



### **O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

*THE CONSTITUTIONALIZED LAW AND THE PUBLIC AND PRIVATE LEGAL SPHERES:  
IT IS (COUNTER)PRODUCTIVE TO TALK ABOUT THIS DISTINCTION?*

#### **Iuri Bolesina**

Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e Professor da Faculdade de Direito da Faculdade Meridional – IMED, Rio Grande do Sul.

#### **Jorge Renato dos Reis**

Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno – Itália e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Catarina.

**DOI – 10.5585/rtj.v4i1.200**

#### **RESUMO**

---

Sob a lógica da constitucionalização do direito e através dos aportes da fenomenologia, intenta-se um estudo jurídico e crítico acerca da (in)existência da dicotomia jurídica público-privado e o seu valor no direito contemporâneo. Assim, no primeiro item realizou-se uma abordagem conceitual e histórica sobre a codificação no direito privado e a sua importância na afirmação da existência da distinção jurídica entre público e privado. Em seguida, o estudo dedicou-se a elucidar o fenômeno da constitucionalização do direito privado, realizando-se uma análise teórica deste movimento jurídico, dando-se destaque ao cenário brasileiro. Ao final, trabalhou-se com as ideias de dicotomia jurídica entre o público e o privado, de intersecções jurídicas entre o público e o privado e de unicidade do sistema. Em conclusão tem-se que se falar em dicotomia público-privado ou em intersecções jurídicas entre o público e o privado é contraproducente. Mais adequado seria tratar o público e o privado, no âmbito jurídico, como dimensões de cada direito ou dever.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito privado constitucionalizado; Dicotomia jurídica público-privado; Unicidade da ordem jurídica.

# O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?

## ABSTRACT

---

*Under the logic of the constitutionalization of the right and through the contributions of phenomenology, intends to be a legal and critical study about the (in)existence of public-private legal dichotomy and its value in contemporary law. Thus, in the first item it was realized a conceptual and historical approach about coding in private law and its importance in affirming the existence of a legal distinction between public and private. Then the study is devoted to elucidate the constitution for the phenomenon of private law, realizing a theoretical analysis of this legal movement, giving prominence to the Brazilian scene. Finally, it was worked with the legal dichotomy of ideas between the public and the private, legal intersections between the public and the private and the uniqueness of the system. In conclusion it has been that speak up in public-private dichotomy or legal intersections between public and private is counterproductive. Most appropriate treat the public and the private in the legal framework, as dimensions of each right or duty.*

**KEY-WORDS:** *Private law constitutionalized; Public-private legal dichotomy; Unity of the legal system.*

## SUMÁRIO

---

Introdução; 1. Direito privado moderno: o tempo da codificação (XVIII-XIX); 2. Constitucionalização do direito privado: “repersonalização” e hermenêutica civil-constitucional; 3. O estado-da-arte da dicotomia entre o direito público e o direito privado até então; 4. Dicotomia, intersecções ou unificação entre o público e o privado?; Conclusão; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O direito privado contemporâneo é fruto de uma união dada entre a história conteudística do direito privado e as perspectivas do direito constitucionalizado. De um lado, portanto, a tradição de serem tuteladas determinadas matérias em detrimento de outras. Por outra via, a abertura material constitucionalmente ocasionada para a aparecimento de novos conteúdos e, ao mesmo tempo, a visão centrada na dignidade da pessoa humana, transformadora do modo de interpretar o direito e, portanto, transformadora das finalidades e dos conteúdos nucleares subjacentes ao direito.

No Brasil, a constitucionalização do direito inicia-se, efetivamente, com a Constituição Federal de 1988. No âmbito dos direitos e deveres privados a constitucionalização foi

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

epitetada de “constitucionalização do direito privado” e representou a personalização do direito, significando dizer, sua funcionalização em prol dos direitos fundamentais constitucionalmente elencados. Em termos concretos isso fez com que as previsões de cunho (histórico) privado, como a propriedade, a família e o contrato, passassem a ser regidos por uma força superior de direção e contenção.

Passam as disposições constitucionais, historicamente tidas como públicas, a se imiscuïrem em assuntos e interesses privados. Mas, de outro lado e ao mesmo tempo, passam esses assuntos e interesses privados e dizer respeito à esfera vista como pública. Assim, direito público e direito privado passam a ser dimensões de um mesmo objeto (o ordenamento jurídico) e não esferas opostas ou dicotomia excludente. Questiona-se, desde então, a existência de uma separação fática e teórica entre direito público e direito privado, no sentido de buscar saber se são objetos distintos pouco comunicáveis, se dialogam em espaços de intersecções jurídicas entre o público e o privado ou se há uma unificação entre eles, bem como acerca da pertinência desta classificação para o direito contemporâneo.

Visando abordar tal ponto, o presente estudo estrutura-se em quatro partes. Na primeira delas, buscar-se-á observar a história e o contexto de edificação do direito privado moderno, ou seja, entre os séculos XVIII e XIX, especialmente no que diz respeito ao “tempo das codificações” oitocentistas e as perspectivas jurídicas do período. O intuito é de demonstrar o apego e a força jurídica e simbólica que a dicotomia jurídica público-privado possuía na época.

Na sequência, o segundo volta-se para a constitucionalização do direito privado, situando o objeto da fala no Brasil, a partir da Constituição de 1988, a fim de tratar das alterações ocorridas no direito privado contemporâneo, notadamente no que toca aos conteúdos, as formas e a interpretação dos direitos e deveres previstos nas legislações tidas como “privadas” à luz da Constituição. Não se pretende, contudo, ingressar em debates específicos sobre uma ou outra matéria, pois o foco reside em uma análise do contexto e não das especificidades.

Por fim, o terceiro e o quarto ponto deste estudo tratarão da “dicotomia jurídica público-privado”. O terceiro item pretende demonstrar o atual estado-da-arte destes assuntos, revelando algumas posições teóricas e distinções feitas por elas ao mirarem distinguir total ou parcialmente o público e o privado no espaço jurídico. Já, o quarto e último item, volta-se para as primeiras linhas de uma construção crítica sobre as noções de dicotomia e intersecções jurídicas do público e do privado, visando perceber a unificação destas dimensões na seara do direito.

## **1. DIREITO PRIVADO MODERNO: O TEMPO DA CODIFICAÇÃO (XVIII – XIX)**

Qualquer abordagem que intente a análise ou a reconstrução histórica do direito privado deve considerar obrigatoriamente ao menos dois elementos: primeiro o espaço e o tempo que se considera na avaliação e, segundo, a proximidade que a história do direito privado possui com a própria história do direito (WIEACKER, 2010, p. 3). Não atentar a isso significaria retroceder indefinidamente até as sociedades mais primitivas e às primeiras relações humanas. Dito isso, deliberadamente opta-se por tratar aqui do direito privado moderno, iniciado no século XVIII, no âmbito europeu, com destacada ênfase ao Estado francês.

De forma exordial vale mencionar os problemas jurídicos iniciais que estavam postos antes do nascimento do direito privado moderno, notadamente para que se tenha uma visão contextualizada dos eventos. O primeiro desses problemas, pode-se dizer, tratava-se da sobreposição de ordens jurídicas baseadas no todo ou em parte, exclusivamente ou concomitantemente, no direito romano ou no direito de origem germânica. Na França, por exemplo, até a Revolução Francesa, tinha-se o sul de cunho romanista e o norte de noção germânica. O segundo problema consistia na falta de uma sistematização, de uma ordem efetivamente organizada, das legislações existentes, o que refletia na incerteza e na complexidade da solução das questões jurídicas. Por seu turno, o terceiro problema apresentava-se como a inacessibilidade democrática da legislação e do direito como um todo (ROBERTO, 2008, p. 16).

Não deve-se desconsiderar, contudo, todo o delineamento sociopolítico que estava posto no período, o qual se baseava no poder monárquico absolutista e em elementos divinos, bem como na divisão social por ordens pré-determinadas de impossível ou deveras dificultosa transposição. Caenegem (2000, p. 37) chega a afirmar que o período que antecedeu o Estado moderno poderia ser facilmente sintetizado como um conjunto organizativo “impregnado de elementos sagrados e irracionais”.

A união destes elementos conduziu ao amadurecimento dos ideais franceses revolucionários, os quais estavam alinhados com as filosofias de complementação recíproca do direito natural racionalista, do iluminismo e de algo como uma “teoria geral da codificação” (ROBERTO, 2008, pp. 17-22). De certa forma, em termos jurídicos, esse

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

alinhamento veio a preencher as necessidades formais e materiais que a ordem moderna carecia.

A escola do direito natural racionalista (jusnaturalismo racional) superando a ideia de que o direito natural possuía essência divina, advogou pela existência de direitos naturais do homem advindos da razão (verdades da razão), de sua própria natureza enquanto ser racional, os quais deveriam ser respeitados pelo Estado. Portanto, seria evidente que tais direitos não seriam passíveis de agrilhoamento pelo monarca e tampouco via-se adequado que restassem incertos – argumentos desenvolvidos em prol da codificação –. Tal escola teve como nomes de autoridade no período autores, dentre outros, como Hobbes, Grócio, Locke, Pufendorf e Leibniz (LOPES, 2000, pp. 188-205).

O iluminismo – no contexto analisado – contribuiu eficazmente em duas medidas: a sua preocupação com a questão das fontes do direito e a sua batalha pela afirmação dos direitos naturais do homem (enquanto produto da sua racionalidade) (TIMM, 2008, p. 24). A crítica iluminista foi direcionada, majoritariamente, para as desigualdades em face da lei, para às limitações às pessoas e à propriedade e às intervenções arbitrárias do soberano, isso igualmente à questão da exclusão popular na participação política e à intolerância religiosa (CAENEGEM, 2000, p. 162).

Já a “teoria da codificação”, pode-se asseverar, resume todo um esforço teórico consubstanciado em escritos e debates em prol ou contra a ideia de códigos como centralizadores da ordem jurídica (ROBERTO, 2008, p. 23). Neste âmbito, o inglês J. Bentham foi um dos maiores teóricos europeus a defender a ideia de codificação primeiramente. De fato, a paternidade da expressão “codificação” é a ele atribuída, o que se torna algo irônico uma vez que a Inglaterra (por razões de ordem política, geográfica e cultural) além de nunca ter adotado efetivamente o sistema de códigos também rejeitou tal posição (CAENEGEM, 200, p. 193).

Essa “teoria da codificação”, em seu amadurecimento, faz menção mais ao fenômeno político-jurídico instaurado originariamente no fim do século XVIII e menos a ideia de etimológica de *códex* representante de uma coletânea de leis. Tal teoria, especialmente se lida através da escola da exegese, propunha como elementos estruturantes a lógica do legalismo e da interpretação jurídica formal-dedutiva, da completude, da dicotomia público-privado, da simplificação do sistema jurídico, da clareza e da racionalização (TIMM, 2008, p. 20).

A exegese – ou a escola da exegese – ganha efetiva expressão já com a aprovação do Código Civil Napoleônico vindo a se desenvolver em três estágios até o final do século XIX quando François Geny (1932, p. 20-24) simbolicamente a sepulta ao escancarar que a

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

“diversidade das relações humanas e a sua complexidade inerente estão sempre além da capacidade criativa dos autores do direito legislado” (LIMA, 2008, p. 107). A escola da exegese sustentou, em síntese, que os códigos deveriam ser uma espécie de prontuário que previsse todas as possíveis situações sociais de relevância jurídica – dogma da completude –, a partir do qual a interpretação da lei deveria resumir-se ao entendimento de sua literalidade e a sua aplicação pelos magistrados reduzir-se à subsunção formal-dedutiva (FINGER, 2009, p. 88). É nesse período que aparece o positivismo jurídico de feição legalista – positivismo jurídico legalista –, embrião do positivismo kelseniano normativista (STRECK, 2012, pp. 31-32)<sup>1</sup>.

A confluência de todas essas teorias com as aspirações sociais, notadamente da classe burguesa em um momento de oportunidade única, desaguou no processo que culminou na Revolução Francesa e, conseqüentemente, no estabelecimento de um ordem sócio-político-jurídica de cunho liberal-patrimonialista, dividida rigidamente em espaços públicos e espaços privados, fundada sobre os interesses da burguesia (REIS, 2009, pp. 129-130) e baseada na dualidade Constituição, de um lado, Código Civil, de outro (LÔBO, 2008, p. 19).

Nesta via, a Constituição do período era de caráter eminentemente liberal, político (pois formatadora do Estado e de eficácia jurídica questionável) e negativo diante das relações entre Estado e sociedade, significando dizer que, de um lado, impunha limitações, obrigações negativas, ao poderes estatais constituídos, a fim de evitar ingerências arbitrárias ou paternalistas na esfera privada e, de outro lado, previa, por meio dos direitos fundamentais de primeira dimensão, efetivos direitos de defesa ao cidadão contra eventuais intervenções legalmente desmotivadas do Estado em sua autonomia da vontade e interesses privados (DALLARI, 2010, p. 219). Tal lógica estruturava-se majoritariamente sobre os princípios da igualdade formal – a qual vendeu a expectativa de que todos poderiam ter sucesso já que eram iguais perante a lei, instalando o que se convencionou chamar de *darwinismo social* – e da dicotomia do público e do privado – que simbolizou existir um espaço que não dizia respeito ao Estado (o privado) e outro que era de interesse reservado do Estado (o público)<sup>2</sup>. No dizer de Bobbio (2010, pp. 13-15) entedia-se que um excluía o outro: o que não era privado era público e vice-versa.

---

<sup>1</sup> “A primeira geração do positivismo jurídico é identificada com as famosas posturas legalistas e exegéticas, os dogmas da completude e os juízes “boca da lei” (sintomas facilmente perceptíveis na França, por exemplo, ao tempo do Código Napoleônico – 1804). Esta geração do positivismo é comumente adjetivada como “paleopositivismo” ou “positivismo primievo”, visando destacar a antiguidades desta perspectiva positivista ou como “positivismo legalista” afim de identificar uma de suas principais características (a subsunção).” (BOLESINA; DIAS, 2014, p. 118).

<sup>2</sup> Note-se a sutileza do período em sobrepor o “estatal” perante o “público”, criando a ideia de que se tratavam de sinônimos.

## O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?

Por seu turno, quanto ao Código Civil, é possível assinalar cronologicamente que as iniciativas de codificação, mais ou menos sistematizadas de acordo com teoria da “codificação”, já haviam sido anotadas na Prússia (*Allgemeine Landrecht* – 1794), na Áustria (1786) e na Alemanha (*Codex Bavaricus Civilis* – 1756) (CAENEGEM, 2000, p. 172). Não obstante, a “era das codificações” tem como seu grande marco histórico a publicação do Código Civil Francês (1804) – o código civil napoleônico. Seu projeto foi concluído em apenas quatro meses e simbolicamente visto como “o que nem a antiga monarquia e nem a Revolução puderam fazer, a energia de um só homem executou” (ROBERTO, 2008, pp. 31-33) em homenagem à Napoleão. Tal regulamentação atingiu, ao seu modo, as expectativas sobre ele depositadas de resolver os problemas de outrora: unificava a legislação nacional, era suficientemente prático, claro e objetivo e facilitava o acesso de seu conteúdo ao leigo. Foi arquitetado sobre 2.281 artigos divididos em um título preliminar e outros três livros (pessoas, aquisição/modificação de bens e propriedade) (ROBERTO, 2008, pp. 31-33).

Logo, o Código Civil Francês era voltado à proteção de três sustentáculos basicamente: liberdade contratual, direito de propriedade e família, tudo sob o viés do liberalismo, do patrimonialismo e da igualdade formal, ou seja, uma legislação atinente majoritariamente aos interesses do cidadão burguês e proprietário (REIS, 2009, pp. 130-131). Daí porque se diga que, na França, sobrevivendo a Teoria Jurídica Civilista e o Estado Liberal Clássico movido pelo império do Liberalismo e do Racionalismo (FINGER, 2010, p. 86), tecem-se como efeitos diretos o aparecimento do legalismo, do individualismo e do patrimonialismo, escorados na certeza da lei, no homem insulado em sua liberdade e no patrimônio (especialmente imobiliário) (DALLARI, 2010, pp. 99-102). Canotilho (1997, p. 115), de modo pontual, destaca que o modelo instaurado vinha ao encontro dos interesses burgueses, pois a partir da legalidade sugerida “prestigiava-se” a segurança jurídica e a uniformidade legal em todo o território, o que era adequado ao bom andamento de suas práticas comerciais. E essa foi uma tendência legal que historicamente passou a ser repetida.

Como quer Paulo Lôbo (2008, p. 19), poder-se-ia até defender que o Código Civil moderno e liberal daquele período, se comparado com a visão contemporânea do direito, era uma espécie legal aproximada de uma “Constituição dos particulares” já que de suma e preferencial importância às relações jurídicas interprivadas do período. Tal fato, aliás, vinha a fortalecer a separação entre o público e o privado o que, em certa medida, criou duas linhas evolutivas em paralelo: uma do direito privado e outra do direito público.

Um segundo momento na história do direito privado codificado tem como início o cenário da Alemanha, ao final do século XIX, vindo a desenvolver-se ao longo do século XX.

## O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?

Diante dos exemplos da França, Prússia e Áustria, alguns estudiosos germânicos inclinavam-se para o estabelecimento de uma codificação geral, pontual e objetiva no Estado alemão, ao tempo em que outros se opunham não a ideia em si, mas ao momento de executá-la (veja-se, por exemplo, o debate entre Thiabou e Savigny) (WIEACKER, 2010, p. 445). Savigny irá sustentar que a tradição germânica reconhecia o direito a partir de sua história, de seus costumes, de forma que a eleição de um código seria algo artificial de impor o direito. Além disso, advogava que, no território germânico, já haviam outros códigos civis elaborados e em vigor (Prússia e Áustria), tornando improvável que, naquele momento, tais países abrissem mão de seus códigos por outros (SAVIGNY, 1946, p. 171).

Como destaca Giordano Roberto (2008, pp. 39-41), a resistência a uma codificação civil geral na Alemanha foi superada por um movimento impulsionado pelo próprio Savigny: a escola histórica do direito, cuja dinâmica consistia em sustentar que os fundamentos do direito não advinham do direito natural, mas sim do “espírito do povo” (do produto histórico-cultural). Os juristas alemães, ao longo do século XIX, dedicaram-se a construção de uma estrutura jurídica que fosse sistematicamente perfeita – a Jurisprudência dos Conceitos –, a partir dos Digestos (ou Pandectas), que acabou por epitetá-los de Pandectistas e desaguou no BGB (TIMM, 2008, p. 48). Por consequência dessa lógica, a Jurisprudência dos Conceitos surge como forma de dar significância aos elementos do espírito do povo alinhando-se aos preceitos necessários de um Código. Em 1873, uma emenda à Constituição viabiliza aos órgãos imperiais a competência para legislar sobre direito civil em todo o território germânico. E, enfim, em 1896 o Código Civil Alemão, o BGB, foi aprovado com seus 2.385 artigos, influenciando diretamente a elaboração/modificação do código civil da Suíça (1907), do Brasil (1916), da Itália (1942) e de Portugal (1966), vistos como “codificações tardias” (FINGER, 2000, p. 87).

Já no início do século XX, o modelo de codificações liberais, escoradas no legalismo, no liberalismo, na igualdade formal e no patrimonialismo, indicava sinais de falência. No entorno europeu das revoluções industriais, o alto nível de desigualdade e de exploração do melhor posicionado socioeconomicamente sobre aquele em piores posições, forçava o sistema a fornecer uma solução. Todavia, ao lado disso, o modelo constitucional daquele tempo, que formatava um Estado mínimo, fortalecia a exploração da liberdade pelo mais forte em detrimento do mais fraco, afinal falaciosamente entendia-se que, se todos são iguais em direitos, todos possuem as mesmas chances de sucesso. Reis (2008, p. 132) ilustra adequadamente o momento, aduzindo que o sistema liberal passou por dois períodos distintos: um da conquista da liberdade e outro da exploração da liberdade.



## **O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

Não obstante, o Código Civil manteve-se impassível, de modo que o movimento de transformação da realidade ocorre inicialmente através da Constituição e de legislações esparsas, as quais, iniciaram uma lógica de descodificação. Primeiro, o constitucionalismo altera-se no sentido de ser mais social e a organizar um Estado Social intervencionista, o que, em certa medida, acaba relativizando os ditames dos Códigos Cívicos Liberais. Uma parcela da população mobilizou-se em busca de igualdade material, reivindicando a interferência do Estado, a fim de que prestações materiais fossem lhes alcançadas (AGRA, 2010, p. 14). Os direitos fundamentais de liberdade de primeira dimensão, que restavam assegurados nas Constituições, não eram suficientes para suprir esta lacuna, sendo necessário o reconhecimento de novos direitos. Seriam estes os direitos fundamentais de segunda dimensão, os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, visando igualar materialmente as camadas mais humildes às mais afortunadas.

Nascem, então, Constituições abastecidas de noções sociais, como a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de 1919 (Constituição da República de Weimar), notavelmente as duas primeiras neste sentido de inferir ao Estado deveres para com os direitos sociais (BARROSO, 2010, p. 101). Vale adiantar-se na história e anotar que – já no segundo pós-guerra mundial – igualmente a França (1946) e a Itália (1947), positivaram constitucionalmente direitos de segunda dimensão (HERRERA, 2010, p. 19). Logo, como conclui Agra (2010, p. 14), o Estado não é mais um inimigo, pois é convocado a intervir, sendo que a realização de tais direitos não é mais oposta ao Estado, mas sim um de seus objetivos.

Segundo, a complexidade das relações sociais com relevância jurídica aumentaram de tal maneira que o Código tornou-se insuficiente para prever todas as possibilidades: começa a ruir o dogma da completude. Os legislativos veem-se forçados a criar novas leis (esparsas ao código) e microssistemas para dar respostas aos problemas do cotidiano o que, em alguma medida, remove o centro do ordenamento jurídico dos códigos civis e lhe rouba parte do prestígio que ainda possuíam (TIMM, 2008, p. 49). A exposição de Lorenzetti (1998, p. 60) quanto a isso é interessante, na medida em que o autor sustenta que mesmo a palavra “código” passa a ser escrita com letra minúscula, referindo-se a apenas mais uma lei; o código, diante das leis especiais e microssistemas, acaba sendo residual; enfim, o código é o centro antigo da cidade, ao redor do qual novos subúrbios com centro próprios foram criados, fazendo com que o jurista só visite o centro antigo do código quando necessita de algo que não encontra em outros centros ou de alguma relíquia histórica (LORENZETTI, 1998, p. 45). Tal agitação

## **O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

descodificante irá aparecer mais claramente na segunda metade do século XX – como se verá posteriormente –.

Antes, porém, por volta de 1934, a teoria jurídica irá recepcionar Kelsen e sua “Teoria Pura do Direito”, doutrina que será determinante (e questionável) para o sobrefôlego dos Códigos. Para além de toda a estruturação lógica que Kelsen propôs, embasada num sistema fechado – no qual se cultuava a “ciência do direito” em detrimento de elementos metafísicos, políticos, morais, naturais, etc. (os quais reservavam-se ao “direito” (especialmente a sua elaboração legislativa)) – e piramidalmente hierarquizado – onde a Constituição passa a ser critério de validade para as legislações que abaixo dela se apresentam –, o autor, no capítulo oito de seu escrito aposta na discricionariedade judicial para resolver o problema das “lacunas” do sistema (e, portanto, do Código).

Se antes um dos problemas dos códigos (e da escola da exegese) eram as lacunas – que engessavam o código e a própria atuação jurisdicional, pois dependiam sempre da ação legislativa – (LIMA, 2008, p. 108), Kelsen vence esse empecilho advogando que, diante de uma lacuna, o juiz teria um conjunto de possibilidades de decisão, fornecidas pelo próprio sistema, predispostas no interior de uma moldura e à disposição da vontade do julgador. Em outros termos, o juiz, enquanto membro do Estado, também criaria a norma jurídica (KELSEN, 1998, p. 247-249). Porém, ao vencer o problema das lacunas, Kelsen alimenta fartamente o problema da discricionariedade judicial, inaugurando, o autor austríaco, o “positivismo normativista”, sepultando seu antecessor o positivismo exegeta (legalista)<sup>3</sup> (STRECK, 2012, p. 32).

Não é novidade que o nazismo irá valer-se da “Teoria Pura do Direito” para blindar seu sistema jurídico e com isso criar o argumento de “estrito cumprimento da legalidade”. Tal defesa, todavia, não sustentou-se no julgamento de Nuremberg (1946) e, paradoxalmente, graças a ela o processo de constitucionalização do direito passou a ser considerado seriamente, trazendo mudanças determinantes para o direito contemporâneo, como se verá no item subsequente.

## **2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: “REPERSONALIZAÇÃO” E HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

---

<sup>3</sup> “surge a segunda geração do positivismo jurídico (superando, portanto, a primeira geração) cujo seu defensor mais emblemático fora Kelsen (originalmente em 1934 – Teoria Pura do Direito). Essa fase do positivismo é adjetivada de “positivismo normativista”, sublinhando os problemas que irão surgir sobre a “norma jurídica” advinda da discricionariedade judicial.” (BOLESINA; DIAS, 2014, p. 118-119).

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

O direito privado, ao longo de sua história moderna (a partir do Estado (francês) Liberal de Direito), perpassou por três fases distintas: a primeira, ao longo do contexto do(s) Estado(s) Liberal(is) de Direito, onde o direito público e o direito privado raramente se encontravam, e quando isso acontecia era em razão do Estado estar interferindo supostamente de modo injustificado no espaço privado; a segunda, no acontecer do(s) Estado(s) Social(is) de Direito, quando o direito privado começa a sofrer sutis interferências do direito público, diante dos movimentos em prol de justiça social e distributiva; e a terceira, a partir do desvelar do(s) Estado(s) Democrático(s) de Direito, quando a Constituição, em vista do Constitucionalismo Contemporâneo, alcança seu ápice jurídico, tornando-se a premissa de validade para o direito privado, e a persecução da dignidade humana torna-se meta principal (TEPEDINO, 2008, p. 356).

Esse movimento histórico e teórico fez com que se no passado o Código Civil era a norma fundamental das relações privadas, contemporaneamente o Código Civil e as leis desta natureza acabam sendo legislações privilegiadas nas relações interprivadas, porém, tendo sua validade condicionada pela sua adequação constitucional. Esta conclusão é o resultado do processo de constitucionalização do direito no século XX (FINGER, 2000, pp. 94-95). Neste sentido, a constitucionalização do direito privado é corolário da constitucionalização do direito como um todo, numa relação direta de causa e efeito.

Essa linha traz consigo novas implicações na relação entre o direito civil e a Constituição, isto porque classicamente: a) a Constituição tinha como escopo a regulação do âmbito público, das relações do Estado e do Estado com o particular (lógica “vertical”), mas não intervinha na vida privada dos cidadãos; b) a função de regramento para as relações privadas reservava-se ao Código Civil ou, eventualmente, a determinada lei ou microssistema que se consubstanciava com o Código, de modo que a aplicação da Constituição sobre as relações privadas, limitando ou dirigindo a vontade das partes, representava, em princípio, uma violação à liberdade e à autonomia privada; c) a interpretação se dava, grosso modo, sob a perspectiva do positivismo legalista e, posteriormente, do positivismo normativista, como subsunção ou como opção da vontade do julgador, respectivamente (STRECK, 2012, pp. 31-33).

Atualmente, (‘a’ e ‘b’) a Constituição se assenhora de toda e qualquer relação, inclusive as de cunho particular, de sorte que mesmo convenções de pessoas privadas são por ela tuteladas (lógica “horizontal” – ou vinculação do particulares aos direitos fundamentais), podendo ser, se for o caso, anuladas ou retificadas para a adequação constitucional. A dignidade da pessoa humana ganha destaque, tal qual a sua concretização, de modo que foi

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

preciso reconhecer que não é apenas o Estado que viola/afeta o direito fundamental de um particular, pois outro particular também pode violá-lo, ou seja, o problema da violação é o mesmo, apenas a figura do agressor é que se altera, daí porque a Constituição passa a ser um norte privilegiado nas relações particulares (UBILLOS, 2008, p. 222). Logo, o Código Civil (e os estatutos e legislações esparsas) permanece sendo uma fonte importante da expressão do direito aplicável às relações privadas, mas não é a única, sequer a mais valiosa fonte, tendo em vista que tal posto cabe à Constituição. Também, (‘c’) a constitucionalização do direito civil propõe uma nova hermenêutica, confiando na primazia dos princípios e dos direitos fundamentais para a adequada interpretação e resolução dos casos concretos, abarcados ou não na legislação, indo de encontro, em certa medida, com a “tradição” subjuntiva e exegeta própria do antigo modelo (PERLINGIERI, 2008, pp. 2-3). Ademais, isto faz com que a ideia de “lacunas jurídicas” seja enfraquecida, já que o conteúdo não-rígido dos princípios e direitos fundamentais anotados na Constituição viabiliza decisões sem a necessidade de uma previsão legislativa específica.

A história da constitucionalização do direito (a qual ainda se constrói) pode ser condensada como o processo que, diante de fatos históricos, confluiu interesses políticos e jurídicos à apreciação das Constituições como documento jurídico-político de maior grau hierárquico na ordem jurídica e que, justamente por isso, acaba sendo o referencial obrigatório para a criação e interpretação das leis e atos sob ela praticados. Tal cenário se estruturou notadamente a partir do resultado dos julgamentos de Nuremberg (entre 1945 e 1946) que oportunizou uma virada ideológica política e jurídica (GERVASONI; BOLESINA, 2014, p. 14), viabilizando o nascimento do Estado Democrático de Direito e do fortalecimento da noção de Dignidade da Pessoa Humana (e dos direitos fundamentais, por lógico).

A nova perspectiva democrática e plural do Estado aliada ao reconhecimento em nível constitucional da dignidade da pessoa humana, trouxe nova tônica aos direitos fundamentais empoderando a efetivação de teorias jurídicas que são hoje elementares na adequada aplicação do direito civil. Dentre estas teorias pode-se citar a força normativa da Constituição (HESSE, 1991), a eficácia irradiante da Constituição<sup>4</sup> e o dever de proteção aos direitos fundamentais<sup>5</sup> (CANARIS, 2003), a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a oxigenação principiológica dos regramentos privados com base em “regras de conteúdo aberto” (TEPEDINO, 2007, p. XIX), a hermenêutica filosófica, assim como a

---

<sup>4</sup> Faz-se referência ao emblemático “caso Lüth” (BVerfGE 7, 198) (SCHWABE, 2005, pp. 381-394).

<sup>5</sup> Faz-se referência aos julgamentos sobre a autorização e regulamentação do aborto (BVerfGE 39, 1 – 1975 e BVerfGE 88, 203 – 1993).

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

releitura dos poderes/deveres da jurisdição constitucional. O conjunto destas teorias, quando aplicadas no direito privado, formam o que Perlingieri (2008, p. 1) – um dos mentores do direito civil constitucional – denomina de pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade Constitucional.

No cenário brasileiro, foi notadamente com a Constituição Federal de 1988 que a epitetada “constitucionalização do direito privado” iniciou-se, sendo ratificada posteriormente pelo Código Civil de 2002. Aliás, o advento do Código Civil de 2002, ao contrário do que propõe a visão conservadora no direito civil, não veio a sucumbir a “constitucionalização do direito privado” – diante de um “código mais atual do que a Constituição” –, já que, na realidade, o novo Código, em tese, nasce de acordo com a Constituição e de acordo com a Constituição deve ser aplicado (LÔBO, 2008, p. 23). Também as propostas de decodificação total do direito privado – cujo um dos notáveis nomes é Irti (1999) – não prevaleceram. Efetivamente, não foram poucas (e quiçá ainda sejam por um punhado de juristas) as críticas à constitucionalização do direito civil que se pulverizaram em entendimentos sobre a “quebra” da segurança jurídica (em razão da aplicação direta dos direitos fundamentais e princípios constitucionais), violação da autonomia da vontade (diante do dever de proteção aos direitos fundamentais pelo Estado, principalmente) e paternalismo estatal, especialmente no âmbito jurisdicional (em face da tutela do Estado nas relações contratuais) (TIMM, 2008, pp. 13-15/43).

Deve-se alertar, porém, que tais críticas erram o objeto de queixa, pois direcionadas equivocadamente aos fenômenos nascidos da constitucionalização, quando, na verdade, deveriam atingir a forma como esses fenômenos são utilizados pelos juristas. Diante de tal quadro, mais uma vez faz-se pertinente a advertência de Tepedino (2007, p. XV) no sentido de que, provavelmente, o grande desafio seja realizar constantemente uma espécie de autovigília, a fim de não render-se à zona de conforto da interpretação de outrora e aos discursos defasados – hoje elegantemente trajados com novas roupas, mas que em essência são o mesmo (BOLESINA; DIAS, 2014, pp. 125-126) –, e visando, como manda a Constituição Federal, atingir o máximo potencial normativo da dignidade humana no direito privado contemporâneo.

Nessa perspectiva é destacável que as críticas subsistentes com maior força – e com bons fundamentos para tanto – são aquelas vinculadas à discricionariedade judicial na aplicação dos princípios e direitos fundamentais de modo direto nas relações de direito privado, em virtude das posturas decisionistas dos julgadores. Tais objeções, pelas mesmas razões, não se limitam a este âmbito do direito, criando um cenário que é geral no direito

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

contemporâneo (STRECK, 2010, pp. 20-56). É preciso atentar, portanto, que os problemas não residem nos processos de constitucionalização, mas sim, na forma como os pressupostos deste fenômeno são manejados pelos aplicadores do direito.

Em curtas linhas, a constitucionalização do direito privado, no Brasil ao menos, constitui-se (1) na aplicação direta e constante da Constituição nas relações privadas, (2) na interpretação e (re)leitura dos regramentos de direito civil a partir (e ao concluir) e de acordo com a Constituição, (3) na criação da legislação civil coadunada com a Constituição e, por fim, (4) na inserção de conteúdos outrora infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no texto constitucional (SARLET, 2008, p. 306).

Quanto à aplicação da Constituição nas relações privadas (dos princípios e direitos fundamentais nas relações interprivadas), no Brasil há certo consenso (REIS, 2007, pp. 2033-2064), sendo cada vez mais raras as posições que defendem a inaplicabilidade. O debate (de alguma forma) ainda se sustenta no “como” pode ocorrer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (UBILLOS, 2008, p. 236). Por esta celeuma, pelo menos quatro vertentes de maior expressão são reconhecidas – a despeito de outras de menor expressão – sendo elas: a da eficácia mediata, a da eficácia imediata, a doutrina da eficácia atenuada e a *state action*. No Brasil, a discussão foi amenizada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Especial 201.819/RJ, no ano de 2005, no qual assentou o entendimento de que a teoria acolhida contemporaneamente pelo ordenamento brasileiro é a da eficácia imediata.

De outro lado, essa constitucionalização, em termos de substância, inova as legislações de direito privado no seguinte sentido: a) renovação interna (e não externa) do direito, visando a coerência material (e não apenas formal) com toda a ordem jurídica. Vê-se, pois, o surgimento de uma visão “repersonalizada” e “despatrimonializada” do direito com base na dignidade da pessoa humana, ou seja, uma alteração na essência interpretativa do direito, tendo-se a dignidade como elemento demandante de respeito, proteção e promoção (ARONNE, 2013, pp. 81-94); b) a renovação da hermenêutica neste âmbito, em ao menos dois sentidos, um, para perceber o sistema como aberto e reciprocamente dependente, no qual cada disposição normativa importa ao todo e o todo importa a cada disposição normativa singular. Logo, por exemplo, uma transformação na interpretação de determinado direito fundamental implica em reflexos para toda ordem jurídica (ARONNE, 2013, p. 108); e dois, para abandonar-se o dogma da completude clássica, típico dos códigos oitocentistas, em favor do entendimento da “incompletude-completa”, na qual reconhece-se que a ordem legislada é menos dinâmica que os fatos da vida e, portanto, sempre carecedora de influxos igualmente

## **O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

dinâmicos para a devida tutela jurídica destes fatos. Passam, destarte, os direitos fundamentais, por meio da sua tessitura porosa, a fornecer essa dinamicidade (“o sistema, portanto, é sempre completável, na mesma medida em que é incompleto” (ARONNE, 2013, p. 104). Ainda, verifica-se o próprio processo circular de criação de legislação deferente ao conteúdo dos direitos fundamentais e, em mão inversa, de densificação do conteúdo principiológico dos direitos fundamentais a partir da sua concretização (interpretação) nas regras.

Quanto à ideia de “repersonalização”, tem-se que a alocação da dignidade humana no centro do ordenamento jurídico brasileiro deu-se com a Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, III), a qual inaugurou, no documento público e oficial de maior relevância, o pensamento jurídico centrado na dignidade humana. Tal noção que foi seguida pelo Código Civil de 2002 – todavia, não sem resistência neste âmbito – trouxe notável transformação no *códex* que necessitou reformular-se, culminando no cadenciado enfraquecimento do excessivo individualismo e patrimonialismo que pautavam as relações desenvolvidas neste espaço, em prol de uma visão que privilegiasse a dignidade e a pessoa humana.

Isso conduziu a inovações e a positivação de institutos no cenário civil, dentre as quais o reconhecimento da solidariedade jurídica (REIS; ZIEMANN, 2013), da boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, 1999), da função social, do patrimônio mínimo (FACHIN, 2006), das cláusulas abertas, dentre outros, os quais, em retroalimentação, serviram como mecanismos jurídicos de consolidação da dignidade humana como fundamento do direito privado constitucionalizado. Nesse contexto, a despatrimonialização e a repersonalização do direito privado servem como matriz que coloca a pessoa humana em primeiro lugar, mas não no sentido clássico liberal burguês presenciado nos anos que sucederam a Revolução Francesa (individualismo, atomismo e patrimonialismo ao extremo), e sim numa perspectiva crítica que torna a pessoa humana e sua dignidade o elemento principal do arranjo jurídico e o patrimônio, por seu turno, como coadjuvante (FACHIN, 2003, p. 218). Indo além, é possível afirmar que o grande desafio dos intérpretes do direito privado constitucionalizado é perceber que a pessoa humana passa a ser sujeito de direitos nascidos da dignidade humana e não mais sujeitos do direito, objetos de trabalho do direito, que sob a lógica do patrimonialismo eram tutelados. Em síntese: o patrimônio serve à dignidade e não o inverso (LÔBO, 1999, p. 103).

Quanto à hermenêutica jurídica hodierna, muito embora boa parte dos juristas brasileiros tenham acatado as formulações de Alexy (deturpando-a em certos pontos), tem-se como de melhor lógica perante o constitucionalismo contemporâneo as proposições da hermenêutica filosófica, notadamente por todas as objeções por ela feita em relação à teoria

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

alexiana (STRECK, 2013a, p. 285). Neste sentido, ponto que merece maior destaque, a par de tudo já desenvolvido, é a questão da discricionariedade interpretativa que a teoria alexiana proporciona.

Ocorre que isso se dá numa miríade de questões complexas e posições opostas. Há, de um lado, o entendimento/comportamento de que a “abertura” do conteúdo destas pautas jurídicas principiológicas (princípios, direitos fundamentais e cláusulas abertas) embaraçam a sua concretização, justamente pela sua amplitude, pela dificuldade em se precisar de modo claro os limites e os direitos/deveres que um princípio traz. Por esse motivo, pouco se faz, preferindo-se posições mais “conservadoras” (no sentido de não ser vanguardista na elucidação de “novos” direitos/deveres ou perspectivas deles decorrentes).

De outro lado, há posição/comportamento distinta que vê naquela mesma “abertura” da substância dos princípios a possibilidade de se sustentar pioneiramente “novos” direito/deveres ou perspectivas deles decorrentes. Há o risco, nessa via, de se extrapolar as possibilidades/deveres que o sistema jurídico apresenta, incorrendo-se, por exemplo, em quebras de legitimidade e assédios teóricos infundados contra o sistema jurídico por parte dos juristas.

E, para complicar – quando não fruto de uma hermenêutica coadunada com o constitucionalismo contemporâneo – tais posições se desenrolam através de posições interpretativas que oscilam – via “ponderação” – entre objetivismos e subjetivismos discricionários (e, às vezes, ainda mais grave, arbitrários) (LUIZ, 2013, p. 35), num verdadeiro jogo de luz e sombra. E, para piorar, isso ocorre também e mais corriqueiramente em meandros da vida que, em tese, não deveriam ser solucionados pelo direito como primeira opção e que, justamente por isso, contam com efêmeros e/ou mórbidos traços legislativos ou jurisdicionais para sua solução: Caos puro e complexo, como quer Ricardo Aronne (2006, p. 24).

Há um discurso bastante repetido na literatura civil-constitucionalizada contemporânea de que o Código Civil (e outros estatutos) vigente é uma legislação oxigenada pelos princípios constitucionais e pelas cláusulas gerais de conteúdo semântico aberto. Esse discurso, ademais, deposita boa parte das expectativas de sucesso do Código Civil na interpretação jurisdicional desses elementos jurídicos, conferindo, portanto, larga margem de atuação para os julgadores, a fim de que diante do caso concreto possam extrair o melhor do sistema jurídico e solucionar a situação posta (MENKE, 2006, p. 69).

Como extrato final tem-se que, para o bem e para o mal, o Poder Judiciário, notadamente no exercício da jurisdição constitucional, “converte-se em um produtor de



**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

insegurança” (GRAU, 2013, p. 16) e que os cientistas da academia transformam-se em pais de *quimeras jurídicas* (lida na sua *dozra* de sentido). No “direito privado”, ao menos na sua lógica constitucionalizada, isso se materializa em diversas situações acadêmicas e jurídicas que transitam pela seara do reconhecimento e da concretização dos princípios, direta ou indiretamente, no sistema dinâmico e poroso que esse se tornou (ARONNE, 2006, p. 46).

Para se desconstruir parte destas polêmicas, é preciso atentar para algumas linhas nevrálgicas. Primeiro, dar-se conta de que a norma é fruto da interpretação e não o inverso. Quer-se dizer com isto que as enunciações gramaticais, os textos sob os quais os princípios e as regras vêm expressados, quando sem a devida compreensão e, conseqüentemente, interpretação, não passam disto: texto. Palavra ou frase que pouco diz (GRAU, 2013, pp. 16/39). Os textos legais (sejam quais forem) quando interpretados produzem uma norma jurídica. Logo, diferentemente do que sustenta Alexy (2008, pp. 51/85) não é a norma que produz um princípio ou uma regra, mas um princípio ou uma regra que, quando interpretado, produz uma norma. Assim, texto e norma são coisas distintas (o que obsta o formalismo objetivista da interpretação), mas não estão separadas, e sim conectadas (o que obsta o subjetivismo da interpretação) (STRECK, 2012, p. 336).

Segundo, os princípios constitucionais, como a dignidade humana, a igualdade e a solidariedade, são vistos como o ponto de partida para toda produção legislativa e, posteriormente, como elementos guias para o fechamento (e não abertura pura e simples) da interpretação (STRECK, 2012, p. 221). Na esteira do que sustenta Ferrajoli (2006, p. 67), não obstante os conteúdos dos princípios sejam, mais ou menos, vagos, uma de suas funções precípua é aumentar a certeza do direito, limitando o número de respostas possíveis ao determinar que o intérprete associe sua resposta ao significado mais adequado à Constituição.

Em assim sendo, a distinção em *hard e easy cases* é vista com ressalvas – especialmente no Brasil, onde se tem por prática a *ponderação à brasileira*<sup>6</sup> –, pois significaria dizer que, no caso da antinomia de regras, não seria necessária a observação dos princípios (já que haveria uma “presunção de constitucionalidade”, valeria a regra do “tudo ou nada” e a solução se daria pelos critérios da exceção, hierarquia, especialidade ou cronologia), os quais apareceriam somente no caso da colisão de princípios. De fato, há uma incindibilidade entre *hard e easy cases* (STRECK, 2013b, p. 353): quando se interpreta, se interpreta o todo e não a

---

<sup>6</sup> “Ou seja, a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito. Não esqueçamos que nos defrontamos cotidianamente com as mais variadas decisões sustentadas na ponderação de princípios. Assim, por exemplo, há decisões deferindo o direito a aluno de curso de biologia a não dissecar animais (qual o direito fundamental que estaria violado?), assim como decisões que, por vezes deferem e por vezes indeferem remédios para doentes em estado grave (nos dois casos, usa-se a ponderação) [...]” (STRECK, 2013b, p. 363).

## **O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

parte, de forma que mesmo a antinomia de regras deve ser solucionada com a observação dos princípios. Não fosse assim, estar-se-ia dizendo que as regras se aplicam por subsunção pura e simples e os princípios por ponderação, ressuscitando-se o positivismo em ambos os casos.

Neste quadro, vale consignar, por fim, em seguimento às linhas dos desafios apontados por Fachin (2008, pp. 12-13), que a constitucionalização do direito privado impõe uma revisão de comportamentos (além da revisão das teorias), os quais se iniciam na vida em sociedade, perpassam o ensino jurídico e desaguam na prática jurídica. É interessante constatar que essas mudanças há tempos foram recepcionadas pelos estudiosos do direito constitucional como um caminho (muito) óbvio e necessário, decorrente do constitucionalismo contemporâneo. Daí o porquê se diga que já se pode começar pelo *fim* (FACHIN, 2015, pp. 11-13), ou seja, começar pelo o que se tem hoje em direção ao futuro, ao invés de se debater em demonstrar o que se tinha ontem em relação ao hoje (em direção ao passado). Se percebe daí que eventuais resistências na constitucionalização do direito privado são, na verdade, resistências a própria plenitude da Constituição.

### **3. O ESTADO-DA-ARTE DA DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO ATÉ ENTÃO**

O direito público e o direito privado traçaram no passado suas próprias linhas históricas. Ao tempo que o direito público era sempre visto como atrelado à Constituição e ao Estado e seus interesses, o direito privado via-se amarrado ao Código Civil, a algumas legislações esparsas e aos particulares e seus interesses. Fato é que, dentre as diversas separações que serão apresentadas, nenhuma é digna de ocupar um espaço pragmático, quando muito prestando para fins didáticos nos bancos de graduação. Por outro lado, até mesmo a lógica sobre existir uma dicotomia é questionável diante do atual estágio da constitucionalização do direito privado.

Antes de tudo, porém, convém determinar o que é uma “dicotomia” e a abordagem de Bobbio parece ser adequada para tanto. Bobbio (2010, pp. 13-15) irá sustentar que uma dicotomia se constrói sobre dois requisitos fundantes: a) a existência de duas esferas conjuntamente exaustivas e reciprocamente exclusivas (ou excludentes); b) e que a divisão seja total e principal, de modo que todos os elementos encontrem lugar em uma ou outra esfera e que outras dicotomias sejam secundárias diante da grande dicotomia. Ainda, os termos da dicotomia podem ser definidos ou sendo uma esfera independente da outra, ou

## O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?

sendo somente uma das esferas definidas, de modo que a outra terá obrigatoriamente conotação oposta.

Assim, para Bobbio (2010, p. 14), público e privado seriam esferas específicas e dignas de estudos próprios, de sorte que, genericamente, o privado seria tudo aquilo que não é público ou o público seria tudo aquilo que não é privado. Em assim pensando, a tensão entre o público e o privado faz com que essas esferas limitem-se e condicionem-se reciprocamente – de modo que o alargamento de uma implica na diminuição da outra –, encerrando qualquer possibilidade de uma terceira esfera, a qual não seria nem pública, nem privada, sendo, na verdade, uma esfera “mais ou menos” (LACERDA, 2010, p. 55).

Todavia, de forma específica, a distinção entre o que é “público” e o que “é privado” nunca foi objeto consenso. Neste sentido, vale recordar o estudo elaborado por Saldanha (2005), no qual demonstra que as ideias de público e de privado, e portanto também a percepção e eventuais conteúdos, em termos gerais, variam no espaço e no tempo. Logo, o mesmo pode-se dizer do “direito público” e do “direito privado”, os quais tendem a transformarem-se reflexivamente nas variações dos espaços público-privado (SARMENTO, 2010, p. 29).

Ao longo do seu estudo, a diferenciação entre público e privado já contou com diversos critérios advindos, em geral, de dois grandes grupos: as teorias substancialista (onde o critério diferenciador estará na substância do objeto analisado – dentre as quais a teoria dos interesses envolvidos e a teoria do fim) e as teorias formalistas (onde o critério diferenciador recai sobre forma do ato ou do objeto analisado – como a teoria do sujeito titular da ação e a teoria da natureza da relação jurídica, por exemplo) (NADER, 2007, pp. 99-101). Para ilustrar, costumava-se afirmar que, se o interesse numa matéria fosse do Estado (ou majoritariamente dele), ou visasse defender o interesse público, atingindo (se atingir) o interesse privado indiretamente, então seria tal matéria de direito público (teoria do interesse). Também, se a matéria envolve-se sujeito munido de autoridade pública, então seria ela de direito público (teoria do sujeito) (CONSCIÊNCIA, 2004, p. 29).

Residualmente, costuma-se afirmar que são três as principais teorias (ao menos no ordenamento brasileiro) que definem o que seja direito público e direito privado, sendo elas: a) teoria da prevalência do interesse (onde é direito público aquilo no que prepondera o interesse público e direito privado aquilo no que prepondera o interesse privado); b) teoria da natureza das relações jurídicas (segundo a qual direito público é aquele no qual a relação jurídica impõe a parte privada sua subordinação perante o Estado e direito privado onde há paridade entre as partes envolvidas) e; c) teoria subjetiva (para a qual o direito público é

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

aquele que tem a figura do Estado – em sentido amplo – na função de autoridade pública e o direito privado é aquele no qual a figura do particular participa com outro particular ou com o Estado, desde que não como autoridade pública) (SARMENTO, 2010, pp. 30-31; LÔBO, 2013, p. 22).

Todavia, há quem defenda um terceiro grupo (entre o direito público e o direito privado), denominado de teoria trialista (GUSMÃO, 2001, p. 193), no qual as esferas públicas e privadas se misturam. Seriam exemplos deste âmbito o direito do consumidor e o direito do trabalho, onde há aclarados interesses público e privado agindo de modo concorrente na relação jurídica. Óptica semelhante é adotada pela teoria dos interesses difusos, no sentido de que existe a esfera do direito público, a esfera do direito privado e a esfera dos direitos difusos (NUNES, 2011, pp. 173-176). Pode-se mencionar igualmente neste conjunto a teoria das intersecções jurídicas entre o público e o privado (REIS; CERQUEIRA, 2013, p. 9) que irá sustentar a existência de um grande espaço onde estarão inúmeras inter-relações jurídicas que serão de interesse concomitante do público e do privado, mas ainda assim, resguardando um pequeno espaço para as relações de cunho apenas público e outro para as relações de nota apenas privada.

Também as teorias monistas, como a de Kelsen (1998, p. 197), onde o autor defende que, como todo direito e dever advém de uma faculdade, obrigação, tolerância ou proibição do Estado, todo direito é, na verdade, direito público, até mesmo o mais privado dos contratos (como o casamento), uma vez que o casal somente pode casar porque assim é autorizado (ou não é proibido) pelo Estado. Note-se, porém, que Kelsen não cogita uma unificação do público com o privado, pois, para ele, tal dualidade sequer chegou a existir.

Ainda, some-se a tal celeuma, a atual tendência – tão cara aos administrativistas modernos – de ver o primado do interesse público sobre o interesse privado (que tende a ser mais ou menos austero dependendo do entendimento sobre existir ou não uma dicotomia, intersecção ou unificação do direito público e do direito privado) (BOBBIO, 2010, p. 15). Historicamente, se no século XIX, no tempo das codificações e sob as noções jusnaturais racionais e iluministas do período – que reservavam o público ao Estado e o privado aos particulares –, podia-se falar da primazia do privado sobre o público (MARTINS-COSTA, 2006, p. 67), no século XX o inverso acontece, erigindo-se como superior o público. Tal perspectiva se funda na ideia de uma contraposição do interesse público ao interesse privado ou, em outros termos, do interesse coletivo sobre o interesse individual. Em certa medida, tal ideia é fonte e tem como consequência uma maior intervenção do Estado na esfera privada de

## **O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

cada indivíduo, movimento historicamente iniciado a partir do século XX (LACERDA, 2010, p. 58).

Atualmente, parece que a constitucionalidade contemporânea e a teoria dos direitos fundamentais (lidos como de conteúdo principiológico, de caráter concorrente e de vitalidade atestada em cada contexto específico) afasta e torna obsoleto falar-se em “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado”, não só por representar um ranço de um Estado de feições pouco democráticas, mas também por alimentar a discricionariedade e obstar a hermenêutica constitucional hodierna (SARMENTO, 2010, p. 27/114). Vale dizer, de forma bastante clara e diante dos elementos há pouco citados, que tal princípio não mais existe, mesmo porque a Constituição sequer o reconhece (nem mesmo *prima facie*). Mesmo em casos mais austeros, como uma epidemia nacional ou casos de guerra onde se decida a favor do interesse público<sup>7</sup>, o que se tem (ou deveria ter) é uma interpretação constitucional com base no contexto do caso proposto e não uma “supremacia do interesse público” com base no princípio homônimo.

Diante disso, portanto, a ideia da dicotomia público-privado, merece ser repactuada, de acordo com sua historicidade e com o atual estágio da constitucionalização do direito, para que se alcance uma visão satisfatória desta relação. Logo, resta saber se há dicotomia, intersecção ou unificação do direito público e do direito privado.

### **4. DICOTOMIA, INTERSECÇÕES OU UNIFICAÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO?**

A distinção entre duas esferas jurídicas, uma do público e uma do privado, é fruto da modernidade liberal, notadamente no tempo das codificações e especialmente nos países de tradição romano-germânica. Nessa lógica, a dicotomia apareceria como óbvia sob o argumento de que as questões e os interesses envolvendo governantes (e assemelhados) e governados são absolutamente distintas e orbitam direitos e deveres próprios de cada esfera (DAVID, 1998, p. 67). Tal abordagem, como percebeu-se nos itens anteriores, foi amplamente adotada no período das codificações, criando uma barreira entre o direito público e o direito privado e, conseqüentemente, um distanciamento entre a Constituição e o Código civil (e leis privadas esparsas), respectivamente.

A dicotomia jurídica público-privado fazia sentido e era de fácil demarcação, mormente em razão da própria teoria jurídica reinante naquele interstício, na qual a Constituição previa

---

<sup>7</sup> Não confundindo interesse público com interesse do Estado (BARROSO, 2010, p. XIV-XVI).

## **O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

deveres negativos ao Estado (e opostamente direitos de defesa ao cidadão) e o Código Civil anotava direitos liberais de toda ordem ao cidadão (e opostamente deveres de tolerância e abstenção ao Estado) (LACERDA, 2010, pp. 59-61). Havia, contudo, uma clara confusão entre o conteúdo do “público” e do “estatal”, como se sinônimos fossem, não reconhecendo-se, assim, a figura do público não-estatal de modo límpido. Em resumo, é possível afirmar que no período que se estende do início do século XIX até o início do século XX a dogmática jurídica reconhecia e incentivava a existência de uma dicotomia jurídica entre o público e o privado.

Por outro lado, a partir das Constituições de notável conteúdo social a esfera pública ganha novo fôlego, empoderando-se, chegando a superar (ou, em outro sentido, a se equiparar) a esfera privada. Passa-se a um redimensionamento jurídico do espaço privado e da autonomia privada, em nome da igualdade material e do interesse público (alimenta-se a ideia do superior interesse público sobre o privado) (WIECKER, 2010, pp. 598-626). Nessa perspectiva, um Estado incumbido de obrigações positivas torna-se mais interventivo, regulador e fiscalizador em setores chaves como economia e mercado, reduzindo palpavelmente a liberdade individual nestes âmbitos (TIMM, 2008, p. 42). Logo, ao longo da primeira metade do século XX, a dicotomia jurídica público-privado ainda subsistia, porém agora temperada com algumas infiltrações do público no privado (como no caso de regulação do mercado).

Já a partir da segunda metade do século XX, das Constituições lidas como democráticas e das legislações infraconstitucionais voltadas para interesses difusos, a defesa quanto à existência desta divisão jurídica entre o público e privado se enfraquece. A conjugação da teoria constitucional com a teoria civilista faz nascer o direito privado constitucionalizado, que trouxe como efeitos notórios a repersonalização do direito privado e o aprimoramento da privatização do direito público e da publicização do direito privado (FACHIN, 2015, p. 11). Esse movimento, obviamente, careceu de veículos que lhe dessem poder de ação, dentre os quais: a teoria da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a teoria da eficácia irradiante, a teoria dos deveres de proteção (SARLET, 2008, p. 306), bem como o alargamento dos poderes da jurisdição constitucional e, de modo mais geral, o amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais que os equiparou em força normativa em abstrato, demandando a ressignificação da própria hermenêutica jurídica constitucional e a crítica à dogmática jurídica (STRECK, 2013a, pp. 37-77).

Neste contexto, abrem-se duas novas perspectivas mais aceitas quanto à ideia jurídica de dicotomia público-privado. A primeira asseverando a existência da dicotomia, mas

## O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?

igualmente a noção de intersecções entre o público e o privado. A segunda, defendendo a unificação das esferas pública e privada, sob a lógica de unicidade, coerência e integridade do sistema jurídico.

Antes de ingressar nessas perspectivas, vale anotar, por oportuno, uma observação: a ideia de uma dicotomia “jurídica” público-privado não se equipara a dicotomia público-privado “não-jurídica”. Por evidente, então, que se está a tratar da dicotomia jurídica e não dos atos da vida de um cidadão que ora podem ser privados (seus segredos, intimidades etc.) e ora podem ser públicos (sua profissão, seu lazer etc.) – por mais que estes atos diários da vida de qualquer pessoa possam ter relevância jurídica. Em outros termos, o “jardim e a praça” (SALDANHA, 2005) são plenamente aceitos num aspecto “não-jurídico”. Dito isso, adiante.

Quanto à noção de intersecções jurídicas entre o público e o privado a visão é de que há um grande espaço onde os conteúdos próprios da esfera pública dialogam e inter-relacionam-se com os conteúdos próprios da esfera privada (LORENZETTI, 1998, p. 84). Seriam exemplos desta dinâmica a função social da propriedade, onde entende-se que a propriedade privada para ter legitimidade jurídica carece cumprir com certos desideratos de sua espécie (como o caso da propriedade imóvel que não pode ser meramente especulativa e sem utilidade real ou violadora do meio ambiente); também o exercício dos direitos da personalidade que acabam sendo limitados pela ideia de “interesse público” e “bons costumes”. De outro lado, poder-se-ia citar a execução de obras por meio de parcerias público-privadas e a delegação de serviços públicos a empresas privadas, assim como as reformas no entendimento da responsabilidade civil do Estado.

Note-se, entretanto, que nesta perspectiva o reconhecimento de intersecções jurídicas entre o público e o privado não significa o fim da dicotomia público-privado. É como se, em cada lado da esfera maior que forma o âmbito de intersecção, existissem pequenas arestas (ou semicírculos), de um lado para o público e de outro para o privado, reconhecendo, portanto, a existência de matérias exclusivamente públicas e outras exclusivamente privadas (REIS; CERQUEIRA, 2013, p. 9) – ainda que em número bem reduzido. Seriam os casos, de um lado, dos contratos internacionais entre Estados e, de outro lado, dos contratos de doação entre partes privadas, por exemplo.

A posição que defende as intersecções jurídicas entre o público e o privado é passível de críticas contundentes que, em boa medida, são realizadas pela posição da unificação do público e do privado. No mérito, a teoria da unificação entre o público e o privado se opõe a lógica dicotômica e, portanto, igualmente a noção de intersecções (LUDWIG, 2002, p. 112) (que ao fim e ao cabo redimensiona e mantém a dicotomia, dela valendo-se para dizer que

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

existe um espaço comum de diálogo entre o público e o privado) por entender que no atual estágio da constitucionalização do direito há uma evidente unicidade, coerência e integridade do sistema jurídico que deve ser observada e respeitada (SARMENTO, 2010, p. 50). Essa perspectiva produz como efeitos diretos:

a) o entendimento de que toda norma jurídica possui, ao mesmo tempo, um duplo aspecto, um público e outro privado, sem que isso signifique que ela pertença a qualquer esfera (mesmo porque não se admite a possibilidade de esferas). Trabalhando com os exemplos acima, seria equivalente a asseverar que no contrato de doação entre partes privadas há de um lado (privado) o direito da parte doar seus bens como melhor lhe aprouver, mas, de outro lado (público), há certas limitações, como a proibição de doação universal (artigo 548, do Código Civil) sem reserva de patrimônio mínimo, impostas pelo Estado e pelo interesse público. E o mesmo se aplica a hipótese do contrato entre Estados, pois, de um lado (público), está o direito do Estado em contratar a partir de seu entendimento de pertinência e visando interesses públicos, todavia, de outro lado (privado), afirmar que esses contratos são exclusivamente públicos seria desconsiderar os efeitos que ele trará ao privado, especialmente ao mercado, eventualmente. A mesma lógica pode ser replicada em outros casos como: no contrato de casamento – tipicamente um contrato privado – há proibição de poligamia calcada no interesse público e bons costumes; nas contratações em geral entre partes privadas há o dever de respeitar a boa-fé e a função social do contrato, bem como a proibição de pactuação de cláusulas leoninas ou indignas; e nos direitos da personalidade que, não obstante sejam diretamente conectados com a essência da pessoa humana, acabam sofrendo limitações no seu exercício por parte do Estado e com vistas a um suposto interesse público.

b) por sua vez, a questão do interesse – e mesmo dos agentes envolvidos – é vista com ressalvas. A noção aplicada é de que no máximo poder-se-ia falar de um interesse primário ou majoritário, mas nunca em um interesse exclusivo do público ou do privado. Ainda assim, esse interesse ficaria sempre atrelado a uma interpretação em concreto, pois, em abstrato permanece-se no plano das suposições. Logo, quando o Estado resolve rever suas políticas fiscais e orçamentárias, pode ser que num primeiro momento isso lhe seja supostamente mais interessante que ao interesse privado. Porém, no momento em que essas medidas passam a afetar o cotidiano privado (inflação, aumento da moeda estrangeira e dos preços em geral, etc.) é razoável crer que, em muitos casos, o interesse passe a ser majoritariamente privado, pois algumas pessoas ver-se-ão diante de escolhas trágicas, como pagar a luz ou pagar o aluguel (IPTU, alimentos, material escolar, etc.). Em sentido contrário, pense-se em pessoas que decidem realizar práticas de *skywalking* ou *rope jumping* sob o argumento desportivo e



**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

exercendo sua autonomia privada. Inicialmente poder-se-ia cogitar primariamente o interesse privado, contudo, bem se sabe que tais práticas são consideradas perigosas e, portanto, não é raro ver ações de interesse público coibindo-as, momento no qual o interesse público passa ser majoritário.

Questões polêmicas que ilustram adequadamente o que se diz são: a transfusão de sangue em pessoas de determinadas religiões que se opõem ao procedimento médico, a eutanásia e o aborto (para além das hipóteses já autorizadas). Ainda é possível que em inúmeras situações seja impossível determinar o interesse majoritário, mesmo em uma situação em concreto, como quando o Estado decide realizar uma obra pública onde é ululante a confluência do interesse público e do interesse privado concomitantemente (pense-se na construção de uma escola, de um hospital, de serviços de saneamento básico, por exemplo).

c) ocorre uma revisão na interpretação jurídica que abandona dogmatismos como “supremacia do interesse público sobre o privado” e “ponderações” de escolha (e não de decisão) entre um direito e outro. Em outros termos, significa que dar sobrevida à dicotomia público-privado ou apostar na ideia de intersecções jurídicas entre o público e o privado fere a unicidade, a coerência e a integridade do direito, trazendo efeitos negativos também para o processo interpretativo que passa a ser amolgado por decisionismos e fracionado em “métodos”, etapas e blocos (STRECK, 2010, p. 162). A lógica de unificação entre o público e o privado aposta no processo hermenêutico observando o sistema como uno, prestigiando a sua integridade e buscando sua coerência. Evitam-se assim decisões estapafúrdias que foram “ponderadas”, mas que, na verdade, são filhas do decisionismo com o pragmatismos e política(gem) judiciária (STRECK, 2013a, p. 287), como os famosos casos do “banco de dados dos consumidores” que se tornou “ferramenta da análise de crédito”, afim de evitar um sem número de ações contra empresas como SERASA e SPC<sup>8</sup>, bem como do “dano moral que ocorreu, mas não é indenizável” só porque ocorreu no sistema penitenciário brasileiro e que, assim, demandaria incontáveis ações dos apenados em regime fechado instituindo o “pedágio masmorra”<sup>9</sup>. Em ambos os casos as lógicas obsoletas da “supremacia do interesse público” e da “dicotomia jurídica público-privado” apareceram e não só se mantiveram como foram ratificadas e reforçadas institucionalmente.

d) por fim, o ensino jurídico e a percepção leiga passam a ser reformulados. O ensino jurídico se altera uma vez que aos professores incumbe ensinar e aos alunos cabem aprender a pensar juridicamente o sistema jurídico como unificado, íntegro e coerente e não em

---

<sup>8</sup> Recurso Especial nº 1419697-RS.

<sup>9</sup> Recurso Especial nº 962.934/MS,

## **O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É (CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

repartições com fórmulas e regras individualizadas em cada “ramo”. Assim, aprende-se a enxergar que um contrato de compra e venda entre particulares deve ser considerado em sua dupla perspectiva: privada e pública; evitando considerações fragmentadas que se apoiam exclusivamente sobre o Código Civil, por exemplo, deixando de lado a Constituição, a doutrina e a jurisprudência.

Por seu turno, a percepção leiga sofre influxos diretos dessa perspectiva passando igualmente a perceber seus direitos e deveres como duais, dialogais e dotados de valor privado e público. Logo, o leigo que compreende que seu direito de vizinhança como portador de uma relevância para si, para o outro e para o todo, desenvolve mais adequadamente notas de cidadania e responsabilidade. Isso parece ser pouco viável no entendimento da dicotomia ou das intersecções, tendo em conta que aprisionam o pensamento na divisão (em maior ou menor medida) e criam uma tensão entre o público e o privado (como em pensamentos do tipo “o ‘meu’ direito” e “a ‘minha’ obrigação”).

Diante desse quadro, no atual estado-da-arte do constitucionalismo contemporâneo, é aceitável perceber as ideias de dicotomia jurídica público-privado e de intersecções jurídicas entre o público e o privado como percepções obsoletas e contraproducentes ao direito, especialmente por trabalharem com lógicas defasadas que fragmentam o sistema jurídico, desconsiderando sua unicidade, integridade e coerência e, pior, perpetuando pontos nefastos da dogmática jurídica e do senso comum teórico dos juristas.

### **CONCLUSÃO**

A tradição jurídica de desenvolver noções distintas para o direito público e para o direito privado não mais se sustenta no atual estágio da ordem jurídica brasileira. Crer nesta dicotomia equivale a desconsiderar todas as transformações trazidas pela constitucionalização do direito a partir das abordagens dos direitos fundamentais e da hermenêutica contemporânea. Neste sentido, direito público e direito privado passam a ser dimensões de um mesmo objeto, o ordenamento jurídico, que é uno e deve ser íntegro e coerente.

Logo, não há separação (não há dicotomia) e, em assim sendo, não há como se falar em intersecções jurídicas entre o público e o privado, pois a ideia de intersecções pressupõe a dicotomia. Por outro lado, na perspectiva da unicidade do sistema jurídico, público e privado são dimensões jurídicas de todos os direitos e deveres (e não esferas nas quais estão um e não outros direitos). Como se demonstrou, somente a visão da unicidade é hermeneuticamente

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

adequada para representar a coerência e a integridade que o direito constitucionalizado demanda.

Ainda, não obstante a existência da dicotomia público-privado ser socialmente fática, é importante perceber que, notadamente nas relações jurídicas, público e privado são complementações e não ambiguidades, muito embora em determinadas situações possam aparecer tensões entre as esferas. No mesmo sentido, essa complementariedade é, também, intrínseca num e noutro, ou seja, no privado está o público e no público está o privado. Ou, em outra perspectiva, o público interessa ao privado e vice-versa.

Destarte, a definição da dicotomia serve mais para fins didático-operacionais e menos para a análise contextual. Logo, entende-se que a defesa sobre a existência de uma dicotomia jurídica público-privada dá-se na mesma lógica: mais para fins didático-operacionais e menos para fins de análise (interpretação) contextual. Ademais e em assim sendo, uma análise conjuntural somente pode ser plena se considerar a complexidade que o interesse público e o interesse privado tencionam em cada situação jurídica (sem que haja uma supremacia previa, portanto), bem como a ideia de bem comum concomitantemente ao caráter contramajoritário erigido pelos direitos fundamentais. Tais questões, a título de efeitos concretos, representam a incindibilidade da ordem jurídica – não havendo falar em público e privado enquanto dicotomia –, a qual deve sempre ser observada sob uma perspectiva ampla e complexa, onde público e privado, em abstrato, possuem o mesmo valor e, ao mesmo tempo, dialogam constantemente, um interessando ao outro.

Afinal, a realidade social e a ordem jurídica dividem-se em blocos de público e privado somente por critérios de conveniência. Em realidade, tal divisão não se opera, pois não há como dividir momentos exatos e cadenciados de acontecimentos ora apenas públicos, ora apenas privados. Note-se: a ideia de casamento civil, talvez o mais privado dos “contratos”, envolve tanto questões de razão privada quanto de razão pública que conversam intensamente e incessantemente – justificando o porquê do Estado não ser neutro quanto a tal relação jurídica. Em verdade cada acontecimento (jurídico ou não) tem um sistema dialogal entre um aspecto de relevância privada e outro de relevância pública, o que não faz (pelo contrário, evita) que seja alocado em um ou outro bloco exclusivamente, pois, em assim sendo, a dicotomia sequer existe.

Dito isso, conclui-se que, em tempos de direito privado constitucionalizado, falar-se em dicotomia público-privado ou em intersecções jurídicas entre o público e o privado é contraproducente, pois atrasa e, em certa medida, opõe-se à plena constitucionalização do direito. Pelas razões expostas, melhor seria tratar o público e o privado, no âmbito jurídico,

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

como dimensões de cada direito ou dever, respeitando a unicidade, a coerência e a integridade que a ordem jurídica teoricamente impõe e efetivamente carece.

**REFERÊNCIAS**

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Sistema Jurídico e Unidade Axiológica. Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 01, p. 73-114, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. p. Vii-XVIII.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.

BOLESINA, Iuri; DIAS, Felipe da Veiga. A decisão judicial mais adequada à constituição personificada no atual constitucionalismo brasileiro e o paradigma da roupa invisível da interpretação positivista. In: CIRAILINI, Alvaro Luis de A. S. (Org.). *Temas de jurisdição constitucional e cidadania: linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais*. Brasília: IDP, 2014, v. 1, p. 114-144.

CAENEGEM, R.C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

CANARIS, Claus-Wihelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado* Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

CONSCIÊNCIA, Eurico Heitor. *Breve introdução ao estudo de direito*. 2. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2004.

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na Vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

\_\_\_\_\_. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 85-106.

GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. T. I. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1932.

GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. *O dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed., rev. com alt. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. SOUZA NETO. Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 97, 2008, pp. 105-122.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-28.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, 1999, p. 99-109.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. 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.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 103, ano XXXIII, p. 69-94, 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 28. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-11.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para análise. In: *Revista Atos e Fatos*, v. 1, p. 126-139, 2009.

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (orgs.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 2033-2064.

REIS, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Katia Leão. Apresentação. In: REIS, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Katia Leão (Orgs). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2013, pp. 9-10.

REIS, Jorge Renato dos; ZIEMANN, Aneline. Constitucionalismo Contemporâneo e Princípio da Solidariedade: intersecções jurídicas. In: *Anais do X Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, Santa Cruz do Sul, 2013.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. Recife: Atlântica, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 296-310.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23-118.

SAVIGNY, Friedrich. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Madrid: La España Moderna, 1946.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig. et al. Organizado por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. In: *Revista Direito e Práxis*, v. 4, p. 343-367, 2013b.

**O DIREITO CONSTITUCIONALIZADO E AS ESFERAS JURÍDICAS PÚBLICA E PRIVADA: É  
(CONTRA)PRODUCENTE FALAR NESSA DISTINÇÃO?**

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.), *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, pp. XV-XXXIII, 2007.

\_\_\_\_\_. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 356-371.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: Las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-237.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Trad. de A.M.Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2010.