

# A DIVISÃO DO DIREITO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

## THE DIVISION OF LAW IN BRAZIL AFTER THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988.

*Carlos Augusto de Oliveira Diniz<sup>1</sup> / Rogério Nogueira Guimarães<sup>2</sup>*

**Resumo:** É importante ponderar que a divisão que é feita do direito apresenta uma conotação basicamente didática, pois com a divisão podemos facilitar o estudo de tal ciência. Num segundo momento a divisão pode representar uma nova forma de encarar e entender o próprio ordenamento jurídico analisando seus aspectos históricos e sociais. Nesta linha o presente trabalho pauta-se no método dedutivo e tem como objetivo geral fazer uma análise acerca da divisão do direito de maneira geral, e como objetivo específico visa analisar a alteração do modelo classificatório no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ao final demonstra-se que tais objetivos foram alcançados.

**Palavras chave:** Divisão do Direito, Democracia

**Abstract:** It is important to consider that the division is made of the right has a connotation primarily didactic, because the division can facilitate the study of this science. Secondly division may represent a new way of seeing and understanding law itself analyzing their historical and social aspects. In this line the present work agenda in the deductive method and aims to make a general analysis about the division of law in general, and specific objective is to analyze the change of the rating model in Brazil after the promulgation of the 1988 Constitution. At the end demonstrates that these objectives have been achieved.

**Keywords:** Division of Law, Democracy

### 1. Introdução

A priori o direito pode ser dividido em três grandes binômios a saber: 1º) positivo e natural; 2º) objetivo e subjetivo; 3º) público e privado. O presente trabalho propõe uma ideia

---

<sup>1</sup> Docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (Unidade de Paranaíba). Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. E-mail: [carlosaugustodiniz@hotmail.com](mailto:carlosaugustodiniz@hotmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3127802813505867>

<sup>2</sup> Docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (Unidade de Paranaíba). Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. E-mail: [rogerio.ng@hotmail.com](mailto:rogerio.ng@hotmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0295057781995793>

de que a existe uma nova classificação deste terceiro binômio após a Constituição Federal de 1988.

## **2. Direito Positivo e Direito Natural.**

No que tange a separação entre direito positivo e direito natural é salutar ponderar que o direito positivo é aquele vigente dentro de um território em certo tempo, e o direito natural liga-se a uma ideia abstrata do direito, uma justiça superior suprema, uma espécie de algo maior. Ademais, o direito positivo aqui dito não necessariamente precisa ser escrito, pois o direito de formação jurisprudencial como o inglês também é entendido como positivo segundo pondera o professor Carlos Roberto Gonçalves (2010).

Atualmente o direito natural é estudado com o nome de *jusnaturalismo* e teve como expoentes Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. E no século XVI Hugo Grócio defendeu a existência de um direito ideal e eterno, ao lado do direito positivo, sendo tal pensador considerado o fundador da nova escola de direito natural. Insta frisar que o *jusnaturalismo* é refutado pelas escolas História e pela Positivista (GONÇALVES, 2010).

De fato não se pode negar à existência de leis anteriores que inspiraram o direito positivo as quais mesmo não escritas encontram-se na consciência dos povos. Por isso não se pode falar que a ambos se contrapõem, na verdade um serve de inspiração ao outro, ou seja, o direito natural, a exemplo do que ocorre com certas regras morais, tende a converter-se em direito positivo, ou a modificar o direito preexistente.

## **3. Direito objetivo e Direito subjetivo**

Com relação a esta separação é importante desde já informar que se trata de tema bastante polêmico no meio jurídico como veremos a seguir. O direito Objetivo pode ser entendido como o conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter geral, a cuja observância os indivíduos podem ser compelidos mediante coerção, é conhecida como *norma agendi*.

E justamente este conjunto de regras jurídicas comportamentais gera para os indivíduos a faculdade de satisfazer certas pretensões e de praticar os atos necessários a realização de tais objetivos chama-se de *facultas agendi*. Por isso o direito subjetivo nada mais é do que a faculdade individual de agir de acordo com o direito objetivo, e de invocar sua proteção. Logicamente isso se busca no caso concreto (GONÇALVES, 2010).

O direito subjetivo é o poder conferido a alguém de agir e também exigir de outrem determinado comportamento, daí porque se entende que o direito subjetivo se modifica a

medida que o direito objetivo também é alterado. As doutrinas que defendem a existência do direito subjetivo se desdobram em três teorias:

**a) teoria da vontade:** onde o titular do direito é o único juiz da conveniência de utilização deste direito, porém, existem direitos em que não existe uma vontade real do seu titular é o que ocorre com os incapazes; **b) teoria do interesse:** é defendida por Rudolf Von Lhering e segundo o autor seria o direito subjetivo nada mais que o interesse juridicamente protegido, tal teoria é criticada porque confunde o direito subjetivo com o seu conteúdo; **c) e a teoria mista:** naturalmente é aquela que conjuga elemento das duas outras cujo principal defensor é Georg Jellinek que entendia o direito subjetivo como interesse protegido que a vontade tem o poder de realizar. (GONÇALVES, 2010).

#### **4. Direito Público e Direito Privado após a Constituição de 1988**

O direito objetivo analisado anteriormente se divide em direito público e direito privado. Tal separação origina-se no direito romano, porém até hoje não há um consenso sobre os seus traços diferenciadores. Dessa forma, existem vários critérios que tentam explicar o fundamento de tais diferenças, e existem ainda quem pensa que a divisão do direito em público e privado nada mais é que uma maneira de facilitar o seu estudo como Miguel Reale por exemplo.

Conforme cita o professor Carlos Roberto Gonçalves: “O direito público é o que corresponde às coisas do Estado; direito privado, o que pertence à utilidade das pessoas” (GONÇALVES, 2010, p. 26). Os critérios utilizados para explicar esta divisão são os seguintes: a) interesse; b) sujeito; c) finalístico; d) *ius imperium*.

**a) interesse:** Pelo critério do interesse o direito público é aquele que diz respeito aos negócios de interesse do Estado, e o direito privado é o que disciplina o interesse particular do cidadão. Tal critério recebe críticas no sentido de que não se pode dissociar o que seja interesse público e interesse privado, pois as normas sempre se entrelaçam, ou seja, “garantir o interesse individual também é atender ao interesse público”.

**b) sujeito:** o critério que se liga ao sujeito parte do entendimento de que o diferenciador é o titular da relação jurídica, ou seja, direito público é o direito que regula as relações do Estado com outro Estado ou com o particular, ao passo que privado é o direito que regula as relações entre os indivíduos. Mas a crítica aqui se refere ao fato de que em dado momento o Estado submete-se a normas de direito privado (*ex. Art. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante*

*interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários).*

**c) finalístico:** este critério assenta-se no interesse jurídico tutelado. Assim, são de direito público as normas em que predomina o interesse geral; e direito privado as normas que visam atender ao interesse dos indivíduos. Ponderam os críticos que tal critério deixa de considerar que toda norma tem um objetivo geral, pois quando o código civil regula a aquisição e perda da propriedade indiretamente está garantindo a paz social que é interesse geral.

**d) *ius imperium*:** aqui se leva em conta que o direito público é aquele que regula as relações do Estado com outras entidades sendo que àquele atua num sistema de verticalidade sobre a outra parte do contrato; e direito privado é o que disciplina as relações particulares entre si, e aqui ao contrário do público não existe uma verticalidade, mas sim uma horizontalidade, ou seja, as partes são vistas em igualdade. Às críticas a tal critério mostram que mesmo no direito privado existem relações de subordinação como a de pai e filho, curador e curatelado etc.

Como se pode perceber todos os critérios acima expostos sofrem críticas principalmente porque o direito é uno, existe uma inter-relação entre seus ramos. E isso reforça a ideia de que a divisão é feita meramente para ajudar no estudo é uma divisão didática e não conceitual.

Apesar disso o direito público é composto pelo direito constitucional, administrativo, tributário, penal, processual, internacional ambiental. Já o direito privado é constituído pelos seguintes ramos: civil, comercial, trabalho, consumidor, agrário, marítimo, aeronáutico. Frise-se, por exemplo, que não há como negar o aspecto de direito público que existe nos últimos três ramos citados.

O fato que merece destaque é que a separação do direito em público e privado é uma forma de analisar o direito que encontra-se superada, principalmente depois da Constituição Federal de 1988, conforme o entendimento do jurista Gregório Assagra de Almeida (2008) é preciso se desvencilhar da divisão que por muito tempo foi difundida no meio jurídico entre os ramos distintos do direito em Direito Público e Direito Privado. Essa divisão além de ser confusa conceitualmente falando ainda não se coaduna com os ditames constitucionais expressos no texto da carta política de 1988.

*O Direito Coletivo* estava no Estado Social de Direito sem base de amparo de enquadramento metodológico. No Estado Democrático de Direito, precisamente no caso brasileiro, ele compõe, ao lado do Direito Individual, a teoria dos direitos e

garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). É, destarte, a partir desses dois grandes blocos que devem ser construídos modelos explicativos. A *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não tem amparo no Estado Democrático de Direito, pois concebida e construída com base em um modelo de Estado e de Direito superado. Para a construção de novos modelos explicativos, faz-se fundamental levar em conta também os planos de proteção e da efetivação dos direitos como diretrizes magnas do Estado Democrático de Direito. A proteção e a efetivação ou é a *direito individual* ou a *direito coletivo*. (ALMEIDA, 2008, p. 182).

Dessa forma, percebe-se que essa nova divisão entre direito individual e coletivo abordada por Gregório Assagra (ALMEIDA, 2008) é a mais adequada ao modelo democrático de Estado. Principalmente se for entendido que o fim do Estado é promover o bem comum, e promover esse bem numa era de sociedade de massa é tutelar também em massa.

## 5. Conclusão

Portanto, essa nova classificação defendida por Gregório Assagra (ALMEIDA, 2008), qual seja, de uma classificação conforme a constituição de 1988 em direito individual e direito coletivo é importante para todo o ordenamento jurídico brasileiro, pois, representa na concepção do autor uma mudança, uma quebra, do paradigma anterior pautado em direito público e direito privado (ALMEIDA, 2008).

E isso se faz necessário porque a divisão antiga põe o Estado contra o indivíduo e isso de fato só combina com sistemas ditatoriais, por isso se diz que a Constituição de Federal de 1988 apresentou uma nova forma de entender e estudar o direito objetivo sob um olhar democrático.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: Superação da *Summa Divisio*** Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução a problemática científica do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Parte Geral.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.