

DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO (RESUMO DA TEORIA DE HANS KELSEN)

*PRIVATE LAW AND PUBLIC LAW: A SUMMARY OF THE
THEORY ESTABLISHED BY HANS KELSEN*

HANS (YITZHAK) KLINGHOFFER

Doutor em Direito (1927) e em Ciências Políticas (1930) pela Universidade de Viena. Assessor jurídico da Embaixada da Áustria no Brasil (1948-1953). Professor Titular da Universidade Hebraica de Jerusalém (1968-1974).

Transcrição e notas por:

LUCA AKIRA MOUTINHO FUJISAKA

Pesquisador da Rede de Direito Civil Contemporâneo e graduado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo. Advogado. akirafujisaka@gmail.com

Revisão da transcrição por:

LUÍS FELIPE RASMUSS DE ALMEIDA

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo (RDCC). luis@rasmuss.com.br

ÁREA DO DIREITO: Civil

SUMÁRIO: Teoria do interesse. Teoria da mais-valia. Crítica de Kelsen. Doutrina de Duguit.

A distinção entre Direito Público e Direito Privado constitui uma das bases essenciais do método tradicional de classificação do conjunto de fenômenos jurídicos em diversos ramos.¹

1. NT: Texto originalmente publicado sob a seguinte referência: KLINGHOFFER, Hans. Direito Público e Direito Privado (Resumo da Teoria de Hans Kelsen). *Revista Forense*, v. 89,

KLINGHOFFER, Hans (Yitzhak); Transcrição e notas por: LUCA AKIRA MOUTINHO FUJISAKA; Revisão da transcrição por: LUÍS FELIPE RASMUSS DE ALMEIDA. Direito público e direito privado (resumo da teoria de Hans Kelsen). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 32, ano 9, p. 415-422. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2022.

Todos os juristas conhecem, realmente, o velho hábito da doutrina de dividir o Direito em duas categorias e sabem enumerar as diferentes esferas de Direito que, segundo tal hábito, pertencem, conforme sua matéria particular, a esta ou àquela.²

Se, entretanto, se procura saber qual é o critério distintivo a que a doutrina e a prática jurídicas se conservam tão profundamente ligadas, numerosas teorias enfrentam logo a indagação. Todas elas, porém, se reportam a duas teorias originais, que o grande jurisconsulto austríaco Hans Kelsen denomina *teoria do interesse* e *teoria da mais-valia*. Seja-nos permitido dar aqui um resumo da crítica que ele as submete (ver HANS KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pp. 80 e segs. e *Reine Rechtslehre*, 1934, pp. 109 e segs.).

TEORIA DO INTERESSE

Ulpiano já dissera: “*Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus es quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad sigulorum utilitatem*”³. Eis a fonte onde a teoria do interesse tem a sua origem. Segundo ela, as regras do Direito que têm por fim o interesse geral ou coletivo fazem parte do Direito Público, enquanto as que visam aos interesses individuais se incluem no Direito Privado.

n. 39, p. 395-399, jan./mar. 1942. Para sua publicação na seção de Memória do Direito Civil da *Revista de Direito Civil Contemporâneo* respeitou-se a estrutura original do texto, com adequações mínimas de grafia à norma culta atual. O original não possui notas de rodapé. Adicionaram-se notas de rodapé inexistentes no texto original, com a tradução específica de citações em línguas estrangeiras. As notas usam a abreviatura “NT” = Nota do transcritor. Manteve-se o formato de citação originalmente adotado pelo autor. Toda a legislação referida é a vigente em 1942. No original, o autor assina-se como Hans Klinghoffer. Para esta nova versão, acresceu-se o nome hebraico Yitzhak, que passou a ser usado pelo autor após sua emigração para o Estado de Israel.

2. NT: Yitzhak Hans Klinghoffer (1905-1990), discípulo de Hans Kelsen, nasceu na Galícia (Império Austro-Húngaro, região atualmente integrante da Polônia e Ucrânia) e doutorou-se em Direito – no ano de 1927 – e em Ciência Política – em 1930 – na Universidade de Viena. Devido à ascensão do Nazismo no início do século 20, mudou-se inicialmente para a França e posteriormente para o Brasil, onde permaneceu entre 1941 e 1953, tendo assumido cargos de assessoria jurídica na Embaixada da Áustria no Rio de Janeiro. Em 1953, Klinghoffer muda-se para o então recém-constituído Estado de Israel, onde se tornou professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Hebraica de Jerusalém e posteriormente atuou na política israelense, tendo sido membro do Parlamento de Israel e um dos fundadores do Partido Liberal.
3. NT: Ulpiano. Dig. 1.1.1.2. “São duas as posições deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado das *res Romanae*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais.” Neste sentido, ver: JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano*: Liber Primus. trad. Por Hélcio Maciel França Madeira. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 19-20.

KLINGHOFFER, Hans (Yitzhak); Transcrição e notas por: LUCA AKIRA MOUTINHO FUJISAKA;
Revisão da transcrição por: LUIS FELIPE RASMUSS DE ALMEIDA. Direito público e direito privado (resumo da teoria de Hans Kelsen).
Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 32. ano 9. p. 415-422. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2022.

A essa doutrina, Kelsen censura, logo de início, por tomar como ponto de partida elementos de ordem meta-jurídica, elementos que, na sua opinião, devem permanecer à parte da ciência realmente pura do Direito.

A questão de saber que fins tais ou quais normas se destinam a realizar não tem nenhuma importância quanto à sua qualificação jurídica. Toda maneira de sistematizar juridicamente as regras de direito deve ser determinada pelo próprio conteúdo do direito e abster-se de procurar sua base fora dele.

Outra objeção contra que se choca, na opinião de Kelsen, a teoria do interesse consiste em que, mesmo feita abstração das considerações puramente jurídicas, é errôneo crer que uma norma não serve senão ao interesse público, enquanto uma outra norma só é útil aos interesses individuais. Toda regra de direito visa a um e outros. Uma necessidade particular garantida por uma norma jurídica torna-se, precisamente por isso, um interesse geral. Se, por exemplo, o sistema de Direito adota regras concernentes ao mútuo, exprime, por esse fato, o interesse que experimenta a coletividade com relação a tais regras. Por igual, cada vez que nos apresenta uma norma de Direito Administrativo ou Penal, podemos, sem maior trabalho, indicar as pessoas particulares a cujos interesses a norma corresponde. Tal fenômeno, é bem verdade, se faz menos comum no Direito Constitucional ou Processual. Mas aqui se trata de normas cuja estrutura jurídica é incompleta. Kelsen observa, aliás, que, sob este aspecto, a distinção entre Direito Público e Direito Privado muito se parece com aquela que se faz entre direito objetivo e direito subjetivo (distinção que igualmente refuta): o interesse garantido – direito subjetivo – aparece como interesse individual, enquanto a garantia do interesse – direito objetivo – se apresenta como interesse coletivo.

Todavia, Kelsen admite que, pelo seu conteúdo substancial, são as regras de direito suscetíveis de favorecer em larga medida, ora o bem comum, ora as necessidades particulares. Pode manifestar-se, sob a forma de introdução, na ordem jurídica positiva, de normas dispositivas, certa preexcelência dos interesses individuais. Há, porém, a assinalar aí, segundo Kelsen, que a distinção entre o *jus dispositivum* e o *jus cogens* é totalmente diversa da que se tomou por hábito fazer entre Direito Público e Direito Privado: de uma parte, existem no Direito Privado muitas normas da categoria de *jus cogens*, assim como se encontram no Direito Público normas de caráter dispositivo.

Outro meio, mais eficaz, de que se serve a técnica jurídica para considerar os interesses particulares consiste na instituição do contrato. Importa, neste passo, notar que o contrato não é especial ao Direito Privado. A própria doutrina tradicional conhece contratos de Direito Público (contrato de naturalização, operação plurilateral da nomeação de um funcionário etc.). Em compensação, basta pensar no poder do empregador em relação aos seus empregados para constatar que também no Direito Privado há atos unilaterais de força obrigatória.

Terceiro meio aplicado em favor das necessidades individuais consiste em fazer constar, nos elementos condicionais (condições do ato coercitivo) de certas regras de direito, a manifestação voluntária do indivíduo interessado, tal como a queixa, o recurso etc. Este método específico de defender interesses particulares é, entretanto, encontrado tanto no Direito Público como no Direito Privado. Frequentemente, o Direito Administrativo abre aos administrados, autorizando-os a pedir, por manifestação formal de sua vontade, a salvaguarda de seus interesses. O critério extraído desse método não permite, portanto, definir, por oposição, o Direito Público e o Direito Privado.

TEORIA DA MAIS-VALIA

Otto Mayer, em sua obra clássica, “O Direito Administrativo alemão”, concebe a diferença entre Direito Privado e Direito Público da forma seguinte (vol. I, 1903):

“A maneira pela qual a lei civil cria o regime de direito entre os indivíduos nos é sempre mais familiar: os interesses entre eles são iguais, a lei é colocada em plano superior a eles, como poder neutro e superior” (p. 105-6).

“A relação jurídica pertence ao Direito Público quando... uma das pessoas compreendidas é o Estado ou um corpo de administração própria (*Selbstverwaltungskorper*), uma pessoa, enfim, em que reside o poder público” (p. 135-6).

“A sujeição significa relação de duas pessoas desiguais no ponto de vista do Direito, relação cujo conteúdo é determinado pela vontade da pessoa superior. Neste sentido, a relação entre o Estado e o súdito é uma importante relação de sujeição” (p. 137).

Essa teoria, de sensível influência no Direito Administrativo contemporâneo, subordina a divisão do Direito em público e privado à diferente qualidade jurídica que atribui aos sujeitos entre os quais o Direito estabelece relações: são relações de Direito Público as existentes entre pessoas desiguais, entre pessoas das quais uma tem superioridade sobre a outra; de Direito Privado são as relações entre pessoas iguais, sem nenhuma superioridade de uma sobre outra. A teoria toma, pois, como ponto de partida, a hipótese segundo a qual certos sujeitos de direito, em primeiro lugar o próprio Estado, têm valor maior do que outros sujeitos de direito. Atribui às manifestações voluntárias de determinadas pessoas certa *mais-valia* em relação às manifestações voluntárias de todas as outras pessoas. É como Kelsen acaba por chamá-la de teoria da mais-valia.

Examinou-a Kelsen sob diversos pontos de vista, para chegar à conclusão de que é absolutamente inaceitável para uma ciência pura do direito.

De início, demonstra como se reflete, na teoria da mais-valia, a tese tradicional que distingue teoricamente o Estado do Direito. Frequentemente se consideram as

relações de Direito Privado como relações de Direito propriamente ditas, opondo-se lhes as relações de Direito Público como relações de sujeição, de poder, de dominação. Kelsen não reconhece absolutamente nenhuma diferença entre o Estado e o Direito. Para ele, o Estado e o Direito representam a mesma coisa e se identificam completamente e sem a menor reserva. Assim, é natural vê-lo repudiar toda distinção que se apoie na antítese das duas noções.

Quanto à pretensa superioridade, em valor jurídico, de umas sobre outras pessoas Kelsen considera-a inconciliável com a ideia do próprio Direito. A Ciência do Direito, diz ele, não tem por objeto os homens do mundo físico, submetidos às leis de causa; deve ocupar-se exclusivamente de dados (em alemão: *Tatbestände*) regidos pelo Direito e que, por isso, pertencem ao mundo normativo. As relações de direito são, portanto, não relações entre pessoas, mas entre dados de ordem jurídica. Como condições de efeitos jurídicos, todos esses dados são previstos em normas superiores, de forma que, sob este aspecto, isto é, quanto à sua condicionalidade jurídica, não existe nenhuma diferença entre eles. Para as relações de Direito Público, tanto como para as de Direito Privado, a validade da obrigação jurídica resulta sempre de uma norma geral, da própria Constituição, afinal. O ato jurídico privado, sendo, como é, previsto e delegado pela ordem estatal (*Staatsordnung*), é, em última análise, também ato do Estado.

As obrigações jurídicas nascem, de resto, frequentemente, não de manifestações da vontade humana, mas de acontecimentos exteriores; nunca se chegou, entretanto, a acreditar que tais acontecimentos tivessem *mais-valia* em relação às pessoas juridicamente alcançadas pelas obrigações que deles emanam.

Com muita frequência se vê extrair a ideia da *mais-valia* do Direito Público do seguinte raciocínio: no Direito Público, diz-se, é sempre a mesma a pessoa de quem emana o ato jurídico e que é chamada, em caso de desobediência, a empregar o ato coercitivo; enquanto no Direito Privado as pessoas que aplicam o ato coativo são sempre outras que não aquelas cuja vontade determinou, pelo ato jurídico privado, as obrigações a cumprir. A essa tese, Kelsen responde que, em geral, nos domínios considerados como Direito Público, os órgãos que ordenam e os que aplicam a sanção coercitiva não são, tampouco, os mesmos. Deve-se a aparência de sua identidade à personificação habitual da ideia do Estado. Kelsen acrescenta que, em mais largo sentido, o ato jurídico privado, sendo ato de direito, é ato do Estado, pelo que as pessoas que lhe dão origem são também órgãos estatais. Ora, entre elas e os órgãos encarregados de coação há igualmente a comunidade específica de pessoas que agem como órgãos da mesma unidade jurídica e estatal.

Na penetrante análise que faz do problema do direito público, Kelsen demonstra como, no seio da teoria da *mais-valia*, frequentemente se misturam a distinção entre Direito Público e Direito Privado e a entre atos autônomos e atos heterônomos. Aos atos heterônomos, criados sem intervenção do obrigado, atribui-se valor jurídico

superior ao dos atos autônomos, para a criação do qual o obrigado concorre, mediante manifestação voluntária. Mas, pelo que diz Kelsen, as noções de autonomia e heteronomia não correspondem absolutamente à linha de demarcação que, segundo a tradição de todos os juristas, separa o Direito Público do Direito Privado. Tanto assim que, como se viu acima, se podem encontrar no Direito Privado atos unilaterais com força obrigatória, da mesma forma porque existem no Direito Público atos de autoridade cuja força obrigatória depende do consentimento dos indivíduos a que se referem. De resto, é no Direito Constitucional, ou seja, uma esfera considerada como inteiramente de Direito Público, que se classificam, desde há muito, os regimes políticos segundo o princípio da autonomia ou da heteronomia, ou, o que vem a dar no mesmo, em democracia e autocracia.

CRÍTICA DE KELSEN

Depois de criticar assim as duas teorias principais relativas à distinção entre Direito Público e Direito Privado, Hans Kelsen explica as razões pelas quais tal distinção, no seu entender, adquiriu lugar tão importante na Ciência do Direito e é tão tenazmente defendida. A adotar a sua opinião, a verdadeira finalidade da distinção consiste em introduzir na doutrina certos elementos de ordem política. Esses elementos são:

1) O desejo de ver os detentores de certas funções investidos de autoridade superior à que lhe é conferida pelo direito positivo.

2) A tendência de apresentar, independentemente da situação oferecida na matéria pelo direito positivo, a presunção da regularidade dos atos emanados dos órgãos supremos como resultante da própria natureza do direito público.

3) A ideia preconizada principalmente pela doutrina da monarquia constitucional, de definir a Administração – domínio a que antes de tudo se refere a teoria do Direito Público – como atividade livre, aparecendo, não *em virtude*, mas *dentro do quadro da lei*, que, se bem que a limite, não a determina materialmente. Essa ideia, cujo objetivo é destacar o ato administrativo da lei que lhe é superior, se manifesta sob a forma não de postulado de política legislativa, mas de tese teórica com pretensão de descrever a própria essência da função administrativa. A tendência de assegurar por essa forma ao governo e aos serviços dele dependentes a mais vasta liberdade possível é particularmente visível na teoria da própria força da Administração, de Otto Mayer, de que damos aqui um resumo (op. cit., pág. 92):

“A lei dá à justiça o fundamento indispensável de sua atividade; não há julgamento senão sobre a base de uma regra de direito: *nulla poena sine lege*. É impossível manter a atividade da administração em tão completa dependência. Foi somente em atenção a certos objetos particularmente importantes que se fez da

lei constitucional uma condição indispensável da atividade do Estado. Para todos os outros casos, permanece livre o poder executivo; ele age em virtude da própria força e não em virtude da lei”.

Segundo Otto Mayer, o ato administrativo em geral não deve à lei sua força obrigatória. Produz efeito por si mesmo. Esta doutrina, no fundo, nada mais representa que uma forma atenuada da antiga regra *princeps legibus solutus est*⁴ e da *ragione di Stato*⁵, de Maquiavel.

4) A intenção de fazer crer que a política não tem cabimento senão no Direito Público (notadamente no Direito Constitucional e Administrativo), de forma que o Direito Privado não tem nenhum alcance político. A isso Kelsen objeta que os direitos civis podem igualmente assumir significação política. Os homens que os exercem – fazendo um contrato, por exemplo – participam, precisamente por ele, na formação da vontade estatal, isto é, exercem atividade política. A teoria tradicional procura dissimular esse fato extremamente importante, isolando o Direito Privado do Direito Público.

DOCTRINA DE DUGUIT

O eminente juriconsulto francês Léon Duguit censura a literatura de seu país por tomar aos autores alemães a separação absoluta entre o Direito Público e o Direito Privado. A Ciência alemã encontra, porém, em Hans Kelsen um representante que abandonou a via tradicional. Duguit aprova (*Traité de Droit Constitutionnel*, 3.a ed., vol. I, 1927, págs. 700-702) a crítica kelseniana àquela antítese. Sobretudo, é de opinião que a teoria que aquele denomina de mais-valia é insustentável:

“Je nie la personnalité de l’État; par conséquent, je ne conçois pas l’existence d’une règle s’appliquant aux rapports d’une prétendue personne collective souveraine avec des sujets subordonnés à sa volonté, l’existence d’une règle distincte, par son fondement et par son objet, de celle qui s’applique aux rapports entre simples particuliers... Je ne puis comprendre que les gouvernants soient des individus d’une autre essence que les gouvernés; ils sont des individus comme les autres, pris comme eux dans les liens de la solidarité sociale et soumis, comme tous les membres de la société, à la règle de droit fondée sur la conscience que les hommes d’une époque ont de cette solidarité. La règle de droit qui s’impose aux gouvernants est la même que celle qui s’impose aux gouvernés.”

4. NT: Em tradução livre, “o príncipe não é adstrito pela lei”

5. NT: O conceito de “razão de Estado” (em tradução livre), concebido por Nicolau Maquiavel, em linhas gerais vincula-se à necessidade da manutenção da estrutura de Estado por meio da imposição de medidas de interesse estatal, ainda que tal imposição possa a vir restringir interesses particulares.

*Aux rapports entre gouvernants et gouvernés et aux rapports entre gouvernés ne peut s'appliquer q'une seule et même règle de droit*⁶.

Há, entretanto, uma diferença a assinalar entre os pontos de vista dos dois autores. É que Kelsen permanece irreduzível adversário da divisão em Direito Público e Direito Privado, ao passo que Duguit, retratando-se, de certo modo, de sua própria polêmica, se pronuncia, afinal, em favor de uma separação de duas categorias de direito:

*“Il faut cepedant maintenir, diz ele (pág. 702, op, cit.), la distinction traditionnelle et classique du Droit public et du Droit privé*⁷. De forma que, não obstante censurar de início os autores franceses por imitarem o exemplo alemão, acabou ele próprio por segui-lo.

-
6. NT: em tradução livre, “Eu nego a personalidade do Estado; conseqüentemente, não concebo a existência de uma regra aplicável às relações de uma suposta pessoa coletiva soberana em face de sujeitos subordinados à sua vontade, [bem como] a existência de uma regra distinta, por seu fundamento e objeto, em vista daquela aplicável às relações entre meros particulares. Não posso compreender que os governantes sejam indivíduos de outra essência aos governados; eles são indivíduos como todos os outros, e como nós estão envolvidos nos laços de solidariedade social e sujeitos, como todos os membros da sociedade, às normas jurídicas fundadas na consciência de que os homens de determinada época têm sobre esta solidariedade. A norma jurídica que impõe aos governantes é a mesma imposta aos governados. Para as relações entre governantes e governados, bem como para as relações entre governados, é aplicável um único e similar regramento jurídico.”
 7. NT: em tradução livre, “É necessário manter, no entanto, a distinção tradicional e clássica entre o Direito Público e o Direito Privado”.

KLINGHOFFER, Hans (Yitzhak); Transcrição e notas por: LUCA AKIRA MOUTINHO FUJISAKA;
Revisão da transcrição por: LUIS FELIPE RASMUS DE ALMEIDA. Direito público e direito privado (resumo da teoria de Hans Kelsen).
Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 32. ano 9. p. 415-422. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2022.