

A DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO PÚBLICO É O DIREITO PRIVADO

JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ

Docente da Universidade do Distrito
Federal

SUMARIO: 1. *Idéia do direito*; 2. *Elementos do direito*; 3. *Divisão do direito em público e privado*; 4. *Em função da relação jurídica*; 5. *Em função do objeto*; 6. *Em função do título*; 7. *Em função da coatividade*; 8. *Em função do interesse*; 9. *Um critério eclético*; 10. *Conclusão*.

1. O termo *direito* (do latim *directus*, o que é reto, conforme a acepção verbal, literal) corresponde a uma idéia composta, cujo conteúdo, de caráter eminentemente complexo, tal como assinalam os doutos, só se pode caracterizar se desdobrado em seus diversos aspectos subjetivo, objetivo e teórico.

Subjetivamente considerado, o direito tem o sentido formal de faculdade ou poder pessoal de fazer, deixar de fazer ou exigir alguma coisa. Em sentido objetivo, eficiente ou causal, direito corresponde à noção de norma que concede a aludida faculdade ou o conjunto de regras que regulam o seu exercício. Ainda objetivamente, mas num sentido material, chama-se direito ao que é justo, ao que é devido ao sujeito da faculdade de fazer, não fazer ou de exigir alguma coisa, ou, mesmo, à própria coisa, material ou não, sobre a qual se exerce aquela faculdade. Esses três aspectos correspondem ao que os escolásticos chamavam, respectivamente, de *jus formale propter quod*, *jus materiale* e *jus formale quod*. Um quarto sentido, teórico, tem ainda a palavra direito quando corresponde à expressão: ciência

jurídica. Como se vê, o termo direito tanto serve para designar a disciplina como o seu objeto.

2. Sendo, pois, um conceito composto, a noção de direito supõe uma série de elementos de índole diversa, os quais podem ser caracterizados do seguinte modo:

a) uma *relação* entre dois termos, o sujeito ativo (ser moral com a faculdade de agir ou de ter) e o sujeito passivo (alguém que deve respeitar a faculdade de outrem, mediante prestação ou abstenção de fato); ou, ainda, o *vinculo* que liga o sujeito ao objeto dessa relação;

b) um *objeto*, ou seja, a coisa (material ou não), o fato, a ação ou omissão devidos ao sujeito da faculdade;

c) um *título*, isto é, o fato positivo que torna legítimos a faculdade ou o poder atribuídos ao sujeito;

d) uma *coatividade potencial específica*, de intensidade vária que, segundo KANT, IHERING e outros grandes pensadores, é a característica diferencial entre o direito e a moral. Seja como fôr, é imprescindível, como elemento do direito, a asseguuração coercitiva necessária à efetividade da relação jurídica;

e) finalmente, um *sistema de fins úteis*, sem os quais não teria sentido o direito. Tais fins se resumem em bens e interesses da vida individual e coletiva, cuja realização justifica a atribuição de faculdades e deveres correlatos.

3. A representação intelectual do que seja o direito, como realidade objetiva suscetível de análise, revela-o, assim, com o múltiplo caráter de *situação-relação, fato, ato e finalidade*. Trata-se, pois, de um conceito de especial complexidade, cuja extensão, logicamente, está na razão inversa de sua compreensão. Realmente, como é sabido, uma idéia é tão mais geral quanto mais simples e, inversamente, quanto mais composta, mais particular. Em consequência desse princípio, a noção de direito tende, necessariamente, para a singularidade e, por força dessa tendência, o problema de sua divisão, segundo um critério unívoco e absoluto será de solução técnica difícilíssima, senão praticamente impossível.

De modo racional, portanto, só se pode pretender distinguir categorias ou ramos *aparentes* do direito, em função dos elementos que o seu conceito pressupõe e alcançando, apenas, alguns dos aspectos parciais em que se desdobra o seu conteúdo. Essa a razão pela qual proliferam os critérios distintivos entre *direito público*

e privado, critérios mais ou menos equívocos porque não conseguem caracterizar aquêles ramos do direito de modo que implique idêntica distinção no âmago do objeto a dividir.

KELSEN, referindo-se à antítese direito público e privado, reputa-a funestíssima e afirma ser possível escolher uma dúzia de critérios diferentes ou opostos. (1) PONTES DE MIRANDA fala na existência de mais de vinte teorias a respeito. (2) Com algum esforço e dentro das nossas modestas possibilidades, conseguimos isolar precisamente vinte e um critérios distintivos para o direito público e privado, além dos que apresentam caráter eclético.

Se, como vimos, só é possível distinguir ramos do direito em função dos elementos que o seu conceito pressupõe, convém classificar as teorias que o distinguem em público e privado segundo a série desses mesmos elementos, atrás enumerados. Os cinco primeiros grupos conterão as teorias que estabelecem a distinção em função da *relação jurídica*, em função do *objeto*, em função do *título*, em função da *coatividade* e em função do *interêsse ou sistema de fins úteis*. Um sexto grupo compreenderá os critérios ecléticos.

4. Seis critérios diferentes podemos encontrar entre os que procuram distinguir o direito público do direito privado em função da *relação jurídica*: pela *finalidade*, pela *origem*, pela *natureza*, pelos *têrmos*, pelo *sujeito* ou, finalmente, pelo *maior valor da relação jurídica*. Os quatro primeiros são critérios objetivos, o quinto é subjetivo e o sexto, objetivo-subjetivo a um tempo. Examinemos cada um desses critérios em particular:

a) *pelo fim da relação jurídica*. SAVIGNY, FILOMUSI e STAHL, (3) entre outros, entendem que, no direito público, o liame jurídico se estabelece tendo por fim supremo a comunidade organizada em Estado, ao passo que no direito privado esse fim é o particular, figurando o Estado como um simples meio. ICILIO VANNI censura tal critério teleológico salientando que, embora objetivo e intrínseco, é insuficiente. Realmente, no estabelecimento do monopólio, a relação é de direito público, dado o seu caráter de imperatividade, mas o fim não é o Estado. Por outro lado, nos atos de

(1) KELSEN, *Teoría General del Estado*, tr. de Lacambra, ed. Labor, 1934, pág. 106.

(2) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, ed. H. Cahen, 1947, v. I, pág. 77.

(3) QUEIROZ LIMA, *Princípios de Sociologia Jurídica*, 5.ª ed. F. Bastos, pág. 381.

gestão que este pratica, o fim é o próprio Estado, embora a relação seja de direito privado e não relação de *imperium*; (4)

b) *pela origem da relação jurídica*. Para BLUNTSCHLI a relação jurídica, no direito público, é essencialmente determinada pelo Estado e a êle se refere, sendo que, no direito privado, a relação é quase sempre determinada pela natureza, situação e, mais especialmente, pela *vontade* dos indivíduos e a êles se refere. O próprio BLUNTSCHLI, porém, nota que tais limites se confundem algumas vezes, pois o Estado, quanto às coisas de que tem a propriedade exclusiva, figura como um particular, ao passo que estão no campo do direito público direitos que dependem da vontade do indivíduo, como o de petição e a liberdade de imprensa; (5)

c) *pela natureza da relação jurídica*. O direito público, segundo JELLINEK, considera relações de *imperium*, isto é, as relações entre sujeitos dotados de *imperium* e as destes com os respectivos súditos. É totalmente independente em face do direito privado, que apenas considera as relações de coordenação entre os indivíduos. O direito privado, por sua vez, só é possível com base no direito público. (6) Pode-se objetar que a formação do direito privado precedeu a do direito público, sem que isso desmereça na excelência do critério adotado pelo grande tratadista;

d) *pelos têrmos da relação jurídica*. GIERKE, conforme assinala TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, (7) procura a difícil distinção na qualidade das pessoas que tomam parte na relação jurídica. Esta será de direito privado se a relação se processa entre pessoas físicas; de direito público, se nelas intervêm o poder público, e, finalmente, de direito social, se são partes pessoas morais e associações. Tal critério, além de tripartido, é inaceitável, porque há inúmeras relações entre pessoas morais que são de direito privado;

e) *pelo sujeito da relação jurídica*. Entre outros poucos, HAURIU e BONNARD (8) entendem que a relação é de direito pú-

(4) ICILIO VANNI, *Lições de Filosofia do Direito*, tr. de O. Paranaguá, ed. Weiss, S. Paulo, 1916, pág. 61.

(5) BLUNTSCHLI, *Le Droit Public*, tr. de Riedmatten, 2.ª ed. Guillaumin, Paris, 1885, pág. 2.

(6) JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, tr. de G. Fardis, ed. Giard & Brière, Paris, 1913, V. II, L. III, c. XIII.

(7) TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, *Princípios Gerais de Direito Público*, ed. Atlas, S. Paulo, 1946, pág. 15.

(8) BONNARD, *Précis de Droit Public*, 5.ª ed., Sirey, Paris, 1939, *Introduction*.

HAURIU, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, 4.ª ed., Sirey, Paris, 1938, *Introduction*.

blico quando o sujeito ativo é o Estado, a Província, a Comuna, etc., ao passo que será de direito privado se o sujeito ativo for o particular, indivíduo ou ente coletivo. Esse critério subjetivo, extrínseco e formal, é evidentemente falso. O particular pode ser sujeito ativo de direitos regidos pelo direito público, como os de sufrágio, os de elegibilidade e os relativos à liberdade, e o Estado sujeito de direitos inteiramente regulados pelo direito privado, como quando pratica atos de gestão; (9)

f) *pelo maior valor da relação jurídica.* Costuma-se dar grande realce ao critério objetivo-subjetivo, chamado teoria da mais-valia, esposada por OTTO MAYER em seu *Deutsches Verwaltungsrecht*". (10) Para esse tratadista, é de direito público a relação jurídica entre sujeitos desiguais, um com maior força jurídica que a vontade dos outros. Isso ocorre quando um dos termos da relação é o Estado ou um corpo de administração própria em que reside o poder público. Tais relações de poder se processam dentro da ordem autoritária. São de direito privado, por outro lado, as relações que se processam entre sujeitos iguais em força jurídica, estando a norma colocada em plano superior, como poder neutro. Neste caso, trata-se de simples negócio jurídico e não de relação de poder. Tal critério objetivo-subjetivo se baseia na distinção entre sujeito de poder e sujeitos de direito, com valores diferentes, estes coordenados entre si e subordinados àquele. Contra esse critério, o da maior-valia, objeta Kelsen, (11) fiel à sua própria teoria, que as relações de direito não são relações entre pessoas, mas relações entre dados de ordem jurídica. É ainda Kelsen que, com grande lucidez, evidencia que as noções de heteronomia (criação da ordem jurídica sem intervenção do obrigado) e autonomia (criação mediante sua manifestação voluntária) não correspondem à linha de demarcação entre direito público e direito privado, mas entre a autocracia e a democracia. Contra o critério que examinamos se pode, ainda, opor a existência de negócios jurídicos obrigatórios por decisão unilateral, bem como a circunstância de que o contrato de direito público ou jurídico-administrativo depende da coincidência das vontades da autoridade e do súdito.

(9) VANNI, *ob. cit.*, pág. 61.

(10) HANS KINGHOFFER, *Direito Público e Direito Privado*, in *Revista Forense*, V. LXXXIX, pág. 396.

(11) Kelsen, *ob. cit.*, págs. 110 e 113.

5. Em função do objeto do direito, ou seja, da coisa, fato, ação ou abstenção devidos ao sujeito da relação jurídica, distinguem-se dois critérios diferentes, um, objetivo e intrínseco, dependendo da natureza da pretensão, outro, subjetivo, decorrente da proporcionalidade da retribuição assegurada ao sujeito da relação jurídica. Examinemos ambos os referidos critérios:

a) *pela natureza da pretensão.* GABBA, em suas *Notes de Diritto Civile*, (12) afirma tratar-se de direito privado quando é patrimonial o objeto da pretensão jurídica, sendo de direito público a pretensão, quando não patrimonial o seu objeto. GROPPALI, embora considere esse critério dotado de certa lógica, impugna-o sob o fundamento de que a convivência conjugal, o pátrio poder (exceto quanto ao usufruto legal), por exemplo, constituem objetos não patrimoniais, embora as relações de família sejam de direito privado, ao passo que em todo o direito tributário, que pertence ao campo do direito público, é patrimonial o objeto da pretensão; (13)

b) *pela igualdade da retribuição.* É RADBRUCH (14) que admitiu pressupor o direito público igualdade relativa, pela retribuição proporcional, ao contrário do direito privado, que pressupõe igualdade absoluta da retribuição entre pessoas equiparadas. Assim, são de direito público aquelas relações jurídicas cujo objeto corresponda a uma retribuição proporcional, como, por exemplo, tributação-capacidade tributária, pena-delito, etc. São de direito privado, por outro lado, as relações jurídicas cujo objeto guarde relação de igualdade e não de proporcionalidade, como, por exemplo, trabalho-salário, dano-reparação, etc. Esse critério parece ter suas raízes no conceito aristotélico de justiça distributiva (relações de supra-ordenação ou de subordinação) e justiça comutativa (relações de coordenação). Os gregos desconheciam a distinção entre direito público e privado, à qual não corresponde a aludida noção aristotélica, de todo insuficiente para delimitar aqueles ramos do direito.

6. Em função do título, vale dizer, do fato positivo que torna legítima a faculdade atribuída ao sujeito da relação jurídica, pode-se, também, procurar a distinção entre direito público e privado. PON-

(12) GROPPALI, *Filosofia do Direito*, tr. de Sousa Costa, ed. Liv. Clássica, Lisboa, 1910, pág. 305.

(13) GROPPALI, *ob. cit.*, pág. 305.

(14) RADBRUCH, *Filosofia del Derecho*, 3.^a ed., e tr. da *Revista de Direito Privado*, Madrid, 1952, pág. 164.

TES DE MIRANDA atribui a RADBRUGH também (15) o critério que faz resultar a difícil discriminação do próprio *fundamento do dever*. Assim, se o dever jurídico se funda no comando de outra pessoa, ou de sua condição se constitui por vontade estranha à do obrigado, trata-se de direito público; se, ao contrário, o dever surge de ato de submissão do próprio obrigado, ou se sua vontade é que constitui o fato condicionante da obrigação, trata-se de direito privado. Esse critério subjetivo é imperfeito e incompleto, pois nos contratos de direito público o título se origina da vontade do obrigado. Além disso, como frisa PONTES DE MIRANDA, a valer a distinção pelo fundamento do dever, nos sistemas em que o alistamento eleitoral e o voto não são obrigatórios, o sufrágio seria matéria de direito privado. O mesmo se pode dizer quanto ao instituto da naturalização.

7. Em função da coatividade específica e potencial, característica da norma jurídica, é possível indicar, quanto à divisão do direito em público e privado, os quatro critérios seguintes:

a) *pelo caráter cogente da norma*. Da distinção entre *jus cogens* e *jus dispositivum* ou *interpretativum* procuram alguns, inclusive VANNI, parcialmente, (16) tirar a distinção entre direito público e privado. Assim, se é imperativo o caráter da norma jurídica, e não meramente supletivo ou interpretativo da vontade individual, tratar-se-á de direito público, e vice-versa. PONTES DE MIRANDA contesta vivamente (17) que no preceito romano "*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*" a expressão "*jus publicum*" tenha o sentido de direito público e afirma, com acerto, que nem todo direito cogente é direito público e que nem todo direito público é cogente. Realmente, o contrato de direito público, por exemplo, não é matéria de direito cogente, ao passo que o são as relações de trabalho em muitos casos;

b) *pela natureza da proteção judiciária*. Pretende THON (18) que o direito é público ou privado conforme a natureza pública ou privada da ação através da qual ele se faz valer. É esse um critério ilógico, pois toma como antecedente o que é consequente. Como nota GROPPALI, ao fazer a crítica dessa teoria, o direito é que especifica a ação e não esta àquele, quando não sejam dois aspectos

(15) PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, V. I, pág. 77.

(16) VANNI, *ob. cit.*, pág. 59.

(17) PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, pág. 78.

(18) *apud* GROPPALI, *ob. cit.*, pág. 304.

incindíveis do mesmo fenômeno fundamental. (19) Se ao direito privado corresponde sempre a ação privada, há casos no direito público em que só se procede mediante ação privada, observa ainda GROPPALI, como nos procedimentos penais que dependem da iniciativa do ofendido ou seu representante e no processo de inscrição eleitoral;

c) *pelas consequências da violação*. Pouco difere do critério atrás enumerado o que vem referido por KORKOUNOV, (20) pelo qual a norma se considera de direito público quando a sua violação dá lugar à intervenção não solicitada da autoridade pública. Ao contrário, se para a sanção é necessária, normalmente, a iniciativa do lesado, a norma desrespeitada é de direito privado, caso em que será possível a reparação econômica. Tal ponto de vista é mais adequado à distinção entre direito penal e direito civil, salvo quanto aos chamados delitos de ação privada e à pena de multa. Sem precisão técnica, o aludido critério, embora marcadamente subjetivo, é bastante superficial;

d) *pelos meios da coação*. Rigorosamente formal é o critério preconizado por DUGUIT. (21) No direito público, que é o direito do Estado, por definição o monopolizador do poder de coação, a sanção só atua por meios indiretos, como o regime de separação de poderes e os contrapesos estabelecidos para seu equilíbrio, pois o Estado, senhor da coação, não pode exercê-la contra si mesmo. O direito privado, que não é o do Estado, se caracteriza pela sanção direta, aplicada pelo poder público. O critério é falho, eis que alcança, apenas, o direito do Estado (constitucional, administrativo) e exclui o direito penal, sempre considerado ramo do direito público e no qual se verifica, normalmente, a sanção direta.

8. Mais numerosos, precisamente oito, são os critérios tomados em função do sistema de fins úteis que integram e justificam a existência do direito, vale dizer, em função do interesse assegurado pela norma jurídica. A *duplicidade* ou *triplicidade* desse interesse, a *mens legis*, a *extensão*, *personalidade*, *intensidade*, *imponibilidade* dos interesses visados, bem como a *natureza e modo de atuação* de tais fins, fornecem os critérios que vamos examinar:

(19) *apud* GROPPALI, *ob. cit.*, pág. 304.

(20) KORKOUNOV, *Cours de Théorie Générale du Droit*, *apud* QUEIROZ LIMA, *ob. cit.*, pág. 333.

(21) DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2.^a ed. Fontemoing, Paris, 1911, págs. 44/45.

a) *pela duplicidade do interesse.* É a mais velha distinção conhecida e vem do direito romano: "*Publicum jus est, quod ad estatum rei romanæ spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim*". (22) O direito público compreende o conjunto de princípios que regem o interesse do Estado e o direito privado contém as regras referentes ao interesse particular.

b) *pelo triplice interesse.* Da observação de IHERING (23) de que as regras jurídicas se destinam a proteger os interesses do indivíduo, da sociedade ou do Estado, se infere não mais a dicotomia do direito, mas que este se divide em três ramos: público, social e privado. O critério, além de não resolver o problema, torna ainda mais fugazes e imprecisos os limites procurados;

c) *pela mens legis.* Pior ainda a solução de COGLIOLO, referida por GROPPALI, (24) aconselhando recorrer à *mens legis*, segundo a intenção do legislador, para saber se a norma visa prover uma necessidade do povo, como organização, ou uma necessidade de cada pessoa singular. Esse critério só alcança o direito positivo e serve, quando muito, para distinguir as chamadas medidas de ordem pública;

d) *pela extensão do interesse.* Para AHRENS (25) o direito público expõe o conjunto de condições sob as quais a comunidade política, ou o Estado, com o concurso de seus membros, pode realizar seus fins comuns, o bem de todos. O direito privado trata das condições sob as quais uma personalidade individual ou coletiva, por sua própria determinação, pode realizar seus fins próprios na sociedade humana. Por esse critério é a amplitude do interesse, abrangendo ou não os fins da comunidade, que dá a marca distintiva do direito público;

e) *pela personalidade do interesse.* QUEIROZ LIMA põe a questão no caráter pessoal ou impessoal do interesse, procurando dar uma base objetiva rigorosa para uma classificação positiva dos dois ramos do direito. Direito público é o conjunto dos princípios jurídicos que asseguram os interesses da coletividade (representada

(22) ULPIANO, *De justitia et jure, Digesto*, Liv. I, t. I, § 2.

(23) IHERING, *A Evolução do Direito*, tr. bras., ed. Liv. Progresso, Bahia, 1950, Cap. VIII, § 140.

(24) GROPPALI, *ob. cit.*, pág. 305.

(25) AHRENS, *Cours de Droit Naturel*, ed. Brokhhaus, Leipzig, 1875, V. I, pág. 279.

pelo Estado em seu aspecto de poder público) e traçam a linha divisória entre esses interesses e os pessoais. (26) Direito privado é o conjunto de preceitos que delimitam os interesses das pessoas (interesses constituídos em sínteses particulares, inclusive a referente ao Estado, no seu caráter especial de pessoa jurídica), protegendo-as umas contra as outras; (27)

f) *pela intensidade do interesse.* De grande valimento prático, nesta fase que atravessamos de constante penetração do direito público no campo do direito privado, o arguto critério adotado por PONTES DE MIRANDA para a sua distinção. (28) Para o eminente jurista é de direito público a norma, ou a instituição, se a intensidade do interesse do Estado é bastante para conferir-lhes aquêle caráter, e êle, o Estado, legisla sobre si mesmo ou sobre a extensão de suas leis, para a sua "publicização" ou constitucionalização; será de direito privado a norma que o Estado formula, se a intensidade de seu interesse não é bastante e êle legisla sobre as pessoas entre si, inclusive o próprio Estado, se figura como pessoa, a semelhança das outras, na relação jurídica;

g) *pela impossibilidade do interesse.* De alcance bem menor e comportando demasiadas exceções é o critério exposto por BURDEAU, (29) segundo o qual o direito público visa direta e imediatamente objetivos de interesses que se impõem imperativamente, donde se constituir de regras criadoras de poderes e deveres, sem nenhuma possibilidade de escolha ou renúncia. Por outro lado, o direito privado, não visando senão indiretamente a realização de uma ordem social determinada, deixa uma certa liberdade às vontades individuais que, procurando a satisfação de seus próprios interesses, podem se utilizar das prerrogativas, renunciar os poderes ou extinguir os deveres compreendidos pela regra;

h) *pela natureza e modo de atuação dos fins.* DEL GIUDICE, MIRAGLIA e ICLIO VANNI (30) procuram encontrar a linha divisória analisando o caráter do fim visado e a maneira pela qual êle se impõe. Trata-se de um critério objetivo e intrínseco, que, a despeito de racional, também está sujeito a reservas e limitações. (31)

(26) QUEIROZ LIMA, *ob. cit.*, pág. 339.

(27) QUEIROZ LIMA, *ob. cit.*, pág. 338.

(28) PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, V. I, págs. 77/78.

(29) BURDEAU, *Manuel de Droit Public*, ed. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1948, pág. 48.

(30) VANNI, *ob. cit.*, págs. 58/59.

(31) VANNI, *ob. cit.*, pág. 59.

Quando o fim garantido é essencialmente público (fins da sociedade organizada em Estado) e sua atuação é obrigatória, sob a direção de um poder superior (autoridade provida de *imperium*), do qual participam necessariamente, em cooperação política, os particulares no exercício de uma determinada função pública — trata-se de direito público. Quando o fim é prevalente e imediatamente privado (fins do particular, agindo só ou associado) e sua atuação é voluntária, dependendo da autonomia e liberdade do particular, indivíduo ou associado — trata-se de direito privado. Ora, é o próprio VANNI que reconhece haver disposições de direito privado, como o direito de família, em que entram considerações de ordem pública cuja intensidade chega a tornar o fim obrigatório, como há, também, institutos de direito público, como o sufrágio, em que a aplicação dos fins é voluntária.

Partindo da tese da identidade entre a ordem estatal e a ordem jurídica, KELSEN é dos mais acirrados opositores da antítese entre direito público e privado. Além de refutar, e com razão, os critérios da maior estimativa (*jus cogens*), das condições do ato coercitivo (ação, sanção) e da forma da vinculação jurídica (contrato) como meios indiretos para a caracterização do interesse público e do privado, alinha KELSEN uma série de objeções à teoria do interesse como base para a impugnada dicotomia. (32) Sua crítica candente pode ser assim sintetizada:

1.º) *Trata-se de ponto de vista metajurídico, inapto para uma sistematização aproveitável, com base no próprio conteúdo do direito.* Procede, em parte, a observação, pois o critério fundado em apenas um dos elementos do direito é insuficiente para distinguir todo o seu conteúdo em ramos distintos. Em função de um único elemento, a divisão resulta, realmente, superficial ou parcial. Mas não se trata de um critério metajurídico. Como assinala ICILIO VANNI, (33) o conteúdo do direito é de caráter essencialmente eudemonológico. O interesse, ou melhor, o sistema de fins úteis atuantes, é inerente à idéia do direito e é o que lhe empresta sentido racional;

2.º) *Tôda a regra jurídica visa interesse público, pois desde o momento em que protege um interesse individual, essa proteção constitui um interesse coletivo.* Como se sabe, KELSEN impugna também a distinção entre direito subjetivo (interesse garantido)

(32) KELSEN, *ob. cit.*, Liv. 1.º, cap. 3.º, n.º 117.

(33) VANNI, *ob. cit.*, pág. 58.

e direito objetivo (garantia do interesse) e esse é o fundamento da objeção. Improcede, pois o direito, realmente, tem aquêles dois aspectos. Se no direito administrativo ou penal o interesse público coincide, quase sempre, com o interesse individual, no direito constitucional ou judiciário nem sempre aparece qualquer direito individual. Há interesses próprios da coletividade, como um todo, e interesse geral não propriamente da coletividade, mas resultado da soma de interesses particulares semelhantes, tão importantes ou numerosos que justificam a garantia jurídica.

9. Não se deve supor que os tratadistas, em geral, os que reconhecem a existência de ramos do direito, se limitem a adotar, isoladamente, qualquer dos vinte e um critérios atrás enumerados, para a distinção entre direito público e privado. Quase todos êles procuram conciliar dois ou mais critérios simples, a fim de ampliar o alcance da distinção. Realmente, se é insolúvel, na teoria e na prática, o problema da distinção entre direito público e privado, como deduz GROPPALI do fato de terem sido a técnica jurídica e a filosofia do direito impotentes para vencer a *veaxata quaestio*, o único caminho será o ecletismo, fundindo vários critérios singulares, parcialmente verdadeiros, para, colhendo a realidade em tôda a complexa contextura, conseguir uma linha de separação entre direito público e privado o mais precisa possível. (34)

Pondo de parte os critérios que se tomam em função do *objeto*, do *título* e da *coatividade*, pois que tais elementos do direito em verdade não diferem muito, quer se trate de direito público quer se trate de direito privado, é provável que se possa pôr em equação o problema, salientando a *natureza* e o *maior valor da relação jurídica*, bem como a *extensão*, *personalidade* e *intensidade do interesse*. Parece ser em tais aspectos, embora parciais, que reside tôda a razão de ser da distinção tão procurada e tão fugidia. Êles podem ser conciliados sem grande dificuldade e se completam de modo a obviar, o mais possível, as deficiências dos critérios particulares que os tomam, respectivamente, por base. A tentativa exige um desenvolvimento cuja amplitude não se comporta no âmbito dêste trabalho. Como simples indicação do que seria o resultado da adoção dêsse critério eclético, assim se poderiam conceituar o direito público e o direito privado:

(34) GROPPALI, *ob. cit.*, pág. 806.

— o direito público compreende as relações entre sujeitos dotados de *imperium* e entre estes e seus súditos (sujeitos desiguais em força jurídica), envolvendo as condições para a realização de fins comuns impessoais, relativos a interesses dotados de certo grau de intensidade;

— o direito privado compreende as relações de coordenação (entre sujeitos dotados da mesma força jurídica), envolvendo as condições para a realização de fins próprios pessoais, individuais ou coletivos, de intensidade insuficiente para a sua publicização.

10. Embora difícil, a distinção é necessária na solução de variados problemas de incidência e intensidade de atuação da norma jurídica. Os gregos a ignoraram, mas os romanos, os grandes construtores do edifício jurídico, não tardaram em distinguir os dois aspectos do direito. Os povos germanos não os compreenderam. Por sua influência, como reconhecem os doutos, na Idade Média várias confusões se estabeleceram como, por exemplo, entre soberania territorial e propriedade privada ou na posse de imóveis acarretando jurisdição. Nota-se, ainda, essa “privatização” do direito público no considerar a função pública como bem de família ou no dever nobre de portar armas. A Idade Moderna, porém, assiste a restauração dos dois campos distintos do direito e, recentemente, o fenómeno inverso, da penetração crescente do direito público nos institutos de direito privado. A “publicização” deste, tendência que os privatistas procuram coarctar, é cada vez mais intensa, notadamente no que diz respeito à instituição da propriedade e outras, de relevância social. Não quer isso dizer, todavia, que tenda a desaparecer o direito privado. Pelo contrário. Este se expande constantemente, mais flexível e livre, atendendo à complexidade crescente do cada vez mais intenso intercâmbio de variados e novos interesses particulares. O direito público, porém, mais nobre e mais enérgico, mais e mais social e universal, se impõe como o futuro direito do mundo, seguindo a evolução da ordem internacional para o Super-Estado que se avizinha.

O DIREITO DE CONSTRUIR E OS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS

GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO

Procurador Geral da P.D.F.

Ponto cardeal e de partida, para este estudo, é o princípio que define a propriedade como o direito de gozar e dispor da coisa de modo amplo — *desde que dela não se faça o uso vedado pelas leis e regulamentos.*

A origem e a legitimação da propriedade foram, em todos os tempos, matéria de controvérsia; as escolas socialistas, todavia, trouxeram à ordem do dia uma revisão básica do conceito.

A princípio, o direito de propriedade, com caráter exclusivo e ilimitado, traduzia uma relação direta e imediata entre a pessoa e a coisa, *erga omnes*. Encerrava o conceito primitivo dois elementos: relação entre o sujeito e a coisa, permitindo a utilidade e a obrigação, de conteúdo negativo, por parte de terceiros, de não perturbar aquela situação, cuja consequência é a exclusividade.

Envolvendo a propriedade a plenitude do direito sobre a coisa, e sendo como tal ilimitada, tôdas as restrições a se lhe opor pareceriam em contradição com essa idéia fundamental. A conclusão seria absurda — a plenitude da propriedade não impedindo uma limitação, que se faz em favor da coletividade, com origem ainda nos tempos de Roma. O *abusus* primitivo já não mais indicava um aproveitamento sem peias; o exercício do domínio começava a subordinar-se ao bem público. Sem embargo, o influxo dos princípios individualistas dominantes no final do século XVIII forçou a considerar-se o direito de propriedade como sagrado para seus titulares. O exagêro voltou a plasmar, como nos primórdios do direito romano, os três elementos constitutivos. A propriedade podia ser usada de modo absoluto, gozada de maneira exclusiva e mesmo disposta de forma abusiva. Essas normas, prescritas pela Declaração de Di-