

A grande dicotomia: Direito Público e Direito Privado

Estudo sobre a concepção de Norberto Bobbio sobre a divisão do direito público e direito privado que produzem outras dicotomias. Remete a algumas concepções sobre a matéria de André Franco Montoro e Maria Helena Diniz.

Deborah Maria Ayres

11/10/2006

As antíteses jurídicas estão entorno do tríplice aspecto jurídico: Jurídico (estrito senso), filosófico e sociológico onde não pode faltar a compreensão da natureza da ciência do direito, como seus valores fundamentais (axiologia) que dão sentido e significação à qualquer instituição jurídica.

È na possibilidade que existe de apresentar uma forma global do ordenamento jurídico que se destaca a tradicional divisão do direito em público e privado que gerará as demais dicotomias da dogmática jurídica, como a entre as sociedades iguais e desiguais, naturais e civis; como, também, entre as normas e os caracterizadores do direito subjetivo.

“Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad sinlorum utilitaem;

sunt enim quaedam plubice utilia, quaedam privati.”(Ulpiano, “Digesto”, I, I, I e 4)

A grande dicotomia: direito público/privado

A clássica divisão do direito romano em direito público e direito privado ingressou no Ocidente através da história de seu pensamento político e social.

Para a dicotomia se seguira o critério de se dividir dois universos de forma que: os respectivos elementos de um não pertencesse ao outro e vice-versa, mas que nenhum ente fosse excluído; a divisão deveria ser total e, principalmente, deveria fazer-se convergir em direção de outras dicotomias.

Direito público é aquele concernente ao estado dos negócios romanos – ou aquilo que é da coisa pública -; o direito privado é o que disciplina os interesses particulares – ou, segundo a definição mais casual, “aquilo que não é público”. Assim segundo a definição “dicotonômica”, a esfera pública caminharia até os limites em que o direito privado começaria e vice-versa. Tendo em mente tais concepções, vê-se por fim refletirem na situação de um grupo social no qual já ocorreu a diferenciação entre aquilo que pertence ao grupo enquanto tal, à coletividade, e aquilo que pertence aos membros singulares.

As dicotomias correspondentes ao direito público e privado, sendo estes ordenamentos de relações sociais, seriam:

- Sociedade de iguais e sociedade de desiguais

A sociedade de iguais é aquela que o seu estado de comportamento privado elevado ao público caracteriza por relação de iguais ou de coordenação. Seria por

exemplo a relação entre irmão, parentes, amigos, cidadão e inimigos; em âmbito maior, a sociedade natural tal como descrita pelos jusnaturalistas, ou a sociedade de mercado na idealização dos economistas clássicos (relação de mercado).

A sociedade de desiguais seria aquela que comportaria os que detêm o poder de comando e os que, como destinatários do poder, devem obediência. Ou seja, a relação do patriarca com família, do Estado soberano com os cidadãos, a sociedade entre Deus e os homens, o empregador e o empregado.

- Lei e contrato (“negócio jurídico”)

Tal divisão entre leis e contratos é concernente as fontes tanto do direito público como do direito privado, melhor dizendo, ao seu sentido técnico-jurídico. Assim, como para Cícero, o parecia, ao direito público corresponderia a lei, o *senatus consultus* e o *foedus* (o tratado internacional); e ao direito privado as *tábulas*, as convenções e estipulações de pactos (contratos). Aqui, vê-se tanto o direito público como o privado vinculados às relações de conduta: direito público é tal enquanto posto pela autoridade, então, a lei é a norma de conduta vinculatória imposta pelo detentor do poder - supremo e habitualmente reforçada pela coação (de uso exclusivo do soberano); o direito privado seguindo o princípio da reciprocidade (do *ut dê*s), se caracteriza pelo conjunto de normas que os singulares estabelecem para regular suas recíprocas relações, principalmente as de cunho patrimonial, em meios a acordos bilaterais.

Segundo as conclusões de Kant, existem duas grandes dicotomias doutrinárias jurídicas, direito público/ direito privado e direito natural/direito positivo (da sociedade civil): o direito privado ou dos privados é do estado de natureza, cujos institutos fundamentais são a propriedade e o contrato; e o direito público que emana do Estado, constitui sobre a supressão do estado de natureza, pois o

Estado sendo legítimo, a sua relação com o cidadão é irrevogável e permanente e pode pretender do cidadão, excepcionalmente para o fim do bem maior, condições que o contrato não comporta, e por isso, tem um direito positivo cuja a força vinculatória deriva da possibilidade de que seja exercido em sua defesa o poder coativo pertencente de maneira exclusiva ao soberano.

- Justiça comutativa e justiça distributiva

A justiça comutativa é que preside as trocas: sua pretensão fundamental é que as duas coisas que se troque, sendo “justo”, devem apresentar valores iguais (justo é: num contrato comercial , o preço que corresponde ao valor da coisa comprada; num contrato de trabalho, a remuneração que corresponde à qualidade e quantidade do trabalho realizado; no direito civil, a indenização que corresponde à dimensão do dano; no direito penal, a pena correspondente às más ações e posições). Justiça distributiva refere-se à distribuição de honras e obrigações pela a autoridade pública: sua pretensão é que a cada um seja dado o que lhe cabe com base em critérios que podem mudar segundo as diversidades das situações objetivas, ou segundo os pontos de vistas (“a cada um segundo o mérito”, “a cada um segundo as necessidades”, “a cada um segundo o trabalho”).

O direito privado se relaciona com a justiça comutativa, que é a relação entre as partes, como, também, o direito público se relaciona com a assertiva sobre justiça distributiva, relação entre o todo e as partes, distinção provinda da dicotomia sociedade de iguais e sociedade de desiguais.

Todas a dicotomias relacionadas são coincidentes entre umas e outras e nunca perfeitamente, mas que nos servem como parâmetro para entender a tão divulgada divisão entre o direito privado e o público, posto que eles acabam de gerar novas dicotomias, principalmente entre as relações sociais , dentre os quais

se fundamenta. Os seus casos limites serão sempre: a família e a sociedade internacional, a primeira porque dentro do Estado se apresenta como um instituto de direito privado e, ao mesmo tempo, é uma sociedade desigual regida pela justiça distributiva; no segundo caso, é habitualmente referida ao direito público, sendo uma sociedade de iguais regida pela justiça comutativa.

A dicotomia não é apenas uma concepção didática, de mero teor metodológico no estudo da Ciência do Direito, pelo contrário ela está relacionada diretamente com o entendimento de sociedade em geral (Estado e cidadãos), e é por essa forma que conseguimos nos aprofundar no estudo das relações do Estado e cidadão.

Bibliografia

Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil, de Maria Helena Diniz (ed. Saraiva,SP, 1ºvol., 20ªedição, 2003);

Introdução à Ciência do Direito, de André Franco Montoro (ed. Revista dos Tribunais,SP, 25ª edição, 2000).

AYRES, Deborah Maria, **A grande dicotomia: Direito Público e Direito Privado**. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/51/2951/>>. Acesso em 11 de outubro de 2006.