

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIRETO

WILLIAM VEZÚ DORESTE

DIREITO PÚBLICO X DIREITO PRIVADO: UM ARTIFÍCIO TEÓRICO OU UMA CONCRETA DICOTOMIA?

Brasília/DF

2026

WILLIAM VEZÚ DORESTE

DIREITO PÚBLICO X DIREITO PRIVADO: UM ARTIFÍCIO TEÓRICO OU UMA CONCRETA DICOTOMIA?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Docente Orientador: Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar.

Brasília/DF

2026

WILLIAM VEZÚ DORESTE

DIREITO PÚBLICO X DIREITO PRIVADO: UM ARTIFÍCIO TEÓRICO OU UMA CONCRETA DICOTOMIA?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília, 7 de julho de 2026.

BANCA EXAMINADORA

_____

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar

Universidade de Brasília (UnB)

_____

Alexandre Araújo Costa

Universidade de Brasília (UnB)

_____

Alexandre Bernardino Costa

Universidade de Brasília (UnB)

_____

Guilherme Scotti Rodrigues

Universidade de Brasília (UnB)

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Jorge e Gisele, pelo apoio e incentivo constantes em todos os aspectos da minha vida e da minha trajetória acadêmica, e à minha querida avó, Maria da Glória, que esteve sempre orando e torcendo por mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Universidade de Brasília e à Faculdade de Direito, pela oportunidade única de cursar um ensino superior de excelência e de me graduar em um dos cursos de direito mais respeitados do país.

Agradeço muitíssimo ao meu Professor orientador, Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, por ter sempre me apoiado e me orientado na execução deste trabalho, sobretudo na estruturação do raciocínio desenvolvido e na indicação de excelente bibliografia para a pesquisa.

Agradeço também ao Professor Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins, haja vista que foi a partir das aulas, durante as leituras dos textos e ao longo do desenvolvimento das atividades da disciplina de Teoria Geral do Direito Público, por ele ministrada, que nasceu o meu interesse na temática do presente trabalho. Não fosse pelo Professor Argemiro e a maneira iluminada e crítica com que lecionou a mencionada disciplina, talvez a inspiração para a realização deste trabalho nunca tivesse brotado ou, se tivesse, teria tomado um rumo totalmente distinto.

Agradeço também aos meus pais, Jorge e Gisele, pelo apoio contínuo em tudo que precisei.

Agradeço ainda a Deus, a Jesus Cristo e a Santo Tomás de Aquino, patrono dos estudantes, pela iluminação e proteção ao longo de todo o processo.

Vós, a quem chamamos a verdadeira Fonte de Luz e de Sabedoria, e o Princípio supereminente, dignai-Vos derramar sobre as trevas de minha inteligência um raio de vossa clareza. [...] Dai-me a penetração da inteligência, a faculdade de lembrar-me, o método e a facilidade do estudo, a profundidade na interpretação e uma graça abundante de expressão. (Fragmento de Oração a São Tomás de Aquino)

RESUMO

O presente trabalho promove um estudo crítico quanto à tradicional dicotomia entre o direito público e o direito privado. Partindo da premissa de que a dicotomia é de caráter teórico e didático, o trabalho almeja desconstruir a percepção, frequentemente presente no meio jurídico, de que a distinção entre o público e o privado diz respeito à natureza das normas e dos institutos, isto é, de que ela perpassa concretamente o fenômeno jurídico. Em um primeiro momento, por meio do método de revisão bibliográfica, realiza-se um exame no âmbito da teoria do direito visando a demonstração da premissa inicial. Para tanto, visitam-se as teses propostas pelo movimento do realismo jurídico norte-americano em diálogo com a contribuição do autor Morris Cohen, o positivismo jurídico de Kelsen e de Hart, bem como a teoria discursiva de Habermas, em cotejo com a contextualização histórica da temática. Posteriormente, a luz desse arcabouço teórico, tecem-se críticas ao ensino jurídico contemporâneo e à forma pela qual a dicotomia ainda tem sido apresentada, demonstrando as confusões conceituais que surgem nesse contexto. Propõe-se, assim, que a abordagem da dicotomia, nos cursos de graduação em direito, seja promovida com as devidas justificativas e ressalvas de que se trata de um recurso estritamente teórico-didático de classificação das diferentes disciplinas jurídicas. Em suma, defende-se que a dicotomia público-privado não constitui uma diferenciação que exista concretamente no âmbito prático ou na essência do fenômeno normativo.

Palavras-chave: Dicotomia público-privado. Realismo jurídico norte-americano. Morris Cohen. Positivismo jurídico. Ensino jurídico.

ABSTRACT

This study provides a critical analysis of the traditional dichotomy between public and private law. Premised on the understanding that this dichotomy is theoretical and pedagogical in nature, this work aims to deconstruct the widespread perception within the legal community that the distinction between public and private law concerns the very nature of legal norms and institutes – that is, that it concretely pervades the legal phenomenon. Initially, through a literature review method, an examination is conducted within the scope of legal theory to demonstrate this baseline premise. To this end, it explores the theses put forward by the American Legal Realism movement, in dialogue with the contributions of Morris Cohen, the legal positivism of Kelsen and Hart, as well as Habermas's discourse theory, alongside a historical overview of the theme. Subsequently, in light of this theoretical framework, criticisms are leveled at contemporary legal education and the manner in which this dichotomy is still presented, demonstrating the conceptual confusions that arise in this context. It is thus proposed that the approach to this dichotomy in undergraduate law courses should be advanced with the necessary justifications and reservations that it constitutes a strictly theoretical-pedagogical resource for classifying different legal disciplines. In short, it is argued that the public-private dichotomy does not constitute a differentiation that concretely exists in practice or in the essence of the normative phenomenon.

Keywords: Public-private dichotomy. American legal realism. Morris Cohen. Legal positivism. Legal education.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 1

2. A CRÍTICA DO REALISMO JURÍDICO 4

2.1 O Realismo Jurídico Norte-Americano – Um Panorama Geral 4

2.2 Morris Cohen e a Artificialidade da Dicotomia Público-Privado no Direito 7

2.2.1 A crítica histórica: a fusão entre propriedade e soberania no direito feudal e o exemplo do direito inglês 9

2.2.2 A natureza política da propriedade 11

2.2.3 A releitura do contrato como extensão da propriedade e expressão de soberania delegada 14

2.2.4 A artificialidade da dicotomia: o direito privado como ordem política sustentada pelo Estado 16

2.3 Aproximação Entre as Ideias de Cohen e o Realismo Norte-Americano 18

3. O POSICIONAMENTO POSITIVISTA 21

3.1 O Positivismo Jurídico – Apresentação do Pensamento 21

3. 2 A Crítica Kelseniana 24

3.3 Herbert Hart e a Dissolução Implícita da Dicotomia Público-Privado 29

3.4 Síntese do Posicionamento Positivista – Cotejo entre Kelsen e Hart 32

4. ANÁLISE DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO NO DIREITO POR OUTRAS PERSPECTIVAS 33

4.1 A Transformação Histórica Como Uma Relativização da Dicotomia 33

4.1.1 As origens do direito 34

4.1.2 A antiguidade greco-romana 36

4.1.3 A idade média 38

4.1.4 A modernidade 40

4.1.5 Conclusões à luz da contextualização histórica 43

4.2 Jurgën Habermas e a Complementaridade Entre o Público e o Privado 45

5. A CRÍTICA AO ENSINO JURÍDICO 47

6. CONCLUSÃO 51

REFERÊNCIAS 54

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, qualquer um que resolva se dedicar ao estudo do direito logo se deparará com uma espécie de fissura ou de dicotomia central que, aparentemente, perpassa essa tão importante área do conhecimento, qual seja, a distinção entre o direito público e o direito privado. Nesse contexto, o autor Norberto Bobbio chegou a mencionar que essa seria "a grande dicotomia" do pensamento jurídico, sugerindo a permanência das discussões a respeito do assunto entre os juristas ao longo do tempo (BOBBIO, 2007, cap. 7).

Sob esse prisma, o próprio currículo das disciplinas obrigatórias da graduação em direito (bacharelado) da Universidade de Brasília inclui, logo nos primeiros semestres do curso, uma disciplina denominada como "Teoria Geral do Direito Privado" e uma outra chamada de "Teoria Geral do Direito Público". De certa forma, isso expõe a intenção de que os discentes compreendam, desde cedo, como se opera essa diferenciação entre o público e o privado no direito para poderem, assim, posteriormente, operacionalizar e enquadrar os variados ramos e especialidades do direito dentro dessa divisão, a qual se apresenta como estruturante do pensamento jurídico.

Para tornar mais claro o raciocínio que está sendo apresentado, pode ser citado, como exemplo, o fato de o processualista Humberto Theodoro Junior dedicar um tópico de sua obra, logo no início de seu "Curso de Direito Processual Civil", para posicionar o direito processual civil, em relação à sua natureza, enquanto pertencente ao grupo das disciplinas que formam o direito público. O processualista em perspectiva justifica este posicionamento pelo fato de aquele ramo do direito regular o exercício de parte da função jurisdicional soberana do Estado, existindo sempre no processo, segundo o autor, um interesse público fundamental de pacificação social e de manutenção do império da ordem jurídica mediante a realização da vontade concreta da lei (THEODORO JÚNIOR, 2023, p. 4).

Em sentido semelhante, o jurista José dos Santos Carvalho Filho afirma que o Direito Administrativo também se insere no âmbito do direito público, haja vista que, nesta área do direito, segundo ele, há uma predominância das normas do campo do direito público, afirmando o autor ainda que o mesmo ocorre, por exemplo, com o Direito Constitucional, com o Direito Penal e com o Direito Eleitoral (CARVALHO FILHO, 2023, p. 7 a 8).

Nesse ínterim, os civilistas João Costa-Neto e Carlos Elias, por seu turno, apresentam princípios clássicos do direito privado incidentes na disciplina jurídica dos contratos civis, a exemplo do *pacta sunt servanda* (princípio da obrigatoriedade) e do princípio da autonomia da vontade (COSTA-NETO; ELIAS, 2023, p. 524 a 526), os quais evidenciam uma outra lógica de pensar o direito, dotada de maior autonomia e de maior foco no indivíduo, quando comparada com a lógica adotada pelos ramos do direito tidos como de direito público.

Diante do apresentado, resulta a impressão de que os juristas, de fato, atribuem considerável relevância à dicotomia entre o direito público e o privado, de modo que ela parece ser colocada em um plano superior às próprias áreas de especialização do direito. Dito com outras palavras, é como se o profissional do direito, em um primeiro momento, estivesse incumbido de situar sua prática forense especializada (o ramo do direito em que atua) em uma seara publicista ou, de outro modo, em um viés privatista.

Sob essa perspectiva, o professor Alejandro Vergara Blanco, no artigo intitulado *"La Summa Divisio Iuris Público/Privado De Las Disciplinas Jurídicas",* corrobora a impressão apresentada no parágrafo anterior quando afirma que a dicotomia entre direito público e privado desempenha papel estruturante em relação ao discurso jurídico, sendo objeto de intensas discussões, de modo que os juristas parecem se sentir obrigados a se posicionarem diante da distinção.

> La bipolaridad Derecho público/Derecho privado hoy forma parte indesmentible de la cultura jurídica y es una distinción que desde hace mucho tiempo estructura el discurso de los juristas de nuestra tradición "continental"[11]. Así, el tema es objeto de una intensa discusión, desde los que niegan la distinción[12] hasta los que la relativizan[13], pero todo jurista en sus obras pareciera que se siente obligado a señalar algo sobre la distinción, así sea vagamente o con mayor precisión[14]. (BLANCO, 2010, p. 118)

Ademais, o professar destaca em seu artigo um outro aspecto que parece ser fundamental em relação à dicotomia entre o direito público e o direito privado, qual seja, o de que a referida dicotomia é, em última análise, uma divisão entre as disciplinas jurídicas, isto é, um grande classificador disciplinar que divide em duas partes todas as disciplinas autônomas que compõem o universo jurídico científico.

> ¿Cómo se clasifican las disciplinas jurídicas? Estas son reunidas en dos bloques, distinguiendo las disciplinas que son públicas de las que son privadas. Todas las disciplinas del Derecho son clasificadas e incorporadas al interior de cada una de esas dos partes de la *summa divisio,* y así, cada disciplina jurídica (el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, el Derecho Laboral, etc.) resulta ser de uno u otro sector. (BLANCO, 2010, p. 122)

Diante do exposto, à luz dessa perspectiva de que a divisão entre o público-privado no direito é um classificador de disciplinas jurídicas, é que se pode desenvolver um raciocínio segundo o qual a dicotomia em questão é muito mais um esforço didático e de sistematização da ciência jurídica, levado adiante pelos seus operadores, do que uma divisão ontológica que efetivamente perpasse o direito.

A despeito disso, muitas vezes a dicotomia entre o público e o privado é colocada e explicada de um modo em que não fica claro que se trata apenas de uma divisão de disciplinas para fins de classificação e de sistematização do pensamento jurídico, o que, frequentemente, cria a impressão falsa de que a dicotomia está presente de algum modo no mundo real, isto é, que ela seria efetivamente verificável na natureza das normas e dos institutos jurídicos.

Este raciocínio, portanto, é a **tese** do presente trabalho, qual seja, a de que a tão comentada dicotomia entre o direito público e o direito privado é apenas um recurso didático e de sistematização do pensamento jurídico, mas que é artificialmente transposta para os institutos e para as normas jurídicas como se isso fosse inerente à natureza ontológica destes. Assim, este trabalho almeja propiciar uma percepção crítica, e ao mesmo tempo uma reflexão, quanto ao ensino jurídico corrente, uma vez que, embora possa facilitar a classificação e a transmissão dos conhecimentos, a distinção público-privado, por vezes, é colocada pelos operadores do direito, e sobretudo por aqueles que lecionam disciplinas jurídicas, sem as devidas ressalvas de que se trata de um recurso didático e teórico, o que pode ocasionar algumas ilusões.

Portanto, em um primeiro momento, a partir da **técnica de revisão bibliográfica** e do **marco teórico** do realismo jurídico norte-americano, será desenvolvido um estudo, no âmbito da teoria do direito, com o intuito de se sustentar a tese inicial de que a dicotomia entre o direito público e o direito privado é artificial, e se constitui, portanto, como um recurso didático e de sistematização doutrinária do pensamento jurídico, sem que haja efetiva diferença de natureza entre aquilo classificado como público ou como privado no direito. Ademais, em momento posterior, à luz do referido estudo, será promovida a reflexão e a crítica em relação ao ensino jurídico contemporâneo, apresentando-se algumas confusões e ilusões que podem surgir a partir do modo como se tem colocado a dicotomia em perspectiva.

2. A CRÍTICA DO REALISMO JURÍDICO

O movimento do realismo jurídico tomou forma por volta das décadas de 1920 a 1940 e se desenvolveu a partir de duas correntes principais, a norte-americana e a escandinava (GRUBBA; MONTEIRO, 2018).[1]

O presente trabalho, contudo, se concentrará em analisar o movimento no âmbito de sua vertente norte-americana, almejando demonstrar a sua contribuição para a perspectiva norteadora do presente trabalho, qual seja, a artificialidade da dicotomia público-privado no direito. Evidentemente, não é o objetivo esmiuçar por completo o movimento do realismo jurídico norte-americano em seus autores e nuances teóricas, haja vista que há excelentes trabalhos dedicados exclusivamente a este propósito, a exemplo da tese de doutoramento do professor Daniel Brantes Ferreira.[2]

2.1 O Realismo Jurídico Norte-Americano – Um Panorama Geral

Sinteticamente, é possível compreender o realismo jurídico norte-americano[3] como um movimento que surge como uma crítica em relação a outras maneiras de se pensar o direito, a exemplo do formalismo jurídico, do jusnaturalismo e do positivismo.

> O realismo jurídico norte-americano, crítico do formalismo, do positivismo e do jusnaturalismo, desenvolveu-se a partir de professores que lecionavam nas universidades de John Hopkins, Columbia e Yale. Dentre esses professores, Karl Llewellyn[2] batizou o movimento como realismo jurídico norte-americano em 1930, através de seu artigo que constatou a crítica ao formalismo jurídico de Langdell, a qual já vinha ocorrendo desde Holmes. (GRUBBA; MONTEIRO, 2018, p. 274)

---

[1] Segundo as autoras: "O realismo jurídico norte-americano desenvolveu-se a partir de professores que lecionavam nas universidades de John Hopkins, Columbia e Yale. Surgiu na academia, revolucionando tribunais e bancas de advocacia. Dentre esses professores, Karl Llewellyn batizou o movimento como realismo jurídico norte-americano em 1930. (...) Em contrapartida, o realismo jurídico escandinavo foi desenvolvido na chamada Escola de Uppsala e iniciado pelo filósofo Axel Hägerström. O realismo escandinavo distingue-se das outras doutrinas devido à sua posição empirista radical, adotando, ainda, uma linha mais filosófica em comparação com o realismo norte-americano. O filósofo dinamarquês Alf Ross é considerado o fundador e o maior destaque no realismo jurídico escandinavo" (GRUBBA; MONTEIRO, 2018, p. 273).

[2] A tese de doutoramento à qual se fez alusão tem como principal objetivo responder a quatro perguntas principais, a saber: a) o que fora o realismo jurídico norte-americano; b) em que momento histórico surgira o movimento; c) quem foram seus principais autores; d) quais foram as principais contribuições do movimento e de seus autores para a teoria do direito e para o ensino jurídico (FERREIRA, 2012, p. 6).

[3] O professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, em uma síntese rápida, assim define o realismo norte-americano: "O realismo jurídico, resumindo, criticava o formalismo jurídico, a tendência do direito de se reputar como ciência, o objetivismo, a utilização da lógica e a busca da certeza jurídica. Defendeu-se o relativismo da verdade e ponderou-se que juízes carregam para as decisões suas idiossincrasias, que são determinadas pelo entorno cultural no qual vivem. O direito é definido como a possibilidade de se fazer previsão segura de como o judiciário lidará com os casos que julga" (GODOY, 2013, p. 25).

Cumpre mencionar que a crítica realista incidiu tanto no direito em si mesmo considerado, quanto no método de ensino e de aprendizagem do direito, constituindo-se, assim, como um movimento de duas faces, isto é, simultaneamente como uma teoria do direito e como uma teoria do ensino jurídico[4] (GRUBBA; MONTEIRO, 2018, p. 274).

De todo modo, deixando-se de lado maiores discussões a respeito da diferenciação entre a teoria do direito e a teoria do ensino jurídico desenvolvidas pelo realismo, a perspectiva central e mais importante para esse movimento é a de que "os juízes decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideais, não com base nas regras gerais de direito, respondendo mais aos fatos do que às próprias leis" (GRUBBA; MONTEIRO, 2018, p. 274 a 275). Desse modo, a decisão final dos casos concretos, para os realistas, é o resultado de vários fatores, os quais podem variar conforme as ideologias do magistrado e de acordo com sua personalidade, não sendo, assim, resultado exclusivo da aplicação da norma jurídica.

Pode-se dizer, nesse viés, como acertadamente ensina Bobbio, que a tese fundamental do realismo é a de que não existe um direito objetivo, isto é, objetivamente dedutível de dados determinados, sejam estes fornecidos pelos costumes, pela lei ou pelo precedente jurídico, sendo o direito uma contínua criação do juiz, uma obra exclusivamente do magistrado no ato em que decide uma controvérsia (BOBBIO, 2003, p. 66).[5] Dito com outras palavras, o realismo jurídico apresenta a perspectiva de que não há um único resultado possível para as decisões judiciais, visto que os juízes decidem primeiro para, posteriormente, aplicarem as normas, além

[4] Nesse viés da teoria do ensino jurídico, as autoras Farias Monteiro e Serratine Grubba esclarecem, com fulcro em GODOY (2004, p. 38), que o realismo norte-americano criticou o rígido método de ensino jurídico desenvolvido por Langdell, o qual pode ser assim descrito: "O *case method* parte de prévia determinação de pesada carga de leitura para os alunos. A frequência das aulas é precedida de intenso estudo. O aluno vai preparado. Decisões judiciais são rigorosamente lidas, estudadas, digeridas. Há sabatina em todas as aulas. Professores torturam, assustam, humilham os alunos. Alguns estudantes escondem-se. Sentam-se nas últimas filas (*back-benching*) ou pedem formalmente (por bilhetes depositados na mesa do professor antes do início da aula) para não serem arguidos (*no-hassle pass*). Os lugares que os alunos ocupam na sala de aula, nos auditórios, são escolhidos no primeiro dia de aula. Os estudantes marcam seus nomes em diagrama, que ficará em posse do professor. As secretarias (*registrars*) enviam fotografias dos alunos aos professores. Esses têm na mesa, ao lado dos livros, nome, fotografia e localização do aluno. O controle é absoluto" (GRUBBA; MONTEIRO, 2018, p. 274).

[5] Nas palavras exatas do autor: "A escola realista, por outro lado, que teve como mais radical defensor Jerome Frank, vai bem mais adiante dos princípios que se podem extrair de Holmes e Pound. A tese fundamental por ela sustentada é que não existe um direito objetivo, isto é, objetivamente dedutível de dados determinados, sejam estes fornecidos pelos costumes, pela lei ou pelo precedente jurídico: o direito é contínua criação do juiz, é obra exclusivamente do magistrado no ato em que decide uma controvérsia. Cai deste modo o tradicional princípio da certeza jurídica, e de fato, qual pode ser a possibilidade de prever a conseqüência de um comportamento - nisto consiste a certeza -, se o direito é uma contínua nova criação do juiz?" (BOBBIO, 2003, p. 66).

de conduzirem o seu processo decisório com base em variados elementos provenientes de sua personalidade e de valores sociais e culturais pré-existentes na sociedade.[6]

Nesse contexto, conforme esclarece o professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, para a corrente realista, "[...] o Direito é generalização de efeito legal e potencial de considerações jurídicas nas decisões de casos concretos" (2013, p. 23).[7] Assim, o realismo propicia, em termos de teoria do direito, a crítica ao formalismo jurídico ao argumentar que o direito é experiência (o que ele efetivamente é) e não lógica (como é dito que é).

> O realismo jurídico abrange as correntes teóricas que se afastam de qualquer investigação jusfilosófica de ordem metafísica ou ideológica, negando todo fundamento absoluto à idéia do direito, considerando tão-somente a realidade jurídica, isto é, o direito efetivamente existente ou os fatos sociais e históricos que lhe deram origem. O realismo jurídico busca a realidade efetiva sobre a qual se apóia e dimana o direito, não a realidade sonhada ou ideal. Para os realistas, o direito real e efetivo é aquele que o tribunal declara ao tratar do caso concreto. (DINIZ, p. 69, 1988)

Ademais, por um outro lado, quanto ao viés da teoria do ensino jurídico, cumpre mencionar que o realismo influenciou na adoção de mudanças significativas, e que se tornaram permanentes, nos currículos e métodos de ensino utilizados nas faculdades de direito norte-americanas, destacando-se, nessa seara, as seguintes: a interdisciplinaridade (principalmente a integração do direito com a sociologia); a proliferação das disciplinas eletivas; a adoção de clínicas de prática jurídica; a aplicação da pesquisa empírica ao direito; a melhoria no material didático (livros de casos); e a melhoria das técnicas de ensino (FERREIRA, 2012, p. 31).[8]

De todo modo, o que mais interessa para os fins deste trabalho é a percepção de que os realistas, em vez de conceberem o direito como um sistema lógico, fechado e autossuficiente de normas abstratas, propuseram uma análise mais dinâmica, o chamado "Direito em ação" (*Law in action*) em detrimento do "Direito nos livros" (*Law in books*).[9] Assim, ao deslocar o

---

[6] Nesse contexto, o professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy esclarece: "Por outro lado, e o que é mais importante, a racionalização da decisão dá-se depois da tomada de decisão, tornando-a plausível. Categorias gerais são utilizadas como subsídios para fatos específicos. De forma mais realista: a personalidade dos juízes deve ser estudada para se compreender o direito (cf. SINHA, 1993)" (GODOY, 2013, p. 22 a 23).

[7] Ademais, "[...] o direito é incerto, indefinido, sujeito a mudanças incalculáveis e imprevisíveis. O direito só existe quando aplicado por juízes. A personalidade do juiz, nesse sentido, seria o fator mais importante para o direito (cf. SINHA, 1993)" (GODOY, 2013, p. 23).

[8] Curiosamente, Daniel Brantes Ferreira considera que as contribuições do realismo para o ensino jurídico foram, de certa forma, até mais importantes do que as contribuições desse movimento para a teoria do direito, haja vista que o movimento foi um tanto quanto abafado, quanto a sua faceta da teoria do direito, pouco antes do início da Segunda Grande Guerra. Isso ocorreu, aparentemente, em razão da conjuntura sócio-política conservadora da época, a qual fez com que os tradicionalistas prevalecessem (FERREIRA, 2012, p. 29 a 31).

[9] Conforme Godoy (2013, p.15), o realismo buscou definir e descredibilizar as teorias jurídicas dominantes "[...] formalistas e objetivas, oferecendo em troca jurisprudência com maior embasamento filosófico, mais iluminada e potencialmente orientada para realidade inesperada que se descortinava".

eixo do direito da lógica pura para uma experiência permeada pelo social[10], o realismo desconstruiu a barreira ontológica que separava o Estado da autonomia individual. Nesse contexto, Godoy esclarece que:

> (...) a dicotomia entre direito público e privado foi motivo de preconceito por parte do realismo jurídico, que em todas as instâncias percebia a interferência estatal. O referencial de autonomia da vontade, que supostamente informaria o direito privado, é determinado pelo direito público, e nesse sentido esse último assumiria e assimilaria aquele primeiro. (GODOY, 2013, p. 24).

Diante do exposto, percebe-se que, ao priorizar a análise do direito como ele efetivamente é, o realismo jurídico norte-americano desferiu um ataque poderoso à distinção entre direito público e privado, afirmando que "se for o direito público o detentor do poder para determinar o que é direito privado, não há por que se aceitar que o direito privado seja esfera livre do direito público" (GODOY, 2013, p. 24).

É a partir desse cenário de ceticismo em relação às categorias formais, como se passará a examinar adiante, que o autor Morris Raphael Cohen produziu robusta argumentação no sentido de desmistificar a dicotomia público-privado, revelando que os institutos pilares do direito civil, como o contrato e a propriedade, tidos como o núcleo duro do direito privado, não são esferas de liberdade pré-políticas, mas formas de soberania delegada que dependem, em última instância, da coerção e do reconhecimento do Estado (COHEN, 1927).

2.2 Morris Cohen e a Artificialidade da Dicotomia Público-Privado no Direito

Antes de iniciar o exame das ideias elaboradas pelo autor, é necessário realizar um esclarecimento. Nesse sentido, embora Morris Cohen seja frequentemente associado ao movimento do realismo jurídico norte-americano, devido ao seu ataque sistemático à dicotomia público-privado, ele não é amplamente considerado, a rigor, como um expoente do realismo.[11]

---

[10] Norberto Bobbio esclarece que "os sequazes destas correntes (realistas) vêem também um contraste entre direito imposto e aquele efetivamente aplicado, e consideram apenas este último o direito em sua concretude, único objeto passível de pesquisa por parte dos juristas que não pretendem perder tempo com fantasmas vazios" (BOBBIO, 2003, p. 63).

[11] Conforme se depreende do artigo de Daniel Brantes Ferreira, intitulado "Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores", os principais expoentes desse movimento foram Karl N. Llewellyn, considerado o responsável por "batizar" o movimento em 1930, e Jerome Frank, que escreveu, em conjunto com Llewellyn, a famosa lista de autores realistas em 1931. Estes dois nomes foram os únicos que assumiram o rótulo de realistas, embora, de forma pública, apenas Llewellyn tenha assumido tal rótulo. Contudo, Brantes afirma que os principais autores pré-realistas, cujas obras fundamentaram as críticas do movimento, foram Wesley N. Hohfeld, Joseph Bingham, Arthur Corbin e Walter Wheeler Cook. Ademais, Brantes menciona Oliver Wendell Holmes e Benjamin Cardozo como figuras que já teciam críticas ao formalismo jurídico de forma prévia ao surgimento efetivo do movimento (FERREIRA, 2012). Entretanto, a classificação dos autores como realistas não parece ser o elemento mais importante aqui, até mesmo Brantes afirma que o exercício de classificação e rotulação de Llewellyn foi, em certa medida, "inútil". Desse modo, percebe-se que a identificação de um autor como integrante

A despeito disso, o artigo de sua autoria, intitulado *Property and Sovereignty*, representa uma profunda reflexão em torno da temática e provavelmente serviu como o ponto de partida para que, posteriormente, autores realistas também atacassem a suposta autonomia do direito privado frente ao poder político estatal.[12] Ademais, a ênfase em Morris Cohen também se justifica pelo fato de ele abordar a temática da artificialidade da dicotomia público-privado no direito de forma bastante densa e específica em um trabalho único dedicado a essa finalidade (*Property and Sovereignty)*, o que outros autores (realistas) fizeram de maneira mais esparsa.

Nessa seara, assim como foi realizado na introdução deste trabalho, Cohen também inicia o seu raciocínio argumentando que a dicotomia público-privado no direito aparenta em um primeiro momento ser uma característica fixa, isto é, uma divisão muito clara, que perpassa o currículo jurídico (COHEN, 1927, p. 8).[13] O autor afirma, inclusive, que esta dicotomia teria tomado o seu contorno de uma forma mais clara a partir das ideias de Montesquieu e de Blackstone e se tornado, assim, a base do pensamento jurídico norte-americano (COHEN, 1927, p. 8).[14]

Contudo, conforme é desenvolvido o seu artigo, Cohen demonstra que os pilares do direito privado (propriedade e contrato) não são esferas de liberdade pré-políticas, mas sim mecanismos de exercício de poder que dependem do reconhecimento e da coerção estatal, o que, por sua vez, torna artificial a separação rígida entre as duas esferas preconizada por Montesquieu.[15] Nesse contexto, a crítica e a desconstrução da dicotomia entre o direito público e o privado proposta por Cohen no mencionado artigo é desenvolvida por meio de quatro argumentos principais, a saber: (1) a crítica histórica à dicotomia, (2) a defesa da natureza

---

do movimento realista pode ser uma tarefa um tanto quanto complexa (a classificação não é estanque), sendo muito mais relevante, portanto, a contribuição das teses desenvolvidas por cada autor, incluindo as de Morris R. Cohen, do que a categorização enquanto integrante ou não do movimento.

[12] Quando Cohen publicou seu artigo em 1927, o movimento realista ainda tomava os seus contornos enquanto movimento (isto ocorreu entre 1920 e 1940), o que nos permite inferir que o ponto de partida para a crítica realista à dicotomia público-privado provavelmente se deu a partir da influência direta das ideias de Cohen, as quais foram produzidas justamente nesse período em que o realismo se consolidava.

[13] Nas palavras do autor: "Property and sovereignty, as every student knows, belong to entirely different branches of the law. Sovereignty is a concept of political or public law and property belongs to civil or private law. This distinction between public and private law is a fixed feature of our law-school curriculum" (COHEN, 1927, p. 8).

[14] Na obra original: "It was expressed with characteristic 18th century neatness and clarity by Montesquieu, when he said that by political laws we acquire liberty and by civil law property, and that we must not apply the principles of one to the other.[1] Montesquieu's view that political laws must in no way retrench on private property because no public good is greater than the maintenance of private property, was echoed by Blackstone and became the basis of legal thought in America" (COHEN, 1927, p. 8).

[15] Apenas para fins de esclarecimento, Cohen destaca que, para Montesquieu, por meio das leis políticas (identificadas com o direito público), adquirimos a liberdade e, por meio das leis civis (identificadas com o direito privado), adquirimos a propriedade, e que não devemos aplicar os princípios de umas às outras; na obra original: " (...) by Montesquieu, when he said that by political laws we acquire liberty and by civil law property, and that we must not apply the principles of one to the other" (COHEN, 1927, p. 8).

política da propriedade, (3) a releitura do contrato como extensão da propriedade e, portanto, como expressão do poder político e (4) a demonstração de que todo o direito privado repousa sobre limitações e delegações de soberania.

2.2.1 A crítica histórica: a fusão entre propriedade e soberania no direito feudal e o exemplo do direito inglês

Preliminarmente, com o fito de evitar eventuais confusões, é importante destacar que o autor identifica a soberania como um conceito de direito político ou público e a propriedade como pertencente ao direito privado (COHEN, 1927, p. 8).[16] Desse modo, quando ele aborda a separação entre propriedade e soberania, se torna lícita a compreensão de que ele esteja tratando também, por consequência lógica, da dicotomia entre o direito público e o direito privado.

Feito o esclarecimento, a afirmação que inaugura o trabalho de Cohen é a de que "propriedade e soberania, como bem sabe qualquer estudante, pertencem a ramos do direito inteiramente distintos" (COHEN, 1927, p. 8). Entretanto, o autor promove, em seguida, uma análise histórica que conduz à desconstrução de sua afirmação inaugural.

Cohen esclarece que a distinção entre propriedade e soberania é geralmente identificada com a diferenciação romana entre *dominium* — o poder do indivíduo sobre as coisas — e *imperium* — o poder do príncipe sobre todos os indivíduos. Ademais, afirma que, assim como outras distinções romanas, esta tem sido considerada como algo absolutamente fixado na natureza das coisas (COHEN, 1927, p. 8 a 9).[17]

Contudo, a referida distinção, segundo o autor, não era conhecida nos "direitos" germânicos antigos e no direito feudal (não restrito à Europa medieval), sendo que a propriedade da terra e a soberania política local eram "inseparáveis" nestes contextos (COHEN, 1927, p. 9).[18] Nesse contexto, percebe-se também que o autor não trata essa fusão como uma mera circunstância daquele momento histórico medieval há muito superada. Assim, para

---

[16] Na obra original: "Sovereignty is a concept of political or public law and property belongs to civil or private law" (COHEN, 1927, p. 8).

[17] No texto original: "The distinction between property and sovereignty is generally identified with the Roman discrimination between dominium, the rule over things by the individual, and imperium, the rule over all individuals by the prince. Like other Roman distinctions, this has been regarded as absolutely fixed in the nature of things" (COHEN, 1927, p. 8 a 9).

[18] No original "But early Teutonic Law, the law of the Anglo-Saxons, Franks, Visigoths, Lombards and other tribes, makes no such distinction; and the state long continued to be the prince's estate so that even in the 18th century the Prince of Hesse could sell his subjects as soldiers to the King of England. The essence of feudal law-a system not confined to medieval Europe-is the inseparable. connection between land tenure and personal homage involving often rather menial services on the part of the tenant and always genuine sovereignty by the landlord" (COHEN, 1927, p. 9).

sustentar a afirmação anterior, Cohen apresenta o exemplo do direito inglês, no qual, até o século XX, o direito de propriedade conservava instrumentos jurídicos feudais que garantiam o poder político das aristocracias fundiárias.

> Pois bem, diante de nossos olhos, a Lei de Propriedade de 1925 (*Law of Property Act*) está eliminando vestígios substanciais das complicadas leis de terras feudais da Inglaterra, ao abolir a diferença entre a sucessão de bens imóveis (*real property*) e a de bens móveis (*personal property*), e ao extinguir todos os direitos reais (*estates*) intermediários entre o arrendamento (*leasehold*) e a propriedade plena e absoluta (*fee simple absolute*). Esses remanescentes do feudalismo não eram meros vestígios; eles desempenharam um papel importante na vida nacional da Inglaterra. (COHEN, 1927, p. 9, tradução livre)[19]

A presença ativa desses arranjos jurídicos do medievo até 1925 demonstra, portanto, que a suposta separação entre o domínio privado da terra e o domínio público do poder político não havia se consumado totalmente naquele momento na Inglaterra (antes de 1925), de modo que o direito de propriedade ainda carregava em seu interior privilégios e mecanismos de controle político típicos da soberania.

Ademais, Cohen revela que a complexidade e a manutenção dos institutos feudais em perspectiva não era por motivo de mero arcaísmo técnico, mas um arranjo deliberado para evitar a erosão do poder político da aristocracia fundiária, ou seja, formas do direito privado (regras rígidas sobre herança e vínculos arcaicos e hereditários com a terra) eram preservadas para a manutenção da soberania política de famílias tradicionais (COHEN, 1927, p. 9 a 10).[20] Dito com outras palavras, o direito tido como privado funcionou durante muito tempo como uma armadura jurídica da dominação política, ou seja, a separação entre as esferas era na prática inexistente e, por isso, uma ilusão.

Além disso, a mitigação dessa estrutura jurídica feudal não começou por meio do direito privado, a exemplo de uma reforma interna no próprio direito civil, mas por intermédio de uma medida tributária, isto é, de um ato de soberania fiscal:

> Aquilo que estava oculto para Maitland, Joshua Williams e os outros grandes mestres, foi revelado a um advogado galês que, no orçamento de 1910, propôs tributar a terra de modo a forçá-la a entrar no mercado. O caráter radicalmente revolucionário dessa

[19] Na obra original: "Well, right before our eyes the Law of Property Act of 1925 is sweeping away substantial remains of the complicated feudal Land Laws of England, by abolishing the difference between the descent of real and that of personal property, and by abolishing all legal (though not equitable) estates intermediate between leaseholds and fees simple absolute. These remains of feudalism have not been mere vestiges. They have played an important part in the national life of England" (COHEN, 1927, p. 9).

[20] Nas palavras de Cohen: "(...) there was a great and well founded fear that by simplifying and modernizing the real property law of England the land might become more marketable. Once land becomes fully marketable it can no longer be counted on to remain in the hands of the landed aristocratic families; and this means the passing of their political power and the end of their control over the destinies of the British Empire" (COHEN, 1927, p. 9 a 10).

> proposta foi imediatamente reconhecido na Inglaterra. Ela foi combatida ferrenhamente por todos aqueles que prezavam o que havia restado do antigo domínio aristocrático inglês. Quando esse orçamento finalmente foi aprovado, a base do antigo direito de propriedade imobiliária e o poder efetivo da Câmara dos Lordes haviam desaparecido. (COHEN, 1927, p. 10, tradução livre)[21]

Nesse viés, a reforma levada a cabo no direito privado em 1925 (*Law of Property Act*), veio apenas como um complemento de uma revolução que se iniciou, bem como representou um considerável embate, no campo do direito público, ou seja, no âmbito da tributação e do poder da Câmara dos Lordes (COHEN, 1927, p. 10).[22] Assim, Cohen desmente a suposta fronteira nítida entre as duas esferas (propriedade e soberania) demonstrando como, historicamente, esses dois aspectos estão umbilicalmente ligados, ou melhor, entrelaçados um ao outro.

Diante do apresentado, o que o exame histórico proposto por Cohen sugere, em síntese, é que a separação absoluta entre propriedade (identificada com o direito privado) e soberania (identificada com o direito público) é uma construção artificial e muito mais tardia do que se pensava ser, ou seja, ela não deve ser entendida como algo natural e que se manteve desde os romanos. Portanto, a separação entre direito privado e a soberania política (direito público) é um arranjo historicamente contingente, não uma dicotomia intransponível.

2.2.2 A natureza política da propriedade

Em um primeiro momento é importante assentar que a propriedade não denota coisas materiais, mas sim certos direitos (COHEN, 1927, p. 12). Nessa seara, se destaca a percepção de que, independentemente da definição técnica de propriedade que seja adotada, o direito de propriedade não é efetivamente uma relação entre um proprietário e uma coisa, como pode parecer à primeira vista, mas sim uma relação entre o proprietário e os outros indivíduos em referência a coisas (COHEN, 1927, p. 12). Essa é a premissa fundamental que norteia a argumentação de Cohen quanto à natureza política da propriedade.

---

[21] No original: “That which was hidden from Maitland, Joshua Williams, and the other great ones, was revealed to a Welsh solicitor who in the budget of 19IO proposed to tax the land so as to force it on the market. The radically revolutionary character of this proposal was at once recognized in England. It was bitterly fought by all those who treasured what had remained of the old English aristocratic rule. When this budget finally passed, the basis of the old real property law and the effective power of the House of Lords was gone” (COHEN, 1927, p. 10). Ademais, cumpre destacar que o advogado galês ao qual se refere Cohen, provavelmente, foi David Lloyd George, que foi Chanceler do Tesouro e propôs o famoso *People's Budget* (Orçamento do Povo).

[22] Cohen esclarece, nesse contexto, que “a legislação de 1925-1926 foi, assim, a conclusão final, no reino do direito privado, da revolução que foi travada em 1910 no fórum do direito público, isto é, no campo da tributação e do poder da Câmara dos Lordes” (1927, p.10, tradução livre).

Diante do exposto, o esforço do autor é no sentido de refutar as perspectivas que colocam a propriedade como uma relação entre um sujeito e uma coisa, haja vista que essas perspectivas obscurecem o fato de que a essência da propriedade é a de ser um direito, isto é, um direito de excluir os outros. Assim, segundo o autor, as leis não são capazes de garantir a habilidade física ou social de que alguém – o proprietário – possa efetivamente usar o que ela lhe atribui como seu (como propriedade), mas tão somente asseguram a possibilidade de o proprietário excluir outros de usarem as coisas que a lei lhe atribuiu. Nesse sentido, o trecho a seguir ilustra bem o raciocínio delineado até o momento:

> A essência da propriedade privada é sempre o direito de excluir os outros. (...) Se, então, outra pessoa quiser usar a comida, a casa, a terra ou o arado que a lei chama de meus, ela terá que obter o meu consentimento. Na medida em que essas coisas são necessárias à vida do meu vizinho, a lei me confere, assim, um poder — limitado, mas real — de fazê-lo fazer o que eu quero. (COHEN, 1927, p. 12, tradução livre)[23]

Ademais, à luz do trecho destacado, sobretudo quando esse poder de exclusão de terceiros incide sobre bens indispensáveis à subsistência das pessoas, é que se torna perceptível a tese central de Cohen quanto à natureza política da propriedade, qual seja, "o fato real de que o domínio (*dominion*) sobre as coisas é também império (*imperium*) sobre os nossos semelhantes" (COHEN, 1927, p. 13, tradução livre). Portanto, é nítido que a propriedade não é apenas um mero direito sobre as coisas, mas um poder real de exercer comando sobre pessoas.

Ocorre que nisso – no poder de comando sobre pessoas – se verifica o núcleo da soberania política. Portanto, percebe-se que o direito de propriedade é, para Cohen, uma delegação de parte da soberania estatal ao particular, atribuindo-lhe, assim, algum poder sobre terceiros para induzir-lhes certos comportamentos, desde à omissão até comportamentos ativos (ao serviço por exemplo).

Dito de outro modo, apesar de a doutrina jurídica clássica decompor o direito de propriedade em diferentes direitos que em tese a compõem, a exemplo do *jus utendi* (direito de usar) e *jus disponendi* (direito de dispor), é verdade que, em última análise, esta decomposição ilustra apenas um feixe de faculdades relacionadas ao direito de propriedade e que aparecem nos manuais de Direito (COHEN, 1927, p. 12).[24] Segundo Cohen, este feixe não é o direito de propriedade em si, mas tão somente descreve o que o proprietário de um objeto pode vir a

---

[23] No original: "If then somebody else wants to use the food, the house, the land, or the plow which the law calls mine, he has to get my consent. To the extent that these things are necessary to the life of my neighbor, the law thus confers on me a power, limited but real, to make him do what I want" (COHEN, 1927, p. 12).

[24] Para Cohen "a visão clássica da propriedade como um direito sobre as coisas a decompõe em direitos componentes, tais como o *jus utendi*, o *jus disponendi*, etc. Mas a essência da propriedade privada é sempre o direito de excluir os outros" (COHEN, 1927, p. 12, tradução livre).

realizar com este objeto. Isto posto, o núcleo fundamental do direito de propriedade, longe de ser uma relação entre o proprietário e o objeto que possui, é político e se traduz no poder de excluir outras pessoas (COHEN, 1927, p. 12).[25] Sem este poder de exclusão, portanto, até o referido feixe de faculdades não vale de nada, haja vista que se, por exemplo, não for garantido ao proprietário de uma casa os meios para excluir dela alguém que a ocupa indevidamente, não haverá como ele – o proprietário – exercitar as suas faculdades de usar e de dispor da casa.

Além disso, há um outro aspecto fundamental associado à propriedade que denota a sua natureza política, qual seja, o de que as leis que asseguram a propriedade não se limitam a proteger a titularidade já existente sobre os bens, elas também determinam a distribuição futura das riquezas sociais. Diante do exposto, já que "a vida média dos bens que são consumíveis ou usados para a produção de outros bens é muito curta (...), uma lei que apenas protegesse os homens em sua posse e não regulasse também a aquisição de novos bens seria de pouca utilidade" (COHEN, 1927, p.13, tradução livre)

> A extensão do poder sobre a vida de terceiros que a ordem jurídica confere àqueles chamados de proprietários não é totalmente compreendida por quem pensa no direito apenas como algo que protege os homens em sua posse. O direito de propriedade faz mais: ele determina o que os homens devem adquirir. Assim, proteger os direitos de propriedade de um senhor de terras significa dar-lhe o direito de cobrar aluguel; proteger a propriedade de uma ferrovia ou de uma corporação de serviço público significa dar-lhe o direito de efetuar certas cobranças. Consequentemente, a propriedade de terras e máquinas, com os direitos de auferir aluguéis, juros, etc., determina a distribuição futura dos bens que virão a existir — determina que parcela de tais bens diversos indivíduos deverão adquirir. (COHEN, 1927, p. 13, tradução livre)[26]

Nesse sentido, inclusive as decisões judiciais frequentemente são proferidas no sentido de estabelecerem que uma dada parcela da futura produção de bens em sociedade deve, sob certas condições, ser destinada à determinada pessoa física ou jurídica.[27]

---

[25] "A lei não me garante a habilidade física ou social de efetivamente usar o que ela chama de meu. Por meio de regulamentações públicas, o Estado pode me auxiliar indiretamente, removendo certos obstáculos gerais ao usufruto da propriedade. Todavia, o direito de propriedade me ajuda diretamente apenas a excluir outros de usarem as coisas que ele me atribui" (COHEN, 1927, p. 12, tradução livre).

[26] No original: "The extent of the power over the life of others which the legal order confers on those called owners is not fully appreciated by those who think of the law as merely protecting men in their possession. Property law does more. It determines what men shall acquire. Thus, protecting the property rights of a landlord means giving him the right to collect rent, protecting the property of a railroad or a public service corporation means giving it the right to make certain charges. Hence the ownership of land and machinery, with the rights of drawing rent, interest, etc. determines the future distribution of the goods that will come into being-determines what share of such goods various individuals shall acquire" (COHEN, 1927, p. 13).

[27] Cohen exemplifica: "[...] quando um tribunal decide que uma empresa de gás tem direito a um retorno de 6% sobre o seu investimento, ele não está apenas protegendo uma propriedade já possuída; ele está também determinando que uma parcela da futura produção social deve, sob certas condições, ser destinada àquela empresa" (COHEN, 1927, p. 12, tradução livre).

Portanto, a propriedade se revela como um verdadeiro poder de alocar a riqueza social futura, o que, aliado a possibilidade de comandar os serviços de grandes contingentes que não são economicamente independentes (e precisam de determinados bens e riquezas para subsistir), ilustra o que historicamente constituiu a soberania política.[28] Em suma, a propriedade, então, nada tem de apartada do direito público, sendo, assim, apenas uma delegação de parcela da soberania estatal ao particular (proprietário), de modo que é atribuído a este certo poder sobre terceiros e sobre a distribuição dos recursos.

2.2.3 A releitura do contrato como extensão da propriedade e expressão de soberania delegada

Embora Cohen dedique a maior parte de seu artigo ao estudo da propriedade, o autor promove, também, uma reflexão acerca da decisão da Suprema Corte sobre o salário mínimo (*Adkins v. Children's Hospital*). Ao tratar do assunto, Cohen critica como a Suprema Corte dos Estados Unidos ampliou o conceito de propriedade e o alargou de modo a incluir a "liberdade de contratar" (COHEN, 1927, p. 11).[29] A decisão em perspectiva permitiu que os patrões pagassem menos que o mínimo de subsistência sob a justificativa de que o Estado não poderia interferir na "propriedade" (o contrato) que havia sido celebrado.

Entretanto, o objetivo de Cohen, no artigo por ele escrito, não foi o de discutir o mérito da decisão da Suprema Corte ou o de avaliar o raciocínio jurídico predominante que levou à decisão.[30] Assim, o ponto central de reflexão do autor, à luz da decisão judicial por ele suscitada, é o de que, quando o Estado perde o poder de regular salários, essa parcela de sua soberania não desaparece, mas é transferida para o empregador privado.

> Mas, seja essa extensão justificada ou não, **ela certamente significa a transferência de um certo domínio de soberania do Estado para o empregador privado de mão de obra**, que agora possui o direito absoluto de demitir e ameaçar demitir qualquer funcionário que deseje se associar a um sindicato, e o direito absoluto de pagar um salário que é prejudicial a um interesse social básico. (COHEN, 1927, p. 11, tradução livre)[31]

---

[28] "(...) não apenas os senhores de terras medievais, mas os proprietários de toda propriedade geradora de renda recebem, de fato, da lei, certos poderes de tributar o futuro produto social. Quando a esse poder de tributação se acrescenta o poder de comandar os serviços de grandes contingentes que não são economicamente independentes, temos a essência do que, historicamente, constituiu a soberania política" (COHEN, 1927, p. 13, tradução livre).

[29] "O decano Pound demonstrou que, ao transformar a liberdade de contratar em um direito de propriedade, a Suprema Corte estendeu o significado do termo 'propriedade' para incluir o que ele nunca antes significou no direito ou na jurisprudência de qualquer país civilizado" (COHEN, 1927, p. 11, tradução livre).

[30] "Sem julgar neste ponto a solidez do raciocínio pelo qual a maioria chegou à sua decisão. (...) Deixe-me repetir: não desejo aqui discutir os méritos ou deméritos da decisão sobre o salário mínimo" (COHEN, 1927, p. 10 a 11, tradução livre).

[31] No original: "But whether this extentsion is justified or not, it certainly means the passing of a certain domain of sovereignty from the state to the private employer of labor, who now has the absolute right to discharge and

Dito com outras palavras, o patrão torna-se o "soberano" sobre a vida do trabalhador, ao menos no âmbito da relação laboral, o que é justamente uma expressão da propriedade, já que, conforme discutido no tópico anterior, esta se caracteriza como um poder de alocar a riqueza social futura e de comandar os serviços de grandes contingentes economicamente hipossuficientes. Assim, a decisão da Suprema Corte escancarou que o contrato, tido com instituto jurídico essencial do direito privado, não representa efetivamente um livre acordo entre iguais, mas um instrumento de exercício de parcela do poder soberano de forma delegada, cuja eficácia depende inteiramente do aparato coercitivo estatal que o reconhece e fornece mecanismos para a sua concretização.

Isso fica ainda mais claro pelo fato de que é o Estado quem, em princípio, possui o poder-dever de proibir contratos que sejam contra a ordem pública.[32] Desse modo, quando o Estado, em razão da decisão da Suprema Corte suscitada por Cohen, é impossibilitado de proibir contratos sob os quais muitos recebiam salários inferiores ao mínimo de subsistência, ilustra-se a transferência aos particulares (empregadores) de uma parcela excepcionalmente importante do exercício do poder soberano Estatal, restando, assim, às forças econômicas, por si mesmas, corrigirem os abusos perpetrados pelas indústrias que não pagam o mínimo de subsistência, caso estas não sejam tão economicamente eficientes e lucrativas quanto aquelas que pagam salários mais altos (COHEN, 1927, p. 11).[33]

Sinteticamente, por meio da reflexão proposta por Cohen, percebe-se que o contrato não é uma esfera pré-política de autonomia individual. Em última análise, este instrumento jurídico é uma extensão da propriedade e, desse modo, essencialmente político ao refletir o exercício por parte dos particulares de parcela da soberania estatal de maneira delegada.

---

threaten to discharge any employee who wants to join a trade union, and the absolute right to pay a wage which is injurious to a basic social interest" (COHEN, 1927, p. 11).

[32] Isso é afirmado por Cohen – "O Estado, que tem o direito indiscutível de proibir contratos contra a moral pública ou a ordem pública (...)" (COHEN, 1927, p. 10, tradução livre) – como também é inteligível, por exemplo, a partir do Código Civil Brasileiro, o qual, em seu artigo 122, preceitua que "são lícitas, em geral, todas as **condições NÃO contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes**; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes" (grifos nossos).

[33] Nas palavras de Cohen: "Pode ser que as forças econômicas corrijam por si mesmas o abuso que a Suprema Corte não permite ao Estado remover diretamente; que as forças econômicas eliminem indústrias parasitas que não pagam o mínimo de subsistência, porque tais indústrias não são tão economicamente eficientes e lucrativas quanto aquelas que pagam salários mais altos" (COHEN, 1927, p. 11, tradução livre).

2.2.4 A artificialidade da dicotomia: o direito privado como ordem política sustentada pelo Estado

À luz do exposto nos tópicos anteriores, Cohen arremata o seu raciocínio a partir do argumento de que a efetividade dos direitos que os juristas costumam considerar como inseridos no âmbito do direito privado exige a intervenção do Estado. O trecho a seguir esclarece o argumento do autor:

> O Estado, no entanto, deve interferir para que os direitos individuais se tornem eficazes e não degenerem em incômodos públicos (*public nuisances*). Permitir que qualquer pessoa faça absolutamente o que quiser com sua propriedade — criando barulho, odores ou perigo de incêndio — seria tornar a propriedade, em geral, sem valor. (COHEN, 1927, p. 21, tradução livre)[34]

Nesse sentido, percebe-se claramente que, caso não houvesse nenhum tipo de restrição imposta pelo Estado ao gozo dos direitos tidos como privados, a propriedade de um, por exemplo, facilmente poderia anular a de um outro sujeito. Essa perspectiva vai de encontro à teoria tradicional dos direitos naturais, cunhada nos séculos XVII e XVIII, segundo a qual haveria um conjunto de direitos individuais que seria inalienável – constituindo uma espécie de esfera negativa da intervenção estatal –, de modo que o Estado, por exemplo, jamais deveria interferir na propriedade privada.[35]

Entretanto, a argumentação de Cohen merece prosperar frente à teoria dos direitos individuais e naturais supostamente inalcançáveis por parte do Estado. Nesse contexto, o que Cohen preconiza é que toda a estrutura do direito tido como privado é moldada por limitações, deveres positivos e expropriações legítimas.[36] Isto posto, uma vez que nenhum direito individual pode, de fato, ser exercido em uma comunidade sem alguma restrição pública, o autor ressalta que coube principalmente aos 'publicistas' (aos escritores sobre política e direito constitucional e administrativo) considerar as limitações da propriedade privada necessárias para a segurança, paz, saúde e moral públicas, bem como no interesse de todos aqueles

---

[34] No original: “The state, however, must interfere in order that individual rights should become effective and not degenerate into public nuisances. To permit anyone to do absolutely what he likes with his property in creating noise, smells, or danger of fire, would be to make property in general valueless” (COHEN, 1927, p. 21).

[35] Cohen esclarece que essa teoria dos direitos naturais do indivíduo, prevalecente nos Estados Unidos quando da publicação de seu artigo *Property and Sovereignty,* foi moldada pela luta nos séculos XVII e XVIII contra as restrições à iniciativa individual. Para ele, como essas restrições anteriormente se davam no interesse de privilégios especiais e eram fortalecidas pelos direitos divinos (e, portanto, absolutos) dos reis, a teoria dos direitos naturais do indivíduo, em resposta, assumiu também a forma absoluta com a negativa ferrenha da intervenção estatal (COHEN, 1927, p. 21).

[36] **“**Para ser realmente eficaz, portanto, o direito de propriedade deve ser sustentado por restrições ou deveres positivos por parte dos proprietários, impostos pelo Estado tanto quanto o direito de excluir terceiros, que é a essência da propriedade” (COHEN, 1927, p. 21, tradução livre).

empreendimentos, tais como habitação, educação e preservação de recursos naturais (COHEN, 1927, p. 22). Além disso, o autor enumera, inclusive, exemplos de confisco sem compensação, a exemplo da abolição da escravatura, da supressão de cargos públicos com valor patrimonial, da proibição da venda de bebidas alcoólicas e até da extinção de privilégios feudais), para mostrar que o Estado sempre deteve o poder de retirar ou reconfigurar direitos de propriedade quando o interesse público o exigia.[37]

Portanto, diante de todas essas possibilidades e, de fato, necessidades de intervenção no direito de propriedade, é que se revela inadequada a concepção de que haja uma efetiva autonomia do direito privado frente à soberania estatal, ou seja, não pode prevalecer a concepção dos direitos individuais, sobretudo a propriedade, como blindados e apartados da intervenção do Estado. Afinal, o ordenamento jurídico está mais próximo de um bloco complexo de normas jurídicas que, operando em conjunto, estabelecem direitos e restrições a esses mesmos direitos em prol do convívio em sociedade, do que de uma estrutura jurídica dividida em dois segmentos autônomos, quais sejam, o direito privado (propriedade) e o direito público (soberania). Esse raciocínio se materializa na passagem a seguir:

> Podemos ir mais longe e dizer que toda a atividade do Estado depende do seu legítimo poder de retirar a propriedade de alguns (sob a forma de tributação) e usá-la para sustentar outros, tais como os necessitados, aqueles que ficaram inválidos a serviço do Estado na guerra ou na paz, e aqueles que ainda não são capazes de produzir, mas nos quais a esperança da humanidade está personificada. (COHEN, 1927, p. 24, tradução livre)[38]

Diante disso, a suposta separação entre o "privado" (imune ao poder político) e o "público" (esfera estatal) parece demasiadamente ilusória, uma vez que o direito "privado" (materializado sobretudo pela propriedade e pelo contrato) não é um dado pré-estatal, mas um conjunto de delegações de poder que o Estado institui, limita e eventualmente suprime, sempre orientado por considerações políticas e pelo interesse público.

Inclusive, ainda nesse viés, Cohen sustenta que a manutenção da retórica da propriedade absoluta ou independente do poder soberano (do direito público), apesar das inúmeras

---

[37] Vide páginas 24 a 26 do artigo *Property and Sovereignty.*

[38] No original: "We may go farther and say that the whole business of the state depends upon its rightful power to take away the property of some (in the form of taxation) and use it to support others, such as the needy, those invalided in the service of the state in war or peace, and those who are not yet able to produce but in whom the hope of humanity is embodied" (COHEN, 1927, p. 24).

limitações a ela impostas, é um produto da fidelidade acrítica dos juristas às formulações codificadas.[39]

Diante do exposto, o trabalho de Cohen ensina que a dicotomia público-privado no direito é artificial, haja vista que a propriedade e o contrato são, ao mesmo tempo, produto e instrumento de soberania, de modo que a distinção entre direito público e privado cumpre uma função mais ideológica do que efetivamente reveladora de realidades jurídicas autônomas e independentes uma da outra.

2.3 Aproximação Entre as Ideias de Cohen e o Realismo Norte-Americano

A obra *Property and Sovereignty*, indubitavelmente, revela uma certa sintonia entre o pensamento de Morris Cohen, ao criticar a dicotomia público-privado, e o movimento realista norte-americano.[40] Assim, embora Cohen seja frequentemente identificado como um filósofo do direito mais próximo do pragmatismo, o seu artigo de 1927 antecipa e materializa, com notável precisão, alguns dos fundamentos da crítica realista ao formalismo jurídico e, em particular, à suposta autonomia do direito privado.

Conforme apresentado anteriormente, o realismo enfatiza a prática judiciária (as decisões dos magistrados) como o momento em que o direito efetivamente se materializa.[41] Essa tese realista se torna mais nítida, por exemplo, quando Cohen, ao analisar a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, demonstrou que a ampliação do conceito do direito de propriedade, incluindo-se nele a liberdade de contratar, significou a transferência de um certo domínio de soberania do Estado para o empregador privado de mão de obra.[42] Essa operação hermenêutica, a qual Godoy provavelmente descreveria como a cristalização da "doutrina do laissez-faire jurídico" (GODOY, 2013, p.11), não foi determinada puramente pela lógica interna

---

[39] "Os juristas ocupados com o direito civil ou privado têm, de qualquer modo, dado continuidade à concepção absolutista da propriedade; e, ao fazê-lo, são fiéis à linguagem dos grandes códigos do século XVIII — o francês, o prussiano e o austríaco — e até mesmo de códigos do século XIX, como o italiano e o alemão, que também iniciam com uma definição de propriedade como absoluta ou ilimitada, embora subsequentemente introduzam disposições qualificadoras ou limitadoras" (COHEN, 1927, p. 22, tradução livre).

[40] O professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy destaca que os eixos temáticos principais da crítica realista são "**os ataques** ao formalismo, à educação baseada em modelo que pretendia que o direito fosse ciência, **à distinção entre público e privado**, as relações com o progressivismo, com o New Deal e com a prática judiciária (...)" (GODOY, 2013, p. 6). Desse modo, a crítica a essa dicotomia é, portanto, apresentada como um dos eixos temáticos que definem o movimento realista e como um traço distintivo de sua postura antiformalista.

[41] Ver tópico 2.1

[42] Ver tópico 2.2.3

do ordenamento jurídico vigente, tendo sofrido, assim, notável influência da visão dos juízes sobre o que deveria ser protegido como propriedade.

Diante do exposto, percebe-se que, na prática, a dicotomia entre o público (regulação estatal) e o privado (autonomia contratual) foi redesenhada por uma atitude judicial que, a pretexto de aplicar a Constituição, alocou determinada parcela do poder político.[43] Portanto, a artificialidade da separação público-privado, tão defendida por Cohen, resta reforçada pela tese realista de que as decisões judiciais são resultados das ideologias dos magistrados, o que, de certa forma, evidencia como as fronteiras formais do direito são, em última análise, meras convenções.[44]

De fato, esta perspectiva de que as decisões judiciais não resultam de mera subsunção lógica, mas das ideologias do julgador, é central para o realismo.[45] Cohen, por sua vez, corrobora a perspectiva realista ao denunciar que a Suprema Corte norte-americana, segundo uma insinuação do juiz Holmes, leu "o individualismo extremo de Herbert Spencer na 14ª Emenda e, segundo outros, promulgou o lema de Caim, 'Acaso sou eu o guardião do meu irmão?', como a lei suprema da indústria" (COHEN, 1927, p. 11, tradução livre).[46] Diante do exposto, a referência a Herbert Spencer, o filósofo do *laissez-faire*, é reveladora no sentido de indicar que a decisão judicial suscitada por Cohen não extraiu seu conteúdo apenas da literalidade do texto constitucional, mas, sobretudo, de uma doutrina econômica e social em particular abraçada pelos juízes naquele momento histórico.

Ademais, conforme expõe Godoy (2013, p. 2), a máxima de Oliver Wendell Holmes Jr. — "o direito não é lógica, é experiência" — é o mote dos realistas e ilustra a crítica que estes

---

[43] Ver tópico 2.2.3

[44] Cohen exemplifica nesse contexto: "O fato, todavia, de que nos Estados Unidos a última palavra sobre o direito venha de juízes que, como outros advogados, são em sua maioria treinados no direito privado em vez de no direito público, é uma das razões pelas quais, entre nós, as concepções tradicionais de propriedade prevalecem sobre interesses nacionais óbvios, tais como a liberdade de organização dos trabalhadores, a necessidade de preservar certos padrões de vida, de evitar que o futuro dos cidadãos e cidadãs do país seja sacrificado em prol de lucros individuais, e outros semelhantes" (COHEN, 1927, p. 22, tradução livre).

[45] Godoy explica que "a decisão final não seria resultado exclusivo da aplicação da norma [...], mas de vários fatores psico-sociais, que variam da **ideologia do magistrado** a seu papel institucional, com estação inegável em sua personalidade" (GODOY, 2013, p. 6). Ademais, o autor também faz referência a Jerome Frank, um dos principais nomes do realismo, para ilustrar que "a decisão judicial seria mecanismo de racionalização de decisão pessoal, obtida por outros modos, marcados pelo planisfério psicológico do julgador" (GODOY, 2013, p. 13).

[46] Na obra original: "(...) has led the Supreme Court to read Herbert Spencer's extreme individualism into the 14th amendment, and according to others, has enacted Cain's motto, "Am I my brother's keeper" as the supreme law of industry" (COHEN, 1927, p. 11).

tecem à frequente apropriação que o direito faz da lógica[47]. O trabalho de Cohen, por seu turno, representa uma rejeição da ideia de que o direito privado possa ser deduzido de princípios lógicos ou de pretensos direitos naturais absolutos e, por isso, intocáveis pelo poder público soberano do Estado.[48] Sua análise da propriedade, nesse sentido, não parte de uma definição conceitual apriorística e teórica para este instituto jurídico, mas da observação de como ela funciona concretamente, ou seja, como um direito de excluir os outros e que confere ao seu titular um poder, limitado, mas real, de fazer um terceiro adotar determinados comportamentos (COHEN, 1927, p. 12). A propriedade, assim, é definida por seus efeitos práticos nas relações humanas, isto é, como um fato social intimamente relacionado ao exercício de poder.

Diante disso, fica perceptível a convergência entre a premissa adotada pelos realistas, segundo a qual "os magistrados decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares" (GODOY, 2013, p.14), e o método adotado por Cohen quando, ao analisar a propriedade e o contrato, prioriza o modo como esses institutos jurídicos efetivamente operam no seio do cotidiano em sociedade em vez de deduções abstratas.[49] Em suma, a conclusão de Cohen (1927, p. 21, tradução livre) de que "não podemos mais sustentar a visão de Montesquieu de que a propriedade privada é sacrossanta e que o governo geral não deve, de modo algum, interferir ou restringir o seu domínio"[50] parece ecoar a agenda realista no sentido de estudar o direito como um fenômeno permeado pelo social.

Ademais, vale mencionar que Godoy posiciona Cohen, ao lado de outros grandes autores – Dworkin, Posner, Holmes, Pound, Cardozo, Brandeis, Frank e Llewellyn –, como um pensador que expõe uma visão interna do direito (GODOY, 2013, p. 17).[51] Sob esse prisma, Cohen parece compartilhar com os realistas o ceticismo em relação à dicotomia público-privado no direito, a centralidade da atuação judicial como fator constitutivo do direito, a percepção de

---

[47] Ademais, Godoy esclarece que "o realismo jurídico desconfia do uso da lógica em ambiente forense, porque bem sabe que julgadores primeiro decidem e depois fundamentam e ornamentam as decisões (...)" (GODOY, 2013, p. 16).

[48] Ver tópico 2.2.4

[49] Nesse contexto, Cohen adverte o leitor quanto à confiança excessiva em plausibilidades a priori vagas ao discutir a propriedade (COHEN, 1927, p. 27, tradução livre).

[50] No original: "Hence we can no longer maintain Montesquieu's view that private property is sacrosanct and that the general government must in no way interfere with or retrench its domain" (COHEN, 1927, p. 21).

[51] "Contrapõe-se a uma visão externa, produzida pela sociologia e pela filosofia. Weber, Marx, Foucault, Nietzsche, Derrida, Rorty, Mangabeira Unger, Habermas, por exemplo, comungariam de visão jurídica externa. Dworkin, Posner, Holmes, Pound, Cardozo, Brandeis, Frank, Llewellyn, **Cohen**, por outro lado, exporiam visão interna, dado que envolvidos no cotidiano forense, mesmo sob prisma acadêmico" (GODOY, 2013, p. 17).

que as decisões judiciais são carregadas de ideologia e a convicção de que o direito deve ser compreendido como uma prática social viva, e não como um sistema lógico-fechado.

Por fim, à luz de todo o exposto neste tópico, percebe-se que Cohen ofereceu um arsenal argumentativo robusto para a desconstrução da separação público-privado e antecipou o núcleo metodológico (abordagem mais empírica e próxima da realidade social)[52] que o realismo jurídico norte-americano viria a utilizar posteriormente em sua crítica.

3. O POSICIONAMENTO POSITIVISTA

3.1 O Positivismo Jurídico – Apresentação do Pensamento

O positivismo jurídico, indubitavelmente, é uma das mais influentes e debatidas correntes de pensamento no âmbito da teoria do direito. Em linhas gerais, o positivismo jurídico pode ser definido como a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o direito positivo, isto é, o conjunto de normas efetivamente postas (criadas) pelo poder soberano do Estado, geralmente por meio de leis escritas (BOBBIO, 1995, p. 26). Na mesma direção, Hans Kelsen, que possivelmente é o expoente mais representativo do positivismo, afirmou que "por positivismo jurídico se entende aquela teoria do direito que apreende somente o direito positivo como 'direito' e não deixa valer como 'direito' quaisquer outras ordens sociais, mesmo quando elas são designadas como 'direito' no uso cotidiano, como é particularmente o 'direito natural'" (KELSEN, [1965] 2023, p. 1). Dito com outras palavras, o positivista estuda o direito como um fato e não como um valor (BOBBIO, 1995, p. 136). Assim, a ciência jurídica positivista se ocupa do "direito real" (aquilo que o direito é) em detrimento do "direito ideal" (aquilo que o direito deveria ser), guardando, nesse quesito, uma certa semelhança com o realismo jurídico.[53] Ademais, a validade de uma norma, nesse contexto, depende de critérios formais e fatídicos (ter sido criada por um ato de vontade de uma autoridade competente e possuir eficácia/coerção social), e não de sua correspondência a valores morais, metafísicos ou a ideais transcendentais de justiça (BOBBIO, 1995, p.137 a 138).

---

[52] Bobbio esclarece, nesse viés, que "o direito, observa essa escola, é uma realidade social, uma realidade de fato, (...) a doutrina desta corrente, que é conhecida com o nome de *escola realista do direito,* pode ser resumida da seguinte maneira: é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade". (BOBBIO, 1995, p. 142).

[53] Bobbio chega a afirmar que o realismo jurídico pode ser considerado como uma corrente jurídica contemporânea pertencente ao positivismo jurídico, desde que este seja entendido em sentido genérico (BOBBIO, 1995, p. 142).

De um ponto de vista histórico, o positivismo jurídico emerge a partir do processo de dissolução da sociedade medieval, pautada pelo pluralismo jurídico, e de consequente transição para o Estado moderno, o qual passou a monopolizar a produção jurídica e, assim, eliminou ou subordinou o direito consuetudinário, por meio do reconhecimento ou do não reconhecimento e até do controle sobre a formação das normas costumeiras, as quais anteriormente eram forjadas e validadas pelos próprios agrupamentos socias do medievo (BOBBIO, 1995, p. 26 a 27). Nesse viés, Bobbio descreve o contexto de formação do Estado moderno como o momento histórico em que "a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito" (BOBBIO, 1995, p. 27). Assim, o direito deixa de ser um fenômeno social disperso[54] e passa a ser identificado com a vontade do legislador, fenômeno que o autor denomina "monopolização da produção jurídica por parte do Estado" (BOBBIO, 1995, p. 27). Em última análise, portanto, é essa passagem do direito não estatal, composto por uma pluralidade de ordenamentos jurídicos aplicáveis apenas a determinados grupos sociais, para o direito estatal, que constitui o contexto histórico sobre o qual o positivismo jurídico tomou forma.

Adicionalmente, por uma perspectiva mais conceitual, o positivismo jurídico se caracteriza por três aspectos fundamentais (BOBBIO, 1995, p. 233-236). Como método, o positivismo busca estudar o direito como um fato, não como um valor, adotando, assim, uma postura científica e avalorativa em relação ao direito, capaz de distinguir rigorosamente os juízos de fato (próprios da ciência) dos juízos de valor (próprios da filosofia ou da política).[55] Como teoria, por seu turno, o positivismo se caracteriza pela compreensão do direito como um conjunto de normas coercitivas, postas por uma autoridade competente (predominantemente o legislador), cuja validade depende de sua produção conforme regras formais (ordenação dinâmica) e não de seu conteúdo.[56] Dito de outro modo, a norma jurídica é válida, para o positivista, se emanada de autoridade competente segundo o procedimento estabelecido, pouco

[54] Embora estejamos habituados a identificar Direito e Estado como a mesma coisa, Bobbio elucida que, na sociedade medieval, o direito era posto (produzido) pela sociedade civil, e não pelo Estado (BOBBIO, 1995, p. 27).

[55] Bobbio destaca, nesse contexto, que o método do positivismo jurídico é pura e simplesmente o método científico, sendo necessário adotá-lo para promover a ciência jurídica, afinal, caso não seja adotado, se realizará filosofia ou ideologia do direito, mas não ciência jurídica (BOBBIO, 1995, p. 238).

[56] O que foi afirmado representa uma síntese extremamente reduzida do positivismo como teoria, haja vista que a teoria positivista se baseia, como esclarece Bobbio, em seis concepções fundamentais um pouco mais complexas e que fogem ao propósito deste trabalho. Para mais detalhes acerca da teoria positivista, vide “O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito”, de Bobbio, 1995, p. 237.

importando os méritos ou deméritos de seu conteúdo ético ou político[57]. Ademais, a teoria positivista reconhece a possibilidade de incoerências e vazios no ordenamento jurídico, mas oferece instrumentos internos para tratá-los, sem o recurso a valores externos (como o direito natural).[58] Como ideologia, ao menos para o positivismo mais moderado, defende-se a ordem, a segurança jurídica e a igualdade formal como elementos próprios do direito, embora, ainda assim, este não seja alçado ao patamar de absoluto e incondicionado.[59]

Diante de todo o apresentado, é perceptível que o positivismo jurídico se opõe à perspectiva jusnaturalista do direito, a qual sustenta a existência de princípios de justiça superiores e anteriores ao direito positivo, dos quais este deveria extrair sua validade.[60] Desse modo, enquanto para o jusnaturalista uma lei injusta não é verdadeira lei (a máxima *lex iniusta non est lex*), para o positivista, por seu critério, a validade jurídica não se confunde com a justiça, ou seja, uma norma pode ser perfeitamente válida ainda que seja moralmente reprovável. Essa separação entre direito e moral é, para Kelsen, "a consequência mais essencial do positivismo jurídico" (KELSEN, [1965] 2023, p. 6). Contudo, o autor adverte que separar direito e moral não significa "a recusa da exigência de que o direito corresponda à moral" (KELSEN, [1965] 2023, p. 6), mas apenas o reconhecimento de que a existência do direito positivo é independente de seu conteúdo axiológico.

---

[57] Nesse contexto envolvendo o embate entre a validade e a justiça, Bobbio esclarece que "a teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor, dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para outros, **a validade é a confirmação da justiça**. Chamamos esta doutrina de **positivismo jurídico** (...)" (BOBBIO, 2001, p. 58).

[58] Em última análise, os positivistas consideram o direito como um **sistema completo**, de modo que as antinomias e as aparentes lacunas, para essa teoria, não são exatamente lacunas, haja vista que as normas podem se completar a partir do interior do sistema (auto-integração do direito), mediante o recurso à analogia e aos princípios gerais do direito, o que não seria um ato criativo, mas puramente interpretativo, isto é, integrativo do direito (BOBBIO, 1995, p. 210). Diante do exposto, é importante, também, compreender que o positivismo **não** exige que o direito seja absolutamente coerente e sem lacunas no sentido de que tudo preveja com excelência. Bobbio mostra que isso é uma versão extremada (positivismo em sentido estrito), o positivismo em sentido amplo, assim, admite que podem existir antinomias e lacunas, mas o ordenamento oferece critérios para resolvê-las (critério hierárquico, cronológico, da especialidade).

[59] Bobbio apresenta, nesse contexto do positivismo mais moderado, uma identificação entre a ordem e o sistema normativo: "a ordem, de fato, é o resultado da conformidade de um conjunto de acontecimentos a um sistema normativo (...) em outras palavras: a ordem é o resultado da atuação de um sistema normativo" (BOBBIO, 1995, p. 230).

[60] Bobbio define o direito natural ou o jusnaturalismo da seguinte maneira: "Poderíamos definir esta corrente de pensamento jurídico como aquela segundo a qual uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça. Lei em desacordo com a justiça non est lex sed corruptio legis. Uma recente e exemplar formulação desta doutrina pode ser lida na seguinte passagem de Gustav Radbruch: "Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo, concede arbitrariamente ou refuta os direitos do homem, carece de validade... até mesmo os juristas devem encontrar coragem para refutar-lhe o caráter jurídico" (BOBBIO, 2001, p. 55).

Ademais, cumpre destacar ainda a avaliação crítica de Bobbio em relação ao positivismo jurídico (BOBBIO, 1995, p. 233 a 236). Para o reconhecido jurista italiano, o método positivista deve ser acolhido integralmente, pois corresponde ao próprio método científico de estudo do direito, baseado na descrição avalorativa da realidade. No plano da teoria, contudo, Bobbio aceita o positivismo em sentido amplo (que compreende a coação, o imperativismo e a estatalidade), mas o rejeita em sentido estrito (que postula a coerência absoluta, a completitude e a interpretação meramente lógico-mecânica do ordenamento). Por último, quanto à ideologia, o autor rechaça a versão forte do positivismo ético (que impõe obediência absoluta e incondicional à lei), mas se declara favorável, "em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado" (BOBBIO, 1995, p. 238), o qual enxerga na ordem e na segurança jurídica valores instrumentais indispensáveis à convivência social.

Diante desse breve panorama do pensamento positivista no âmbito do direito, sem prejuízo de um eventual estudo mais aprofundado do positivismo jurídico em toda a sua complexidade e em seus desdobramentos teóricos,[61] cumpre analisar, a partir de agora, o ponto mais relevante para o propósito deste trabalho, qual seja, o de como dois grandes autores expoentes do positivismo jurídico (Kelsen e Hart) se pronunciaram em relação à dicotomia entre o direito público e o direito privado.

3. 2 A Crítica Kelseniana

Hans Kelsen (1881-1973) foi um jurista austríaco de significativa contribuição para a teoria jurídica e para a filosofia do direito. É importante mencionar que Kelsen, enquanto um dos expoentes do pensamento positiva, se não o maior deles, produziu uma teoria **descritiva** do direito, tendo se prestado a observar e descrever o direito como ele é (KELSEN, [1965] 2023, p. 7). [62] Assim, sua teoria se dedicou mais a constatar a existência e a descrever o funcionamento dos sistemas jurídicos em geral – quando existir norma jurídica (criada por algum agente e aplicada por outros) e uma moldura de decisões juridicamente viáveis – do que em determinar como efetivamente deve ser o direito e qual deve ser a decisão correta dos juízes, como fez, por

[61] Caso o leitor queira realizar o referido estudo mais aprofundado do positivismo jurídico, a leitura completa da obra de Bobbio, intitulada "O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito", se mostra excelente para esse propósito, haja vista que, na mencionada obra, o autor esmiuça o positivismo jurídico em variadas nuances, desde o estudo histórico às suas implicações para a teoria do direito.

[62] Kelsen entendia que "a teoria geral do direito tem de descrever o direito positivo sem qualquer valoração do mesmo, como ele é, não como ele deveria ser; e ela tem de definir os conceitos necessários para essa descrição objetiva. Ela é, como Radbruch – com injustiça – a acusa, "cega a valores". Mas isso ela deve – como ciência – ser" (KELSEN, [1965] 2023, p. 7).

exemplo, Ronald Dworkin em sua teoria **normativa** do direito, delineada na obra "Levando os Direitos a Sério".[63]

Nesse contexto, tendo sido um dos mais influentes teóricos do direito do século XX, Kelsen, como seria de se esperar, não deixou de se pronunciar especificamente a respeito da diferenciação público-privado no direito, tendo tecido considerações a respeito do tema em sua obra "Teoria Geral do Direito e do Estado".[64] Assim como se constatou na introdução deste trabalho e como destacou Morris Cohen, Kelsen, por seu turno, também percebeu que a teoria do direito tradicionalmente colocava a distinção entre direito privado e público como sendo a base da sistematização do direito (KELSEN, [1945] 2000, p. 289).[65]Assim, diante de sua percepção inicial, Kelsen identificou, como bem demonstra o trecho abaixo, que a teoria tradicional mais comum acerca do assunto, atribuída a Holland e Willoughby, foi desenvolvida a partir do pressuposto básico de que existiria uma diferença entre os sujeitos das relações jurídicas que dizem respeito ao direito público ou ao privado:

> O conceito de "pessoa privada" tem a conotação negativa de indivíduo cuja conduta não é imputada ao Estado. A teoria tradicional designa como "Direito privado" as normas que estipulam deveres e direitos entre pessoas privadas, e como "Direito público" as normas que estipulam deveres e direitos entre o Estado, por um lado, e pessoas privadas, por outro. As noções de "Estado" e do que é "público" são identificadas. Holland define o Direito público como "...o direito que regulamenta direitos em que uma das pessoas envolvidas é "pública", em que o Estado é, direta ou indiretamente, uma das partes. Neste caso, o próprio poder que define e protege o direito é, ele mesmo, uma parte interessada pelo direito ou por ele afetada". Se nenhum dos dois sujeitos envolvidos é o Estado, então existe Direito privado. (KELSEN, [1945] 2000, p. 290)

Contudo, para ir direto ao ponto, Kelsen afirmou que essa teoria tradicional não era satisfatória (KELSEN, [1945] 2000, p. 291) e a criticou firmemente, tendo proposto um outro posicionamento a respeito da questão. Desse modo, Kelsen postulou outra premissa, qual seja, a de que, em todas as ordens jurídicas modernas, o Estado, assim como as demais pessoas

---

[63] Nesta obra, Dworkin ([1977] 2010) apresenta as bases de sua filosofia jurídica, que ficou conhecida como teoria normativa do direito. Na obra mencionada, Dworkin defende que o direito deve ser interpretado sob a sua melhor luz moral – e não apenas como um conjunto de regras frias e editadas pelo Estado –, que o judiciário possui um papel contramajoritário (os direitos como "trunfos") e que a distinção entre regras (aplicadas segundo a lógica do tudo-ou-nada) e princípios (que possuem uma dimensão de sopesamento e de justiça moral) é crucial para a decisão dos chamados *hard cases* (casos difíceis).

[64] "Teoria Geral do Direito e do Estado", indubitavelmente, é uma das obras mais importantes e debatidas de Kelsen, nela o autor argumentou, dentre outros assuntos, que o Estado é uma entidade jurídica cuja existência e autoridade derivam do próprio sistema jurídico, o que contrasta com as visões mais tradicionais que veem o estado como uma entidade política ou de poder (KELSEN, [1945] 2000, p. 261 a 262).

[65] Entretanto, Kelsen destacou que haveria uma certa imprecisão nessa distinção tradicional e que, por vezes, se procurava em vão por uma definição mais clara desses dois conceitos que estivesse livre de ambiguidades (KELSEN, [1945] 2000, p. 289).

jurídicas, pode contrair direitos e deveres estipulados pelo direito privado (KELSEN, [1945] 2000, p. 291). Assim, existindo um Código Civil, as normas deste se aplicam de igual modo ao Estado e as pessoas privadas (KELSEN, [1945] 2000, p. 291). Em suma, para o autor, o fato de o Estado figurar no polo de uma relação jurídica não a retira automaticamente do domínio do direito privado:

> Não existe nenhuma diferença jurídica entre o Estado como proprietário ou locatário de uma casa e um proprietário ou locatário privado, se os direitos de ambos forem os mesmos, o que não só é possível, como muitas vezes é efetivamente o caso. (KELSEN, [1945] 2000, p. 291)

Ademais, Kelsen criticou a distinção entre direito público e privado a partir de um outro argumento. Sob essa ótica, conforme é depreensível do trecho apresentado a seguir, o autor constatou que a diferenciação entre direito público e privado era sustentada, por uma outra teoria, a partir da suposição de que o Estado, em determinadas situações, ocuparia uma posição de superioridade em relação aos indivíduos (aos particulares).

> A diferença entre Direito público e privado, segundo outra teoria, é uma diferença entre relações jurídicas em que ambas as partes são iguais e relações jurídicas em que uma das partes é inferior à outra. Qualquer pessoa privada é igual a qualquer outra e é inferior apenas ao Estado. Diz-se, porém, que existem situações em que o Estado atua como um igual das pessoas privadas, e outras em que o Estado é superior às pessoas privadas. Na condição de proprietário, credor e devedor, o Estado é um sujeito do Direito privado, já que, nesse caso, ele está em nível de igualdade com os sujeitos com quem se encontra em relação jurídica. Como tribunal e como autoridade administrativa, o Estado é sujeito do Direito público, já que, nesse caso, ele é superior aos sujeitos com os quais se encontra em relação jurídica. (KELSEN, [1945] 2000, p. 292 a 293).

Diante do exposto, em contraposição a essa teoria, Kelsen argumentou que, como sujeito de direitos e deveres, o Estado não pode figurar acima da ordem jurídica, uma vez que, pelo contrário, está sujeito a ela assim como os particulares, ou seja, o ente estatal, para o autor, está em pé de igualdade com as pessoas privadas (KELSEN, [1945] 2000, p. 293). Desse modo, a suposta posição de superioridade a qual aludiu a teoria criticada por Kelsen, não reside na natureza dos sujeitos envolvidos ou dos seus direitos e deveres recíprocos, mas tão somente no método de criação da norma secundária que determina a conduta concreta.[66]

Dito de outra maneira, a distinção que a teoria em perspectiva vislumbrava referia-se, em verdade, apenas à maneira como se realiza a relação jurídica, isto é, ao método por meio do

[66] Kelsen esclarece em sua obra original "A distinção que a teoria em discussão tem em mente - mas que geralmente não consegue formular com clareza - refere-se à maneira como se realiza a relação jurídica, ao método por meio do qual se cria o dever individual ao qual corresponde o direito do sujeito que é considerado igual ou superior ao sujeito do dever. A distinção entre Direito privado e público que a teoria em discussão tem em mente diz respeito à criação da norma secundária que determina, para um caso concreto, a conduta cujo oposto é o delito" (KELSEN, [1945] 2000, p. 293).

qual se cria o dever individual para cada um dos sujeitos envolvidos na relação concreta. Nesse sentido, no que se entende por direito privado, a norma é criada autonomamente pelos particulares (por exemplo pelo contrato),[67] enquanto, no âmbito do que a teoria criticada considera direito público, a norma é imposta heteronomamente por um ato unilateral do órgão estatal.[68] Em síntese, a argumentação Kelseniana, nesse ponto, refutou que houvesse diferença relevante entre aquilo que diz respeito ao público ou ao privado no direito, uma vez que a justificativa para isso – a concepção de que o Estado e os particulares ocupariam posições distintas (de superioridade ou de inferioridade) de acordo com a relação concreta em que figurassem –, como demonstrou o autor, é pressuposta e uma mera aparência.

Como consequência do raciocínio desenvolvido, percebe-se que, a autonomia ou a heteronomia, que são "dois diferentes métodos de criação de normas secundárias por meio das quais podem ser impostas obrigações concretas a um indivíduo" (KELSEN, [1945] 2000, p. 294), acabaram sendo utilizadas como critério último para a distinção entre o direito privado e o público, principalmente quando imbricadas com a equivocada percepção de superioridade ou de inferioridade dos integrantes de uma relação jurídica:

> É este antagonismo entre autonomia e heteronomia, que constitui o fundamento para a distinção entre o Direito privado e público, na medida em que essa oposição seja interpretada de modo a significar que o Direito privado regulamenta as relações entre sujeitos em nível de igualdade, enquanto que o Direito público regulamenta aquelas entre um sujeito superior e um inferior. (KELSEN, [1945] 2000, p. 294).

Contudo, Kelsen postulou pela imprecisão da utilização destes métodos como critério razoável para a sustentação da existência da dicotomia público-privado, uma vez que, o sujeito de uma obrigação, ainda que seja um particular, se submete sempre à autoridade da norma obrigante, e não efetivamente ao criador da norma, seja este o ente estatal (por meio de algum de seus agentes) ou um particular (KELSEN, [1945] 2000, p. 295). Esse raciocínio dialoga,

---

[67] O autor exemplifica: "o dever de pagar um empréstimo origina-se do contrato entre devedor e credor. A ordem jurídica delega aos indivíduos a regulamentação de suas relações econômicas por meio de contratos. Ou seja, a ordem jurídica estipula: 'Se dois indivíduos fazem um contrato, se um deles o rompe, e se o outro move uma ação contra o primeiro, então o tribunal deve executar uma sanção contra o primeiro.' Com base nesta norma geral, a obrigação do indivíduo é determinada pela norma individual que o contrato cria. Essa norma individual é de natureza secundária e pressupõe a norma geral acima mencionada" (KELSEN, [1945] 2000, p. 293).

[68] O autor traz um exemplo para fins de esclarecimento: "(...) um projeto de lei financeira obriga os indivíduos a pagar impostos de acordo com sua renda prevendo sanções no caso de o imposto não ser pago. Mas, de acordo com algumas ordens jurídicas, um indivíduo concreto só é submetido à obrigação efetiva de pagar tal e tal imposto se um órgão competente, um funcionário do fisco, após avaliar seu rendimento, ordenar que ele o faça. A ordem emitida pelo órgão fiscal, uma norma secundária individual, constitui a obrigação concreta do indivíduo" (KELSEN, [1945] 2000, p. 293 a 294).

inclusive, com a perspectiva dos contratos como expressão de soberania delegada delineada por Morris Cohen.[69]

Ademais, Kelsen trouxe alguns exemplos que denotam, de maneira mais clara, a precariedade do critério da autonomia e da heteronomia. Nesse viés, o autor esclareceu que existem normas consideradas como integrantes do direito privado que criam obrigações contra a vontade dos sujeitos obrigados, isto é, de forma heterônoma (KELSEN, [1945] 2000, p. 295), a exemplo de algumas normas do direito de família.[70] De modo parecido, há normas tradicionalmente tidas como atinentes ao direito público, mas que viabilizam a criação de relações jurídicas concretas por meio de contratos como no direito privado (KELSEN, [1945] 2000, p. 296).[71]

Para além desses exemplos, a imprecisão do critério atingiu seu ápice quando analisado o Direito Internacional, tipicamente classificado como direito público, mas que, todavia, desenvolve sua produção normativa, principalmente, por meio de tratados e acordos baseados no consentimento mútuo entre Estados soberanos (princípio da autonomia), o que se assemelha, metodologicamente, à celebração dos acordos de vontades que ocorrem no direito privado (KELSEN, [1945] 2000, p. 296).

Diante do apresentado, fica evidente que a distinção entre o direito público e o privado é dispensável e até mesmo ilusória à luz da teoria kelseniana, haja vista que a argumentação do autor escancarou a ausência de critérios confiáveis para a distinção e a inexistência de características intrínsecas capazes de diferenciar a suposta natureza de direito público ou de direito privado das normas jurídicas. Em suma, a distinção público-privado no direito se torna apenas formal-tautológica diante da leitura de Kelsen, haja vista que o Estado não difere em nada, em termos de personalidade jurídica contraente de direitos e deveres, da personalidade jurídica de um indivíduo privado, ou seja, para o autor, a dicotomia carece de utilidade prática.[72]

---

[69] Vide tópico 2.2.3

[70] O autor exemplifica, no âmbito do direito de família, com a obrigação jurídica de a esposa obedecer ao marido e dos filhos de obedecerem aos pais (KELSEN, [1945] 2000, p. 296). Os exemplos fazem total sentido de um ponto de vista teórico, embora, ao menos no primeiro caso, o exemplo esteja social e juridicamente superado.

[71] Kelsen exemplifica o caso dos contratos públicos (KELSEN, [1945] 2000, p. 296). O exemplo faz total sentido, no caso do ordenamento jurídico brasileiro vigente poderíamos citar, nesse contexto, as parcerias público-privadas (concessões especiais) e as concessões comuns, arranjos jurídicos que são regidos por contratos, mas que são estudados, em princípio, no âmbito do direito público (administrativo).

[72] Nas palavras do autor: “a distinção, como princípio para uma sistematização geral do Direito, é inútil” (KELSEN, [1945] 2000, p. 297).

Por fim, cumpre mencionar que a crítica minuciosa que Kelsen teceu à dicotomia em questão na obra "Teoria Geral do Direito e do Estado" foi antecipada por ele na "Teoria Pura do Direito" (1934)**,** na qual ele postulou que todo o direito é público, uma vez que é o Estado que determina o que é o direito privado, podendo inclusive não haver direito privado em um dado ordenamento jurídico.

3.3 Herbert Hart e a Dissolução Implícita da Dicotomia Público-Privado

Herbert Lionel Adolphus Hart foi um filósofo do direito britânico adepto aos ideais do positivismo jurídico, sobretudo em seu viés mais analítico.[73] Hart, por seu turno, diferentemente de Kelsen, se furtou a tecer comentários diretos e a se posicionar claramente em relação à tradicional distinção entre o direito público e o direito privado. Todavia, a teoria proposta pela clássica obra do autor, intitulada "O Conceito de Direito", de certa forma, representou uma transcendência da dicotomia, isto é, não significa que Hart tenha ignorado a distinção entre o público e o privado, mas, mediante a elaboração de sua teoria de regras, parece que a dicotomia acabou como uma questão derivada e não essencial para a sistematização do pensamento jurídico.[74]

Nesse contexto, uma possível justificativa para essa omissão, quanto ao tratamento detalhado da dicotomia público-privado no direito na obra-prima de Hart, está na tradição filosófica e jurídica de autor. Assim, como positivista analítico da *common law* inglesa, Hart não herdou a distinção romano-germânica entre *ius publicum* e *ius privatum* como um pressuposto organizador do seu pensamento.[75] Desse modo, por meio de um raciocínio original,

---

[73] O trecho a seguir, extraído diretamente de "O Conceito de Direito", ilustra bem o viés positivista de Hart: "O seu objectivo não é fornecer uma definição do direito, no sentido de uma regra por referência à qual pode ser testada a correcção do uso da palavra; é antes fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da **estrutura distintiva de um sistema jurídico** interno e fornecendo uma melhor compreensão das **semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenómenos sociais**" HART, [1994] 2001, p. 21 a 22).

[74] O entendimento adotado por este trabalho, em síntese, é o de que o silêncio de Hart a respeito da temática não é por acaso, sendo, pelo contrário, um silêncio crítico e que, de certa forma, representa uma superação analítica da dicotomia público-privado no direito.

[75] O autor deixou claro, aliás, que a sua teoria transcendia sistemas jurídicos particulares, como os de tradição romano-germânica ou da *common law*: "O meu objectivo neste livro foi o de fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva. Geral, no sentido de que **não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos**, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, «normativa»). Esta instituição, a despeito de muitas variações em diferentes culturas e em diferentes tempos, tomou a mesma forma e estrutura gerais (…)" (HART, [1994] 2001, p. 300 a 301).

o autor postulou que o objeto da teoria geral do direito deveria ser a estrutura comum a todos os sistemas jurídicos desenvolvidos, qual seja, a estrutura composta essencialmente por regras (primárias e secundárias), e não por ramos substantivos (público/privado).

> O tema principal deste livro reside em que muitos dos actos característicos do direito e muitas das ideias que constituem a estrutura do pensamento jurídico exigem para a sua elucidação a referência a um destes dois tipos de regra ou a ambos e que a sua união pode ser vista a justo título como a «essência» do direito, embora eles possam não aparecer sempre juntos todas as vezes que a palavra «direito» é correctamente usada. (HART, [1994] 2001, p. 169).

À luz do trecho destacado, percebe-se que a "essência" do direito, para Hart, é a combinação de regras primárias e secundárias. O autor, todavia, percebeu ainda uma correspondência direta entre as regras primárias com aquelas regras que impõem deveres (*duty-imposing rules*) e das secundárias, de outro modo, com as que conferem poderes (*power-conferring rules*) (HART, [1994] 2001, p. 91). Nesse viés, assim esclareceu o autor:

> Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. (HART, [1994] 2001, p. 91).

Apesar de o trecho destacado não tratar diretamente da dicotomia entre direito público e privado, é notório que foi nesse ponto da obra (capítulo V) que Hart reconheceu a existência de poderes privados (como o de elaborar contratos e testamentos) e de poderes públicos (sobretudo o de legislar e o de julgar). Contudo, o autor não consagrou a existência destes poderes, bem como a eventual diferença entre eles, como uma dicotomia estruturante do sistema jurídico, tendo, assim, inserido a questão dos poderes públicos e privados no âmbito de uma categoria mais ampla, qual seja, a das regras que conferem poderes.

Desse modo, a divisão entre o público e o privado, interpretada à luz da obra de Hart, parece mais superficial, não sendo uma questão tão relevante ou um pressuposto teórico fundamental para a teoria do direito como o é para outros autores (adeptos da teoria tradicional). Dito com outras palavras, segundo a perspectiva hartiana, as leis que conferem poderes jurídicos, sejam eles públicos ou privados, são tratadas como integrantes da categoria das regras secundárias, as quais permitem a criação, a modificação e a aplicação do direito (HART, [1994] 2001, p. 34 a 38).

Nesse contexto, para fins de elucidação, o autor consignou que as regras jurídicas que definem os modos pelos quais se podem celebrar contratos, testamentos, ou casamentos válidos facultam aos indivíduos dispositivos para a realização dos seus desejos, conferindo-lhes, portanto, poderes jurídicos legais para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres (regras primárias) dentro do quadro coercivo do direito (HART, [1994] 2001, p. 35).[76] Nesse ínterim, aquelas regras que conferem poderes jurídicos de uma natureza diversa da privada, isto é, públicos ou oficiais, para Hart, operam de forma um tanto quanto similar àquelas regras jurídicas de natureza privada, ou seja, conferindo poderes a serem exercidos em determinadas condições e limites:

> (...) Neste caso, algumas regras especificam o objecto e o conteúdo da jurisdição do juiz ou, como se diz, dão-lhe «poder para julgar» certo tipo de casos. Outras regras especificam o modo de designação, as qualificações necessárias e o estatuto dos cargos judiciais. Outras ainda estabelecem cânones disciplinadores de um correcto comportamento judicial e determinam o processo a seguir no tribunal. (...) À primeira vista, poucas dessas disposições parecem ser ordens dadas ao juiz para fazer ou abster-se de fazer algo, porque, embora não haja naturalmente qualquer razão pela qual o direito não devesse proibir, por regras especiais e sob cominação de uma pena, que um juiz exceda a sua jurisdição ou julgue um caso em que tenha interesse económico, estas regras que impõem tais deveres jurídicos iriam acrescer às que lhe conferem poderes judiciais e definem a sua jurisdição. **Isto porque a preocupação das regras que conferem tais poderes não consiste em impedir aos juízes a prática de actos impróprios, mas em definir as condições e limites em que as decisões do tribunal serão válidas**. (HART, [1994] 2001, p. 36 a 37).

Desse modo, a argumentação do autor, em última análise, posicionou a distinção entre o público e o privado como uma questão puramente acessória e que diz respeito a quem é atribuído o exercício de um determinado poder jurídico (ao particular ou à autoridade pública), uma vez que a origem deste poder público ou privado é comum, isto é, ele advém de regras secundárias.

Diante de todo o exposto, pode-se dizer que a teoria hartiana propôs uma classificação mais transversal para a estruturação da teoria do direito – composta por regras primárias e secundárias operando em conjunto na complexidade do ordenamento jurídico – e que implicitamente dissolveu a dicotomia entre direito público e privado. Assim, o que a tradição chama de direito privado (como os contratos e a propriedade) é, na análise de Hart, um conjunto de regras (sobretudo secundárias) que conferem poderes a particulares para criarem deveres de

---

[76] Esse raciocínio de Hart parece dialogar com o entendimento de Morris Cohen em relação aos contratos como expressão de soberania delegada (Vide tópico 2.2.3), conforme reforça o trecho a seguir: "A titularidade de tais poderes jurídicos torna o cidadão particular […] num legislador privado. Ele torna-se competente para determinar o curso da lei dentro da esfera dos seus contratos, trusts, testamentos e outras estruturas de direitos e deveres que está capacitado a criar*"* (HART, [1994] 2001, p. 49).

forma autônoma. Por outro lado, o que se chama de direito público (direito constitucional, administrativo, penal) é, em parte, formado por regras (primárias) que impõem deveres (por exemplo o direito criminal) e, em outra parcela, por regras secundárias que conferem poderes públicos (legislativos, judiciais e administrativos). Em síntese, Hart não vislumbrou diferença ontológica entre as normas que instituem poderes públicos ou poderes privados, tendo as enquadrado, assim, como regras secundárias no âmbito da teoria das regras que desenvolveu.

3.4 Síntese do Posicionamento Positivista – Cotejo entre Kelsen e Hart

Diante do exame da teoria daqueles autores que, possivelmente, são os dos dois maiores expoentes do positivismo jurídico, Kelsen e Hart, é lícita a compreensão de que o positivismo, como corrente da teoria do direito, não introjetou e reproduziu acriticamente a distinção entre o direito público e o privado preconizada pela teoria tradicional.[77] Desse modo, é perceptível que tanto Kelsen como Hart, cada um deles à sua maneira, são críticos da dicotomia em questão.

Nesse sentido, ao passo que Kelsen criticou direta e expressamente a distinção entre o público e o privado, atacando os fundamentos teóricos que a sustentavam (delineados pela teoria tradicional) e lançando novas premissas[78], Hart, por seu turno, enfatizou que qualquer sistema jurídico complexo exige tanto regras que impõem deveres (primárias) quanto regras que conferem poderes (secundárias) e que elas, em conjunto, é que constituem o objeto essencial do estudo da teoria do direito, não sendo tão relevante o aspecto público ou privado das normas ou dos poderes jurídicos. Assim, percebe-se que as teorias dos autores convergem, em alguma medida, no sentido da dissolução da dicotomia público privado, seja por ela carecer de utilidade prática para a sistematização do direito – "a distinção, como princípio para uma sistematização geral do Direito, é inútil" (KELSEN, [1945] 2000, p. 297) – ou por, apesar de

[77] Para fins de esclarecimento, a teoria tradicional é aquela que preconiza a separação clara entre o direito público e o direito privado e que coloca essa dicotomia como estruturante do pensamento jurídico. Segundo Cohen, essa teoria teria tomado contorno a partir de Montesquieu e Blackstone (vide notas de rodapé n° 16 e 17). Kelsen, por sua vez, também criticou a "teoria tradicional", atribuída por ele a Holland e Willoughby, ao desmentir o seu pressuposto básico de que existiria uma diferença entre os sujeitos das relações jurídicas que dizem respeito ao direito público ou ao privado (vide tópico 3.2).

[78] Apenas rememorando, as duas principais novas premissas lançadas por Kelsen são a de que, em todas as ordens jurídicas modernas, o Estado, assim como as demais pessoas jurídicas, pode contrair direitos e deveres estipulados pelo direito privado (KELSEN, [1945] 2000, p. 291) e a de que, como sujeito de direitos e deveres, o Estado não pode figurar acima da ordem jurídica, uma vez que, pelo contrário, está sujeito a ela assim como os particulares (KELSEN, [1945] 2000, p. 293).

não criticada explicitamente, ser substituída por uma classificação mais abrangente para a estruturação da teoria do direito (normas primárias e secundárias).

À vista disso, pode-se afirmar que o posicionamento do positivismo jurídico, enquanto corrente no âmbito da teoria do direito, é crítico à dicotomia público-privado, guardando, nesse aspecto, semelhança com o realismo jurídico norte-americano e com os argumentos de Morris Cohen. Em resumo, trata-se de mais uma corrente teórica que corrobora a tese inicial norteadora do presente trabalho, qual seja, a de que a dicotomia entre o direito público e o direito privado é artificial, e se constitui, portanto, no máximo como um recurso didático e de sistematização doutrinária do pensamento jurídico[79], sem que haja efetiva diferença ontológica de natureza entre aquilo que é considerado público ou privado no direito.

4. ANÁLISE DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO NO DIREITO POR OUTRAS PERSPECTIVAS

4.1 A Transformação Histórica Como Uma Relativização da Dicotomia

Diante de tudo que já foi apresentado no presente trabalho, fica perceptível que tanto a crítica desferida por Morris Cohen, quanto a perspectiva kelseniana, como a teoria de Hart, partem de uma premissa similar e, de certa forma, incontestada por eles, que é a de que o público está associado à atuação estatal ou à relação do Estado para com os particulares, enquanto o privado, por sua vez, diz respeito às relações essenciais a serem estabelecidas entre os particulares, a exemplo da celebração de contratos e da produção de testamentos. Aparentemente, inclusive os romanos antigos acreditavam que o principal critério para a distinção entre o direito público e o direito privado era a presença ou não do Estado, o que tornava as normas obrigatórias para todos ou não (SALGADO, 2011, p. 1).

Todavia, a partir desse momento, será apresentada uma contextualização histórica com o intuito de demonstrar que essa premissa – de que o aspecto público da vida em sociedade, e por consequência o direito público, diz respeito ao ente estatal e a sua relação com os particulares, enquanto o âmbito privado, regido pelo direito privado, diz respeito às relações entre particulares – é circunstancial e oriunda do contexto histórico em que estavam inseridos os autores mencionados. Em suma, se almeja demonstrar que essa associação do público com

[79] Observação: para Kelsen a dicotomia não serve nem sequer para a sistematização do pensamento jurídico; "a distinção, como princípio para uma sistematização geral do Direito, é inútil" (KELSEN, [1945] 2000, p. 297).

o Estado e do privado com os particulares, que em um primeiro momento parece óbvia e imediata, não é ontológica e não permaneceu estanque desde o direito romano[80], sendo, assim, variável no tempo e socialmente construída.

4.1.1 As origens do direito

De uma maneira sucinta, conforme se depreende da obra "A Cidade Antiga", do historiador Fustel de Coulanges, as origens do direito remontam a tempos muito antigos, os quais antecedem, em muitos milênios inclusive, a conhecida civilização clássica greco-romana (COULANGES, 1995). Nesse contexto, tais grupos humanos mais antigos, em determinado momento, a partir do processo de estabelecimento de assentamentos permanentes (sedentarização) e da criação de conexões mais profundas com as terras em que residiam, passaram a ter o seu cotidiano regido por ritos, os quais podem ser entendidos como maneiras de controlar a realidade pré-estabelecidas pelos ancestrais de uma determinada família (COULANGES, 1995, cap. 1 e 2). Assim, na visão desses povos, os ritos eram considerados sagrados e até mesmo o "bem" mais importante que uma família poderia possuir, uma vez que esses ritos estabeleciam uma série de normas de conduta que serviam, principalmente, para o culto dos mortos e para a prática da religião doméstica.

> Desde os mais remotos tempos, deram estas crenças lugar a normas de conduta. Como, entre os antigos, o morto necessitasse de alimento e de bebida, concebeu-se, como dever dos vivos satisfazer-lhe esta sua necessidade. O cuidado de levar aos mortos os alimentos não esteve a cargo do capricho ou dos sentimentos variáveis dos homens; foi obrigatório. Assim, se estabeleceu toda essa religião da morte, cujos dogmas cedo desapareceram, durando, no entanto, os seus ritos até o triunfo do cristianismo. (COULANGES, 1995, p.22)

Conforme se percebe a partir do trecho escrito por Coulanges, foi a partir dos ritos e de sua profunda ligação com as questões sagradas, relacionadas à ancestralidade e à religião, que surgiram as primeiras formas rudimentares de direito, desde que, evidentemente, seja utilizado como critério para identificação do direito apenas o aspecto da força normativa (caráter obrigatório/cogente) que determinadas condutas ritualísticas adquiriram no cotidiano dos povos antigos em perspectiva; não havia ainda um Estado, nem um ordenamento jurídico ou instituições, mas apenas normas de conduta com caráter cogente/sancionador, em caso de seu descumprimento. Assim, os ritos se tornaram espécies de leis para aqueles povos, na medida

---

[80] Thomas Marky, em seu Curso elementar de Direito Romano, esclarece como era entendida a questão do direito público e privado no direito romano: "Por outro lado, examinando as classificações sistemáticas, encontramos a distinção entre direito público e direito privado. O primeiro regula a atividade do Estado e suas relações com particulares e outros Estados. O direito privado, por sua vez, trata das relações entre particulares: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, pri- vatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* (Inst. 1.1.4 - D. 1.1.1.2)" (SALGADO, 2011, p. 1).

em que, em caso de seu descumprimento, havia sanções a serem aplicadas aos seus infratores, ficando evidente, naqueles tempos remotos, o indício do que moderna e contemporaneamente é entendido como a estrutura básica sancionadora da norma jurídica (dado A, deve ser B; caso não ocorra B, deverá ser aplicada a sanção C)[81]. Nesse contexto, Coulanges (1995, p. 19) identifica como um exemplo de punição (sanção) frequentemente utilizada pelos antigos, em caso de desrespeito as condutas ritualísticas do povo, a privação da sepultura: "Na cidade antiga, a lei pune os grandes culpados com um castigo sempre considerado terrível: a privação da sepultura. Punia-se-lhes assim a sua própria alma, infligindo-lhe um suplício quase eterno".

Entretanto, o aspecto mais importante a ser destacado nesse momento é o caráter notadamente privado que o direito detinha em seu discreto e rudimentar surgimento, haja vista que a característica doméstica da religião, na antiguidade, propiciava que cada clã famíliar humano cultuasse seus próprios Deuses e, portanto, cunhasse e praticasse as suas próprias condutas ritualísticas (dotadas de caráter normativo) em suas vidas cotidianas.

> Além de não dar à adoração dos homens um só Deus, ainda os seus deuses não aceitavam indistintamente a adoração de todos e quaisquer homens. (...) Nesta religião primitiva cada um de seus deuses não podia ser adorado por mais de uma família. A religião era puramente doméstica. (COULANGES, 1995, p. 36)

Diante do exposto, percebe-se que os ritos desses povos antigos, os quais se organizavam em torno do tripé dos laços familiares fortes, da religião doméstica e da propriedade privada do território que habitavam (em relação a outras famílias que residissem nas proximidades), eram entendidos e assimilados como leis apenas pelos próprios membros de uma única família, de modo que nem sequer fazia sentido que outras famílias os conhecessem, na medida em que estas, naturalmente, cultuavam outros deuses e, por isso, detinham outros ritos a guiarem os seus cotidianos. Assim, o direito que os povos antigos cunharam e que se materializava nos ritos religiosos, entendidos por eles como leis, era secreto aos membros de cada família e eminentemente privado, na medida em que nem sequer havia espaços públicos; havia apenas terras privadas, porque já ocupadas por famílias, ou terras simplesmente desabitadas pelos humanos.[82] Ademais, não havia algum tipo de convivência

---

[81] Nesse ponto, se fez referência à estrutura básica da norma jurídica por uma perspectiva moderna kelseniana, consignada na obra Teoria Pura do Direito (KELSEN, [1960] 1998).

[82] O trecho a seguir ilustra bem o aspecto privado da terra para esses povos antigos, o que até dialoga com a perspectiva trazida por Cohen quanto à propriedade como o direito de exclusão de terceiros (vide tópico 2.2.2): "Quanto à refeição fúnebre, que se renova em épocas determinadas, só a família tinha o direito de assistir, estando todo o estranho rigorosamente excluído dela(81). Acreditava-se que o morto só aceitava a oferenda quando esta lhe fosse prestada da mão dos seus; queria apenas o culto dos seus descendentes. A presença de um homem estranho na família logo perturbava o repouso dos manes. Por essa razão a lei proibia o estrangeiro de se aproximar do túmulo(82). Tocar com o pé, mesmo por descuido, numa sepultura era ato ímpio, que obrigava a fazer ato de reconciliação com o morto, e exigindo ainda do delinqüente a sua purificação" (COULANGES,1995, p. 37).

entre famílias (esfera pública) que precisasse ser regulada por um direito, de caráter público, que viabilizasse a interação harmoniosa entre pessoas que não possuíssem laços de parentesco (consanguinidade) ou entre pessoas e instituições artificiais, como o ente estatal, que era inexistente, sendo os eventuais desentendimentos entre famílias e disputas pela propriedade da terra resolvidos, portanto, por meio da guerra (COULANGES, 1995). Em suma, como os espaços públicos de convivência e a esfera pública de interação social só foram aparecer em momento posterior (*pólis* grega e cidade de Roma), todo o direito, quando de seu nascimento rudimentar e atrelado à religião doméstica, era privado, porque aplicável somente no território privado e nas interações familiares de um determinado agrupamento humano, sendo, inclusive, ferozmente protegido contra a ameaça de terceiros pelo varão primogênito da família, já que era o "bem" de maior valor do grupo em razão de sua importância sagrada, de sua ancestralidade e de sua vinculação à terra habitada.

4.1.2 A antiguidade greco-romana

Conforme apresentado no tópico anterior, o surgimento do direito se delineou a partir de um viés fortemente privado e familiar. Contudo, alguns milênios após o aparecimento do direito, de forma ritualística e sagrada, se sucedeu a antiguidade clássica greco-romana, período histórico em que se dá o nascimento de um direito com um caráter público e em que se torna perceptível, pela primeira vez, de uma maneira mais clara, a distinção entre este e o direito privado (PAIXÃO, 2003, p. 3). Nesse contexto, vale dizer, que o nascimento dessa distinção, em grande medida, esteve atrelado ao aparecimento de espaços de convivência pública mais robustos (cidades e praças) e de uma esfera pública de debate em que era necessário tratar de questões políticas do interesse de toda a comunidade que ali habitava, e não apenas de uma única família, tendo sido fundamental, então, para o estabelecimento da distinção público-privado, o surgimento da democracia na cidade grega de Atenas.

> A distinção entre público e privado é tematizada pela primeira vez, como várias outras categorias que estariam na base das estruturas de sentido posteriormente adotadas no Ocidente, na Grécia antiga, em especial na Atenas democrática. A crescente modificação nas estruturas sociais e políticas do mundo grego encontrou um ponto singular com a experiência desenvolvida na polis ateniense entre 510 e 323 a.C., que consagrou a prática democrática nas deliberações políticas. É com essa experiência que se inicia a descrição da distinção público-privado. (PAIXÃO, 2003, p. 3)

Diante do exposto, é possível afirmar que, na antiguidade greco-romana, o fator determinante para o início de alguma diferenciação entre direito público e direito privado foi o aparecimento de duas distintas esferas no cotidiano das cidades, a saber: a esfera da vida pública e a esfera da vida privada. Essas esferas, conforme se depreende da obra de Cristiano Paixão

(2003), se tornaram mais claramente perceptíveis a partir do momento da consolidação da cidade democrática de Atenas. Nesse contexto, a vida pública, na Atenas antiga, era marcada pela participação dos cidadãos nas deliberações políticas, consagrando a prática democrática da *pólis*. Assim, havia, inclusive, uma certa primazia desse espaço público de deliberação da *pólis* sobre os aspectos corriqueiros da vida privada de cada um de seus cidadãos, haja vista que as questões mais importantes daquela sociedade, bem como as tomadas de decisão, partiam dessa esfera pública de discussão, podendo, por exemplo, ser nela declarada a guerra, decretada a expulsão de cidadãos e serem definidos os direitos e limites da participação dos cidadãos nas deliberações (PAIXÃO, 2003, p. 4 a 5). Ademais, a separação entre política, governo e religião perceptível também a partir desse momento na Grécia antiga, deu origem ao primeiro direito antigo que dispensava o critério da revelação divina para sua justificação.

> A Grécia propiciou, como se sabe, o início de uma diferença fundamental para o desdobramento das estruturas políticas no Ocidente: a separação entre política, governo e religião. Destacando-se do contexto das monarquias até então hegemônicas na região do Mediterrâneo e do Oriente Próximo (Mesopotâmia, Egito, Fenícia, povos hebreus, Pérsia), a civilização das *poleis* do período pós-homérico vai diferenciando cada vez mais domínios da experiência humana que permaneciam englobados, como as noções de política, governo e religião. Não por acaso, o primeiro direito antigo que dispensa o critério da revelação divina para sua justificação é o direito grego. Surge a idéia de responsabilidade política nas decisões que afetarão o destino da polis. (PAIXÃO, 2003, p. 3)

Portanto, é notório que essa novidade da distinção entre política, governo e religião se materializou na abertura de um espaço para discussão e deliberação acerca dos destinos da polis, que, em última análise, representou o que pode ser entendido como a noção de liberdade do homem antigo. Por outro lado, a esfera privada na Grécia antiga ficou associada à dimensão da sobrevivência e da luta pela manutenção dos seres vivos e de suas famílias. Nesse sentido, a casa era o lugar em que essa contínua luta pela conservação da vida e da saúde se manifestava, e a economia (oikia + nomos, ou seja, a lei da casa) era a expressão dessa dimensão privada, não se diferindo muito, nessa esfera, o homem de outras espécies de seres vivos que precisam recorrer à natureza para encontrar a subsistência (PAIXÃO, 2003, p. 5).

Em suma, enquanto a esfera pública era o lugar de liberdade do homem antigo e de realização plena das potencialidades humanas, a esfera privada era um local de escassez, onde imperavam as amarras atreladas à busca de recursos necessários, porém finitos (como os alimentos), para a manutenção do corpo físico.

> A materialização da vida pública ocorre por intermédio da emancipação propiciada pelo exercício de todas as potencialidades do homem como cidadão. A ágora, local das discussões em torno das questões fundamentais da polis, é o espaço (não apenas no sentido físico) em que essa potencialidade poderá ser ativada. A formação dos

> homens públicos ocorrerá na academia, no liceu. Os rituais públicos de deliberação e julgamento trazem essa mesma dimensão emancipatória, reservada aos filhos da polis: sessões da Eclésia, da Heliéia ou da Bulé. Nesses contextos de discussão, encontro e argumentação, o homem grego se vê livre das amarras (típicas da dimensão privada) que o transformavam num ser desprovido, ao menos em parte, de sua liberdade, e realiza aquilo que seria conhecido, no futuro, como o "ideal grego", a conjunção de várias formas de sociabilidade numa polis democrática. (PAIXÃO, 2003, p. 5)

No mundo romano, por outro lado, a experiência democrática não foi conhecida da mesma forma que na Grécia, com tentativas de implementação de formas populares de exercício do poder político sendo severamente punidas.[83] A universalidade do Império Romano, diferentemente do mundo grego, permitiu a construção de um império com condições ideais para impor seu direito a todos os confins de seu território, marcando uma diferença significativa em relação à organização política grega (PAIXÃO, 2003, p. 6 a 7). Todavia, aparentemente, essa universalização do direito romano a todo um grande território, impondo a forma de organização política e o respeito a uma única autoridade central imperial aos mais variados povos conquistados, evidencia um certo viés público do direito nesse momento, viés este que era inexistente no remoto passado em que se deu a origem do direito.

De todo modo, percebe-se que é nesse contexto histórico da antiguidade greco-romana que, pela primeira vez, se torna perceptível a diferenciação entre o direito público e o privado.[84] Nesse momento, o direito público pode ser entendido como o conjunto de normas e práticas relacionadas à condução dos assuntos políticos e à regulação das relações entre os cidadãos e os governantes, enquanto o direito privado diz respeito às relações entre os indivíduos, especialmente no que tange à subsistência das famílias e aos negócios (destacando-se nesse quesito a evolução e difusão do direito civil romano), de modo que restou refletida aí, justamente, a distinção entre as esferas da vida pública e da vida privada nesse período histórico clássico.

4.1.3 A idade média

---

[83] O desembargador Eugênio Facchini Neto corrobora esse entendimento ao afirmar que "[...] em Roma ocorre uma separação mais nítida entre as duas esferas, havendo pouca participação direta dos cidadãos, enquanto tais, na esfera pública" (FACCHINI NETO, 2013, p. 12).

[84] Gisele Salgado (2011, p.1) afirma que "os textos que tratam da classificação do direito em direito público e privado, como um tema da Teoria Geral do Direito, identificam a origem dessa classificação em textos referentes ao Direito Romano". Assim, ao considerar a origem da classificação no direito romano, a autora diverge ligeiramente de Cristiano Paixão, que enfatiza que esse momento de surgimento da dicotomia teria se dado no contexto da experiência da *Polis* grega. De todo modo, os autores convergem no sentido de que esse momento de origem se deu no contexto da antiguidade clássica.

O cenário não permaneceu inalterado com o passar dos séculos. Assim, com a chegada da Idade Média, após a derrocada do Império Romano, ocorreu significativa mudança naquilo que era compreendido como esfera pública e privada do cotidiano humano e, por conseguinte, restou modificada o que anteriormente era a distinção público-privado no âmbito jurídico (PAIXÃO, 2003, p. 8 a 14). Nesse sentido, enquanto na Grécia antiga a relação entre o cidadão e os governantes era regida por princípios de cidadania que colocavam o direito público num patamar de primazia sobre o direito privado (direcionado meramente à questões mais básicas de subsistência), durante o período da Idade Média, por outro lado, a distinção entre as esferas público-privado e, consequentemente, entre direito público e direito privado, foi influenciada pela cosmovisão cristã e pela estrutura social trifuncional que dividia a sociedade em três ordens: os laboratores (servos), os oratores (clérigos) e os bellatores (cavaleiros).

> (...)uma determinada expressão da mentalidade típica da civilização medieval: a idéia de que a vida humana (e a conseqüente posição dos homens na sociedade) constitui uma representação de uma divisão que tinha origem celeste. É a teoria das três ordens, que busca justificar a existência de estratos na sociedade com uma explicação sobrenatural. Consoante expõe um texto católico do século XI, o rebanho dos homens seria uma reprodução da divisão, ordenada por Deus, entre os bois (aqueles que trabalham para alimentar os demais), as ovelhas (que fornecem a lã e o conforto para o espírito) e os cães (que protegem os outros membros do grupo). Transplantando-se essa representação para a sociedade medieval, pode-se encontrar as três ordens: os laboratores (servos), os oratores (clérigos) e os bellatores (cavaleiros)26. Trata-se, então, de uma sociedade trifuncional. (PAIXÃO, 2003, p. 9)

Conforme se vê, tal divisão refletia uma explicação sobrenatural para a existência de estratos na sociedade, com cada pessoa submetida a uma ordem específica, diluindo a ideia de indivíduo numa determinada camada da sociedade. Ademais, a celebração do contrato feudo-vassálico, uma cerimônia religiosa que marcava o juramento de fidelidade de um vassalo a seu suserano, exemplifica a materialização da cosmovisão cristã na sociedade medieval, o que sugere também que a distinção público-privado não poderia, de fato, ter ficado imune a influência da visão de mundo cristã, uma vez que, nesse período histórico, "cada etapa da vida revela a influência da visão de mundo cristã" (PAIXÃO, 2003, p. 9). Desse modo, é importante notar que a distinção entre público e privado deixou de ser perceptível como no período histórico anterior (antiguidade), especialmente porque a vida social estava profundamente imbricada com as estruturas de poder e com a cosmovisão religiosa.

> A crítica hegeliana é especialmente importante para a reconstrução que aqui se apresenta, pois ela explicita a dificuldade em efetuar a distinção, tanto na Idade Média como no período imediatamente subseqüente (séculos XVI e XVII), entre público e privado. Percebe-se, logo, que a esfera pública não se faz presente de forma dissociada dos interesses e ordenamentos de feição privada. A própria distinção público-privado perde sua importância teórica e conceitual. Assim, o que se torna visível, nesse cenário de pluralidade de ordenamentos, fontes e instituições que geram e aplicam o direito, é a inexistência de uma esfera pública apta a propiciar uma mínima separação entre a

> experiência política (numa perspectiva ampliada) e as diversas constelações de interesses – de natureza privada – protegidos por sofisticadas construções teóricas como a idéia de sociedade trifuncional e constituição mista, típicas da teoria política medieval, que mantêm sua força persuasiva mesmo nos séculos iniciais da Era Moderna. (PAIXÃO, 2003, p. 14)

Assim, sinteticamente, durante a Idade Média, a distinção entre as esferas pública e privada e entre direito público e privado foi moldada por uma visão de mundo que justificava a existência de estratos na sociedade com uma explicação sobrenatural, refletindo a submissão da pessoa à ordem e a diluição da ideia de indivíduo numa camada da sociedade. Desse modo, a materialização da cosmovisão cristã na sociedade medieval, marcada por cerimônias como o contrato feudo-vassálico, ocasionou uma espécie de absorção[85] entre o direito público e o direito privado nesse período, ou seja, no seio da sociedade estratificada e metaforicamente orgânica (formada por partes interdependentes que compõem um todo social), aquilo que era visto como público ou como privado, inclusive o direito, acabava se misturando de modo a naturalizar a vida como sendo fruto de uma ordem divina e indisponível aos homens.

4.1.4 A modernidade

Com o avanço da humanidade para o período histórico da modernidade[86], ressurgiu a distinção entre público e privado de uma maneira bastante nítida, estando esse ressurgimento atrelado a certas transformações que se desenrolaram nesse momento histórico, a saber: a diferenciação funcional e o surgimento das constituições escritas. Essas duas "aquisições evolutivas da sociedade", como define Cristiano Paixão, estão intimamente relacionadas entre si e, em última análise, condicionam-se reciprocamente (PAIXÃO, 2003, p. 15).

Nesse contexto, a modernidade trouxe consigo a diferenciação funcional da sociedade, organizando-a em sistemas funcionalmente especializados. Isso representou uma mudança fundamental na estruturação da sociedade, possibilitando a superação da diferenciação por estratos, característica do período medieval. Tal diferenciação funcional permitiu que a sociedade moderna se organizasse em torno de domínios especializados, cada um com seus

---

[85] O desembargador Eugênio Facchini Neto (2013, p. 13) entende que, nesse contexto histórico medieval, "houve uma espécie de **absorção do público pelo privado**, derivado, de certo modo, da primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos econômico-político-jurídicos. Isto porque os senhores feudais exerciam verdadeira função pública sobre todos os habitantes de seus feudos (vassalos e servos da gleba), uma vez que estabeleciam regras obrigatórias, impunham e arrecadavam tributos, julgavam seus servos e executavam as decisões".

[86] A modernidade foi abordada pelo presente trabalho por uma perspectiva ocidental (eurocêntrica), embora deva ser levada em consideração a existência de inúmeras outras realidades históricas e jurídicas, a exemplo da asiática e da africana.

próprios códigos e lógicas de operação, tornando-se uma sociedade sem centro e sem vértice, onde não há domínio de uma parcela da sociedade sobre a outra.

> Parte-se, aqui, do pressuposto de que as condições de comunicação na sociedade – compreendida como sistema global da comunicação – passaram a tematizar a existência de problemas determinados (domínios funcionais) em cuja solução se especializa cada subsistema. (...) O que se deve assinalar, no presente momento, é a modificação no princípio estruturador da sociedade: da distribuição desigual de poder e riqueza (o que pressupõe, naturalmente, o surgimento de estruturas de hierarquia na sociedade) à especialização funcional (que exigirá a coexistência simultânea de vários subsistemas numa sociedade descentrada). (PAIXÃO, 2003, p. 16)

Em meio à diferenciação funcional, começou a ser cunhada a percepção de que o Estado deveria ser como uma construção de instituições artificiais, porém necessárias à convivência humana, o que, como herança das próprias ideias contratualistas pensadas nos séculos anteriores, posicionou a sociedade, o Estado e as suas instituições como frutos de um pacto, ou seja, de um acordo voluntário e consciente de vontades entre homens livres, o que desconstruiu, portanto, a crença na ordem natural e imutável que guiava as sociedades no medievo.

> É exatamente essa abertura para a atuação de domínios funcionais especializados que permitirá uma radical modificação na vigência do direito. Não será possível, a partir da diferenciação funcional, estabelecer as bases da cadeia normativa da sociedade com fundamento em doutrinas no direito natural (seja ele de ordem cósmica, moral, teológica ou racional-especulativa). A luta contra o Absolutismo – mote central das Revoluções Francesa e Americana – e a busca pela tolerância política e religiosa exigirão uma nova forma de estabelecimento e controle do poder. Essa forma – uma invenção do final do século XVIII – consolidou-se, na imensa maioria dos países ocidentais, por meio das constituições escritas. (PAIXÃO, 2003, p. 16)

Nesse contexto, conforme sugere o trecho acima, no período da modernidade, o modo de vigência e de justificação do direito foram modificados, experimentando a distinção entre direito público e direito privado, outrossim, significativa renovação marcada pela emergência do constitucionalismo e pela elaboração de constituições escritas. Este movimento histórico do constitucionalismo, evidentemente, foi impulsionado por transformações sociais, políticas e filosóficas profundas, que incluíram a luta contra o Absolutismo, a busca pela tolerância política e religiosa e a ascensão econômica da burguesia, culminando nas Revoluções Francesa e Americana. Assim, o constitucionalismo emergiu como um movimento que visava estabelecer limites ao poder do governo, aderir ao Estado de Direito e proteger direitos fundamentais. As constituições escritas, que concentraram as opções fundamentais de cada sociedade política e buscaram prever meios e organizações para concretizar essas escolhas, tornaram-se a forma pela qual o constitucionalismo foi concretizado na maioria dos países ocidentais. A afirmação da supremacia das constituições escritas e da subordinação de todo o demais direito às prescrições constitucionais foi um marco na história do direito, exemplificado pela decisão do

caso Marbury v. Madison pela Suprema Corte norte-americana em 1803 (PAIXÃO, 2003, p. 18).

Diante do exposto, a renovação da distinção entre o público e o privado na Modernidade também se refletiu na redefinição do direito público e do direito privado, sobretudo se levado em consideração a ascensão do paradigma do Estado liberal. Assim, passa a ser compreendida como esfera pública, no período moderno, o espaço em que Estado deve regular minimamente as relações com o fito de garantir a ordem social, de modo que o direito público, portanto, passa a ser entendido como o conjunto de normas e práticas destinadas à organização do governo representativo estatal e à mediação básica da relação dos cidadãos (os quais passaram a ser vistos como indivíduos livres e autônomos) perante um Estado que possui o seu poder limitado pela constituição escrita.

> Numa sociedade que estabelece, de forma explícita e propositiva, a limitação dos poderes do Estado, e que privilegia, como observado, a distribuição "natural" de oportunidades pela própria dinâmica social, será fundamental considerar o direito público como aquele repertório mínimo de disposições e instrumentos referentes ao governo representativo, permanecendo uma grande parcela do direito público regida por convenção (usos e costumes que permeiam a prática do sistema político, procedimentos que limitam a universalização da participação popular, formalismo cada vez mais exacerbado dos processos e organizações estatais). (PAIXÃO, 2003, p. 20)

De outro modo, diferentemente do que ocorria na Grécia antiga, aqui a esfera privada passa a ser vista como o reino das liberdades do homem moderno, isto é, como o espaço de autonomia da vontade, de liberdade e de quase irrestrita possibilidade de celebração de contratos e de negociação, ficando o direito privado, nesse ínterim, encarregado de regular as relações entre indivíduos em patamar de igualdade, especialmente no que tange à propriedade, à família e aos contratos. Dessa feita, percebe-se uma certa primazia do direito privado sobre o público, haja vista que o privado passa a ser o espaço de não intervenção do Estado e de liberdade, enquanto o público, por sua vez, consubstancia aquilo que o Estado precisa, infelizmente (mal necessário para os modernos), interferir para a necessária manutenção da paz social.

> É nesse panorama que se pode perceber uma nítida assimetria na relação público-privado. O domínio do privado, nesse cenário em que prevalece o liberalismo (político e econômico), é superdimensionado. A invenção moderna da figura do indivíduo – agora libertado das "ordens" ou "estados" que caracterizavam o Antigo Regime – permite que a forma jurídica predominante seja a do contrato, que mantém a afirmação (mesmo que fictícia, no plano material) de igualdade entre as partes acordantes. Como uma decorrência natural da luta contra o Absolutismo – e também para uma justificação operativa acerca da posição de certas camadas superiores da sociedade –, o público, inteiramente associado ao Estado (observe-se que o século XIX é o período

> de afirmação da maioria dos Estados-Nação na Europa) é visto com desconfiança, ou mesmo reserva. (PAIXÃO, 2003, p. 19 a 20)

Em suma, a Modernidade marcou o renascimento[87] da distinção entre as esferas pública e privada e, consequentemente, entre direito público e privado, em um contexto de profundas transformações sociais, políticas e filosóficas, caracterizado pela emergência do constitucionalismo, pela elaboração de constituições escritas e pela diferenciação funcional da sociedade.

4.1.5 Conclusões à luz da contextualização histórica

Diante dessa breve contextualização histórica, fica perceptível que a distinção público-privado no direito não é ontológica e que ela não esteve presente, sempre da mesma maneira, desde os primórdios da existência jurídica, tendo passado, portanto, por constantes transformações. Assim, aparentemente, aquilo que é considerado como direito público ou como privado é variável de sociedade para sociedade e é bastante sensível ao período histórico em que estiver inserida essa dicotomia.

Nesse sentido, a percepção mais importante a ser extraída à luz da abordagem histórica é a de que a distinção público-privado no mundo jurídico sofre notória influência[88] dos assuntos e problemas que uma determinada sociedade, em dado momento, compreende como mais atinentes à sua esfera pública de convivência social ou que, de outro modo, dizem mais respeito à esfera privada de cada indivíduo. Essa percepção inclusive parece ir ao encontro da argumentação cunhada pelo realismo jurídico norte-americano no sentido de que o direito não pode ser estudado como uma ciência da lógica pura, sendo, de outro modo, um fenômeno

---

[87] Facchini Neto (2013, p. 13) corrobora o entendimento do professor Cristiano Paixão ao afirmar que na modernidade: "Passa-se a realçar a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entre sociedade civil e Estado. Nesse contexto, a dicotomia público v. privado volta a se apresentar sob a forma de distinção entre a sociedade política (o reino da desigualdade) e sociedade econômica (o império da igualdade)9. Cada uma dessas sociedades é caracterizada pela presença de sujeitos diversos: o *citoyen* da sociedade política, que titulariza interesses públicos, e o *bourgeois* da sociedade econômica, que cuida dos seus próprios interesses privados".

[88] A referida percepção se torna clara, por exemplo, quando colocados lado a lado o período da antiguidade clássica e o da idade média. Nesse sentido, seja pela importância do debate político no âmbito da *Polis* (Grécia) ou pela imposição do direito romano a vários povos como forma de dominação (Roma), havia uma primazia da esfera pública de convivência da sociedade sobre a privada no período da antiguidade e, desse modo, a dicotomia entre o direito público e o privado estava presente, com uma clara ênfase no direito público. Por outro lado, na idade média, com o sumiço da esfera pública no bojo da sociedade estamental, que compartilhava a mesma cosmovisão religiosa, há o sumiço da dicotomia público-privado no direito, diante do embaralhamento de costumes, tradições e hierarquias daquele momento.

permeado por elementos sociais e culturais do momento histórico em que estiver inserido, o que se torna especialmente perceptível ao serem proferidas as decisões judiciais.[89]

Sob esse prisma, conforme constatado no início deste tópico[90], Cohen, Kelsen e Hart, ao criticarem a dicotomia público-privado no direito, partem da mesma premissa, ou seja, a de que o público está associado à atuação estatal ou à relação do Estado para com os particulares, enquanto o privado, por sua vez, diz respeito às relações essenciais a serem estabelecidas entre os particulares. Assim, diante da contextualização histórica, percebe-se que isso ocorreu justamente porque esse era o paradigma[91] do tempo em que escreveram as suas obras, qual seja, o da modernidade, ainda em curso no século XX. Ademais, o desembargador Eugênio Facchini Neto corrobora essa ideia ao delinear como ficou a dicotomia entre o público e o privado no direito na modernidade:

> É nesse contexto histórico (da modernidade) que se revela mais intensa a divisão dicotômica entre público e privado e suas derivações – a separação entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral. Essa visão dicotômica de mundo repercute no mundo jurídico, com a acentuação da diferença entre Direito Público e Direito Privado. O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a Sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico (sob o signo da liberdade). As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (reinos esses que o Direito Público não podia atingir) em todos os Códigos civis que surgem nesse primeiro ciclo das codificações. (FACCHINI NETO, 2013, p. 13 a 14)

Em resumo, a experiência histórica sugere que a dicotomia público-privado, seja no direito, ou no próprio cotidiano da vida em sociedade, não pode ser absolutizada ou tida como ontológica, uma vez que ela foi moldada de diferentes formas pelas preferências e sobretudo por elementos socioculturais das sociedades humanas no curso da história. Assim, as transformações ocorridas nessa dicotomia atuam como forte elemento de relativização do público e do privado no direito e corroboram, de certa forma, a perspectiva norteadora do presente trabalho segundo a qual a dicotomia em questão é artificial e não diz respeito efetivamente à natureza das normas ou dos diferentes ramos jurídicos.

---

[89] Vide tópicos 2.1 e 2.3, os quais versam sobre o realismo jurídico e abordam em que medida, para esse movimento, o direito é um fenômeno permeado pela social, além de esclarecerem como se dá a influência dos elementos sociais e culturais nas decisões dos magistrados.

[90] Vide tópico 4.1

[91] O conceito de paradigma foi cunhado por Thomas Kuhn na clássica obra "A estrutura das Revoluções científicas". Nas palavras do autor: "[...]o termo "paradigma" é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, **indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada**. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal" (KUHN, [1962] 2013, p. 187).

4.2 Jurgën Habermas e a Complementaridade Entre o Público e o Privado

No âmbito dessa percepção viabilizada pelo tópico anterior – de que a distinção público-privado no direito guarda proximidade e relação para com os assuntos e problemas que uma determinada sociedade, em dado momento, compreende como mais atinentes à sua esfera pública de convivência social ou que, de outro modo, dizem mais respeito à esfera privada de cada indivíduo – é que as ideias do filósofo e sociólogo alemão**,** Jürgen Habermas, representam uma outra dimensão para a análise da relação entre o público e privado no direito.

Sob essa perspectiva, na obra "A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política", publicada originalmente em 1996, Habermas explora como as sociedades democráticas podem lidar com a diversidade e a pluralidade de formas de vida e crenças, de um modo que seja mantido um espaço público inclusivo e racional para o debate político. O autor, em suma, argumenta favoravelmente, no âmbito desta obra, a uma política deliberativa em que o diálogo e o debate racional entre cidadãos livres e iguais são essenciais para a legitimação das leis e políticas públicas (HABERMAS, 2002).

Nesse contexto, Habermas considera o direito, independentemente da divisão público-privado, como um mecanismo para a integração social e para a realização da autonomia individual, dentro de um contexto de uma sociedade democrática. Ele argumenta que o direito desempenha um papel crucial na mediação entre o sistema (o âmbito da economia e do Estado administrativo) e o mundo da vida (o âmbito da ação comunicativa e das relações interpessoais). Nessa seara, para o autor, o propósito fundamental do direito não é apenas o de regular as relações entre os cidadãos (direito privado) e entre os cidadãos e o Estado (direito público)[92], mas sim o de facilitar a participação dos cidadãos no processo democrático, garantindo que suas vozes sejam ouvidas e consideradas na formulação de políticas públicas (HABERMAS, 2002, cap 10).

Desse modo, Habermas propõe uma concepção de direito que é fundamentalmente ligada à democracia deliberativa e à inclusão do outro, enfatizando a importância do debate público, da argumentação racional, e da participação cidadã na legitimação do direito e das instituições democráticas:

---

[92] Apenas para fins de lembrança, essa correspondência das relações entre particulares ao direito privado e daquilo que é atuação estatal ao direito público é fruto do paradigma da modernidade e não pode ser considerada como algo ontológico e imutável.

> Assim como a moral, também o direito deve defender eqüitativamente a autonomia de todos os envolvidos e atingidos. Ora o direito também deve comprovar sua legitimidade a partir desse mesmo aspecto do asseguramento da liberdade. (...) O princípio da soberania popular expressa-se nos direitos à comunicação e participação que assegurem a autonomia pública dos cidadãos do Estado; e o domínio das leis, nos direitos fundamentais clássicos que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. O direito legitima-se dessa maneira como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada. (HABERMAS, 2002, p. 289 a 291)

Conforme indica o trecho acima, Habermas propõe que a legitimidade do direito deve ser entendida não apenas em termos de sua legalidade, mas também em termos de participação dos cidadãos na formação das normas. É nesse contexto que ele identifica a esfera pública como um espaço onde os cidadãos interagem e deliberam sobre questões de interesse comum (participação cidadã na construção do direito), sendo essa interação contínua fundamental para a legitimidade do ordenamento jurídico. O âmbito privado, por seu turno, está relacionado aos direitos subjetivos garantidos aos cidadãos, o que permite o domínio anônimo das leis (HABERMAS, 2002, p. 293 a 295).

Diante do exposto, Habermas postula que a complementaridade (coordenação) entre os âmbitos público e privado atua, em última análise, como *garante* da democracia, haja vista que apenas é possível que exista uma cidadania discursiva (comunicativa), caracterizadora de um esfera pública legítima (que é regulada pelo direito público), se houver garantias individuais privadas aos cidadãos (autonomias fundamentais do direito privado), de tal modo que "as liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente" (HABERMAS, 2002, p. 290).

Assim, se aquela percepção de que a dicotomia entre o direito público e o privado está relacionada com os assuntos atinentes à esfera pública ou privada de uma sociedade, em dado momento histórico, for tida como uma premissa e a cotejarmos com a tese de Habermas, segundo a qual há a necessidade de complementaridade entre os âmbitos público e privado da sociedade para garantir a democracia plena, é que se chegará à conclusão lógica de que essa complementariedade é necessária também entre o direito público e o privado no ambiente democrático.

Dito de outro modo, o que a teoria habermasiana possibilita é uma dimensão em que o âmbito público e o privado da vida em sociedade, e por consequência o direito público e o privado, devam ser complementares para que exista a democracia. Isso, de certa forma, parece transcender o aspecto dicotômico entre o público e o privado que, por vezes, é central na teoria do direito e nos debates jurídicos. Portanto, a teoria de Habermas em cotejo com a experiência

histórica se afigura como um contraponto à dicotomia entre o direito público e o privado, não por negá-la ou desconstruí-la como o fizeram Morris Cohen e Kelsen, mas por enfatizar que a necessidade de coordenação e complementaridade entre esses supostos dois grandes âmbitos do direito pode ser mais importante para a sociedade democrática do que a diferenciação entre eles. Por fim, caso seja o interesse do leitor aprofundar o conhecimento da teoria habermasiana e, sobretudo, do entendimento do autor a respeito do público e do privado, recomenda-se a leitura da obra "Facticidade e Validade: Contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia", publicada pelo autor originalmente em 1992.

5. A CRÍTICA AO ENSINO JURÍDICO

Diante do estudo propiciado pelos tópicos anteriores, percebe-se que a perspectiva que forneceu o pontapé inicial para a elaboração do presente trabalho, segundo a qual a dicotomia entre o direito público e o direito privado se constitui apenas como artifício teórico e didático para a sistematização do pensamento jurídico, sem a existência de uma efetiva diferença de natureza entre aquilo que é público ou privado no direito, é factível e sustentável no âmbito da teoria do direito. Nesse sentido, tanto o realismo jurídico norte-americano em sintonia com Morris Cohen, quanto o positivismo jurídico de Kelsen e Hart, como a experiência histórica associada a teoria de Habermas, contribuem para a percepção de que a distinção do público ou do privado no direito não é um aspecto que incide concretamente no mundo jurídico, isto é, diretamente na natureza das normas e dos institutos jurídicos, mas apenas uma estrutura teórica construída pelos juristas como forma de sistematização do direito e que, por isso mesmo, pode inclusive variar consideravelmente no tempo e no espaço. Assim, será desenvolvida neste tópico uma crítica ao ensino jurídico contemporâneo quanto ao modo como a dicotomia em questão tem sido apresentada.

Em primeiro lugar, retomando o que foi dito na introdução, se remete à mencionada existência das duas disciplinas – Teoria Geral do Direito Privado e Teoria Geral do Direito Público – a serem cursadas no início da graduação em direito (bacharelado) da Universidade de Brasília. Embora possa parecer bobo em um primeiro momento, o mero uso das nomenclaturas "Teoria Geral do Direito Público" e "Teoria Geral do Direito Privado" pode gerar, perante o aluno que acaba de iniciar a graduação, a impressão de que há dois direitos separados, cada um com suas respectivas teorias gerais, peculiaridades, princípios e normas específicas, ou seja, de

um lado aquilo que é direito público e do outro o que é direito privado. Nesse viés, pode surgir a percepção equivocada de que aquilo que é jurídico, a exemplo das normas jurídicas, necessariamente possui uma natureza pública ou privada, como se o mundo jurídico estivesse efetiva e concretamente dividido entre o público e o privado. Em suma, ao cursar cada uma dessas disciplinas de forma separada, com professores e bibliografias distintas, o discente pode não compreender que o fenômeno jurídico é uno e que a divisão entre direito público e direito privado é, em verdade, uma classificação das disciplinas jurídicas para fins didáticos e de organização do currículo, sendo muito mais um aspecto teórico do que algo concretamente perceptível nas normas jurídicas ou na prática forense.

Nesse viés de que o fenômeno jurídico é um só, jamais deveria ser perdida de vista pelos operadores do direito a ideia de que é inconcebível que as normas jurídicas possam nascer com uma espécie de natureza própria pública ou privada, haja vista que nascem de uma fonte única, ou seja, da atividade legiferante dos agentes públicos, sejam eles de quaisquer dos poderes da república dos diversos entes federativos.

> El legislador (o el constituyente) regula la vida social de acuerdo a imperativos políticos, sin ánimo clasificador; **es inimaginable un legislador con conciencia clasificatoria en relación a una naturaleza pública o privada**. **El legislador simplemente dicta normas, las cuales solo con posterioridad son clasificadas por los juristas en los referidos ámbitos.** Las disciplinas del Derecho son las que, en primer término, pueden ser claramente clasificables en privadas o públicas, conformando los dos antiguos brazos del Derecho, como ciencia, por una asentada convención académica; y la transmisión de esta clasificación a las leyes o normas se produce en la operación posterior que hace el jurista, al sistematizar la normativa, integrando una determinada norma como parte de cada disciplina; y, en tal caso, el jurista le asigna a cada ley o norma una determinada naturaleza, según su materia (civil, procesal, constitucional, administrativa, laboral, etc.); materia que, a su vez, será pública o privada, según la ubicación de tal disciplina en tal bipartición del Derecho científico. Así, solo una vez recorrido todo ese proceso, esa naturaleza será transmitida por el jurista a la ley o norma. (BLANCO, 2010, p. 120)

O trecho em destaque ensina que a inserção de uma norma no público ou no privado advém de uma operação intelectual dos operadores do direito, a qual ocorre posteriormente ao momento em que a norma jurídica é posta pelo legislador. Assim, se surgir uma nova lei relacionada ao direito administrativo, por exemplo, uma vez que as disciplinas do direito já estão classificadas pelos juristas como atinentes ao direito público ou ao privado, ocorre uma espécie de transposição automática e lógica da classificação da disciplina para a lei nova, de modo que essa lei acaba também inserida no "direito público". Frise-se, portanto, que isso é um exercício intelectual e lógico, não é que a lei nova seja em si direito público porque nasceu com uma "característica essencial" pública, mas, pelo fato de o direito administrativo ter sido classificado, para fins de organização científica do direito, como um ramo do direito público, é

que a característica de pertencer ao "público" é para ela transposta. Isso revela, em última análise, que não é o direito, materializado pelas leis e pelas normas jurídicas[93], que seja público ou privado, mas as disciplinas jurídicas que foram assim classificadas.

Todavia, na maioria das vezes, isso tudo não fica claro e o direito é apresentado como se ele próprio estivesse dividido entre o público e o privado em decorrência da operação lógica explicitada.[94] Alguns exemplos irão esclarecer como o direito em si mesmo acaba incorporando essa característica de ser público ou privado.

O jurista José dos Santos Carvalho Filho discorre em sua obra a respeito do regime de direito público, descrevendo-o como um sistema normativo específico destinado à detalhada disciplina daquelas atividades estatais consideradas como serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2023, p. 244). Assim, por exemplo, quando Carvalho Filho se pronuncia a respeito do que ele chama de regime de direito público, pode surgir a confusão no sentido de que o regime é por natureza público e que, portanto, se diferencia de outro regime que tenha natureza de direito privado. Eventualmente, pode até ocorrer a associação de que o regime é em si mesmo público, em sua natureza, porque disciplina atividades estatais.

Contudo, conforme discutido no âmbito deste trabalho, essa associação entre as atividades estatais e o direito público é apenas fruto do paradigma moderno e não diz respeito a algo de ontológico nesse regime que o faça ser público. Desse modo, a percepção que se deve ter em mente em relação a esse conjunto de regras jurídicas destinado à disciplina dos serviços públicos é a de que ele é um regime jurídico como qualquer outro, posto pelo legislador do mesmo modo que foi o Código Civil (tido como o diploma normativo do direito privado por excelência). Todavia, por estar relacionado ao direito administrativo, que é classificado pela ciência jurídica como um ramo do direito público (associado ao funcionamento estatal na

---

[93] Em termos de teoria do direito, as expressões lei e norma jurídica possuem significados distintos. Há muitas discussões doutrinárias a esse respeito, mas não é esse o objeto do presente trabalho. Assim, para fins de simplificação, os termos lei e norma jurídica foram utilizados no âmbito do trabalho no seu sentido mais clássico, ou seja, a lei como o texto legal redigido pelo legislador (sendo deste texto extraídas as normas pelos intérpretes). Entendemos aqui que as leis e as normas jurídicas são a forma precípua pela qual o direito se manifesta como fenômeno.

[94] A autora Gisele Mascarelli Salgado corrobora esse entendimento ao afirmar que a divisão, apesar de imaginária e social, faz parte do modo como o direito ainda tem sido apresentado na sociedade atual, isto é, dicotomizado entre o público e o privado. Nas palavras da autora: "Essa divisão faz parte do entendimento do direito atual e é uma instituição imaginária social, que tem um lado de simbólico muito mais forte do que seu lado funcional e de racional. Por ser uma significação imaginária do Direito a divisão não é própria do direito, ou seja, não é essa classificação que define o direito, mas é como o direito tem sido apresentado na sociedade atual" (SALGADO, 2011, p. 6).

modernidade) é que acabou sendo realizada a transposição dessa classificação para a natureza do próprio regime, como se ele mesmo fosse público.

Ademais, um outro exemplo interessante é o da responsabilidade civil do Estado e dos particulares prestadores de serviços públicos, com fundamento no artigo 37, §6°, da Constituição Federal.[95] É comum que se refira a ela como uma responsabilidade civil pública ou de direito público, a qual se difere, assim, da responsabilidade civil dos particulares em geral ou de direito privado, regida pelos artigos 927 e seguintes do Código Civil.[96] Ocorre que, apesar de serem responsabilidades regidas por regras jurídicas diferentes de acordo com os sujeitos que nela estejam envolvidos, não parece adequado afirmar que elas possuam distinção essencial em sua natureza jurídica (pública x privada), já que, afinal, ambas se caracterizam pelo dever jurídico de indenizar ou de reparar o dano sofrido por outrem. Portanto, a diferença entre essas responsabilidades é meramente o fato de serem regidas por regras jurídicas distintas, uma possui fundamento constitucional e a outra é alicerçada na legislação ordinária, tendo sido apenas organizadas academicamente dessa forma – responsabilidade civil de direito público x responsabilidade dos particulares em geral (de direito privado) – para fins didáticos e para uma compreensão mais simples do assunto, mas não é que sejam ontologicamente distintas.

Em síntese, o que está sendo dito é que há a indevida transposição da classificação das disciplinas jurídicas para a caracterização da essência dos institutos jurídicos e para a natureza das normas que compõem os variados ramos do direito. Desse modo, o discurso jurídico, quando faz menção à dicotomia entre o direito público e o direito privado, promove uma certa confusão entre o teórico e o prático, projetando no fenômeno jurídico uma fissura que é artificial. Entretanto, em última análise, os únicos objetos em tese passíveis de serem classificados como públicos ou privados são as disciplinas jurídicas em um esforço que é posterior à edição das normas, acadêmico e doutrinário por parte dos juristas.

> La clasificación público/privado **no dice relación con un supuesto origen binario de las fuentes del Derecho positivo vigente**, como si fuesen de autores distinguibles[19]; pues hoy todas ellas son originadas del *único* modo políticamente aceptado: el *populus*, en vía plebiscitaria (Constitución Política), o el Estado/legislador (el Congreso: casi siempre: leyes (y un sustituto: el derecho consuetudinario); el Presidente de la República: DFL; la Corte Suprema: auto acordados) ... Este binomio no explica el *origen* de las leyes que componen el orden interno. **Es más bien una (en verdad: "*la*") gran clasificación del fenómeno jurídico dogmático: toda disciplina jurídica debiera ser susceptible de ser**

[95] "[...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (BRASIL, 1988, art. 37, § 6º).
[96] "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" (BRASIL, 2002, art. 927).

> **sindicada como pública o privada (o, lo que es lo mismo, de Derecho público o de Derecho privado)**; de otro modo, dejaría de cumplir su rol clasificatorio. (BLANCO, 2010, p. 121)

Entretanto, esse entendimento de que a dicotomia entre público e privado no direito é uma classificação que incide sobre as disciplinas jurídicas, e não algo efetivamente presente na estrutura dos institutos jurídicos, parece não estar claro ou ser perdido de vista pelos juristas. Afinal, até mesmo algumas discussões acadêmicas mais recentes, a exemplo da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado[97], indicam, de certa forma, que a comunidade jurídica vê mais que uma classificação, isto é, como se de fato existisse uma divisão perpassando o direito que pudesse ser superada ou mitigada. Contudo, a dicotomia está num plano puramente teórico, não sendo exatamente adequado falar em uma mitigação ou superação literal dela, mas no máximo da proposição de novas classificações para a sistematização da ciência jurídica que não dicotomizem o direito entre o público e o privado.[98]

6. CONCLUSÃO

O que o presente trabalho almeja, cumpre rememorar, não é a defesa de que a dicotomia entre o direito público e o privado não exista de forma alguma ou de que ela seja uma completa ilusão dos operadores do direito, este não é o objetivo. O que se postula é que a natureza desta dicotomia é de artifício teórico e didático, ou seja, que se trata de um esforço de organização e de sistematização do direito.

Diante do exposto, o trabalho critica a forma como frequentemente é colocada a referida distinção pelos juristas. Assim, quando apresentada de modo irrefletido, ou simplesmente explicitada sem nenhuma ressalva, podem surgir as confusões evidenciadas no tópico anterior, as quais, em conjunto, ocasionam uma percepção geral equivocada quanto ao que efetivamente

---

[97] Esta discussão é conduzida no artigo "A Proteção Da Dignidade Da Pessoa Humana Como Paradigma Para A Superação Da Dicotomia Entre Direito Público E Direito Privado" de Polyana Vidal Duarte e Nilton Cesar Flores. O trecho a seguir ilustra bem, nesse contexto, o entendimento de que a dicotomia seria concreta e estaria no conteúdo do direito e dos diplomas legais, podendo assim ser em si mesma mitigada: "A Constituição Federal de 1988 passou a regular matérias antes reservadas ao domínio exclusivo do direito civil, como a propriedade e a família, no intuito de aferir maior proteção jurídica a esses institutos. Concomitantemente, o Código Civil sofre a incidência dos princípios constitucionais, **abrindo espaço para que seja ofuscada, portanto, a dicotomia precisa entre o direito público e o privado, diante da interpenetração de seus conteúdos**" (DUARTE; FLORES, 2014, p. 226 a 227).

[98] Conforme foi estudado anteriormente neste trabalho (vide tópico 3.3), pode ser entendido que isso foi feito por Hart por exemplo. Nesse sentido, o autor, implicitamente, substituiu a classificação dicotômica entre público e privado por uma estruturação mais abrangente da teoria do direito entre normas primárias e secundárias.

é a dicotomia. Desse modo, acaba sendo compreendido e difundido que existe uma fissura real no mundo jurídico em que, de um lado, ficam determinados institutos, regimes e normas jurídicas que possuem uma natureza (pública) e, do outro, aquilo que tem natureza privada. Assim, até mesmo quando a academia reconhece que existe complementaridade e diálogo entre os dois supostos lados dessa fissura, ou seja, que direito público e privado não são herméticos um em relação ao outro, é como se fosse reconhecido, implicitamente, que há dois direitos diferentes. Todavia, não é esse o caso, é preciso não perder de vista o fato de que o fenômeno jurídico é um só e que a eventual classificação das disciplinas ou especialidades dele entre o público e o privado é científica e artificial, ela apenas incide no direito por meio de um esforço intelectual e organizacional. Frequentemente, contudo, entende-se o contrário, ou seja, que haveria normas de diferentes naturezas e que por isso estariam agrupadas no público ou no privado.

Isso é problemático justamente porque daí surgem as associações imediatas do Estado ou da atuação estatal necessariamente ao público, bem como dos particulares e suas relações ao privado. Com o tempo e a força do uso, há a naturalização desse discurso e ele passa a tomar a forma de uma ontologia. Dessa maneira, perdem-se de vista as noções fundamentais de que o fenômeno jurídico é uno, porque o legislador é um só, de que essa classificação entre público e privado é puramente doutrinária e para fins didáticos e de que há a possibilidade de alteração e de transformação desta classificação diante das preferências e dos paradigmas do momento histórico vigente. Portanto, é importante que isso seja frisado no âmbito do curso de direito, principalmente nas disciplinas introdutórias, como as de introdução ao estudo do direito, para que o discente compreenda o aspecto classificatório e didático da distinção o quanto antes na graduação.

Cumpre destacar ainda que a discussão suscitada pelo presente trabalho se relaciona com a filosofia do direito e flerta com o campo da linguagem e do simbolismo que uma classificação traz consigo. Nessa seara, como bem se discute no âmbito da disciplina de filosofia do direito na graduação, a resposta à pergunta “o que é uma cadeira?”, por incrível que pareça, pode ser mais complexa e problemática do que parece ser. Sob esse prisma, o que define uma cadeira são exatamente as características que são atribuídas a ela pelos humanos, sendo a principal delas a de que é um objeto que serve para o ato de sentar. Entretanto, é perceptível, por uma questão lógica, que essa característica fundamental para a definição do objeto cadeira não está efetivamente presente nela concretamente, isto é, não é constatável na natureza deste objeto, uma vez que ele, em si, é apenas constituído de matéria moldada (plástico, metal,

madeira). Desse modo, a partir dessa constatação, conclui-se que a palavra cadeira não diz respeito a um objeto efetivamente, mas se refere a uma categoria abstrata, criada pelo ser humano para o enquadramento de objetos concretos, isto é, quando se fala em cadeira, refere-se a algo que existe apenas no plano da linguagem, ela é uma palavra que viabiliza a classificação ou a categorização de objetos concretos cuja finalidade é servir de assento.

Ademais, para clarear o raciocínio, em uma sociedade hipotética em que existissem seres humanos que, por questões anatômicas, não pudessem nem precisassem sentar-se, caso aparecesse um objeto claramente por nós classificável como uma cadeira, os integrantes dessa sociedade imaginária provavelmente o chamariam por qualquer outra nomenclatura de acordo com a finalidade com que eventualmente fosse utilizado ou com a sua aparência. Em suma, apesar de situada no plano da linguagem, isto é, das categorias abstratas, nós automaticamente projetamos a categoria para a caracterização da essência do objeto concreto, de modo que se perguntarmos a alguém o que é uma cadeira, obteremos, de pronto, a resposta de que uma cadeira é um objeto que serve à finalidade de assento, como se isso pura e simplesmente integrasse o núcleo duro do utensílio em si mesmo considerado, embora nós é que, linguisticamente, atribuamos essa funcionalidade a ele.

Analogicamente, parece ocorrer o mesmo com as expressões direito público e direito privado. Nesse sentido, estas expressões não exprimem ou indicam nada de concreto em relação ao direito ou ao fenômeno jurídico, elas são, em última análise, categorias linguísticas abstratas a serem utilizadas para a classificação das disciplinas jurídicas. Contudo, assim como no exemplo da cadeira, nós indevidamente transpomos o que define a categoria diretamente para a essência dos objetos classificados (as disciplinas jurídicas) e, por consequência lógica, para as próprias normas e institutos jurídicos, como se a categorização fizesse parte do âmago destes ou os definisse.

Dito de outro modo, é possível afirmar que o direito público é uma categoria abstrata para se enquadrar as disciplinas jurídicas que, segundo o paradigma da modernidade, dizem respeito à atuação estatal ou à relação do Estado perante os particulares. Assim, o direito administrativo, por exemplo, pode ser tranquilamente nela inserido. Contudo, o que é inadequado é o exercício no sentido de transposição desse aspecto classificatório (o enquadramento no direito público) para a essência do direito administrativo e das normas que o integram, como se fossem eles próprios entidades que por natureza se diferem de outras que são fundamentalmente privadas.

Diante do exposto, o direito está lá, como fenômeno único, posto pelo legislador, e sobre ele podem recair inúmeras classificações, quanto a isso não há problema nenhum. Poderia haver assim, em um exemplo hipotético e grosseiro, uma divisão entre direito sancionador e direito não sancionador. Na categoria do direito sancionador, se encaixariam, por exemplo, o direito penal, o direito administrativo sancionador, algumas disposições específicas do direito ambiental, dentre outras disciplinas ou segmentos de disciplinas. Nesse ínterim, na categoria do direito não sancionador, poderiam ficar o direito constitucional, o direito civil, o direito previdenciário e todos as demais especialidades ou partes de especialidades do direito que não estão tão preocupadas em estabelecer sanções. Entretanto, não poderia ser afirmado nesse contexto que o direito penal e, por consequência, os próprios tipos penais constituem um tipo de direito, essencialmente punitivo, que se difere ontologicamente do direito civil, de caráter não punitivo. Essa operação significaria fissurar indevidamente o fenômeno jurídico, transpondo o elemento abstrato classificatório para a natureza dos objetos classificados.

Diante do exposto, o presente trabalho, em resumo, não é inimigo da dicotomia público-privado no direito e não almeja a sua abolição. Propõe-se, assim, que a abordagem da dicotomia, nos cursos de graduação em direito, seja promovida com as devidas justificativas e ressalvas de que se trata de um recurso estritamente linguístico e didático para a classificação das diferentes disciplinas jurídicas, de modo a evitar a compreensão de que a dicotomia efetivamente perpasse o fenômeno normativo porque o público ou o privado diriam respeito ao núcleo duro dos objetos sobre os quais incide a classificação dicotômica. Por fim, diga-se que é o exercício de classificação que acaba por separar (abstratamente) o público e privado, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, cap 7.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Organização de Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica.** 2. ed. revista. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2003. Título original: Teoria della norma giuridica (1993).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37ª. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

COHEN, Morris R. **Property and Sovereignty**. Cornell Law Quarterly (atualmente Cornell Law Review), Ithaca, v. 13, n. 1, p. 8-30, 1927.

COSTA-NETO, João; ELIAS, Carlos. **Direito Civil - Volume Único**. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2023.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1995. Título original: La cité antique. Publicado originalmente em 1864.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. **A Proteção Da Dignidade Da Pessoa Humana Como Paradigma Para A Superação Da Dicotomia Entre Direito Público E Direito Privado.** Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 213-232, jul./dez. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Título original: Taking rights seriously. A 1. ed. original é de 1977.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A constitucionalização do direito privado.** Iurisprudentia: Revista da Faculdade de Direito da Ajes, Juína, ano 2, n. 3, p. 9-46, jan./jun. 2013.

FERREIRA, Daniel Brantes. **Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 40, p. 6-33, jan./jun. 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano.** Brasília: Edição do autor, 2013.

GRUBBA, Leilane Serratine; MONTEIRO, Kimberly Farias. **Realismo jurídico Norte-Americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 272-289, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. Título original: Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie (1996).

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito.** 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: The concept of law. A 1. ed. é de 1961; a tradução baseia-se na 2. ed. de 1994 (com um novo pós-escrito).

KELSEN, Hans. **O que é Positivismo Jurídico?** (Was ist juristischer Positivismus?). Tradução de Cristiano de Aguiar Portela Moita. Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 28, n. 4, p. 1-8, out./dez. 2023. Original publicado em 1965.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado** (General Theory of Law and State). Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Publicado originalmente em 1945.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: Reine Rechtslehre. A 1. ed. original é de 1934; a tradução baseia-se na 2. ed. de 1960.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. 218 p. (Coleção Debates). Título original: The Structure of Scientific Revolutions. Publicado originalmente em 1962.

PAIXÃO, Cristiano. **Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito.** In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). O novo direito administrativo brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2003.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Direito Público e Direito Privado: Uma eterna discussão**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 64ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

VERGARA BLANCO, Alejandro. **La Summa Divisio Iuris Público/Privado De Las Disciplinas Jurídicas**. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 17, n. 1, p. 115-128, 2010.