectivamente. Por sua vez, o direito inato e o direito adquirido são divisões do direito *como faculdade moral de obrigar aos outros (als moralischer Vermögen, andere zu verpflichten)*. O direito privado está assim ligado a uma definição de direito como faculdade.

Essas duas definições do direito – a faculdade e o conjunto de leis – identificadas numa busca preliminar parecem qualificadas a constituir a especificidade do direito privado e do direito público. Mas precisam ser devidamente investigadas na Doutrina do Direito; é preciso testá-las, examinando sua adequação ao plano geral e ao argumento principal do direito kantiano. Se as definições se sustentam numa leitura sistemática então elas podem mostrar a especificidade de cada um destes tipos de direito.

A ordem do texto da Doutrina do Direito (e de resto do fluxo principal de sua argumentação) parte do direito privado e assim sugere que se comece pelo conceito

de direito como faculdade, para depois passar ao direito público e ao “sistema de leis”.

2.7. A Interpretação do Direito Como Autorização

A compreensão do direito como faculdade e sua relação com o direito privado (e posteriormente com o direito público) pode ser elucidada na perspectiva de uma leitura sistemática da Doutrina do Direito. Nas seções seguintes serão apresentadas, primeiro, uma visão bem geral das três interpretações a respeito da posição do direito na filosofia prática kantiana; depois, a partir da terceira dessas leituras é exposta a tese do direito como autorização da razão prática.

2.7.1. O direito e a filosofia prática

O principal problema que tem ocupado os comentadores da Doutrina do Direito de Kant é estabelecer as relações do direito com a moral. Neste domínio formaram-se inicialmente duas leituras e, posteriormente, uma terceira. A primeira e talvez dominante “entende que a filosofia do direito é, em Kant, uma extensão de sua filosofia moral ou ética, estipulando apenas critérios de aplicação da lei moral ou do imperativo categórico à esfera das ações externas” (BECKENKAMP, 2009, p.2). Esta interpretação, chamada por alguns de “derivante” (PIPPIN, 2007, p. 419-420) tem a seu favor, primeiro, e imediatamente, a clara comunhão de diversos conceitos da filosofia moral pela filosofia do direito: liberdade, obrigação, dever, entre outros; e também a própria “similaridade estrutural” entre o imperativo categórico e a “lei

universal do direito” (WILLASCHEK, 2008, p. 2). Talvez o comentador mais conhecido dessa linha de interpretação seja Ottfried Höffe.

A segunda linha de leitura da Doutrina do Direito em relação à filosofia moral propugna a separação das esferas moral e jurídica; por isso é chamada por alguns de “separatista” (PIPPIN, 2007, p. 423). Essa separação pode assumir vários graus. Ou sustenta que o direito já nem pertence à esfera moral, “tratando-se de considerações sobre normas técnicas na instauração e manutenção de um Estado como fonte de leis positivas” (BECKENKAMP, 2009, p.2); ou sustenta que o direito pode eventualmente ser derivado da esfera moral, mas a esfera moral não pode ser pressuposta pelo direito, de modo que a esfera moral pode ser logicamente suficiente, mas não é necessária para o direito (e essa é a posição de autores como Thomas Pogge e Arthur Ripstein, cf. WILLASCHEK, 2008 p. 5); outros ainda, como Marcus Willaschek e Allen Wood, sustentam que a independência vai em ambos os sentidos: Kant não deriva do imperativo categórico os princípios do direito e nem esses princípios pressupõem a filosofia moral (WILLASCHEK, 2008 p. 5).

Uma terceira interpretação, que será adotada neste trabalho⁵¹, após delimitar o âmbito da natureza e da liberdade, trabalha a partir da elucidação do uso do termo “prático” na filosofia kantiana (BECKENKAMP, 2003, 152). O prático de Kant tem antecedentes na filosofia wolffiana, especialmente em Baumgarten para quem o moral em sentido lato era “o conexo com a liberdade” (BAUMGARTEN, *Metaphysica*, § 723, apud BECKENKAMP, 2003, p. 153). Esse moral de Baumgarten, assim como o moral de Kant como “o que é possível por liberdade” admitiam um sentido amplo e um sentido estrito. No sentido amplo, o moralmente possível era, para Baumgarten, aquilo que não pode ser feito a não ser por liberdade ou na substância livre; no sentido estrito, aquilo que só pode ser feito por liberdade determinada em conformidade com leis morais, isto é, o lícito. O sentido amplo é obtido antes da abordagem da relação da liberdade com qualquer legislação; o sentido estrito põe a liberdade em relação com as leis morais. No sentido estrito os wolffianos distinguiam a doutrina das obrigações internas (a ética) e a doutrina das obrigações externas (o direito) (cf. BECKENKAMP, 2003, 154).

⁵¹ De resto por razões que ficarão evidentes no próprio desenvolvimento que se segue.

O moral em sentido amplo para Kant será caracterizado desde a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* a partir da distinção entre as leis da natureza e as leis da liberdade. A distinção própria do *moral em sentido estrito* (entre ética e direito) também será feita por Kant, não exclusivamente, mas principalmente a partir da análise dos elementos envolvidos na legislação prática, e só aparecerá na *Metafísica dos Costumes*. As leis jurídicas se referem à liberdade externa e, por isso, exigirão a instituição de um móbil igualmente externo, a “coação legal externa pública” (KANT, 2003, P. 154; §44), as leis éticas exigem que a própria lei constitua o móbil. Direito e ética são assim divisões do moral em sentido amplo. Dito de outro modo, são duas especificações daquilo que é possível por liberdade em conformidade com leis morais.

2.7.2. O direito como autorização

Não cabe nos limites do presente trabalho tomar partido e decidir qual das interpretações acima mencionadas é a correta. No entanto, na busca da especificidade do direito privado a última das três interpretações é a mais promissora. Pois, a partir da terceira interpretação acima esquematizada, que, no que diz respeito ao direito, não abandona a filosofia moral, mas consegue afastar o estritamente ético, a especificidade do direito em geral pode ser buscada de forma convincente no conceito perfeitamente a priori de uma *autorização* da razão prática. A partir dessa autorização será mais fácil o caminho para a definição do direito privado.

Seguimos aqui a exposição de J. Beckenkamp⁵². O ponto de partida é a definição de *licitude ou permissão* apresentada na *Metafísica dos Costumes* (KANT, 2003, p. 65), de acordo com a qual “A ação *permitida (licitum)* é a que não contraria a obrigação; e esta liberdade que não é limitada por nenhum imperativo contrário é

⁵² A tese sobre o direito como autorização na doutrina kantiana foi levantada pela primeira vez em BECKENKAMP, J. *Sobre a moralidade do direito em Kant*. etic@. Vol.VIII, nº1 (2009). p 63-83.

chamada de *autorização (facultas moralis)*.” Na observação que se segue, Kant explicita a relação da ação permitida com os imperativos: “uma ação que não é nem comandada nem proibida é meramente *permitida*, uma vez que não há lei alguma que limita a liberdade de alguém (autorização de alguém) no tocante a ela e, também, dever algum” (KANT, 2003, p. 66). Ora, nessa mesma observação já se fica sabendo também o problema que suscitam tais ações que não estão sob proibição ou ordenação: elas parecem, a princípio, ações moralmente indiferentes, pois uma ação que nem é ordenada nem proibida parece não cair sob nenhuma lei moral. O que Kant apenas sugere neste ponto é que se existir uma *lex permissiva* ao lado das leis preceptivas e proibitivas, então nem sempre a autorização refere uma ação indiferente.

O problema das ações indiferentes pode ser resolvido na filosofia kantiana sob uma interpretação sistemática e lógica. Apesar de algumas passagens que poderiam sugerir o contrário, a partir do texto da *Religião nos Limites da Simples Razão* é possível mostrar que a permissão encontra-se entre as determinações que eliminam a indiferença (cf. BECKENKAMP, 2009a, p. 72). O moralmente indiferente seria aquela ação que nada tem a ver com a legislação moral; mas aquilo que é permitido estabelece relação com essa legislação moral, na medida justamente em que é *permitido* e, portanto, pensado à luz de tal legislação:

“No caso das ações lícitas ou permitidas, no entanto, a própria terminologia já indica sua relação com a legislação moral, pois só são lícitas aquelas ações que não se opõem a nenhuma lei moral, seja prescritiva, seja proibitiva. Nesta medida, Kant pode mesmo falar de uma lei permissiva, ou seja, de uma regra explicitando que toda ação concordante com as leis prescritivas e proibitivas é permitida. Mesmo não comandando nenhuma ação, a permissão estabelece uma cláusula moral de admissão, situando consequentemente as ações meramente permitidas na perspectiva da moralidade.” (BECKENKAMP, 2009a, p. 73)

Decidido que o meramente permitido ou lícito não pertence ao moralmente indiferente, é o caso elucidar suas conexões conceituais. Primeiro, estabelece-se que a *licitude* é um elemento essencial do que é *direito* ou justo, o que é feito com

base no texto da *Metafísica dos Costumes*. Tal conexão é já estabelecida pelas próprias definições que entram nesse jogo: o *permitido* é aquilo que “não contraria uma obrigação” (KANT, 2003, p. 64) e o *ilícito*, por sua vez, é uma ação contrária à lei e, em sua execução, ao dever. *Justo* ou *injusto* (ou correto e incorreto, segundo a tradução de Bini) em geral é um ato enquanto é “se conforma ao dever ou é contrário a este” (KANT, 2003, p. 65). *Justo* e *lícito* ou *permissão* e *ato correto* têm em comum a definição de serem ações que se *conformam* ao dever.

O permitido não pertence ao moralmente indiferente, mas ao mesmo tempo não invade o ético em sentido estrito. A *conformidade ao dever* não implica um caráter eticizante, mas remete à distinção entre o “conforme ao dever” e o “por dever” estabelecida por Kant desde a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Essa mera conformidade ao dever ou à lei pode ocorrer *ou em ações obrigatórias*, nas quais a liberdade está restringida por uma lei prescritiva ou proibitiva, *ou em ações meramente permitidas*:

“No primeiro caso, a mera conformidade ao dever constitui o que é simplesmente devido, enquanto a adoção da lei como máxima de sua vontade constitui mérito moral: “É meritório (*meritum*) o que alguém faz em conformidade ao dever a mais do que lhe pode ser exigido segundo a lei; aquilo que ele faz apenas justamente conforme à lei é devido (*debitum*); por fim, o que ele faz a menos do que exige a lei é culpa moral (*demeritum*).” (MS, AA VI, 227). Essa apreciação vale tanto para a ética quanto para o direito, como ressalta de uma passagem da introdução à doutrina da virtude: “Ainda que a conformidade das ações ao direito (ser um homem direito) não seja algo meritório, a [conformidade] das máximas de tais ações como deveres, i. é, o respeito pelo direito, é meritório.” (MS, AA VI, 390). Quer dizer, fazer o que é direito porque é direito, e não porque há dispositivos externos de coação, constitui um mérito moral. Mas o direito não é definido por esse mérito, e sim pela autorização de constituir aqueles dispositivos de coação externa.” (BECKENKAMP, 2009a, p. 73-74)

No segundo caso, que é o que nos interessa mais diretamente, quando a simples conformidade ao dever se dá em relação às ações meramente permitidas, ela se traduz numa cláusula que exclui as ações ilícitas, mas que deixa as outras

ações a critério do agente. Isto abre o espaço no qual o arbítrio do agente decide o que fazer ou deixar de fazer, desde que se conserve dentro daquilo que é lícito, ou seja, daquilo que não é ilícito. Quando este é o caso, “a conformidade ao dever não implica diretamente uma obrigação ou a submissão a uma lei que ordena ou proíbe ações determinadas” (BECKENKAMP, 2009a, p. 74). Essa liberdade que não está restringida por nenhuma lei proibitiva ou prescritiva e que pode fazer ou deixar de fazer a bel-prazer constitui a *autorização como faculdade moral* em geral, conceito primordial do sistema do direito kantiano.

A autorização como faculdade moral em geral se encontra enunciada no princípio universal do direito que diz: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha [*Willkür*, arbítrio, portanto] de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (KANT, 2003, p. 76-77). Assim, para que a ação seja justa é suficiente que a determinação do arbítrio daquele que a realiza possa coexistir universalmente com as determinações dos arbítrios dos outros. O princípio universal do direito enuncia então que é direito de cada um fazer aquelas ações que não sejam contrárias a uma lei universal e representa, portanto, a autorização mais geral da razão pura.

Mesmo no plano dos conceitos gerais da *Introdução à Doutrina do Direito*, este conceito de uma autorização geral admitirá ainda uma especificação em relação às suas conseqüências para os arbítrios dos outros, ou seja, em relação à sua dimensão externa. A *facultas juridica* constituirá uma autorização não para agir, mas para coagir. A faculdade geral redundará no conceito moral (ou geral) do direito (KANT, 2003, p. 75-76; §B) e a *facultas juridica* redundará no conceito estrito, ou seja, na autorização para coagir (KANT, 2003, p. 77-79; §§ D e E). A demonstração da faculdade de coagir nada acrescenta à faculdade geral apenas explicita seu conteúdo:

“A dedução racional desta autorização de coagir os outros explicita apenas o que está implícito no próprio conceito de licitude ou autorização moral: se minha ação é lícita, quer dizer, não lesa nenhuma determinação lícita de um arbítrio alheio, então a ação decorrente do arbítrio de um outro que impede minha ação ou lesa meu arbítrio é por sua vez ilícita, estando eu autorizado

a lhe opor resistência para impedir que o outro impeça ilicitamente minha ação lícita ou suas consequências.” (BECKKAMP, 2009, p. 75)

Assim, da liberdade lícitamente exercida decorre a obrigação de que outros arbítrios respeitem essa liberdade. Tanto na autorização em sentido amplo como na faculdade de coagir, a autorização precede a obrigação. A faculdade mais geral afirma a licitude daquilo que não se opõe a um preceito ou a uma proibição e é assim capaz de coexistir com a igual liberdade dos outros arbítrios; a faculdade jurídica afirma a ilicitude do que se opõe à ação lícita e acrescenta a autorização para anular o ilícito através da coação; a coação jurídica é, portanto, moralmente possível; é lícita.

O direito é, assim, de acordo com esta leitura, antes de tudo, uma *autorização* da razão prática, seja em relação ao que pode ser feito pelo sujeito sem ferir uma lei proibitiva ou preceptiva, seja em relação à faculdade de coagir.

2.8. Especificidade do Direito Privado

Apesar da terminologia espantosa para os padrões atuais, numa caracterização ampla o direito privado kantiano é uma parte da filosofia prática que trata da licitude moral de possuir algo e de tudo aquilo que podemos ter; é uma filosofia que examina a *racionalidade do ter*.

No texto da Doutrina do Direito, o núcleo do direito privado está nos dez primeiros parágrafos, que tratam do modo de adquirir e de ter algo externo como o seu; a figura normativa central do texto é o postulado jurídico da razão prática (§2 do Direito Privado).

Como já dito antes, a possibilidade de ter algo externo como o meu e a ulterior obrigação que é criada podem mostrar o caminho para entender a

especificidade do direito privado, já que a permissão de ter algo externo como o meu cria o espaço do meu e teu externo e esse conceito remete à divisão do § B, nº 2, da página 83 (KANT, 2003), onde o meu e teu interno e o meu e teu externo correspondem ao direito inato e ao direito adquirido, ambos sendo espécies do que Kant chama de “direito como faculdade”.

Dito de outro modo, a possibilidade de ter algo externo nos conduz a uma determinada definição de direito que é aplicável ao *direito* privado. Essa definição, por sua vez, pode ser facilmente ligada ao argumento central da Doutrina do Direito por meio da interpretação do direito enquanto autorização, examinada no capítulo anterior.

Se a definição do direito como faculdade pode ser ligada àquele núcleo do direito privado, cobrindo todo os seus ramos e ao mesmo tempo ao desenvolvimento central do direito, e, se ela bastar para distinguir o direito privado do direito público, então a definição pode ser entendida como representando a própria especificidade do direito privado. Ora, tais conexões podem ser estabelecidas através do conceito de arbítrio, conforme se passa agora a expor.

2.8.1. O arbítrio e seus objetos

Toda a estrutura do direito kantiano converge para o conceito de arbítrio: de acordo com o conceito moral ou amplo, trata o direito das condições sob as quais o *arbítrio* de um pode ser reunido ao *arbítrio* de outro segundo uma lei universal da liberdade (§B da *Introdução à Doutrina do Direito*). O princípio universal do direito diz que é justa toda ação segundo a qual ou segundo cuja máxima a liberdade do *arbítrio* de cada um pode coexistir com a liberdade do *arbítrio* de qualquer outro segundo uma lei universal (§ C da *Introdução à Doutrina do Direito*). O conceito estrito de direito (§E) é estrito porque não exige outros fundamentos de

determinação do *arbitrio* além dos meramente externos. Por fim, o postulado jurídico da razão prática diz que é permitido ter um objeto externo do *arbitrio* (§2 do Direito Privado; KANT, 2003, p. 92).

Uma caracterização mínima do arbitrio tem de localizá-lo ao lado (ou abaixo) da vontade como uma das determinações da faculdade de desejar. O arbitrio é a faculdade (*Vermögen*) de fazer ou deixar de fazer a bel prazer acompanhada da consciência da faculdade da ação para a produção do objeto (KANT, 2003, p. 62-63); a vontade é “a faculdade do desejo, não tanto em relação à ação (como o é a escolha [arbitrio]), porém mais em relação ao fundamento que determina a escolha para ação” (KANT, 2003, p. 63). Assim, o arbitrio é uma determinação da faculdade de desejar diretamente referida à ação, sem ulteriores mediações, ao contrário da vontade que está referida à ação somente na medida em que lança o fundamento de determinação do arbitrio. A diferença entre as duas determinações pode ser entendida de modo análogo à relação entre o poder legislativo e o poder executivo de um Estado (BECK, 1993, p. 41).

O principal atributo do arbitrio humano é a liberdade. Na *Metafísica dos Costumes* a liberdade em geral compreende sentidos positivo e negativo (KANT, 2003, p. 63). A liberdade no sentido positivo se refere à vontade e consiste na “faculdade da razão pura de ser, por si mesma, prática”. A liberdade negativa é a independência da determinação do *arbitrio* por impulsos sensíveis (KANT, 2003, p. 63). O arbitrio humano embora *afetado* por estímulos sensíveis não é por eles *determinado*. Ademais, a liberdade do arbitrio não pode ser definida pela faculdade de escolha entre agir conforme ou contrário à lei (*libertas indifferentiae*) (KANT, 2003, p. 69). Quer dizer, a liberdade do arbitrio é negativa, mas isso não significa indiferença moral. Apesar de o arbitrio ser livre e poder escolher diversos cursos de ação, tal escolha se dá dentro do que é moralmente possível (lícito).

Sem embargo de sua característica essencialmente executiva, o arbitrio produz um tipo de *princípio prático* (que marca ainda outra distinção em relação à vontade) que são *as máximas*: da vontade, provêm as leis, do arbitrio as máximas (KANT, 2003, p. 68). O arbitrio administra o uso de sua liberdade através de *máximas*, que são princípios subjetivos do querer, em oposição a leis, que são os princípios objetivos. *Máxima* é o princípio *subjetivo* da ação que o próprio sujeito

adota como regra sua (como ele quer agir). O princípio do dever é aquilo que a razão ordena pura e simplesmente, portanto objetivamente (como ele *deve* agir) (KANT, 2003, p. 68).

Sendo o arbítrio uma determinação da faculdade de desejar referida à ação, toda determinação do arbítrio irá desde a representação da ação possível até a própria ação (KANT, 2003, p. 242). Como a ação livre implica um fim – uma matéria do arbítrio -, a máxima teria de ligar as ações aos fins (KANT, 2003, p. 232-233). Contudo, uma vez que no âmbito do direito está excluída a matéria do arbítrio, pois, de acordo com o conceito moral de direito, a relação jurídica no plano dos princípios metafísicos diz respeito apenas à forma do arbítrio, tem-se de considerar em lugar de fins, os *objetos do arbítrio*.

A conceituação dos objetos do arbítrio envolve algumas dificuldades porque está relacionada ao problema da “dedução” da posse jurídica. Nos limitaremos aqui a identificar os elementos essenciais para compreensão da dinâmica da atuação do arbítrio, sem tentar elucidar sua fundamentação.

O fazer do arbítrio é transitivo; quem faz, faz algo. Conforme a definição da *Introdução à Metafísica dos Costumes* (KANT, 2003, p. 62) a ação realizada pelo arbítrio não se confunde com o objeto. O objeto é aquilo que é realizado pela ação (ou seja, não se pode entender que a ação é o objeto do arbítrio).

Inicialmente os objetos são definidos como algo de que “disponho da capacidade física de usar como me agrada, aquele cujo uso está em meu poder” (KANT, 2003, p. 92); mas essa definição é apenas o primeiro passo na demonstração do próprio postulado jurídico da razão prática. Não é necessário analisar esse complexo argumento aqui. Basta dizer que a partir dessa possibilidade física de uso de um objeto e da constatação de que a razão prática ao prescrever leis formais para o uso do arbítrio não pode conter em si mesma uma *proibição* absoluta do uso da liberdade exterior, Kant poderá sustentar que aquele que quer ter algo como o seu deve ter a *posse inteligível* desse objeto.

A partir daí a definição *real* do meu e teu externo será o meu externo é aquilo cujo uso somente me pode ser obstado com lesão, mesmo que eu não tenha a posse física dele (KANT, 2003, p. 95). A possibilidade dessa posse *inteligível* cria o meu e teu externo. O meu e teu externo é onde se encontram todos os objetos externos do arbítrio, ou melhor, “meu e teu externo” designa a totalidade dos objetos externos do arbítrio.

Considerando que “externo” no que diz respeito a um objeto do arbítrio significa aquilo que é distinto de mim (KANT, 2003, p. 91), um objeto externo do arbítrio é então algo distinto de mim sobre o qual a razão autoriza a minha posse inteligível, isto é, autoriza que possa vir a ser objeto da ação do meu arbítrio. Dado que essa posse, sendo inteligível, põe o meu arbítrio em uma relação *jurídica* com os outros arbítrios, pode-se dizer que os objetos externos do arbítrio são os objetos do meu direito.

Tais objetos externos são de três espécies, de acordo com as categorias da substância, da causalidade e da comunidade: uma coisa (corpórea) fora de mim, o arbítrio de um outro em relação a um ato determinado (*praestatio*) e o estado de um outro em relação a mim (KANT, 2003, p. 94).

Esses três tipos de objetos determinarão a divisão superior do direito privado em direitos *reais*, direitos *personais* e direitos *reais de espécie pessoal*. Uma vez que esses três tipos de objetos perfazem *toda* a matéria do direito privado, é fácil ver que todo o direito privado se constrói a partir de um único tipo de ligação, essa única “*possibilidade*” de ter algo externo como o meu.

2.8.2. Permissão e faculdade

A possibilidade de ter algo externo é formulada pelo postulado jurídico da razão prática do seguinte modo:

“É possível, para mim ter qualquer objeto externo de minha escolha [arbítrio] como meu, isto é, uma máxima segundo a qual, se fosse para se tornar uma lei, um objeto de escolha [arbítrio] teria *em si mesmo* (objetivamente) que pertencer a ninguém (*res nullius*), é contrária à lei.” (KANT, 2003, p. 92)

Se podemos interpretar essa “possibilidade” como possibilidade prática, isto é, como “licitude” (de acordo com o que foi visto no Capítulo 2.7), então ela é apenas mais uma determinação daquela autorização em sentido amplo. Mas enquanto a autorização moral em geral, formulada no princípio universal do direito é uma noção ampla e abstrata, afirmando apenas que uma ação é justa se pode coexistir com a liberdade dos outros arbítrios, o postulado jurídico da razão prática aplica aquela autorização aos objetos externos do arbítrio.

Nessa perspectiva dos objetos do arbítrio, o meu e teu externo se contrapõe ao meu e teu interno. De acordo com o §B da página 83 (KANT, 2003), o meu e teu interno e o meu e teu externo correspondem ao direito inato e ao direito adquirido. No caso do direito inato, a autorização em sentido amplo é aplicada a objetos *internos* do arbítrio, no caso do direito adquirido - direito privado - a autorização recai sobre os objetos *externos*. O direito inato – a liberdade – não carece de postulado e tem um desenvolvimento analítico. O direito adquirido incidindo sobre objetos externos implica uma posse inteligível e através do postulado acima transcrito estabelece que é justo ou lícito – é *permitido* – ter um objeto externo do arbítrio.

No que diz respeito ao objeto do direito privado, o direito adquirido, isto é, ao meu e teu externo, a partir do que foi visto sobre o arbítrio é possível compreender sua definição como “direito como faculdade”. O conceito de licitude enquanto relacionado a figuras normativas, como o postulado jurídico (*lex permissiva*) e a lei universal do direito, aparece como permissão ou autorização. Mas essa permissão ou autorização não teria sentido se em relação a ela não existisse um correspondente no ânimo humano. Ora, a atuação típica do arbítrio humano se dá no espaço aberto pela liberdade negativa (que, como já visto, não é uma liberdade de indiferença) onde o arbítrio é afetado, mas não determinado pelos impulsos sensíveis. Dentro deste limite o arbítrio pode escolher e tomar diversos cursos de ação; pode fazer ou deixar de fazer a bel prazer; se sua atuação concorda com a

liberdade dos outros sob uma lei universal, ele está *no seu direito*. No terreno do direito privado, quando o arbítrio se determina a ter algo externo como o seu – e a isto ele não está obrigado, faz a bel prazer – e se tal determinação concorda com a liberdade dos outros arbítrios sob uma lei universal, obriga com isto todos os outros a se absterem daquele objeto e autoriza ainda o uso da coação.

Direito como faculdade é assim, visto sob o ângulo do ânimo humano, o correlato da autorização vista sob o ponto de vista da legislação prática.

2.8.3. Faculdade como especificidade do direito privado

Mas por quê a definição do direito privado, sua especificidade, tem de ser localizada na *faculdade* e não na *autorização* correspondente? A resposta a essa questão passa pela consideração do direito privado em relação ao estado de natureza. O direito privado existe já no estado de natureza, e no estado de natureza somente existe o direito privado (de acordo com o §41). Dito de outro modo, para pensar o direito privado kantiano não é preciso supor um estado civil. Mas é o estado civil que introduz a justiça distributiva e “as condições nas quais, exclusivamente, todos são capazes de fruir seus direitos” (KANT, 2003, p. 150; §41) a “coação legal externa pública” (§44), e uma *legislação* pública (§9 do Direito Privado; KANT, 2003, p. 102). Toda aquisição de algo externo será meramente provisória enquanto não tiver a seu favor a sanção de uma lei pública (§44). O próprio Estado é a união de uma multidão de homens “submetida leis jurídicas” (§45) e o direito público, que é introduzido pelo Estado, “é um conjunto das leis que necessitam de uma promulgação universal” (§43).

Sendo o Estado que introduz o poder legislativo, é fácil de ver que antes da instituição de um Estado com um poder legislativo não há um certo tipo de leis. Se o direito privado pode ser pensado inteiramente no estado de natureza, isto significa

dizer que pode ser pensado *sem supor uma legislação produzida por um poder legislativo estatal*. Lei universal do direito e *lex permissiva* são então leis “do direito” certamente, pois referem o uso externo da liberdade pelos arbítrios, mas ao mesmo tempo não se pode dizer que sejam leis “jurídicas” já que não são produzidas por um legislador externo, nem sequer pressupõem um tal legislador. Evidentemente tais leis “do direito” no estado de natureza também não se fazem acompanhar de uma coação, pelo menos não de “uma coação legal e pública” como a que será instituída pelo Estado.

Além disso, por tratar-se de leis permissivas (tanto o postulado como a lei universal) essas leis não obrigam (não obrigam *juridicamente*) a uma ação determinada, apenas estabelecem critérios para a licitude deixando ao arbítrio das pessoas dirigir-se para essa ou aquela ação. Como já visto, a obrigação somente surge após estabelecida a permissão. A permissão na lei não pode ser a fonte de uma obrigação propriamente jurídica. A fonte da obrigação jurídica será aqui o direito de cada um de agir a bel-prazer (desde que satisfazendo o critério da reciprocidade, evidentemente) e de ter algo externo como o seu, o poder ou direito conferido a cada um, a *faculdade*.

A obrigação e os deveres jurídicos surgem das faculdades ou do exercício das faculdades e não da lei; por isso, a determinação do direito privado no estado de natureza recai sobre a faculdade e não sobre a autorização. Ademais, na medida em que as leis no estado de natureza, ainda que se refiram à *liberdade externa*, são leis da razão (não de um poder legislativo) e, assim, ainda de qualquer forma leis “internas”, é preciso reconhecer que o momento da exterioridade, exigido pelo conceito de direito, não recai sobre a legislação e sim sobre a atuação do arbítrio.

Se a especificidade do direito privado se localiza na faculdade, cabe questionar se o outro membro da divisão do direito como faculdade, o direito inato, faz parte também do direito privado. Algumas considerações parecem sugerir que o direito inato não pode ser colocado no direito privado. Primeiro, porque o direito inato não tem o mesmo peso lógico que as faculdades decorrentes do postulado jurídico da razão prática em relação aos objetos externos. Com efeito, o direito inato é a própria liberdade do arbítrio em relação aos outros arbítrios (KANT, 2003, p. 83) e portanto uma das condições para qualquer direito adquirido. Em realidade esse

direito, sendo inato, faz parte da própria pessoa, por assim dizer; não pode ser dela separado sem que se cometa um ilícito. Enquanto o direito privado trata dos objetos externos e livremente circuláveis, uma eventual alienação da própria liberdade do arbítrio (e não de um ou alguns atos do arbítrio como acontece no direito privado) equivaleria a alienar uma parte da pessoa⁵³. Por outro lado, que a liberdade seja também um direito ao lado de outros direitos significa que daí podem ser derivadas obrigações *jurídicas* (coercitivas) e que, assim, recai no âmbito de proteção *jurídica*. Embora seja sem dúvida um direito *individual* (neste sentido talvez privado) e anterior à instituição de um estado civil, não parece correto colocá-la ao lado das autorizações do direito privado.

Se isto está correto, então a especificidade do direito privado pode ser localizada na faculdade do arbítrio em relação aos objetos externos. Assim, todo o direito privado se conceitua a partir da faculdade, mas nem toda faculdade faz parte do direito privado. O direito privado é uma série de faculdades em relação aos objetos externos.

2.9. A Especificidade do Direito Público

A definição do direito público é a seguinte (§ 43):

“O conjunto das leis que necessitam ser promulgadas, em geral a fim de criar uma condição jurídica, é o *direito público*. O direito público é, portanto, um sistema de leis para um povo [...]” (KANT, 2003, p. 153)

⁵³ O direito inato kantiano é verdadeiramente o “direito de ter direitos” ou “direito de adquirir direitos”. Se é possível (juridicamente possível, correto) adquirir direitos então a qualquer direito adquirível precede o direito de adquirir direitos. Tendo em mente que o conteúdo do direito inato de Kant é a liberdade do arbítrio, sua construção pode ser proveitosamente comparada com a exposta por H. L. A. Hart em “Are There Any Natural Rights?” (HART, 1984).

A definição do direito público como conjunto de leis é bastante presente na *Metafísica dos Costumes*, aparecendo já no “Quadro da divisão da Doutrina do Direito” (KANT, 2003, p. 56). Mesmo em outros textos em que Kant tratou do direito público a definição é mais ou menos a mesma. No texto *Sobre a Expressão Corrente: Isto Pode Ser Correto na Teoria, Mas Nada Vale na Prática*, por exemplo, cuja parte II toda trata do direito público, também se encontra a mesma definição do direito público como o “conjunto das leis externas” (KANT, 1999, p. 290).

Essa definição não apresenta tanta complexidade quanto a do direito privado. Para que ela possa ser tomada como a própria especificidade do direito público, basta mostrar que ela é coerente com o argumento principal da Doutrina do Direito, especialmente a transição do estado de natureza ao estado civil.

O direito privado estabelece que “é possível ter algo externo como o meu”. Porém, ter algo externo como o meu só é possível numa posse inteligível, isto é, numa relação de natureza jurídica e não fática ou de simples apreensão de objetos. O modo correto de ter algo externo é ter a posse inteligível sobre o objeto, ou, dito na linguagem corrente, o modo correto de ter alguma coisa externa é ter direito sobre essa coisa (§7). Mas quando declaro que quero ter algo externo como o meu, declaro ao mesmo tempo “declaro com isso que todos os demais estão obrigados a se absterem do uso daquele objeto da minha escolha [arbítrio]”. Exatamente neste ponto do argumento kantiano se encontra a passagem do “eu quero” do arbítrio individual (sob uma lei universal da razão, no entanto) para uma vontade universal comum:

“Esta pretensão, entretanto, envolve o reconhecimento de que eu, por minha vez, estou obrigado em relação a todo outro a me abster de usar o que é externamente seu, pois a obrigação aqui surge de uma regra universal que tem a ver com relações jurídicas externas. Não estou, por conseguinte, obrigado a deixar intocáveis objetos externos pertencentes a outros, a menos que todos os demais me proporcionem garantia de que se comportarão segundo o mesmo princípio com respeito ao que é meu.” (KANT, 2003, p. 101)

A vontade unilateral (mesmo sob uma lei universal, vale frisar) não pode servir de lei coercitiva para todos em vista de uma posse externa (MS, AA VI, 256). É preciso uma vontade que obrigue a cada um dos outros, isto é, uma vontade universal (comum) coletiva e detentora do poder:

“Assim, é somente uma vontade submetendo todos à obrigação, conseqüentemente somente uma vontade coletiva e geral (comum) e poderosa é capaz de suprir a todos tal garantia. Contudo, a condição de estar submetido a uma legislação externa geral (isto é, pública) acompanhada de poder é a *condição civil*.” (KANT, 2003, p. 101)

O argumento kantiano conclui que só pode haver um meu e teu externo no estado civil, formulando o corolário do §8 do Direito Privado, segundo o qual, se deve ser juridicamente possível ter um objeto externo como o seu, então tem de ser também permitido ao sujeito obrigar cada um dos outros com quem se chega a uma disputa do meu e teu a respeito de tal objeto, a entrar juntamente com ele em uma constituição civil.

Não é preciso avançar além deste ponto no argumento. Para aquele arbítrio que, exercendo sua faculdade – seu direito – de querer algo externo como o seu, seja coerente consigo mesmo sob uma lei universal, é preciso que ele conceda reciprocidade na obrigação e ao conceder reciprocidade aos outros arbítrios surge a necessidade de uma vontade comum. Ora essa vontade comum expressar-se-á em forma de leis, no caso, leis jurídicas.

Assim, daquele direito como faculdade no estado de natureza, a partir do qual já se pode construir todas as figuras do direito privado, Kant tira esta outra determinação, a forma pública. A forma de o direito ser público é ser um conjunto de leis.

CONCLUSÕES

A partir do que foi visto no presente estudo, podemos fazer algumas afirmações sobre a divisão do direito privado e direito público na doutrina de Kant.

1. Não é correto afirmar que Kant ao dividir o seu sistema em direito privado e direito público estava seguindo uma tradição dos jusnaturalistas. Dos jusnaturalistas citados por Kant apenas Achenwall fez uso da distinção direito privado e direito público, e ainda assim o fez de um modo muito diferente, tanto do ponto de vista estrutural quanto do ponto de vista de definições. Em realidade, até onde pudemos apurar Kant foi o primeiro ou o único a dividir todo o seu sistema e em privado e público.

2. De outro lado, não se pode dizer que a divisão direito privado e direito público seja uma dicotomia para Kant. Na construção da divisão superior, o que importa na forma do sistema kantiano não é a existência de uma sociedade qualquer, mas de uma união criada em razão do direito, que é a criação de um estado civil e, assim, tem-se apenas duas situações em que se deve considerar o homem – ou ele se encontra em um estado não-jurídico ou ele se encontra em uma condição jurídica. Na forma mais geral do sistema não há espaço para o “direito social” e nem para um estado de natureza sem sociedade alguma. Rejeitando Achenwall, para Kant questão é, em primeiro lugar, estabelecer dois estados ou condições contrapostos e, depois, apontar também qual é o direito próprio, ou melhor, a forma típica do direito, de um e do outro estado. Enquanto o estado de natureza contrapõe-se muito clara e radicalmente ao estado civil, até mesmo como

uma dicotomia, já que um é o estado jurídico, outro o estado não-jurídico, tal contraposição não pode ser estendida – nem com base no texto invocado por Norberto Bobbio, nem com base em qualquer outra passagem da Doutrina do Direito – a direito privado e direito público. Em realidade, para Kant, na passagem de um estado não-jurídico para um estado jurídico, isto é, quando se estabelece um estado civil, o direito privado não é eliminado. Ao contrário, ele se conserva materialmente, ainda que esta passagem para o estado civil determine uma alteração de forma do direito. Ainda que se tenha de admitir que no estado de natureza kantiano só pode existir direito privado, daí não se tira a proposição de que no estado civil só existe direito público ou que não existe direito privado. O domínio do direito público não se constrói a partir da simples negação do direito privado. Embora Bobbio tenha colocado em termos corretos o problema ao chamar a atenção para a necessidade da caracterização a priori da divisão privado/público, ele acabou sucumbindo ao pensamento de jurista, ao supor que o direito privado e o direito público constituem uma dicotomia e projetar essa suposição na Doutrina do Direito.

3. O entendimento da divisão direito privado e direito público na doutrina kantiana, uma vez liberado da forma da dicotomia, parte da consideração de duas definições apresentadas por Kant. Essas duas definições – a faculdade e o conjunto de leis – são qualificadas a constituir a especificidade do direito privado e do direito público, respectivamente. A partir da interpretação que apresenta o direito como *autorização* da razão prática a definição do direito privado enquanto direito como faculdade se enquadra em uma leitura sistemática. Através do conceito de arbítrio é possível mostrar que o direito como faculdade cobre todas as espécies do direito privado. Direito como faculdade é, visto sob o ângulo do ânimo humano, o correlato da autorização vista sob o ponto de vista da legislação prática. A especificidade do direito privado pode ser localizada na faculdade do arbítrio em relação aos objetos externos. O direito privado é uma série de faculdades em relação aos objetos externos.

A vontade unilateral (mesmo sob uma lei universal, vale frisar) não pode servir de lei coercitiva para todos em vista de uma posse externa. Para tanto é preciso uma vontade que obrigue a cada um dos outros, isto é, uma vontade universal (comum) coletiva e detentora do poder. Se deve ser juridicamente possível ter um objeto externo como o seu, então tem de ser também permitido ao sujeito

obrigar cada um dos outros com quem se chega a uma disputa do meu e teu a respeito de tal objeto, a entrar juntamente com ele em uma constituição civil. Para aquele arbítrio que, exercendo sua faculdade – seu direito – de querer algo externo como o seu, seja coerente consigo mesmo sob uma lei universal, é preciso que ele conceda reciprocidade na obrigação e ao conceder reciprocidade aos outros arbítrios surge a necessidade de uma vontade comum. Ora, para Kant essa vontade comum expressar-se-á em forma de leis, no caso, leis jurídicas. Assim, daquele direito como faculdade no estado de natureza, a partir do qual já se pode construir todas as figuras do direito privado, Kant tira esta outra determinação, a forma pública. A forma de o direito ser público é ser um conjunto de leis.

O direito privado consiste numa série de autorizações ou faculdades, o direito público num conjunto de leis ou uma série de mandamentos e proibições. Embora o estado civil seja e negação do estado de natureza, o direito público não se constrói como negação do direito privado, antes, o afirma e garante. No estado de natureza existem direitos (faculdades) cuja legitimidade do ponto de vista racional é tão elementar que podem ser pensadas sem pressupor um legislador externo, apenas uma razão prática cujo objeto são as relações externas de seres cujos arbítrios são livres. É a existência desses direitos que impõe a necessidade da criação de um estado civil, o que significa, primordialmente, a criação de uma legislação jurídica positiva e do correlato aparelho de coação. Direito privado e direito público não constituem uma dicotomia, nem se reduzem à distinção direito natural e direito positivo. Na medida em que remetem a “faculdade” e “conjunto de leis”, pelo menos no nível do direito natural desenham um sistema que não é composto apenas de imperativos.

ANEXO. Excurso Sobre a Lógica de Direito Privado e Direito Público

Se o que vimos nos capítulos 2.8 e 2.9 *supra* está correto, então as respectivas especificidades do direito privado e do direito público revelam, aparentemente, uma grande disparidade entre si: de um lado, *faculdades*, de outro, *um conjunto de leis*. O direito como faculdade é um conceito associado à ação do arbítrio em relação aos objetos externos e o direito como “um conjunto de leis” aponta evidentemente para o aspecto estritamente normativo e relacionado a uma “vontade comum”.

A disparidade de tais conceituações é apenas aparente. A distinção pode ser associada, num nível mais elementar, a dois sentidos básicos da palavra direito. Sob este aspecto, ocorre simplesmente que a palavra “direito” nas expressões “direito privado” e “direito público” não é tomada no mesmo sentido. Com efeito, é uma característica das línguas neolatinas, mas também do alemão, o uso de *direito* e equivalentes (Recht, droit, diritto, derecho) nos sentidos “subjetivo” que designa uma ação ou omissão que posso fazer ou deixar de fazer de acordo com meu arbítrio – facultativamente -, e objetivo, que designa “lei” ou “conjunto de leis” obrigatórias. O significado subjetivo revela-se em expressões como “é meu direito”, “tenho direito”; o significado objetivo pode ser observado quando se diz “o direito brasileiro”, “o direito francês” “o direito imobiliário”, etc. Neste nível elementar a disparidade das definições de direito privado e direito público pode ser explicada pelo simples uso da linguagem. Na expressão direito privado a carga semântica de “direito” aponta para direito como faculdade, em direito público aponta para “conjunto de leis”. Sob este aspecto, o problema da distinção entre direito privado e direito público é apenas mais uma versão da sempre reiterada confusão de usar uma palavra em dois sentidos diferentes.

Num nível um pouco menos elementar, a aparente heterogeneidade da distinção faculdade/conjunto de leis aponta para um domínio lógico. A determinação fundamental do direito privado, sendo a faculdade da qual é portador o arbítrio, traduz-se, como já visto, numa ação lícita, meramente permitida. A *lex permissiva* não cria uma obrigação em relação à ação, ela apenas garante a racionalidade da permissão. A dimensão da obrigatoriedade estritamente jurídica (que se apóia em um móbil totalmente externo) somente pode ser implementada com a criação de um Estado com um poder legislativo e toda a estrutura necessária para concretizar a coação. Assim, em relação à ação, o direito privado é um domínio de ações permitidas, mas o direito público introduz no direito um domínio de ações ordenadas e proibidas, de *imperatividade*.

O direito privado se caracteriza por uma ampla liberdade do arbítrio em se determinar em relação a uma ação, o direito público como um conjunto de leis cujo cumprimento é assegurado por um aparato coativo, e pode, assim, introduzir no mundo das relações externas as ações proibidas e ordenadas. Se esse direito público não nega ou elimina o direito privado e se o direito privado é uma série de permissões, resulta que no modelo jurídico de Kant existem permissões ao lado de ordens e proibições. Ora, que num sistema de direito se encontrem ordens e proibições pode ser considerado trivial, mas a lógica do modelo kantiano tem na permissão ou faculdade um valor fundamental.

Mas vale lembrar que estamos aqui ainda no terreno do direito natural, restando aberta a possibilidade de indagar se num sistema de direito positivo ou estatutário as permissões mantêm esse status fundamental, ou se, ao contrário, as permissões passam a ser construídas por meio de imperativos – proibições e ordens.

Uma vez identificada a especificidade do direito privado na permissão ou faculdade e a especificidade do direito público num conjunto de leis ou mandamentos e proibições, é possível associar a filosofia do direito de Kant a outra discussão que percorre a história das doutrinas jusfilosóficas. Pois, ao invés de colocar Kant numa tradição jusnaturalista para a qual a divisão do direito em privado e público é (supostamente) trivial, faz mais sentido inserí-lo numa tradição que discute antes de tudo a relação das leis com as permissões ou liberdades. Dessa

tradição, podemos aqui apenas indicar alguns dos passos fundamentais, a título de excursão. Ela começa também nos textos do direito romano. Nas *Institutas* encontra-se o seguinte fragmento (I. 1. 3. 1.): “A liberdade (da qual se chamam *liberi* os filhos), é a faculdade natural daquele a quem é lícito fazer tudo o quanto deseja, a não ser que seja impedido pela força ou pelo direito”⁵⁴. No Digesto, um fragmento de Modestino (D. 1. 7. 3) garante que uma das virtudes da lei, além de proibir, ordenar e punir, é justamente *permitir* (*permittere*). Durante a Idade Média, a permissão será discutida na questão da distinção entre o comando e o conselho (BOBBIO, 1999, p. 182).

Mas é com Grotius, no *Iure Belli ac Pacis*, que a formulação aproxima-se bastante da conceituação kantiana. Se, para Grotius, por um lado, como já visto, o direito não se divide em privado e público, por outro lado, um dos significados da palavra *ius* denota justamente “uma qualidade moral ligada ao indivíduo para possuir ou fazer qualquer coisa justa” (I, I, IV). Essa faculdade que “os juristas chamam pelo nome de *seu*” (I, I, V) e que corresponde àquele direito estrito (capítulo 2.2 retro) contém

“tanto o poder sobre si mesmo – que chamamos liberdade – quanto o poder sobre os outros, tal como o pátrio poder; o poder dominical; o poder pleno e completo ou o domínio menos perfeito como o usufruto, [...]; e o direito de crédito ao qual corresponde a obrigação [debitum].” (GROTIUS, 2004, p. 35-36)

Ora, a faculdade de Grotius corresponde, de um lado, à liberdade do arbítrio, ou o direito inato de liberdade e de outro ao direito privado, com os direitos reais, de família (paternal) e os direitos pessoais (de crédito). Mas para Grotius a permissão não é um efeito da lei, mas uma efeito da ausência de lei (I, I, IX), opinião seguida por Christian Thomasius no § VI do Capítulo V do Livro I dos *Fundamentos de Derecho Natural y das Gentes* (1994, p. 212).

⁵⁴ A tradução é do lente de direito romano da USP, Spencer Vampré (In: JUSTINIANO, 1915, p. 11). O original diz: Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur.

Nessa linha torna-se possível ligar o direito de Kant também à filosofia do *Leviathan* de Thomas Hobbes, cuja lógica, no entanto, exclui a possibilidade de uma *lex permissiva*:

“For though they that speak of this subject, use to confound Jus, and Lex, Right and Law; yet they ought to be distinguished; because RIGHT, consisteth in liberty to do, or to forbear; Whereas LAW, determineth, and bindeth to one of them: so that Law and Right, differ as much, as Obligation, and Liberty; which in one and the same matter are inconsistent.” (HOBBS, 1985, p. 189)

Sob este ponto de vista, a contribuição da Doutrina do Direito de Kant seria além da afirmação da possibilidade de uma *lex permissiva*, a associação das permissões ao direito privado e dos mandamentos e proibições ao direito público.

REFERÊNCIAS

ACHENWALL, G. **Juris naturalis pars posterior complectens jus familiae, jus publicum et jus gentium**. Editio Quarta Emmendatior. Göttingen: Bossiengelil, 1759 [fotocópia digital, publicada pelo projeto Google Books].

ACHENWALL, G & PÜTTERI, J. S. **Elementa Iuris Naturae**. Göttingen: Wilhelm Schmidt, 1750 [fotocópia digital, publicada pelo projeto Google Books].

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituzioni di Diritto Romano**. Undecima edizione riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma Perspectiva Luso-Brasileira**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

BECKENKAMP, J. **Sobre a moralidade do direito em Kant**. In: etic@. Vol.VIII, nº1, p 63-83, 2009 a.

BECKANKAMP, J. **Introdução à Leitura da Doutrina do Direito de Kant**. Texto inédito, de 61 folhas. 2009 b.

BECKENKAMP, J. **O Direito como Exterioridade da Legislação Prática da Razão em Kant**. In: etic@. Vol.II, nº2, 2003. p. 111-131.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Unb, 1984.

BOBBIO, Norberto. **Estudos Sobre Hegel**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques e Nelson Coutinho. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 1991.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Tradução e notas de Edson Bini, Marcio Pugliese e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BONFANTE, Pietro. **Instituzioni di Diritto Romano**. 10ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1951.

CRUZ, Sebastião. **Direito Romano (*Jus Romanum*)**. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1984.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

D'ORS, J. A. **Elementos de Derecho Privado Romano**. 3ª ed. Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, 1992.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de António José Brandão, revista e atualizada de acordo com a 10ª edição italiana por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. 4ª ed. 2 volumes. 1º volume. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1972 a.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de António José Brandão, revista e atualizada de acordo com a 10ª edição italiana por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. 4ª ed. 2 volumes. 2º volume. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1972 b.

DERATHÉ, Robert. **Jean-Jacques Rousseau e a Ciência Política de seu Tempo**. Tradução de Natalia Maryama. São Paulo: Discurso Editorial/Barcarolla, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Edição Estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRIEDRICH, Carl Joachim. **The Philosophy of Law in Historical Perspective**. 2ª Ed. Chicago: University of Chicago Press/Phoenix, 1963.

GARRIDO, Manuel J. Garcia. **Derecho Privado Romano. Acciones, Casos, Instituciones**. 6ª ed. Madrid: Dykinson, 1995.

GIBBON, Edward. **The Decline and Fall of the Roman Empire**. Volume I. Chicago: Encyclopaedia Britannica [The Great Books of The Western World vol. 40], 1952 a.

GIBBON, Edward. **The Decline and Fall of the Roman Empire**. Volume II. Chicago: Encyclopaedia Britannica [The Great Books of The Western World vol. 41], 1952 b.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Les Principes Philosophiques Du Droit Politique Moderne**. Paris: PUF, 1997.

GOYARD-FABRE, Simone. **Philosophie Critique et Raison Juridique**. Paris: PUF, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. **Les Fondements de l'Ordre Juridique**. Paris: PUF, 1992.

GLÜCK, Christian Friedrich von. **Commentario alle Pandette**. Libro Primo. Tradotto ed Arrichitto di Copiose Note e Confronti col Codice Civile Del Regno d'Italia da Contardo Ferrini. Milano: Leonardo Vallardi, 1888.

GREGOR, Mary. **Kant on "Natural Rights"**. In: BEINER, R. e BOOTH, W. J. (orgs.). *Kant & Political Philosophy. The Contemporary Legacy*. New Haven: Yale University Press, 1993.

GROTIUS, Hugo. **Le Droit de la Guerre et de la Paix**. Tradução de P. Pradier-Fodéré, editado por Denis Alland e Simone Goyard-Fabre. Paris: PUF (Quadrige), 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à Ciência do Direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

HARDING, Alan. **Medieval Law and the Foundations of the State**. London: Oxford University Press, 2001.

HART, H. L. A. **Are There Any Natural Rights?** In: WALDRON, Jeremy. [org.] *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

HRUSHKA, Joachin. **The Permissive Law of Practical Reason in Kant's "Metaphysics of Morals"**. In: *Law and Philosophy*, Vol. 23, No. 1, p. 45-72, 2004.

HOBBS, Thomas. **The English Works of Thomas Hobbes**. Edited by W. Molesworth. 11 vols. London: John Bohn, 1839.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Edited and With an Introduction by C. B. MacPherson. London: Penguin Classics, 1985.

HOBBS, Thomas. **Elements of Law**. Edited by F. Tönnies. Cambridge: Cambridge, 1928.

JÖRS, Paul & KUNKEL, Wolfgang. **Derecho Privado Romano**. Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1957.

JUSTINIANO. **The Digest of Justinian**. Translated by Charles Henry Moro. Vol. I. Cambridge: Cambridge University Press, 1904.

JUSTINIANO. **Corpus Iuris Civilis. Volumen Primum. Institutiones. Digesta**. Editio Stereotypa Quinta Decima. Edição organizada e editada por KRUEGER, Paul e MOMMSEN, Theodor. Berlim [Berolini]: Weidmannos, 1928.

JUSTINIANO. **Les Cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien**. Tradução de M. Hulot. Tome Premier. Paris: Rondonneau, 1803.

JUSTINIANO. **Institutas do Imperador Justiniano**. Traduzidas e Comparadas com o Direito Civil Brasileiro por Spencer Vampré. São Paulo: Editora Livraria Magalhães, 1915.

KANT, Immanuel. **Kants gesammelte Schriften**. Elektronischen Ausgabe der Schriften Immanuel Kants nach den Bänden I-XIII der Akademie-Textausgabe. CD-ROM version 12. Bonn: Bonn Universität, 1998.

KANT, Immanuel. **Lectures on Ethics**. Edited by Peter Heath & J. B. Schneewind. Translated by Peter Heath. The Cambridge Edition of The Works of Immanuel Kant. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KANT, Immanuel. **Lectures on Logic**. Edited and Translated by J. Michael Young. The Cambridge Edition of The Works of Immanuel Kant. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

KANT, Immanuel. **Practical Philosophy**. Translated Edited and by Mary J. Gregor. The Cambridge Edition of The Works of Immanuel Kant. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução e textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. Tradução de Joãozinho Beckenkamp, da primeira edição (Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1797), com o texto estabelecido pela edição da Academia Prussiana de Ciências. Inédita.

KANTOROWICZ, Ernst H. *La Royauté Médiévale Sous le Impact d'Une Conception Scientifique Du Droit*. **Philosophie** n° 20, p. 48-72. Paris: Les Editions Du Minuit, 1988.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRIEGER, Leonard. **Kant and the Crisis of Natural Law**. In: *Journal of the History of Ideas*, Vol. 26, No. 2, p. 191-210, 1965.

LANGER, Susanne K. **An Introduction to Symbolic Logic**. 3ª ed. New York: Dover, 1967.

LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos. Introdução aos Sistemas Jurídicos Europeus e Extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEIRA, Silvio A. B. **História e Fontes do Direito Romano**. São Paulo: Saraiva/USP, 1966.

MOMMSEN, Theodor. **Compendio de Derecho Publico Romano**. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1942.

ORTS, Adela Cortina. **Estudio Preliminar**. In: KANT, I. *La Metafísica de las Costumbres*. Traducción e notas de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1994.

PETIT, Eugène. **Traité Élémentaire de Droit Romain**. Neuvième Édition Revue et Augmentée. Paris: Rousseau et Cie. Editeurs, 1925.

PHILONENKO, A. **Introduction**. In: KANT, I. *Métaphysique des Moeurs*, 1ère. Partie. *Doctrine du Droit*. Paris: J. Vrin, 1993.

PIPPIN, Robert B. **Mine and Thine? The Kantian State**. In: GUYER (ed.). *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy*. New York: Cambridge University Press, 2006.

POLETTI, Ronaldo. **Elementos de Direito Romano: Privado e Público**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946. Tomo I**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo I**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

PUFFENDORF, Samuel. **Les Devoires de L'Homme et du Citoyen, tels qu'ils sont prescrits par la Loi Naturelle**. Tome Premier. Paris: Delastre-Boulage, 1822.

PUFENDORFII, Samuel. **De Officio Hominis et Civis secundum Legem Naturalem, Libri Duo**. Tomus Primus. Batavorum: Samuel et Johannis Luchtman, 1769.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 1º Volume. O Direito. São Paulo: Max Limonade, 1952.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social, précédé de Discours sur l'Économie Politique et de Du Contrat Social Première Version et suivi de Fragments Politiques**. Text établi, présenté et annoté par Robert Derathé. Paris: Gallimard, 2008.

SILVEIRA, V. César da. **Dicionário de Direito Romano. 1º volume A a J**. São Paulo: José Bushatsky, 1957 a.

SILVEIRA, V. César da. **Dicionário de Direito Romano. 2º volume K a Z**. São Paulo: José Bushatsky, 1957 b.

SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SYPNOWICH, Christine. **The Concept of Socialist Law**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

SCHANBACHER, D. **Rezeption, juristische**. In: Historisches Wörterbuch der Philosophie Band 8. Herausgegeben von Joachim Ritter, Karlfried Gründer und Gottfried Gabriel. Basileia: Schwabe, 1992.

TERRA, Ricardo R. **A Política Tensa. Idéia e Realidade na Filosofia da História de Kant**. São Paulo: Iluminuras, 1995.

THOMASIIUS, Christian. **Fundamentos de Derecho Natural y das Gentes**. Estudio Preliminar de Juan José Gil Fernandes. Traducción de Salvador Rus Rufino e M.ª Asunción Sánchez Manzano. Madrid: Tecnos, 1994.

TIERNEY, Brian. **Permissive Natural Law and Property: Gratian to Kant.** In: *Journal of the History of Ideas*, Vol. 62, No. 3, p. 382-399, 2001.

TIMMONS, Mark [org.]. **Kant's *Metaphysics of Morals*. Interpretative Essays.** New York: Oxford, 2004.

TUCK, Richard. **Natural Rights Theories. Their Origin and Development.** Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

TRAVESSONI, Alexandre (coord.). **Kant e o Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno.** Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. Notas revistas por Eric Desmons. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VILLEY, Michel. **Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit.** Nouvelle Édition. Paris: Dalloz, 1962.

VILLEY, Michel. **Preface: La Doctrine du Droit Dans L'Histoire de la Science Juridique.** In: KANT, I. *Métaphysique des Moeurs*, 1^{ère}. Partie. *Doctrine du Droit*. Paris: J. Vrin, 1993.

WALDRON, Jeremy. [org.] **Theories of Rights.** Oxford: Oxford University Press, 1984.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WILLASCHEK, Marcus. **Kant on Rights Without Ethics.** Reflexions on Kant's Conception of 'Strict Right' in the *Metaphysics of Morals*. Publicado na página da Universidade de Frankfurt: <http://www.philosophie-uni-frankfurt.de/lehrede_index/Homepage_Willaschek/ [...]>, acessado em maio de 2009.