

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 137

janeiro/março – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Uma visão do Direito: Direito Público e Direito Privado

SEBASTIÃO ALVES DOS REIS

O Direito é um fato histórico-cultural, dinâmico e dialético, que se forma e se desenvolve, estrutura-se e aperfeiçoa-se, multifurca-se, em um esforço permanente, no tempo e no espaço, modelando-se numa unidade sistemática, num todo orgânico, refletindo a vida do homem em sociedade, na sua homogeneidade e diversificação.

Configura uma realidade humana e universal, ordenada normativamente, objeto de conhecimento científico, enquanto fato social, bem como filosófico, enquanto idéia, conceito, produto da razão, do sentimento de justiça, da consciência e experiência jurídica, enfim, o Direito na sua imanência e transcendência, na sua ontologia e nos seus valores. Seus desígnios consistem na disciplina da convivência social e da conduta do homem, enquanto membro da sociedade política, a realização dos compromissos com os ideais de justiça e de respeito à dignidade humana, sendo de acentuar-se que a experiência jurídica desdobra-se, amplia-se, afirma-se e reafirma-se numa tensão contínua de valores, que se implicam e se exigem, numa íntima correlação, num nexó lógico entre o Direito e a vida.

No seu processo institucional e sociológico de criação e de evolução, na sua elaboração científica e construção lógica, na sua fenomenologia geral, exposto às transformações políticas, culturais e sócio-econômicas, em diferentes épocas e lugares, o Direito, alterando teses e antíteses, compondo sínteses, estrutura-se em princípios induzidos do seu sistema orgânico, formula regras dispositivas e coativas, modela, formal e materialmente, seus institutos, normatiza fatos e valores, concebe doutrinas que o informam e edita jurisprudência que o fecunda e renova.

Sebastião Alves dos Reis é Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFMG, Membro do Conselho Superior do Instituto dos Advogados – MG, Membro da Academia Internacional de Direito e Economia e Presidente do Centro Jurídico Brasileiro (CJB).

Nesse quadro, prevendo e provendo, sustenta-se na sua validade, vigência e eficácia, na sua efetividade, na certeza e na segurança jurídica que oferece, concretiza-se, em densificação crescente, na lei, na sentença, nos atos de governo e de administração, nos ajustes entre as partes, regula as relações *hominis ad hominem*, interesses e negócios, e, em tentativas múltiplas, procura adequar-se às novas realidades circundantes, para o que suscita reflexões renovadas que o enriquecem e atualizam.

Ou, em outras palavras, a vivência jurídica é um momento significativo da experiência do homem, nos vários estágios da civilização e da cultura, constituindo sempre o Direito uma realidade *in fieri*, em constante “vir a ser”, espelhando as incertezas e oscilações do homem, frente aos desafios que se lhe antolham, em demanda da racionalização do poder político, das limitações da *potestas* estatal, da realização das liberdades públicas e da afirmação da consciência da constitucionalidade e da cidadania, da construção de uma sociedade livre, solidária e justa, numa visão.

Aliás, Cícero (*Da República*, livro III) já advertira-nos acerca das mutações históricas do Direito, em função das tendências e necessidades de cada povo e época, consoante já o fizera Aristóteles, em *A Política* (IV a IX).

Nessa moldura do *cosmos* jurídico, insere-se a tradicional *divisio* do Direito em Público e Privado, formulada em Roma por Ulpiano, repetida nas *Institutas*, de Justiniano (I, I § 4º), adaptável à sociedade e ao espírito de então, fragilizada na Idade Média, em razão das peculiaridades do regime feudal, em que os “direitos da realeza” se confundem com o *bonum commune*, teorizada no Renascimento, afirmada e reafirmada, sob vários critérios, a partir do século XIX, sem embargo das impugnações que se lhe opuseram respeitadas juristas.

Detendo-se nessa concepção dual do Direito, inicialmente, é de assentar-se que, à luz do pensamento geral de seus doutrinadores, a tese não conflita com a visão do Direito como um complexo orgânico, inteiro e coerente, sendo de anotar-se que sua aceitação não implica em seccionar o estudo do direito em duas disciplinas autônomas, em duas áreas estanques, incomunicáveis. Antes, cuida-se de uma ótica em que, substancialmente, consideram-se dois aspectos básicos de uma só ciência jurídica, duas perspectivas de uma realidade una e solidária. São dois domínios que se compenetraram, embora informados por

diretivas gerais próprias, atestando a experiência jurídica, no curso do tempo, a interação ocorrente nos dois círculos, manifestada na interpenetração de princípios, de institutos, de modelos e procedimentos, processando-se uma verdadeira “migração de idéias” entre as duas esferas, para usar a expressão do Professor Edgar Godói Mota Machado, bastando para tanto lembrar a influência recíproca que se processa entre o Direito Constitucional – Direito Público por excelência – e o Direito Civil, por excelência Direito Privado.

Prosseguindo, afirmam, ainda que se admita, apenas para argumentar, que a dimensão pertinente aos dois territórios não seja captável *a priori*, em razão, principalmente, da organização político-jurídica de cada povo e sua problemática econômico-social e cultural, não menos certo é que, em toda ordem jurídica ampla e complexa, haverá sempre temas que, pela sua própria índole ou por força do direito positivo, serão qualificáveis num ou noutro setor.

Correlatamente, embora variável o conteúdo da matéria apropriada a uma ou outra área e levando-se em conta as dificuldades técnicas no estabelecimento de fronteiras entre os dois segmentos, a tese da bifurcação tem sobrevivido, no curso do tempo, apoiada, em geral, por juspublicistas e jusprivatistas, como princípio relevante por seus fundamentos, sua utilidade prática, metodológica e didática.

Ocorre, todavia, que os partidários da tese dicotômica, quando procuram construir o critério técnico distintivo, divergem na sua fundamentação, levantando ampla controvérsia, sendo ilustrativo, a esse respeito, frisar-se que Hollinger, em 1904, arrolou 114 critérios. Roubier refere-se a 17 (MACHADO, Edgard G. Mota, *Elementos da Teoria Geral do Direito*, p. 160), Pontes de Miranda alude a mais de 20, Mota Machado noticia 9, enquanto outros reduzem a enumeração a itens mais simplificados.

Fixando-se, nesse particular, numa visão geral de início, como atrás anotado, é de assentar-se que a teoria das *duae positiones* é atribuída a Ulpiano, em texto acrescido de interpolações, segundo o qual o Direito Público diz respeito ao Estado Romano (*quod ad statum rei romanae spectat*) e o Privado, aos interesses dos indivíduos singulares (*quod ad singulorum utilitatem*). A tese ressurge, mais tarde, na teoria dos “interesses protegidos”, conforme a qual as normas que protegem o interesse

público pertencem à órbita publicística, cabendo ao campo privatístico as que disciplinam interesses dos indivíduos. Esse pensamento é revigorado na teoria do “interesse predominante” orientada no sentido de que a norma se insere no Direito Público, quando protege direta e imediatamente o interesse público e só indireta e mediadamente o interesse particular, invertendo-se o raciocínio, quando a norma é de Direito Privado, tudo na dependência da intensidade ou densidade do interesse prevalente.

Tentativa de inserção no direito positivo do núcleo dessa ótica vamos encontrá-la no Projeto do Código Civil francês (*Livre Preliminaire*), o qual, após acentuar que as leis, quaisquer que sejam, interessam ao mesmo tempo ao setor público e privado, frisa que as que interessam imediatamente à sociedade (*plus immédiatement à la société*) formam o Direito Público, tocando ao Direito Privado as que interessam mais imediatamente aos indivíduos (*plus immédiatement aux individus que la société*).

De outro lado, cabe trazer à colação a corrente teleológica, preocupada com a finalidade da norma: se o destinatário é o Estado, a situação é de Direito Público, se é o indivíduo, enquadra-se no terreno privatístico. Avizinha-se dessa perspectiva, a orientação voltada para a *mens legis*, consoante com a qual a nota distintiva coloca-se no escopo direto da lei, se a utilidade pretendida é pública ou privada.

Cogita-se também a teoria da patrimonialidade e, em sua consonância, inclui-se no âmbito privatístico os direitos materialmente avaliáveis, e, no publicístico, os despídos desse caráter.

Certos historicistas sustentam a convicção de que as relações de Direito Público têm em conta a pessoa, enquanto membro da sociedade, e o Direito Privado, o indivíduo, como tal.

Igualmente, há juristas que situam no círculo do Direito Público as relações de subordinação, em que ocorre a presença de dominantes e dominados, exigência de normas imperativas, cogentes, criadoras de deveres, e as de Direito Privado, em que ocorre a presença de pessoas iguais, regidas por normas dispositivas, estabelecedoras de faculdades. Da mesma sorte, para certa doutrina, o relevante é a qualidade dos sujeitos da relação, se um ou ambos estão armados de *jus imperii*, está-se na esfera do Direito Público, se ambos estão despídos dessa prerrogativa, delinea-se a área do

Direito Privado.

Ainda, cabe referir-se à distinção em razão da matéria, vale dizer, se a norma é organizatória de direito, o campo é de Direito Público, se é atributiva de direito, situa-se na órbita de Direito Privado.

De outro lado, registra-se a posição de juristas que admitem a divisão somente na esfera do Direito objetivo, afastando-a do campo do direito subjetivo.

Por fim, resta anotar-se o critério formal, orientado no sentido de que são normas de *jus privatem* aquelas cuja violação dá origem a uma ação privada, de iniciativa do lesado, e de *jus publicum*, se a iniciativa pertence ao Estado *lato sensu*, autorizando atuação *ex officio*.

A bipartição, sob comentário, projeta-se na interpretação e aplicação do Direito, bem como em seus princípios gerais ou específicos, prolongando-se no âmbito dos atos jurídicos e da própria técnica legislativa.

Nessa ordem de idéias, a exegese, na área privatística, tende, precipuamente, ao significado patrimonial da norma, ao seu conteúdo de vontade autônoma, em contraste com os propósitos publicísticos, em que a vontade do indivíduo cede aos imperativos do Estado e da sociedade. Na seqüência desse pensamento, fixando-se no princípio da legalidade, vê-se que sua compreensão no Direito Privado se centra na autonomia da vontade, em ordem a entender-se que será permitido o que não for proibido. Já no Direito Público, realça-se a vontade heterônoma, a sua unilateralidade, no sentido da tese segundo a qual o que não é permitido é proibido, prevalecendo a submissão à lei, podendo a interpretação ser rígida ou ampla, construtiva, em função dos interesses subjacentes, explícitos ou implícitos.

Por igual, o princípio teleológico da finalidade das leis e dos atos jurídicos, em termos gerais, sugere conotações diferentes, numa ou noutra área, pois a ordem privatística tende a realizar livremente o bem jurídico pessoal, particular, gerando direitos disponíveis, ao passo que o Direito Público é vocacionado para os valores comunitários, o bem comum, o interesse coletivo, criando-se aqui poderes jurídicos indisponíveis, poderes-deveres ou deveres-poderes, como prefere Celso Antônio Bandeira De Mello, sendo inválido o desvio ou abuso de autoridade.

Outrossim, as concepções do Estado, na sua estrutura, nas suas funções, na sua filosofia

política e econômico-social, estão mais expostas às transformações correlatas, em função de múltiplos fatores, uns conjunturais, outros institucionais, enquanto as instituições de Direito Privado são mais estáveis, por força de determinantes culturais, ético-religiosas e psicossociais.

Finalmente, na técnica legislativa, no cenário do Direito Público, emprega-se, de preferência, a dicção científica, consagrada na doutrina e na jurisprudência, e no Direito Privado, sobressai a linguagem comum, de mais fácil acesso a seu destinatário – o povo.

Retornando ao tema dos critérios distintivos, observe-se que os modelos diferenciais ali cogitados têm sido objeto de críticas repetidas, seja porque não oferecem tipicidade suficiente para servir de suporte a uma construção científica, seja porque alguns se confundem, no seu conteúdo material, outros, são imprecisos nos seus perfis, às vezes contraditórios, ou incidem, apenas, sobre aspectos formais da juridicidade, circunstâncias que levaram Kelsen a falar em “caos” de opiniões contraditórias e ambíguas.

Continuando, as restrições opostas assumiram maior relevo entre os adeptos da escola monista do Direito, tendo à frente Leon Duguit e Hans Kelsen.

O primeiro – Duguit – levanta objeções significativas, sustentando, em síntese, que não há distinções entre o interesse geral e o particular. As leis, nos dois setores, repousam sobre os mesmos fundamentos, os atos jurídicos respectivos apresentam os mesmos elementos, devem ser examinados com o mesmo espírito e método, concluindo pela aceitação da tese dicotômica, apenas, no campo do direito objetivo, fixando a distinção na sanção, específica para uma e outra órbita (*Traité de Droit Constitutionnel*, v. 1, p. 601 e segs.).

O segundo – Kelsen – parte da sua teoria do direito puro, despidido de elementos extra-jurídicos, reporta-se ao normativismo jurídico e à identificação entre o Direito e o Estado, e, mais especificamente, afirma que denominado Direito Privado se reduz à forma jurídica especial de produção econômica e à distribuição de produtos, num sistema capitalista, e que, numa economia socialista, o modelo seria outro, de acordo com a ideologia política adotada.

À luz desses pressupostos, aponta a divisão em dois ramos como “funesta invasão da política nos domínios do Direito”, inserida num contexto ideológico, inútil à sistematização da

ciência jurídica; sublinhe-se, todavia, que o consagrado jurista do normativismo lógico, mais tarde, já residente nos Estados Unidos, veio a flexibilizar, sob certos aspectos, o seu pensamento básico, a respeito da teoria monista do Direito.

No contexto da tese monista, entre seus partidários, ressaem duas posições polares, uma que reduz todo o Direito ao Direito Público, aos fundamentos de inexistência de oposição entre interesse público e particular, entre Estado e Direito, apresentando os atos jurídicos, em ambas as ordens, os mesmos elementos; e outra que transfere tal redução ao Direito Privado ao argumento de que todo o Direito é vocacionado para o homem, abstrata e concretamente considerado, estando a seu serviço.

As teorizações em torno do tema posto em exame não se exaurem nas cogitações aqui levantadas, projetando-se em outras dimensões, ora propugnando por uma “teoria geral”, construída de conceitos e à atuação em ambos os sistemas, sem prejuízo das diferenças específicas respectivas, ora apontando para um *tertium genus*, além do Direito Público e Privado, atinente a relações jurídicas localizadas em espaço institucional próprio, referidas a um interesse específico – o coletivo – resultante de formações sociais típicas, organizadas em categorias e classes, estruturadas em instituições peculiares, configurando uma zona intermediária em que se situariam ramos de Direito, tais como o do Trabalho, o Econômico, o Social, o Corporativo, o Ambiental, entre outros.

Neste momento histórico em que o universo do Direito se desdobra em especializações emergentes, de integração de povos afins (art. 4º, parágrafo único da Constituição Federal do Brasil, de 1988), quando se institucionalizam ordenamentos jurídicos regionais entre Estados – o direito comunitário – preconizando-se, inclusive, uma jurisdição e uma ordem normativa dotadas de efetividade supranacional; nestes tempos de expansão de mercados; nesta hora em que as relações jurídicas se cruzam e entrecruzam, diversificam-se, ampliam-se; nesta etapa da vida jurídica em que as Constituições e as leis passam a regular a ordem econômica e social, e o Direito Privado sofre transformações extensas e intensas; nesta quebra em que os conceitos técnicos de “interesses difusos”, “interesses coletivos”, “interesses individuais homogêneos” assumem relevo jurídico, quando o modelo individualista do processo recebe o

impacto das ações coletivas, das *class action*, das *representative actions* das *actiones d'intérêt publique*, todo esse complexo de fatores, vistos *sub specie juris*, certamente, suscitará novas reflexões, análises e críticas, acerca dos temas aqui focalizados.