

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL\***

**CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA**

**CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS**

**ILTON GARCIA DA COSTA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-035-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---



## XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

### DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL\*

---

#### **Apresentação**

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra *Direito Civil Constitucional*, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro *Temas de Direito Civil*, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um *modus interpretandi* que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

# **A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO: UMA PROPOSTA COERENTE COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL**

## **THE OVERCOMING DICHOTOMY PUBLIC LAW AND PRIVATE LAW: A PROPOSAL CONSISTENT WITH THE CONSTITUTIONAL CIVIL LAW**

**Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel**

### **Resumo**

Desde há muito, o direito é separado em dois grandes ramos: Direito Público e Direito Privado. A dicotomia, em tese, foi criada para fins didáticos, tendo como objeto, principalmente, princípios e regras inerentes a cada um de seus campos e só a eles, facilitando uma sistematização do estudo. Mas na realidade de hoje, quase todos, se não todos os princípios e regras ditados para os particulares, têm relevo geral e refletem os próprios efeitos para além da esfera individual, incidindo sobre a saúde, sobre o meio ambiente, sobre as condições de trabalho, sobre a segurança do consumo, sobre a habitação, etc. Ou seja, sobre a sociedade em geral. Dessa forma, apresenta-se passível de críticas a afirmação de que, simplesmente, o direito se divide em dois grandes grupos estanques e que abarcam todas as relações jurídicas possíveis na atualidade. Tal constatação evidencia-se com mais razão quando se aborda o contexto do surgimento e justificação da dicotomia, bem como a sua modificação durante o tempo, além da verificação de que, precisamente, não se tem a concepção precisa do que é (do) Direito Público e do que é (do) Direito Privado. Diante da tutela constitucional do Estado aos direitos fundamentais, sociais e à própria dignidade da pessoa humana, a separação em dois grandes ramos, através de vias paralelas, tem se mostrado uma construção teórica bastante distante da realidade ao qual deveria ser aplicada.

**Palavras-chave:** Dicotomia, Direito público, Direito privado

### **Abstract/Resumen/Résumé**

Long, the right is separated into two parts: Public Law and Private Law. The dichotomy, in theory, was created for educational purposes, with the object mainly principles and rules inherent in each of their fields and only to them, facilitating a systematic study. But in today's reality, almost all, if not all the principles and rules dictated to individuals, are of general relief and reflect their own purposes beyond the individual sphere, focusing on health, on the environment, on working conditions on the safety of consumption on housing, etc. On society in general. This finding shows with more reason when discussing the emergence of context and justification of the dichotomy, and their modification over time, in addition to ensuring that, precisely, do not have the precise design that is (of the) law public and what is (of the) private law. Given the constitutional protection of the State of fundamental rights,

social and dignity of the human person, the separation into two branches, through parallel pathways, has shown considerable distances to a theoretical construction of reality which should be applied.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Dichotomy, Public law, Private law.

## INTRODUÇÃO

Diante do surgimento da pós-modernidade, especialmente com a descrença do poder absoluto da razão, “vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente de pós-tudo: pós-marxista, pós-kelsiana, pós-freudiana”. O Direito, como um todo, não fica imune, sofrendo interferências em suas interpretações, mesmo porque “toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”. (BARROSO, 2006, p. 2-3).

As certezas ficaram no século passado e, hoje, no contexto de pós-modernidade, há várias transições de paradigmas, mesmo porque assim também o fenômeno da globalização exige. Dentro de novas concepções, a mudança na capitulação da distinção entre Direito Público e Direito Privado, sendo evidência imposta pela realidade jurídica, reflete consequências importantes, especialmente para a forma como a autonomia privada é concebida (PRATA, 1982, p. 49-52) e como os direitos fundamentais aplicam-se nas relações entre particulares.

Assim, tem-se colocado em discussão acadêmica uma possível superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, apesar de, nas faculdades de direito, a separação continuar como um dos fundamentos da disciplina de introdução ao estudo do Direito. De forma preliminar, admite-se que, dentro dos influxos entre Direito Constitucional e Direito Civil, especialmente, não há mais como conceber uma nítida separação entre dois grandes ramos do direito, com princípios próprios de cada um.

Para que o resultado pretendido seja alcançado, através de pesquisa bibliográfica que instrumentalize uma reflexão teórica do tema apresentado, propõe-se uma breve análise histórica sobre tal dicotomia, a sua delimitação entre alguns estudiosos da matéria e a análise da questão sobre a superação de tal divisão. Por fim, apresentam-se breves considerações conclusivas sem, no entanto, ter por objetivo o esgotamento do tema, tendo em vista que sua discussão, fisicamente, atingiria o volume de uma tese passível, ainda assim, de complementação, tendo em vista sua importância e universalidade.

## 1. BREVE HISTÓRICO DA DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Em que pese o estudo se fixar na compreensão da dicotomia enraizada com o Estado Liberal, seu surgimento se deu antes. Há quem sustente que Ulpiano já a anunciava: “Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privatum”, ou seja, direito público seria o que diz respeito ao estado romano e direito privado, o que se refere aos interesses dos indivíduos: na verdade, algumas coisas são úteis publicamente, outras privadamente. Apesar de controversa a afirmação do surgimento com Ulpiano<sup>1</sup>, o certo é que a dicotomia aparece no Digesto<sup>2</sup>. (LEMKE, 2011, p. 6).

O que se evidencia é que tal separação do ordenamento jurídico em dois grandes ramos, Direito Público e Direito Privado, já havia menção no Direito Antigo, sendo, inclusive, atribuída tal divisão aos romanos, que a efetivavam, entre tantos critérios, especialmente o da fonte e mediante a utilidade pública ou particular da relação.

O principal objetivo de se efetuar tal separação encontra-se, conforme se evidencia do próprio estudo de sua origem, em síntese, na finalidade didática no ensino do direito, com a menção de princípios e regras que se aplicam somente a um ramo ou a outro. Onde não havia tal separação, vê-se a identificação, por alguns estudiosos, de certa “confusão” estabelecida<sup>3</sup>.

De fato, não há que se negar que separar o Direito em público e privado já teve sua função organizacional, bem como uma grande relevância para o estudo do Direito. Nos dizeres de Miguel Reale (1996, p. 335), “toda ciência, para ser bem estudada, precisa ser dividida, ter suas partes claramente discriminadas”. Não haveria que se questionar a questão didática, hoje, se fosse possível, de fato, dividir a “ciência” do direito em dois grande grupos, como se fazia com certa facilidade há um tempo.

---

<sup>1</sup> “Há romanistas, como BONFANTE, para os quais esse texto não é do citado jurista, mas interpolação dos glosadores”.(LEMKE, 2011, p. 6).

<sup>2</sup> “Através de duas comentadíssimas passagens do *Corpus iuris [Institutiones, I,1,4; Digesto, I, I, I, 2]*, que definem com idênticas palavras respectivamente o o direito público e o direito privado – o primeiro *quod ad statum rei romanae spectat*, o segundo: *quod ad singulorum utilitatem* - , a dupla de termos público/privado fez seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente (BOBBIO, 2007, p. 13).

<sup>3</sup> Conforme expõe Lemke (2011, p. 6), “No direito germânico, esta divisão era desconhecida, o que provocou, durante a Idade Média, uma confusão entre normas de direito público e de direito privado (GONÇALVES, 1955, v. 1, t. 1, p. 80), motivada pelo ‘total embaralhamento de instituições e conceitos’ (FARIA, 1977, v. 28, p. 42)”.

Analisando a questão a partir da Revolução Francesa, verifica-se que, nesta época, foi muito forte o desenvolvimento dicotômico entre esses dois ramos, a ponto de ser considerado que um ramo nada tinha em comum com o outro, a não ser a pseudo-supremacia do Público sobre o Privado. (ÁVILA, 1992, p. 12). Isso aconteceu porque a Revolução Francesa trouxe um novo panorama: o Direito Privado era considerado o centro do sistema jurídico. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, marcou o Estado Liberal com a expressa proteção aos direitos individuais: o homem é sujeito livre e igual e, nas suas relações privadas, age sem intervenção estatal<sup>4</sup>. Efetivamente, nesse momento é bem nítida a separação do Direito Público e do Direito Privado.

Enfatizando o recorte em dois níveis rigorosamente distintos na época do liberalismo, Prata (1982, p. 28) explica que a sociedade era decomposta em sociedade civil, que consistia no conjunto dos indivíduos, sujeitos privados, e Estado, surgindo, através dessa dicotomia, as premissas para uma correspondente decomposição do direito: o Direito Privado regulava a sociedade civil e o Direito Público, o Estado.

Mas em razão da nova classe burguesa dominar os centros de produção do direito, iniciou-se uma estadualização do Direito Privado e a igualização dos sujeitos é imposta pela própria lei. O que se verificou, então, em um primeiro momento, foi um abandono da diversidade das fontes como critério diferenciador dos âmbitos do Direito Público e Privado. Outros critérios, a partir daí, foram buscados para tentar justificar a distinção, então, de público e privado<sup>5</sup>.

Porém, o que se evidencia é que, desse ponto, começa-se a verificar constantes influxos entre Direito Público e Direito Privado, de forma que, a diferenciação, até aí útil e passível de definição, começa a apresentar sinais de franco declínio.

---

<sup>4</sup>Prata (1982, p. 27), explicando a nítida separação no Estado Liberal do público e do privado, ilustra: “Segundo Adam Smith, o assegurar da liberdade individual garante a racionalização do processo produtivo e distributivo dos bens e da satisfação das necessidades: o empresário livre, que corre o risco da sua actividade por sua conta exclusiva, organizará da melhor forma a produção, com base na sua própria experiência e nos seus próprios problemas, pois o interesse em que a empresa funcione em condições ótimas é o seu interesse exclusivo e ninguém melhor que ele é juiz das condições da sua prossecução; o consumidor, por seu lado, é o melhor juiz das suas próprias necessidades, pelo que a procura livre no mercado é o melhor orientador da produção, e, simultaneamente, das condições da oferta, pois, num mercado fluido, cada produtor tem de lutar para colocar os seus produtos a preço sempre mais baixo e com uma qualidade cada vez maior, sem o que a sua produção não será comprada”.

<sup>5</sup> O contrato, como forma de aquisição da propriedade pelo direito francês, não havia que se falar em publicização do contrato: “no reino jurídico da vontade privada – autonomia privada – operava o contrato: este era do domínio exclusivo do direito privado”. (PRATA, 1982, p. 31).

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial e a massificação social, direitos trabalhistas, de consumo, ambientais, entre outros sociais, como moradia, saúde, educação apresentaram-se como uma realidade que não resguarda, somente, direitos individuais, mais pela abrangência que se apresentam e repercutem. A busca de proteção e efetivação dos direitos difusos e transindividuais tomam parte substancial da demanda de ações judiciais.

Verifica-se, assim, que há uma crescente publicização do Direito Privado e uma privatização do Direito Público. Com o dirigismo contratual<sup>6</sup>, vê-se, de forma bastante nítida, a interferência do poder estatal em áreas que, anteriormente, eram restritas às relações entre particulares, especialmente para a proteção de partes vulneráveis no contrato. Por outro lado, exemplo de tal afirmação também é o crescente ingresso de empresas na atividade pública, notoriamente pelas Parcerias Público-Privadas, trazendo à esfera pública institutos clássicos da área privada.

Mesmo a questão da constitucionalização do Direito Civil, exige que a questão da separação entre Direito Público e Privado seja repensada. Tradicionalmente, firmou-se o entendimento do que Judith Martins-Costa chama de modelo de incomunicabilidade<sup>7</sup> entre a Constituição e o Código Civil: os dois traçam caminhos paralelos, somente se tocando no aspecto formal, por força da hierarquia da Constituição. (COSTA, 2006, p. 67).

## **2. MAS O QUE É (DO) DIREITO PÚBLICO E (DO) DIREITO PRIVADO?**

Antes da classificação em si, é necessário se fazer o questionamento se, no estado atual do direito, haveria ou não tal separação contornos bem delineados e, ainda que tivesse, qual seria a sua utilidade. Se não há uma nítida separação, uma alocação de

---

<sup>6</sup> Levando-se em consideração que o contrato individualista não mais atendia aos anseios da sociedade, foi preciso adaptá-lo para que a vontade de determinados setores sociais vulneráveis fosse, no mínimo, considerada. Houve questionamentos sobre o discurso individualista, deixando-se de abordar o negócio jurídico apenas como meio de declaração da liberdade. Passa-se a falar em um instrumento de realização de interesses privados, em que “a sua característica diferenciadora deixa de ser a liberdade do sujeito, passa a ser a função que desempenha, a sua aptidão a produzir dados efeitos”. (PRATA, 1982, p. 23). Houve, assim, uma alteração no sentido de uma “funcionalização do negócio”, uma socialização do contrato, como reação ao voluntarismo estruturalista oitocentista. Com isso, surge a intervenção do Estado no contrato mediante o dirigismo contratual. Normas outrora limitadas à regulamentação dos direitos dentro da esfera privada sofrem limitações de ordem pública, para que a vontade do hipossuficiente seja considerada.

<sup>7</sup> Aliás, tal incomunicabilidade foi uma resposta à problemática da superação da dicotomia pelo critério identificador das fontes do Direito, conforme já mencionado. Com isso, justifica-se a dicotomia com base na oposição de Estado e sociedade civil: “a dicotomia importará numa assimilação: livre é a pessoa proprietária, o “sujeito proprietário”: a liberdade será assimilada à propriedade” (COSTA, 2006, p. 67)

todos os ramos em um ou outro lado, a utilidade é sobremaneira diminuída, não se podendo resolver algum problema. Não se nega que tal dicotomia pode já ter sido útil, conforme já ressaltado, porém em outra época, diante de outro contexto. Para Ferraz Junior (2003, p. 130), a dicotomia existente entre público e privado<sup>8</sup> traria pontos de orientação e organização coerentes da matéria “que envolvem, por isso mesmo, disputas permanentes, suscitando teorias dogmáticas diversas, cujo intuito é conseguir o domínio mais abrangente e coerente possível dos problemas”. De fato, segundo o autor, a dicotomia permitiria uma sistematização, no sentido dogmático, ou seja, “do direito analiticamente concebido como conjunto de normas. Trata-se, para usar uma terminologia de Kelsen, de uma sistematização estática”<sup>9</sup>. Com tal sistematização, segundo Ferraz Júnior (2003, p. 135), haveria estabelecimento de “princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo”.

No entanto, pretende-se demonstrar que nem mesmo para essa sistematização estática, a dicotomia tem funcionado, atualmente, já que se mostra em franca superação.

Quanto à distinção em si, especialmente tendo em vista que, conforme mencionado, com a Revolução Francesa o critério das fontes foi superado, segundo Reale (1996, p.335-336), o Direito Público “diria respeito às coisas do Estado (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*)”, enquanto que o Direito Privado “seria pertinente ao interesse de cada um (*privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*)”. Completando a divisão já apontada no direito romano, tendo em vista que hoje não são mantidas as mesmas bases ideológicas, Reale (1996, p. 336) ressalta que duas são as maneiras complementares de se fazer tal distinção: uma atendendo ao conteúdo e outra à base no elemento formal. Na primeira classificação, quando se visa imediata e prevalentemente o interesse geral, o Direito é público; quando imediato e prevalente o interesse particular, o Direito é privado. Na segunda maneira de se classificar, se a relação travada for de coordenação, trata-se, geralmente, de relação privada; se a relação é de subordinação, trata-se, geralmente, de Direito Público. Para o

---

<sup>8</sup>E também a existente entre direito objetivo e subjetivo que não se aborda no presente trabalho porque, apesar de importante, envolveria um estudo mais aprofundado, não passível de elaboração diante da discussão ora travada.

<sup>9</sup>Para Ferraz Júnior (2003, p. 131), sistema estático seria “uma organização das normas que leva em conta sua estrutura ou a matéria normada (relação autoridade/sujeito, a *facti species* e a consequência jurídica, as relações que se formam entre os sujeitos). O caráter estático do sistema significa que se prescinde do processo contínuo de formação, atuação e desaparecimento das normas, o qual caracteriza uma dinâmica. O sistema estático concebe o conjunto normativo como um dado, abstração feita de seu câmbio permanente. Não se indaga, por isso, da emissão de normas, sua revogação e da emissão de novas normas: o quadro é estático.”

Direito Público, tem-se a Constituição. Para o Direito Privado, tem-se como Constituição das relações privadas, o Código Civil. Entendendo que a diferença entre o Direito Público e Privado funda-se no prisma da igualdade e desigualdade, Sarmento (2005, p. 31) explica que, quando há polos de autoridade e subordinação, está-se diante do Direito Público, que cuida da relação entre Estado e cidadão. Na relação de Direito Privado, impera a paridade e coordenação, numa posição de igualdade.

Para Ross (2000, p. 241), a diferença entre Direito Público e Direito Privado encontra-se na posição jurídica das autoridades públicas: “O direito público, portanto, consiste exclusivamente em normas da competência e em normas de conduta ligadas às mesmas, isto é, relativas ao exercício da competência”.

No que pertine à efetiva diferenciação entre um e outro, Bobbio (2007), entende que os dois termos de uma dicotomia podem ser determinados com a definição de apenas um deles, tendo a outra definição negativa: assim o seria com a definição do que é público e privado. Toma-se o termo mais forte, no caso, o público, e define-se o privado como o “não-público”. A esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa. Para ele, a dicotomia público/privado tem várias significações: sociedades de iguais, no privado e sociedade de desiguais, no público (coordenação e subordinação); lei, como expressão mais alta do poder soberano, portanto público, e contrato, como a forma típica que os particulares regulam suas relações entre si, no privado; justiça comutativa, implicando trocas, o que ocorre na esfera privada e justiça distributiva, em que a autoridade pública distribui honras ou obrigações, no âmbito público<sup>10</sup>.

Para Ferraz Junior (2003), a diferença entre o campo do direito dos governantes e o dos indivíduos governados guarda íntima relação com a divisão entre Direito Público e Privado. O Direito Público é o direito da Administração Pública e o Direito Privado é o direito dos indivíduos frente às imposições estatais. O autor reconhece que a distinção entre um e outro é tarefa difícil de se realizar, mas que, no Direito Público o princípio supremo é o da soberania e no Direito Privado, é a autonomia privada. Alguns associam a divisão com a história da sociedade e sua ordem jurídica, como Radbruch (1979, p. 258): nada caracterizaria melhor uma determinada ordem jurídica “do que a relação em que dentro dela são colocados, um em face do outro, o direito público e o

---

<sup>10</sup>Quando faz esse estudo, Bobbio (2007, p. 26-27) já trata de considerar, desde logo, a existência de dois processos paralelos sobre a dicotomia, que efetivamente devem ser considerados: a publicização do privado e a privatização do público.

privado e o modo como aí são distribuídas entre estes dois domínios as diversas relações jurídicas”.

Para fins da compreensão da superação da dicotomia, e exemplificadamente, adota-se, assim, em princípio, a distinção efetuada por Reale para o entendimento do que seria, em tese, o ramo do direito público e o que seria o ramo do Direito Privado: quanto à natureza dos interesses em questão e também quanto ao titular do direito. Se for prevalecente o interesse geral, ou público, a relação é de Direito Público; se for prevalecente o interesse particular, é de Direito Privado. Além disso, e nos termos apresentados, se a Administração Pública é titular do direito questionado, a relação é pública; caso contrário, é privada.

### **3. UMA DICOTOMIA (IM)PRECISA E (DES)NECESSÁRIA: BUSCA DE UM EFEITO DE UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

“Não faltam autores que patrocinam o abandono da distinção entre Direito Público e Direito Privado, por estimá-la caduca e superada”, anota Vale. (2004, p. 92). Citando Arce y Flórez-Valdes, enfatiza que a distinção parece ter entrado nos últimos anos no “reino da confusão”. De fato, a separação tem se mostrado cada vez mais confusa. Como enfatiza Engelmann (2010, p. 298), o direito é organismo vivo, contemporâneo à realidade e caracterizado como um dinamismo, e “A separação dicotômica esqueceu esta dinamicidade do Direito, provocada pela própria inquietude humana que se produz no organismo social onde as pessoas vivem e convivem”.

No que se refere aos critérios supramencionados para se estabelecer a dicotomia, convém esclarecer que não deixam de ser critérios falhos. Caso a divisão ainda fosse totalmente aplicável nos dias de hoje, o discernimento sobre qual classificação cada caso teria, seria extremamente complexo e sem limitação, gerando, conseqüentemente, indeterminação. Distinguir a relação jurídica a partir do interesse predominante é desconsiderar que diversos interesses particulares são resguardados na própria Constituição Federal – o Código do Direito Público – como o direito à indenização por violação da honra e imagem (art. 5º, X), o direito à herança (art. 5º, XXX, XXXI), proteção da família e do casamento (arts. 226 e 227).

Por outro lado, quanto ao critério da relação de coordenação e subordinação, também não merece prosperar como argumento classificatório porque, nas situações concretas, mesmo entre particulares, dificilmente as duas partes estarão em pé de

igualdade. A existência do poder social<sup>11</sup> é evidente no contexto atual. No âmbito do poder público, não é diferente, porque, no Estado Democrático de Direito, tem-se o desvio do foco da autoridade ao cidadão, deixando de ter sentido a relação de desigualdade e superioridade.

No que pertine à forma da relação jurídica, também é falha a distinção porque muitas normas de Direito Privado possuem caráter imperativo, como a norma prevista no artigo 421<sup>12</sup> do Código Civil, sobre a função social do contrato, ao passo que normas de ordem pública, por vezes, deixam espaço para a autonomia privada, como o próprio direito à imagem e sua cessão.

O fato é que a divisão, geralmente, já vem acompanhada de críticas: ou quanto aos limites de sua definição, ou quanto à sua simplificação do Direito<sup>13</sup>, ou quanto à verdadeira utilidade de suas consequências<sup>14</sup>. Especialmente depois do surgimento do Estado Social de Direito<sup>15</sup> e do Estado Democrático de Direito.

Kelsen (1984) nem mesmo reconhecia a dicotomia, porque para ele, Direito Privado não seria Direito. O autor entende por Direito somente o Direito estatal, não concebendo esfera do direito que não esteja regulada pelo Estado e que possa ser chamada de privada. Se é regulado pelo Estado, é público. Para ele, entender um direito como privado seria entendê-lo como um não-Direito. Também faz uma importante crítica à teoria que aceita a divisão entre Direito Público e Privado, quando afirma que nos dois direitos está presente a vontade estatal, que ele chama de dominação política.

---

<sup>11</sup> Os chamados poderes econômicos-sociais privados, em alguns casos, violam de forma mais enfática os direitos fundamentais do que o próprio Estado. (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 314). *“Basta com mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos”* (BILBAO UBILLOS, 2010, p. 264). Qualquer relação jurídica existente entre essas “dominações de poder econômico” e o particular, mesmo que, aparentemente, esteja fundada na autonomia privada, “é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares” (SILVA, 2011, p. 53).

<sup>12</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (BRASIL, 2002).

<sup>13</sup> Tal crítica diz respeito à simplificação da matéria visualizada em manuais, livros simplificados de direito ou apostilas de cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas. O direito é um fenômeno complexo demais para ser “esquemático” em classificações simples e absolutas.

<sup>14</sup> Ferraz Junior (2003, p. 144) é um dos autores que vislumbra utilidade na distinção, apesar de reconhecer uma dificuldade de rigor: “Não obstante as dificuldades, a distinção entre direito público e privado subsiste como instrumento tópico de sistematização, bem como as classificações de seus ramos. Pelos efeitos jurídicos, sua operacionalidade não pode ser desprezada. Dizer se uma norma (e a situação normada) é pública ou privada é importante para determinar os efeitos apropriados e quais os princípios que os regem sistematicamente”.

<sup>15</sup> Da proteção ao patrimônio, no Estado Liberal, passa-se à proteção à pessoa no Estado Social. O Estado deixa de ter uma conduta abstencionista e passa a assumir o papel de interventor.

Outros autores, apesar de reconhecerem que já existiu e teve utilidade, asseveram que hoje está superada, especialmente porque “a separação entre público e privado transformou-se em uma relação de interdependência e intercambiabilidade no Estado Social de Direito”. (SOMBRA, 2011, p. 26). Radbruch (1995), filósofo do Direito de orientação neokantiana (BOBBIO, 2007), é um deles. Para ele, o Direito se torna cada vez mais uma combinação de normas públicas e privadas, dentro de uma ordem jurídica de caráter social, onde Direito Público e Direito Privado não se encontram um ao lado do outro, separados por uma rigorosa fronteira: “Pelo contrário, tendem a confundir-se e a invadir-se reciprocamente. É, sobretudo, nos novos domínios do direito do trabalho e do direito econômico que esta confusão e recíproca invasão melhor se deixam notar”. Pietro Perlinghieri (2008, p. 143-144), entendendo que a distinção entre Direito Público e Direito Privado reside na distinção entre os sujeitos envolvidos ou na natureza pública ou privada do interesse, enfatiza que, se em uma sociedade, com clara distinção entre a autoridade do Estado e a liberdade do indivíduo, é possível distinguir o interesse público do privado, “numa sociedade como a atual torna-se árdua, se não impossível, individuar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público”. No mesmo sentido, segundo Prata (1982), a nitidez caracterizadora da distinção entre Direito Privado e direito público tende a ser cada vez mais atenuada, especialmente em consequência da crescente publicização do Direito regulador das relações privadas e de uma certa privatização das normas aplicáveis às atividades estatais<sup>16</sup>.

Como foi dito, as razões de se afirmar a superação da dicotomia, surgem de vários ângulos. No âmbito do dogmatismo jurídico, se uma classificação não é suficiente para abarcar todas as espécies classificáveis, já há uma evidência em sua inutilidade – ou não manutenção. Mesmo quem entende que não está superada a dicotomia, não consegue alocar determinados ramos do direito nem em Público e nem em Privado, como por exemplo o Direito do Trabalho, Direito do Consumidor, Direito da Criança e Adolescente e o Direito de Informática. Ao lado de tais atividades acadêmicas, vê-se, ainda, os direitos difusos, como realidade da sociedade massificada e os novos direitos.

---

<sup>16</sup>Especialmente no que concerne ao Direito Civil, Sarlet (2014) também menciona o Direito Privado na Constituição e a Constituição no direito privado. O autor explica que o direito privado recebe, com destaque, a interpretação das normas de direito privado e das relações entre particulares, conforme a Constituição. Por outro lado, na Constituição são inseridos institutos de direito privado, como o direito à indenização por violação à honra, direito à herança, direito de propriedade em termos gerais, envolvendo a propriedade intelectual e industrial, etc.

No que Bobbio (2007, p. 13) propõe neste sentido, fica evidente que a dicotomia do direito público e privado está totalmente superada<sup>17</sup>. Para ele, só se pode falar em uma grande dicotomia quando tal distinção pode demonstrar a capacidade:

a) de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode ser contemporaneamente compreendido na segunda; b) de estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total, enquanto todos os entes aos quais atualmente e potencialmente a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias.

Nestes termos propostos por Bobbio, portanto, fica evidente que nem todas as atividades acadêmicas do direito estão abarcadas por uma ou por outra esfera do universo da referida dicotomia, como os direitos sociais. Neste caso, o não cumprimento do requisito “a”, já demonstrado acima, de pronto corrobora a inviabilidade de sustentação da dicotomia.

No caso do requisito “b”, não é diferente: a divisão, além de não ser total não aloca as normas sociais existentes no Direito Civil, entre outras normas garantidoras de direitos fundamentais. O mesmo pode se afirmar quanto aos interesses e direitos metaindividuais e coletivos, que, nos dizeres de Perlingieri (2008), estão em categoria intermediária. Ilustrando, o autor menciona que, atualmente, existem associações privadas que tutelam interesses coletivos ou de qualquer forma dizem respeito a um número indeterminado de indivíduos, como os interesses difusos. Por outras vezes, o Estado mesmo se sujeita às idênticas regras impostas aos particulares, não somente na atividade econômica, mas também no exercício de funções que são manifestações do poder público. Haveria uma total falta de precisão na divisão. Em certa época, até houve plausibilidade na defesa de que a divisão entre interesses públicos e privados era suficiente para expressar todos os direitos da coletividade, mas hoje, diante de tantos “novos direitos”, tal classificação é insuficiente para abranger todos os interesses postos em jogo pelo Estado Democrático de Direito.

Também a justificada importância de outrora na dicotomia assenta-se ultrapassada. A divisão tinha como finalidade, principalmente, verificar-se princípios e regras inerentes a cada um de seus campos e só a eles, facilitando uma sistematização

---

<sup>17</sup>Apesar do autor não sustentar, expressamente, a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

do estudo. Mas isso não ocorre mais, porque quase todos, se não todos, os princípios e regras ditados para os particulares, têm relevo geral e refletem os próprios efeitos para além da esfera individual, incidindo sobre a saúde, sobre o meio ambiente, sobre as condições de trabalho, sobre a segurança do consumo, sobre a habitação, etc. (PERLINGIERI, 2008).

Apesar da sua contribuição sobre o que seria o Direito Público, deixando uma classificação residual ao Direito Privado, Ross (2000, p. 245) também acredita na insustentabilidade da diferenciação:

Se, com o intuito de conferir coerência aos conceitos, optarmos por tomar os dois termos em seus significados admissíveis, isto é, direito público como direito que se refere ao status das autoridades públicas e direito privado como direito que pode ser assegurado por processos civis entre pessoas particulares, enfrentaremos, então a dificuldade de que os termos privado e público sugerem uma divisão exaustiva que inexistente. Se conservarmos a terminologia – e é difícil não fazê-lo, temos que frisar que os dois termos não implicam uma divisão fundamental em duas partes da totalidade do material do direito. Em consonância com isso, todas as tentativas levadas a cabo até o presente para definir a distinção entre direito público e direito privado como uma divisão fundamental, tem se mostrado insustentáveis.

Outra vertente que contribuiu para a relativização dessa divisão foi o acolhimento da ideia de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental da sociedade – não apenas do Estado. Nessa linha, a Constituição acaba legitimando o Direito Civil, na medida que ela mesma contém condições para se efetivarem importantes institutos jurídico-privados, protegendo-os de uma supressão ou de um esvaziamento por parte do legislador. Vale (2004, p. 96) explica que, “dessa forma, oferece um asseguramento dos fundamentos do Direito Privado que este, por si mesmo, não poderia produzir”.

As extensas consequências da intervenção estatal que ocorrem nos contratos, traduzidas na aplicação de critérios de interesse e ordem pública, ou na atuação de interesses de natureza social, mostram, também, com evidência, a ultrapassada importância da dicotomia na realidade jurídica atual. Diante dos contratos de adesão, tem-se, por exemplo, a intervenção estatal vedando determinadas cláusulas que poderiam estar no âmbito da autonomia privada. O objetivo da vedação é a proteção da parte mais fraca, mostrando o interesse de natureza social prevalecente<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Como exemplo, tem-se o artigo 424, do Código Civil de 2002: Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Ressalte-se que é importante à análise da eficácia de direitos fundamentais na esfera privada<sup>19</sup> o reconhecimento da superação de tal dicotomia, porque a própria constitucionalização do Direito Civil, como ressaltado por Vale (2004, p. 72), “(...) trabalha com influxos recíprocos entre público e privado, assim como entre direito constitucional e direito privado”. Continua o autor: “hoje não se pode falar em esferas estanques e bem delimitadas, mas em simbiose entre o público e o privado”.

Schwabe (2012) entende que a separação do direito público do privado, especialmente para verificação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, é inaceitável. Analisando a dicotomia, o autor ressalta a independência lógico-normativa dos imperativos em relação a quem tenha a iniciativa de executá-los, no caso de desobediência. Tais imperativos são chamados de normas primárias, que prescrevem condutas exteriores às partes jurídicas, enquanto as normas secundárias dispõem sobre a consequência de se desrespeitarem as normas primárias, ou seja, se é atribuída ao Estado-administração, ao Estado-juiz ou a um particular a competência e a iniciativa para se executar alguma sanção. O livre fazer ou não-fazer está, então, na norma primária e, então, é aí que deve ser examinado e medido se o direito fundamental à liberdade foi ou não ofendido mediante a restrição da liberdade feita pelo imperativo jurídico. E se não é possível dividir as normas primárias em normas primárias de direito público e normas primárias de Direito Privado, descaberia uma diferenciação entre uma vigência plena do direito fundamental no Direito Público e uma vigência problemática no Direito Privado. Assim, no que concerne à limitação entre o público e o privado, especialmente no que pertine às normas primárias, o autor entende que todas as teorias para justificação fracassam, como a do interesse jurídico e a da sujeição, da mesma forma que relação de iguais e relação de subordinados, porque nos imperativos dirigidos contra os particulares, o Estado continua sendo o único e exclusivo sujeito subordinador: é somente em face dele o dever de obedecer à norma. Apenas no que diz

---

<sup>19</sup> O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma realidade que o Estado Constitucional exige. Não há como desconsiderar que a relação entre particulares, na atualidade, por vezes necessita muito mais da aplicação dos direitos fundamentais que a própria relação entre indivíduo e Estado. “Em consonância com o Estado Constitucional e o conteúdo normativo da Constituição, os direitos fundamentais incidem em quaisquer relações, públicas ou privadas, de forma direta e imediata. Os direitos fundamentais devem ser avaliados em sua forma mais ampla em qualquer tipo de relação travada, mesmo porque não basta ao Estado garantir, somente quando provocado, a dignidade da pessoa humana. O Estado também tem a obrigação de promovê-la, incentivando que os próprios particulares também a respeitem nas relações travadas com seus pares. E mais, o Estado não pode esquivar-se da promoção dos direitos fundamentais simplesmente por não participar diretamente da relação em que eles são violados. Se assim agisse, estaria abonando a conduta violadora de direitos fundamentais, inconcebível no Estado Democrático de Direito.” (LEONEL, 2014, p. 201).

respeito às pretensões poderia se separar público do privado e as normas primárias poderiam fornecer base tanto para normas de direito público como de privado.

Dessa forma, o autor conclui que a teoria que diferencia a vigência dos direitos fundamentais quando aplicados ao Direito Público ou quando aplicados ao Direito Privado, não tem fundamento, porque não dá conta que a restrição à liberdade já ocorre na norma primária e esta não é dividida em pública e privada. Quando trata das intervenções privadas, então, Schwabe ressalta que elas não podem ser catalogadas ora como de Direito Público, ora como de Direito Privado, porque são restrições imperativas. Por fim, concluindo sua ideia da inviabilidade de se verificar a distinção da vigência dos direitos fundamentais com base nos imperativos, demonstra que não são raros os comandos que ficam em zona fronteira entre o público e o privado.

Ou seja, conforme demonstra Schwabe, especialmente no que pertine à verificação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, que é uma realidade do Estado Democrático de Direito, a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado exige ser superada.

Engelmann (2010, p. 298) também conclui que, diante das transformações que o Direito Civil vem sofrendo, fica evidenciada “a superação da dicotomia entre ‘Direito Privado’ e ‘Direito Público’ por meio do movimento de constitucionalização do Direito Privado”. E sobre a constitucionalização, completa o autor: “Como decorrência desse movimento, surge um ‘espaço público-social’, caracterizando uma resposta à humanidade pessoal e que se coloca além da dimensão da intimidade individual”.

Anote-se: não se defende o fim do Direito Civil, mesmo porque a divisão do Direito em outras classificações é muito importante para o domínio teórico da matéria, para fins didáticos e para se ter um entendimento coerente e coeso, com segurança sobre o assunto. Ademais, o Direito Civil se firma em contraponto à existência de um Direito Privado, de caráter mais geral e que leva em consideração a existência de diversos pontos de confluência entre o privado e o público. O Direito Civil permanece “somente como um ramo que se justifica por razões didáticas e de especialização profissional e que recolhe e evidencia os institutos atinentes à estrutura da sociedade, ao viver dos cidadãos enquanto titulares de direitos civis”. E não há contraste entre público e privado “já que o próprio direito civil é parte de um ordenamento unitário”. (PERLINGIERI, 2008, p. 147-148). Entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, “existe uma relação de recíproca complementação e dependência”. (VALE, 2004, p. 96).

Trata-se de considerar que, para uma constitucionalização do Direito Civil, como consequência da consciência científica da unidade do ordenamento, mostra-se contraditório aceitar que o direito está dividido em dois grandes ramos: o público e o privado. Não se ignora a complexidade do próprio ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do direito. Mas a Constituição assume um papel de conexão, uma vez que une e torna-se referência de todo o sistema jurídico. Assim, a unidade do ordenamento jurídico, hierarquicamente sistematizada, pressupõe princípios e valores constitucionais incidentes em todas as normas, “resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público – direito privado”. (MORAES, 1991). No caso concreto, não são princípios de Direito Público ou princípios de Direito Privado que devem determinar as escolhas legislativas e interpretativas e, sim, a Constituição.

Portanto, a dicotomia mostra-se superada em razão de seus critérios classificatórios, bem como do fato de que novos direitos não são incorporados nem a uma e nem à outra esfera, especialmente depois da superação do Estado liberal. Torna-se desnecessária a partir do momento em que o Direito Civil continua existindo como disciplina que regulamenta os direitos entre os civis, mas não necessariamente afastada do interesse público geral. O foco, como foi dito, é ter-se em mente que a constitucionalização do direito busca uma unidade do ordenamento jurídico. “A separação entre Direito Público e Privado não serve sequer para fins heurísticos, e, diante das transformações visualizadas na chamada pós-modernidade, público e privado devem ser encarados como entes em contínuo influxo”. (VALE, 2004, p. 92).

E por fim, ilustrando a necessidade de se repensar o assunto, dentro do âmbito da filosofia jurídica, a divisão do Direito entre Direito Público e Direito Privado se trata de uma construção social histórica que tem se mostrado desgastada e vem sendo colocada em discussão por muitos jusfilósofos. “A existência dessa divisão entre direito público e privado traz uma discussão filosófica, à medida que lida com o conceito de direito, de racionalidade e de técnica”. (SALGADO, 2011, p. 15). Nessa perspectiva, não há como se desconsiderar que a dicotomia acaba se fundamentando em razão de fenômeno de relacionamento social e sua superação se justifica com os mesmos fundamentos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de ainda se verificar, nas faculdades, que didaticamente o direito é dividido em duas grandes partes, a verdade é tais partes constituem-se em um único ordenamento jurídico, com normas interligadas, que se complementam e geram constantes influxos recíprocos.

Não há como se tratar, de forma autônoma, um interesse meramente público e um interesse meramente privado. E tal consideração pode ser demonstrada quando se verifica que, dentro do histórico da própria dicotomia, sua classificação entrou em derrocada a partir da problemática de separação quanto à fonte. Porém, convém anotar que, ainda assim, parte substancial da doutrina jurídica não poupou esforços em definir os limites de cada um dos dois grandes ramos. Porém, não se vislumbra uma diferenciação precisa, ou que, de fato, conseguisse alocar todos os interesses da sociedade em uma ou outra classificação.

Especialmente diante do Estado Democrático de Direito, os interesses sociais são tutelados pelo Estado, que intervém na vida dos particulares, porque os interesses individuais devem se entrelaçar com os interesses sociais. Neste aspecto, a autonomia da vontade perde o seu caráter absoluto, pois sucumbe diante de princípios constitucionais. Esse processo torna-se conhecido, então, como constitucionalização do Direito Civil e a relação, mesmo que privada, passa a ser analisada sob a égide da Constituição Federal.

Dentro desse movimento, supera-se a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, sem que, no entanto, surja outra classificação, dicotômica ou não. E tal “nãosurgimento”, não evidencia prejuízo ao Direito como um todo. A facilitação didática perdida em razão da superação da dicotomia, caminha para o sentido de um diálogo entre a Constituição Federal e o interesse privado, de forma que prevaleça a dignidade da pessoa humana.

Mesmo porque, dentro da transição de paradigmas que se vive e na pluralidade social que se alarga, não há como sustentar uma divisão precisa e suficiente, ainda mais quando se leva em consideração que a Constituição tem sido aplicada de forma direta e imediata nas relações privadas, dentro da concepção de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O “Direito Privado” não pode ser considerado um local onde o particular exerce suas atividades livre de qualquer intervenção estatal, ao passo que também não há como

se sustentar que a atividade estatal deve ser pautada, unicamente, na subordinação do indivíduo. A Constituição, dentro do objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana, resguarda o indivíduo e orienta, não só o Estado, mas a sociedade, mesmo porque, de fato, prevalece a unidade do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergan. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 24, 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿Em Qué Medida Vinculan a los Particulares los Derechos Fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.): **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: por uma teoria geral da política**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- COSTA, Judith Martins-. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ENGELMANN, Wilson. A (Re)Leitura da Teoria do Fato Jurídico À Luz do “Diálogo Entre as Fontes do Direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado n. 7**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LEMKE, Nardim Darcy. **Dicotomia Direito Privado x Direito Público**. Busca Legis Egov, Brasília, 2011. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22384-22386-1-PB.pdf>. Acesso em 10 mar. 15.
- LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: constitucionalizando o contrato na socialização do Direito. In LEAL, Larissa Maria de Moraes; GODINHO, Adriano Marteleto; LIMA, Raquel Moraes (coords.). **A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**, Conpedi, 2014.
- MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 1996.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Direito Público e Direito Privado: uma eterna discussão. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 86, v. 14, mar 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9178&revista\\_caderno=15](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9178&revista_caderno=15)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: notas sobre a evolução brasileira. In: **Direito Privado, Constituição e Fronteiras: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In **Interesses Públicos versus Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHWABE, Jürgen. O Chamado Efeito Perante Terceiros dos Direitos Fundamentais Para a Influência dos Direitos Fundamentais no Tráfego do Direito Privado. In: HECK, Luís Afonso. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Malheiros: São Paulo, 2011.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. São Paulo, Atlas, 2011.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.