

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS
CLÁSSICAS DICOTOMIAS DO DIREITO**

*BRIEF CONSIDERATIONS ON THE
CLASSIC LAW DICHOTOMIES*

*Reis Friede**

Resumo: O presente artigo tece breves considerações sobre três clássicas dicotomias do Direito, analisando, assim, os denominados direito positivo, direito objetivo e direito público, em contraposição ao direito natural, direito subjetivo e direito privado, respectivamente.

Palavras-chave: Direito Positivo/Direito Natural. Direito Objetivo/Direito Subjetivo. Direito Público/Direito Privado.

Abstract: The current article makes brief considerations on three classic Law dichotomies, analyzing, thus, the so-called Positive Law, Objective Right and Public Law in opposition to the Natural Law, Subjective Right and Private Law, respectively.

Keywords: Positive Law/Natural Law. Objective Right/Subjective Right. Public Law/Private Law.

* Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). É autor do Livro Teoria do Direito. E-mail: reisfriede@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Venosa¹ explica que, tendo em vista a equivocidade que lhe é peculiar, definir *direito* é algo complexo, pois dificilmente será sintética e compreensível uma definição que abranja todas as suas acepções. Não obstante, segundo o mesmo autor, “quando nos debruçamos exclusivamente sobre a origem etimológica da palavra *direito*, não há maior dificuldade”, posto que, conforme cediço, o termo em questão provém de *directus, directa, directum, rectum*, a significar *direto, reto, correto, conforme*. A fim de comprovar que tal pluralidade de significados acaba por dificultar a compreensão a respeito do que se entende por *direito*, Mascaro² apresenta alguns exemplos reveladores dos diversos modos de se empregar a palavra em epígrafe.

Quando se vê uma mãe bater com violência em seu filho, diz-se que isso não é direito. Quando se surpreende um ladrão em pleno furto, fala-se que ele está agindo contra as leis. Quando se assalta um banco, também se diz que não se está agindo em conformidade com o direito. Mas também, para muitos, a atividade bancária de emprestar a juros não é considerada correta, e, para alguns outros, fundar um banco é um ato de muito mais crime do que assaltar um banco. Não é justo, para alguns, que um mendigo roube o pão. Mas não é justo, para muitos outros, que o mendigo não tenha um pão. Para alguns, o direito é inspirado em livros tidos como sagrados, como a Bíblia. Para outros, o direito é puramente técnico, e se restringiria a um conjunto de leis emanadas do Estado. Perante tantas coisas que são denominadas ou não por direito, e perante tantas outras em relação às quais se atribui um caráter justo ou injusto, há uma grande dificuldade para identificar aquilo que se chama, especificamente, por direito.³

Como se observa, a doutrina, de um modo geral, apresenta as seguintes acepções possíveis para o vocábulo em questão: direito como *ciência do Direito*, direito como *justiça*, direito como *direito subjetivo*, direito como *direito potestativo*, direito como *ordenamento jurídico*, direito como *fenômeno social*.

2 ACEPÇÕES DO VOCÁBULO *DIREITO*

O vocábulo *direito* é empregado frequentemente para designar a *ciência do Direito*, expressão que ainda encontra certa oposição junto à doutrina, malgrado a absoluta predominância do entendimento que afirma o seu caráter científico. Assim, de acordo com as lições de Venosa⁴, o Direito, “como ciência, enfeixa o estudo e a compreensão das normas postas

pelo Estado ou pela natureza do homem”, não se limitando, porém, a apresentar e classificar regras, mas, igualmente, tem “como objeto analisar e estabelecer princípios para os fenômenos sociais, tais como os negócios jurídicos, a propriedade, a obrigação, o casamento, a filiação, o poder familiar, etc.” Enquanto verdadeira *ciência*, o Direito abrange o estudo, a sistematização e a interpretação das normas jurídicas integrantes de determinado *ordenamento jurídico*, cabendo ressaltar, por oportuno, que a *ciência do Direito*, conforme recorda Reale⁵, “durante muito tempo teve o nome de *Jurisprudência* [com ‘J’ maiúsculo], que era a designação dada pelos jurisconsultos romanos”, sendo que, atualmente, a palavra *jurisprudência* (com ‘j’ minúsculo) ostenta uma significação estrita, para indicar a “doutrina que se vai firmando através de uma sucessão convergente e coincidente de decisões judiciais”.

O termo *direito*, da mesma forma, tem sido adotado como sinônimo de *justiça*, palavra que, em essência, apresenta apenas um de seus valores basilares, ao lado da *segurança jurídica*, da *ordem* e do *bem comum*, dentre outros. Montoro argumenta que, dentro dessa percepção, há dois sentidos diferentes, ambos relacionados com o conceito de *justiça*, assim explicados:

Por exemplo, quando dizemos que ‘o salário é direito do trabalhador’, a palavra ‘direito’ significa ‘aquilo que devido por justiça’. Outras vezes ‘justo’ significa a ‘conformidade’ com a justiça. Por exemplo: quando digo que ‘não é direito condenar um anormal’, quero dizer não é conforme à justiça.⁶

A primeira acepção acima abordada por Montoro⁷ guarda relação com o *justo objetivo*, uma vez que a palavra *direito*, no caso em particular, traduz o *bem* que é devido a uma pessoa por exigência da *justiça*, ao passo que, no segundo sentido, o termo *direito* denota um qualificativo, ou seja, a conformidade com as exigências da *justiça*.

O vocábulo *direito* também é compreendido enquanto *direito subjetivo*, figura que pode ser representada, resumidamente, pela confrontação de sujeitos que ostentam, em uma determinada relação jurídica, posições contrapostas, quais sejam, a *possibilidade* de se exigir algo de um (X) e o respectivo *dever* inerente a outro (Y). Destarte, consiste o *direito subjetivo* na *facultas agendi*, isto é, na possibilidade, conferida pela norma jurídica, de se exigir determinado comportamento de outrem, contrapondo-se, assim, ao *direito objetivo*, considerado a *norma agendi*, a norma de agir (norma de conduta). Tal dicotomia demonstra que o Direito, ao mesmo tempo em que ostenta uma *feição objetiva* (correspondente ao conjunto de textos normativos que integram um

dado *ordenamento jurídico*), possui, ademais, um *aspecto subjetivo*, consistente na faculdade jurídica (*facultas agendi*) atribuída a determinado sujeito, transformando-o em titular de poder em relação ao que se encontra no outro polo de uma determinada relação jurídica.

Afirma-se, ademais, que a palavra *direito* pode ter o significado de *direito potestativo*, isto é, aquele que confere ao respectivo titular, mediante ato próprio de vontade, e em certas situações, a possibilidade de gerar determinados efeitos jurídicos, atingindo, inclusive, terceiras pessoas, que a eles não poderão se opor. Trata-se o *direito potestativo*, portanto, de um direito de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que envolvam outro sujeito, que se encontra em uma situação jurídica passiva (denominada de *estado de sujeição*) (DIDIER JR., 2012). Desta feita, no *direito potestativo* um dos sujeitos da relação jurídica (*sujeito ativo*) tem o poder de, livremente, atuar em relação ao outro (*sujeito passivo*), a quem cabe tão somente suportar a ação do titular do direito. A título de exemplo, cite-se o art. 1.804 do Código Civil, que confere ao herdeiro o *direito potestativo* de aceitar ou não a herança. Recorda Didier Jr. que o direito à escolha do procedimento a ser adotado também configura um direito potestativo.

Esse direito é facilmente identificável nos casos em que cabe ao autor a escolha entre um procedimento ou outro. Aquele que se afirma possuidor pode, por exemplo, optar por um procedimento especial (arts. 554 e segs. do CPC) ou pelo procedimento comum para buscar a proteção possessória jurisdicional. Aquele que se afirma titular de direito, em face do Poder Público, cujo suporte fático pode ser comprovado documentalmente (o conhecido ‘direito líquido e certo’), pode valer-se, à sua escolha, do procedimento especial do mandado de segurança ou do procedimento comum.⁸

Em outra perspectiva, o termo *direito* é concebido não como *ciência, justiça, norma isolada* ou *poder*, mas, sim, como um amplo *conjunto de normas jurídicas*, as quais, reunidas sistematicamente, configuram um *ordenamento jurídico*. Silva⁹, ao afirmar que o Direito é um “fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido”, consistindo-se, portanto, em um “sistema normativo”, destaca tal característica sistêmica. Assim, quando se diz que “o Direito brasileiro não prevê punição para o suicídio”, pretende-se afirmar, em particular, a inexistência, no *ordenamento jurídico* pátrio, de qualquer regra jurídica que importe em punição para aquele que eliminou a própria vida.

Por fim, é possível conceber o Direito enquanto *fenômeno social*, não existindo, pois, senão na sociedade e, da mesma forma, não podendo ser concebido fora dela (*ubi societas, ibi jus*;

onde está a sociedade, está o direito), razão pela qual a *sociabilidade* constitui-se em uma de suas notas essenciais, correspondendo o Direito “à exigência indeclinável de uma convivência harmônica”.¹⁰

3 DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

A doutrina alude à clássica dicotomia entre *direito positivo* (Juspositivismo) e *direito natural* (Jusnaturalismo). A expressão *direito positivo* pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas estabelecidas com o fim de regular a vida em sociedade. É o Direito cuja elaboração depende da vontade humana, revelando-se através da forma escrita (*lei*) ou não-escrita (*norma consuetudinária, norma costumeira* ou *costume jurídico*). É, ainda, o Direito institucionalizado e que deve ser observado por todos, passível de ser imposto coercitivamente. Tal conjunto de normas jurídicas, como se vê, é criado a partir de decisões humanas, seja através da atuação estatal (o processo de elaboração das leis, por exemplo), seja de modo socialmente difuso, por meio do qual se forjam os costumes jurídicos. Assim, a análise do direito positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos o cerne do brocardo *ubi societas, ibi jus; onde está a sociedade, está o direito*.

Em contraposição, o *direito natural*, cujo fundamento – conforme a concepção que se adote – seria a *natureza das coisas*, a *vontade divina* ou a *razão humana*, seria válido por si mesmo e legitimado por uma ética superior à própria normatividade do Estado, incidindo no espaço social como um todo, independente do lugar (*universalidade*), não sendo tal validade, por conseguinte, afetada por qualquer lei; diferentemente, o *direito positivo* (enquanto obra humana) seria produto histórico de certa sociedade, sendo, portanto, válido em espaços geográficos determinados (ou determináveis), podendo perder a respectiva validade por decisão política do Estado.

4 DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

É cediço que o fenômeno jurídico pode ser apreciado sob o prisma *objetivo* (*direito objetivo*) ou *subjetivo* (*direito subjetivo*), sendo aquele o conjunto de normas jurídicas que regulam o comportamento humano (norma de conduta, norma de agir, *norma agendi*), geralmente prescrevendo uma sanção para o caso de sua violação, expressão que corresponderia, segundo

alguns autores, ao termo *law* do sistema anglo-saxão (*common law*). Trata-se, destarte, da norma jurídica em si, enquanto comando que pretende projetar um comportamento¹¹. Ao lado de tal perspectiva *objetiva*, o termo *direito* ostenta, ainda, um viés *subjetivo*, que, diferente do anterior, possui afinidade com o vocábulo *right* do aludido sistema (*common law*), caracterizando, assim, não mais a norma de agir (*norma agendi*), mas a faculdade de agir (*facultas agendi*) conferida pelo *ordenamento jurídico*. Neste sentido, leciona Ferraz Jr.:

A segunda grande dicotomia de que devemos tratar é entre *direito objetivo* e *subjetivo*. A distinção parece exigida pela ambiguidade da palavra direito [...]. A dicotomia pretende realçar que o direito é um fenômeno *objetivo*, que não *pertence* a ninguém socialmente, que é um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenômeno *subjetivo*, visto que faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações. Assim, quando falamos no *direito* das sucessões, significamos algo objetivo, quando mencionamos o *direito* à sucessão de herdeiro, mencionamos algo que lhe *pertence*. Para clarificar, lembramos que o inglês tem duas palavras diferentes para enunciar os dois termos: *law* (direito objetivo) e *right* (direito subjetivo).¹²

Em adição, esclarece Nunes¹³ que não se deve confundir as expressões *direito objetivo* e *direito positivo*, confusão que, segundo o mesmo autor, decorre do fato de se conceber este último apenas sob o enfoque objetivo, quando, na verdade, o mesmo abarca tanto o *direito objetivo* quanto o *direito subjetivo*.

Conforme explica Ferraz Jr.¹⁴, “os romanos, pelo menos no sentido técnico da expressão, não conheceram o que hoje chamamos de direito subjetivo”, sendo certo que havia, naquela quadra, “algo que não se confundia com a *lex*, que os juristas medievais iriam expressar em termos de *facultas agendi* e *norma agendi*”, vale dizer, a faculdade de agir e a norma de agir, respectivamente.

Para Telles Jr.¹⁵, *direito subjetivo* é a “permissão, dada por meio de norma jurídica válida, decorrente do *direito objetivo*, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais, em caso de prejuízo causado pela violação da norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido”.

Sobre a natureza jurídica do *direito subjetivo*, a doutrina, de um modo geral, elenca as seguintes teorias e respectivas objeções que lhe foram dirigidas. Conforme explica Ferraz Jr., a

teoria da vontade, formulada pelos juristas alemães Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861) e Bernhard Windscheid (1817-1892), concebe o *direito subjetivo* como um *poder da vontade* reconhecido pelo ordenamento jurídico.

Os juristas dogmáticos, desde o século XIX, esmeraram-se em fornecer os fundamentos para uma caracterização plausível da dicotomia. O Direito Objetivo, encarado como um conjunto de normas da mais variada espécie, constitui um dado objetivo. A questão em torno da qual se empenham é saber se o direito subjetivo constitui também um *dado* por si ou se, ao contrário, é engendrado pelo próprio direito objetivo. A ideia de liberdade [...] é um elemento precioso para dizer que o direito subjetivo constitui uma realidade por si: o direito objetivo apenas a reconhece e lhe dá as condições de exercício. Senão, vejamos. Como na noção de liberdade está imanente a ideia de livre arbítrio, a vontade livre parece ser, inicialmente, um fundamento plausível para o direito subjetivo com uma realidade por si. Forma-se a *teoria da vontade* (WINDSCHEID, 1906:156). O direito subjetivo é o poder ou domínio da vontade livre do homem, que o ordenamento protege e confere.¹⁶

Reale assinala que Windscheid, fundando-se na noção de *facultas agendi*, “sustentava que o direito subjetivo é sempre uma expressão da vontade, entendido este termo, a princípio, de maneira empírica, como uma faculdade psicológica”, registrando, ademais, que tal compreensão liga-se, “no fundo, a uma velha crença, à de que o homem, logo ao nascer, já é senhor ou titular de ‘direitos naturais’, inerentes à sua personalidade, independentemente do fato de serem estes reconhecidos ou não pelo Estado”.

O homem tem, em suma, um *poder de querer* que, entre outras, assume a forma de poder de querer segundo regras de direito, para a realização de fins próprios numa convivência ordenada. Temos, desse modo, uma compreensão do direito subjetivo vinculada à pessoa humana, como ente racional e volitivo, o que corresponde a uma superada visão antropomórfica do Direito. Não há dúvida que o homem deve ser a medida e o fim, por excelência, do Direito, mas isto não significa que possa ou deva ser entendido como a explicitação ou exteriorização de um *homo juridicus*, cuja forma de querer representaria o direito subjetivo. A teoria do direito subjetivo em termos de ‘vontade jurídica protegida’ esbarra com dificuldades intransponíveis, tais como foram apontadas desde Jhering a Kelsen, que formularam objeções incontestáveis. Observa-se, por exemplo, que muitas vezes o direito subjetivo existe e continua existindo a despeito da vontade do titular ou contra essa mesma vontade. Imagine-se que o credor de uma importância não se disponha a cobrá-la. O Direito positivo lhe dá a ação para efetivar o seu direito.¹⁷

Assim, conforme destacado por Reale, a principal crítica doutrinária apontada para tal perspectiva teórica reside no fato de haver *direito subjetivo* mesmo quando ausente qualquer

vontade (em sentido jurídico e próprio) por parte do respectivo titular. Os menores incapazes, por exemplo, ostentam direito de propriedade. Ademais, é lícito afirmar que há *direito subjetivo* ainda que o titular o desconheça. É o caso, pois, do herdeiro que desconhece a sua própria condição enquanto tal.

Rudolf Von Ihering (1818-1892), também jurista alemão, opôs pesadas críticas à teoria precedente, sendo uma delas a possibilidade de haver *direito subjetivo* mesmo quando ausente qualquer vontade (em sentido jurídico e próprio) por parte do respectivo titular. Em resumo, a concepção teórica formulada por Ihering na sempre lembrada obra *L'esprit du Droit Romain* define *direito subjetivo* como sendo um *interesse* (utilidade, vantagem ou proveito) *juridicamente protegido* por meio de uma *ação judicial*, tradução que envolve um elemento de natureza *material* (o interesse) e outro de índole *formal* (a proteção do interesse pelo Direito). Assim, na visão de Ihering, a noção essencial de *direito subjetivo* consiste não na *vontade*, mas no *interesse juridicamente (elemento material)* protegido por meio de uma *ação judicial (elemento formal)*. A principal objeção que se aponta à teoria de Ihering reside no fato de que o cerne do *direito subjetivo* não está no interesse. Este, na realidade, apenas expressa o *objeto* em razão do qual o *direito subjetivo* existe. Conforme adverte Montoro¹⁸, há “casos de direitos subjetivos em que não existe interesse da parte do titular”; ademais, “há muitos interesses protegidos pela lei, que não constituem direitos subjetivos.” No mesmo sentido crítico, Telles Jr.¹⁹ ilustra que a permissão conferida pelo *direito subjetivo* “tanto pode ser para fazer ou ter o que interessa como para fazer ou ter o que não interessa”.

Georg Jellinek (1851-1911), também pretendendo apontar a natureza do *direito subjetivo*, definiu-o como sendo o *poder da vontade* reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico, tendo por objeto um bem ou interesse. Observa-se que a teoria em questão conjuga, na definição ora abordada, dois elementos: o *poder da vontade* e o *interesse protegido*, razão pela qual é denominada de *teoria mista*, assim explicada por Reale.

Jellinek achou que havia um antagonismo aparente entre a teoria da vontade e a do interesse, porque, na realidade, uma abrange a outra. Nem o interesse só, tampouco apenas a vontade, nos dão o critério para o entendimento do que seja direito subjetivo. O conceito de direito subjetivo implica a conjugação desses dois elementos, motivo pelo qual ele dizia: direito subjetivo é o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir. *É, portanto, o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer.* A teoria eclética indiscutivelmente é engenhosa e estava fadada a alcançar grande sucesso, como tudo aquilo que aparece apaziguando contrastes e conflitos. Ainda hoje em dia é a teoria mais

vulgarizada, aquela que mais se encontra elogiada e aceita nos tratados gerais de Direito, inclusive por seu cunho pragmático, tão do gosto dos juristas práticos.²⁰

5 DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Sendo o Direito um conjunto ordenado e sistematizado de normas jurídicas, importa analisar sua tradicional divisão em dois grandes ramos, distinção que remonta à época dos romanos, e que restou historicamente inscrita na célebre frase *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem* (*Digesto*, 1.1.1.2), trecho que, traduzido livremente, afirma que o *direito público* seria relativo ao estado da coisa romana, ou seja, à coisa pública, ao passo que o *direito privado* seria concernente aos interesses particulares.

Analisando a referida frase, Ferraz Jr.²¹ explica que Ulpiano, jurista romano, ao estabelecer tal dicotomia entre *jus publicum* e *jus privatum*, “certamente tinha em mente a distinção entre a esfera do público, enquanto lugar da ação, do encontro dos homens livres que se governam, e a esfera do privado, enquanto o lugar do labor, da casa, das atividades voltadas à sobrevivência”.

De sua parte, Kelsen, na célebre *Teoria Pura do Direito*, assevera que o dualismo *direito público* e *direito privado* provoca fissuras no *sistema unitário* do Direito, razão pela qual refuta a divisão em tela, considerando-a tautológica. A crítica de Kelsen em relação à divisão do Direito em dois grandes ramos é explicada a partir de uma construção escalonada da *ordem jurídica*, conforme recordado por Sgarbi:

No alto do edifício normativo, encontra-se a regra fundamental ou primária que assegura a unidade do sistema jurídico no seu movimento da criação. Com isso, uma pluralidade de normas constitui uma unidade, já que toda a validade repousa, em última análise, numa única norma jurídica que constitui a junção da pluralidade normativa convergente. Assim, nos termos desse plano teórico em que cada grau superior fornece fundamento ao grau inferior, o direito privado não possuirá uma qualidade diversa ou mesmo originária em relação a qualquer plano interno do direito estatal. A partir desse ponto de vista, Kelsen passa a acomodar todas as dissonâncias nos termos de seu marco teórico.²²

De qualquer forma, malgrado a oposição teórica firmada por Kelsen e outros, a separação levada a efeito pelos romanos percorreu os séculos e alcançou os dias atuais. Ferraz Jr.²³, ao mesmo tempo em que consigna a importância da divisão em questão, informa que tal

distinção permite alcançar uma “sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas consequências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura.” Destarte, a partir da dicotomia sob comento, as normas jurídicas são catalogadas em dois grandes arcabouços normativos (normas de *direito público* e normas de *direito privado*), ambos regidos por princípios específicos, providência que possibilita, no plano prático-operacional do Direito, identificar a norma a ser aplicada ao caso concreto.

A doutrina alude a uma pluralidade de critérios que objetivam estabelecer a distinção entre *direito público* e *direito privado*, multiplicidade que decorre, entre outros fatores, do próprio aspecto dogmático inerente à *Ciência do Direito*. Assim, é plenamente explicável que haja tantos critérios que, ao longo do tempo, com mais ou menos fundamentos, tenham sido propostos com o fim de elucidar tão intrigante dualidade. À época dos romanos, a distinção baseava-se no critério da *utilidade* ou do *interesse*, o qual não se revelou adequado para explicar satisfatoriamente a divisão proposta. Conforme registrado por Diniz²⁴, o “critério da utilidade ou interesse visado pela norma é falho, porque não se pode afirmar, com segurança, se o interesse protegido é do Estado ou dos indivíduos, pois nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou do particular”, havendo, na verdade, segundo a autora, uma “correlação, de modo que a norma jurídica que tiver por finalidade a utilidade do indivíduo visa também a do Estado e vice-versa”.

Propôs-se, então, outro critério, fundado na *predominância do interesse*. Com efeito, segundo este critério, o *jus privatum* abrange normas destinadas a tutelar, *imediatamente*, o interesse privado e, de forma *mediata*, o interesse público; por sua vez, o *jus publicum* abarca normas destinadas a proteger, de modo *imediato*, o interesse público e, *mediatamente*, o interesse privado. A dificuldade decorrente do emprego de tal raciocínio (fundado no critério da predominância) reside justamente em apontar, de modo cientificamente preciso, o interesse que deve predominar, razão pela qual é lícito concluir que o aludido fator de diferenciação não viabilizou a devida distinção dogmática, dando margens a questionamentos e críticas.

Ainda no que concerne ao mesmo aspecto distintivo, Savigny, citado por Diniz²⁵, aduz que a “tradicional divisão baseia-se no *fim* do direito”, ou seja, “enquanto no *direito público* o todo se apresenta como o fim e o indivíduo permanece em segundo plano, no *direito privado* cada

indivíduo, considerado em si, constitui o fim deste ramo do direito”, concluindo a autora, destarte, que tal “concepção não teve grande aceitação, pois o Estado também pode ser fim de relação jurídica regulada pelo direito privado, como no caso em que for parte num contrato de compra e venda”.

Telles Jr., por seu turno, propõe um critério *misto*, mas reconhece, entretanto, a imperfeição deste enquanto fator de distinção do tema em exame.

Aliás, há um critério prático, geralmente suficiente, para fazer-se a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado. É um critério misto, pelo qual utilizamos, com esse fim, dois elementos diferentes: o *interesse preponderante*, protegido pela lei, e a *forma da relação jurídica*, regulada pela lei. [...]. Levando em consideração os dois referidos elementos - o elemento do *interesse* ou *utilidade preponderante* e o da *forma da relação jurídica* - podemos estabelecer a distinção entre o Direito Público e Direito Privado. O Direito Público é aquele que protege utilidades ou *interesses preponderantemente públicos* e *regula relações jurídicas de subordinação*; e o Direito Privado é aquele que protege *interesses preponderantemente privados* e *regula relações jurídicas de coordenação*.²⁶

Ainda no âmbito da mesma diferenciação, Gusmão²⁷ assevera que no *direito público* o “Estado se apresenta como portador de potestade suprema, investido de *imperium*”. Da mesma forma, reconhecendo que qualquer tentativa de distinção entre *direito público* e *direito privado* não restará imune à censura doutrinária, Venosa aponta (como norte diferencial) um critério fundado no *poder de império* inerente ao Estado.

Pertencerão ao direito público as normas que regulam o Estado quando exerce a soberania. Nessas relações existe o poder de império. Quando o Estado se despe da soberania e se relaciona em condições de igualdade com os indivíduos, pessoas naturais ou jurídicas, o campo será o do direito privado, assim como quando a relação é entre particulares no mesmo plano de igualdade. A dificuldade desse critério, conforme aponta Paulo Nader [...], é constatar quando o Estado atua ou não na relação com seu poder de império. É impossível estabelecer previamente a conduta do Estado; o exame sobre normas de direito público e de direito privado deve ser aferido no caso concreto.²⁸

Batalha²⁹, baseando-se no mesmo critério acima indicado, afirma que o *direito público* disciplina o Estado e as relações deste no exercício de seu poder soberano (poder de império) com os indivíduos, ao passo que o *direito privado* regula as relações jurídicas dos indivíduos entre si ou deles com o Estado (despido do poder de império).

Malgrado a predominância de tal critério de diferenciação, forçoso reconhecer que nenhum deles afigura-se suficientemente capaz de estabelecer, com precisão, os limites entre o *direito público* e o *direito privado*.

NOTAS

- ¹ VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006. p. 11.
- ² MASCARO, Alysson. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.
- ³ MASCARO, Alysson. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.
- ⁴ VENOSA, Sílvio. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 9.
- ⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002. p. 62.
- ⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.
- ⁷ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63-64.
- ⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*, v. I, 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 284.
- ⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 35.
- ¹⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002. p. 2.
- ¹¹ NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116.
- ¹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 112.
- ¹³ NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116.
- ¹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 112.
- ¹⁵ TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 255-256.
- ¹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 114.
- ¹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253-254.

- ¹⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 503.
- ¹⁹ TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 265.
- ²⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002. p. 257.
- ²¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 103.
- ²² SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005)*, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 33-34.
- ²³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 105.
- ²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 249.
- ²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 249.
- ²⁶ TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 227-228.
- ²⁷ GUSMÃO, Paulo. Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*, 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 146
- ²⁸ VENOSA, Sílvio. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.
- ²⁹ BATALHA, Wilson de Souza. *Nova introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 453.

REFERÊNCIAS

- BATALHA, Wilson de Souza. *Nova introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*, v. I, 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GUSMÃO, Paulo. Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*, 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MASCARO, Alysson. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005)*, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Recebido: 10/10/2017

Aprovado: 08/03/2018