Revista do Curso de Direito - Unimontes
Montes Claros, v. 35, n.1, p. 50-60, jan-jun/2019.
www.periodicos.unimontes.br/direito
ISSN: 1518-3408

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO PÚBLICO

(NEW PROSPECTS OF PUBLIC LAW)

BORGES, Janice Silveira*.

*Graduada em Direito pela Pontifica Universidade Católica de Minas Gerais, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho, especialista em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes, mestre em Direito Privado pela Pontifica Universidade Católica de Minas Gerais e Doutoranda em Direito Público & PhD – Estado Social, Constituição e Pobreza pela Universidade de Coimbra Portugal.

Resumo: A prática do Direito tem sido afetada pelas frequentes transformações políticas e sociais. Diante disso, os contornos atuais exigiram uma revisão da clássica dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, situação que, por via de consequência, determinou uma modificação nas relações entre Direito Público e Direito Internacional. Nesse sentido, para atender as demandas sociais o Estado precisou reformular sua atuação, passando de um Estado Intervencionista para Regulador e que visa, acima de tudo, a efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Dicotomia; Direito Privado; Direito Público.

Abstract: The practice of law has been affected by frequent political and social transformations. Therefore, the current contours demanded a revision of the classic dichotomy between Public Law and Private Law, a situation that, by consequence, caused a change in the relationship between Public Law and International Law. In this sense, in order to meet social demands, the State had to reformulate its activities, from an Interventionist State to a Regulatory State, which aims above all at the realization of fundamental rights.

Keywords: Dichotomy; Private law; Public law.

Sumário: Introdução; 1. A divisão entre o Direito Público e o Direito Privado; 2. A Publicização do Direito Privado e do Direito Público; 3. A privatização do aparato estatal diante da escassez de recursos estatais; 4. O Direito Público e o Direito Internacional; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Introdução

A prática do Direito tem sido afetada pelas frequentes transformações políticas e sociais, exigindo assim uma revisão de suas teorias clássicas. Tais mudanças justificam-se pelas novas demandas assumidas pelo Estado, pela constatação da falta de recursos para realizar tais demandas, bem como pelo estreitamento das fronteiras entre os países, dentre outros fatores.

No presente texto, buscou-se estudar a dificuldade de manutenção das ditas esferas Públicas e Privadas do Direito, que desde São Tomaz de Aquino apresentava sinais de falibilidade, e que hoje não mais se justificam, salvo para o estudo dogmático das escolas.

As questões levantadas também provocaram uma releitura nas relações entre Direito Público e Direito Internacional.

1. A divisão entre o Direito Público e o Direito Privado

A clássica dicotomia entre Público e Privado originária do Direito Romano (Ulpiano, Digesto 1.1.1.2) baseada no critério da utilidade pública ou particular da relação embasada repercutiu ao longo dos séculos, em especial no período positivista, e hoje é colocada à prova.

Em que pese aos ditames do Digesto, o que se pode observar, na prática, foi que houve uma "*impossibilidade de teorização dogmática absoluta da divisão*", pois as circunstâncias históricas fizeram com que o conteúdo ora de um, ora de outro, variasse dentro do direito positivo (MORAIS FILHO, 1956).

Mata Machado (1995) defendeu que, não obstante o conteúdo variar no tempo, a migração da norma não afetava a distinção das esferas; assim, segundo ele, permanecia a distinção. Entretanto, observou-se ao longo dos anos que a linha divisória entre as duas esferas foi ficando cada vez mais tênue, quiçá inexistente, servindo a clássica dicotomia apenas para fins pragmáticos acadêmicos nos anos iniciais do estudo do Direito. E deve-se salientar que todo esse movimento acontece em sentido duplo, tanto do privado para o público, quando do público para o privado, pois foi notória a remodelação da abrangência das expressões, bem como a trajetória de oscilação de predominância entre ambas áreas do saber.

Na verdade, a distinção entre público e privado começou a perder nitidez na Idade Média, conforme observou Hanna Arendt (1972), que notou, em traduções de textos de São Tomaz de Aquino, a sutil diferença da expressão aristotélica "*animal politico*" que passa a ser "*animal social*". A esse respeito,Tércio Sampaio comenta que

> a noção de social, em lugar de político, embaralha um pouco a distinção. Afinal, se política era apenas a esfera pública, social, mais amplamente, cabe tanto à pública como à privada. O âmbito doméstico também era social. Com isto se principia uma projeção do privado sobre o público (…) (FERRAZ JR, 1994. p. 136).

Na era moderna e contemporânea, diversos outros fatores contribuíram para reduzir a linha divisória entre o público e o privado, dentre eles, passa-se à analise da publicização dos

demais ramos do saber jurídico, da privatização do aparato estatal e da nova dinâmica internacional nas relações entre Estados.

2. A Publicização do Direito Privado e do Direito Público

Iniciou-se no Direito Civil, com Natalino Irti, um movimento de releitura das normas infraconstitucionais, em especial às civilistas, segundo o texto constitucional. (IRTI, 1999). Em seus estudos, Irti constatou que os textos infraconstitucionais não se adequavam à realidade social democrata, instaurada pela *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947 (ITÁLIA, 1947), daí a necessidade de ler e estudar o Direito Civil tendo em vista o texto constitucional.

A partir dessa ideia preliminar da elaboração de diversos textos constitucionais pós-guerra e da inserção de matérias que antes eram restritas ao Direito Privado nos novos contornos constitucionais, o Direito Privado, em especial o Direito Civil, passou a ser estudado e aplicado com um viés constitucionalista e publicista.

Assim, explica Paulo Luiz Netto Lôbo tem-se que a constitucionalização é o *"processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observação pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional*" (LÔBO, 2004). O autor adverte para a diferenciação dos termos "publicização" e "constitucionalização", entendendo por aquele o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que este tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

Na mesma esteira de pensamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo, porém com um enfoque mais abrangente, encontra-se a teoria do doutrinador português Gomes Canotilho. Segundo este, o que ocorre no Direito Pós-Moderno é tanto a civilização do Direito Constitucional, uma vez que as atuais constituições tratam de matéria civil, quanto a constitucionalização do

Direito Civil, pois o Direito infraconstitucional deve estar em concordância com o Direito Constitucional. Canotilho, no entanto, faz uma ressalva:

> a ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulamentações civilísticas – legais ou contratuais – vêem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. (...) Se o direito privado deve reconhecer os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulamentação civil, evitando transformar-se em 'direito de não – liberdade' do direito privado (CANOTILHO, In: GRAU; GUERRA FILHO, 2001).

3. A privatização do aparato estatal diante da escassez de recursos estatais

Em relação à tese da publitização exposta, é pertinente observar que, concomitante à ela, tem-se o crescimento em escala e complexidade do governo contemporâneo, bem como a constatação da escassez de recursos para atender todas as demandas sociais para o qual o Estado havia, até então, se comprometido dentro de uma perspetiva de Estado Social.

Para diminuir o inchaço estatal, vários governantes promoveram reformas. As reformas implementadas - que incluem a privatização, a desregulamentação, a promoção da concorrência para a prestação de serviços públicos e um uso mais amplo das técnicas de regulamentação - tiveram um grande impacto nos arranjos institucionais da maioria dos governos ocidentais. A fronteira pública / privada não só se deslocou (por meio de esquemas de privatização e distribuição entre as responsabilidades políticas e de prestação de serviços), mas também se tornou mais desfocada (por meio de vários esquemas de parcerias público/privado) (LOUGHLIN, 2012).

Ainda conforme as reformas governamentais houve um esvaziamento do núcleo de tarefas do executivo; por meio da desagregação de grandes departamentos e da criação de

agências executivas que operam igualmente com os Ministérios. Situação essa que produziu uma considerável fragmentação institucional que levou ao surgimento do que se chamou um "*novo ethos de gestão pública*" (LOUGHLIN, 2012).

Agora, todos os órgãos de governo e também os particulares reivindicam sua autoridade para desempenhar tarefas públicas (ou seja, sociais). Essa situação contribui para minar ainda mais a distinção público/privado. O governo passou a ser concebido como uma rede elaborada voltada para a realização de objetivos sociais, uma vez que esses objetivos são adequadamente especificados e suas execuções são determinadas pela métrica de eficiência e eficácia, e isso foi possível envolvendo uma mistura de agências privadas e públicas. A distinção público/privado deixa de ser de clara especificação institucional. É o conceito do social que agora parece determinar os objetivos regulatórios e dar forma à variedade de técnicas (algumas públicas, outras privadas) necessárias para assegurar a concretização de tarefas.

4. O Direito Público e o Direito Internacional

Cabe ainda ressaltar que ao longo dos últimos 50 anos, houve um aumento constante do poder de governo exercido por organismos transnacionais, supranacionais e internacionais. Esse crescimento levou a uma fragmentação do direito internacional, à medida que organizações internacionais, corporações multinacionais e ONGs internacionais se erigiram junto ao Estado como atores na esfera jurídica internacional. Situação que agravou a confusão já estabelecida, acrescentando um esbatimento de dentro e fora para público/privado (LOUGHLIN, 2012). Deste modo, a mistura de órgãos públicos e privados foi aproveitada ao serviço de metas coletivas a serem implementadas por agências nacionais e internacionais.

As dinâmicas comerciais, econômicas e fiscais também implementaram seus ritmos nesse contexto. A proposta de um mercado fiscal e monetário em comum para dinamizar as

transações comerciais e ajudar mutuamente os países participantes tornou-se cada vez mais atraente. As fronteiras entre os Estados foram amenizadas diante da formação de blocos econômicos - União Europeia, Mercosul. Tal situação repercutiu na cultura e na sociedade como um todo e o Direito não ficou indiferente às mudanças.

O Direito Público agora se entrelaçou com o Direito Internacional. Os limites entre um e outro, igualmente como ocorreu entre o Direito Público e o Direito Privado, ficaram mais amenos.

Contudo, a ideia de uma "sociedade mundial", onde não há Estados Nacionais, advinda com a chamada "globalizaçao", gerou crises e riscos à sociedade e ao próprio Direito. Cada Estado Nacional, cada sociedade, possui as suas individualidades. Uma uniformização em qualquer nível (seja particular, seja coletivo) atenua as identidades nacionais, banaliza conceitos e institutos, diminui o grau de soberania e poder de decisão da nação e, como bem explicado por Ana Raquel Gonçalves Moniz, pulveriza os centros de poder, uma vez que, entre outros fatores, a Constituição perde a centralidade (MONIZ, 2016).

Na prática, a situação acima descrita é exemplificada por José Casalta Nabais (2014/15) quando destaca a profunda limitação da soberania fiscal vivenciada por Portugal diante das imposições dos países economicamente fortes pertencentes à União Europeia, uma vez que Portugal não pode dispor de manobra orçamentária que permita défices orçamentários mais folgados do que os permitidos pelo Tratado Orçamental. No mesmo texto, o autor constata que

> Estados membros da União Econômica e Monetária, depois de terem perdido a soberania no respeitante aos instrumentos da política econômica e monetária vem-se agora confrontados com o efetivo confisco da política orçamental, o que levara, por certo, a uma constante limitação ou mesmo redução das despesas públicas, a uma política fiscal sem qualquer margem de manobra relevante (NABAIS, 2014/2015, pág. 103).

A questão ainda é agravada diante da pressão do mercado e das empresas internacionais e multinacionais. Como aponta Michael Sandel (2012), a presença excessiva do

mercado regulando determinadas situações da vida cotidiana transforma normas legais e questiona a moral, em razão das consequências da desigualdade e corrupção que ele propicia.

Neste ponto, pode-se apontar uma verdadeira contradição. Enquanto a tendência do Direito Público vai ao encontro de transferir ao particular tarefas que antes eram exclusivas do governo, a pressão do mercado, muitas vezes, exige uma atuação mais firme do Estado para que ele se proteja enquanto Estado-Instituição e para que impeça a instrumentalização e coisificação dos governados, mesmo diante da mitigação da soberania advinda com as imposições internacionais.

Nesse sentido, ressalta-se que o Direito Público, nos contornos atuais, relaciona-se estreitamente com poderes distintos, especialmente aqueles que surgem com o novo eforado, como denomina Martin LOUGHLIN, na obra *Foundations of Public Law*

> longe de prejudicá-lo, o eforado realmente fortalece a democracia, e o faz estabelecendo um marco institucional através do qual a distinção entre julgamento profissional baseado em valores e princípios pode ser mais claramente demarcada. O ephorate - longe de corroer a separação de poder - opera para esclarecer as fronteiras entre as tarefas básicas das instituições primárias de governo (LOUGHLIN, 2012, p. 1105).

Considerações Finais

Diante do exposto, ficou evidente que as transformações sociais vivenciadas ao longo do tempo acarretaram modificações também nas bases do Direito Público, que foram revisadas. Se com a criação dos Estados este era mais um Direito contra o Estado e mais um direito de garantia da existência e funcionamento do Estado-nação; hoje, apresenta-se como

um Direito para além do Estado, sem perder, contudo, o seu alicerce primário, que é a proteção dos seus participantes.

A literatura sobre o assunto permite observar que, perante as novas demandas e o crescimento da atuação governamental, o que foi revisto foram as estruturas do Direito Público e a organização estatal. A ideia de Estado e a sua existência (seja naturalista, seja contratualista a teoria adotada), mesmo que por tantas vezes questionada e até mesmo mitigada em razão de questões internacionais, permanece.

Contudo, essa atuação estatal reguladora, está em reconstrução, para que a instituição Estado desempenhe cabalmente as funções que lhes couberam nos séculos XIX e XX, qual seja, a efetiva proteção de direitos (seja na ordem interna, seja na ordem internacional) individuais, sociais ou coletivos em termos socioeconômico, politico e fiscais.

Assim, conclui-se que o Direito Público, atualmente, vem sendo lido em torno de outros poderes, como os determinados pelas relações internacionais, os ditados pelo mercado e sobretudo os advindos com o novo eforado, que tem o condão de fortalecer a democracia, uma vez que favorece a distinção clara entre as tarefas básicas que devem ser executadas por cada uma das instituições de governo.

Referências Bibliográficas:

ARENDT, Hanna. *Entre o passado e o futuro*. Sao Paulo: Perspectiva, 1972.

BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*. Col. Fundamentos do Direito. Saraiva, Sao Paulo, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 2 ed. Sao Paulo: Atlas, 1994.

IRTI, Natalino. *L' età della decodificazione*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999.

ITÁLIA. (1948). *Costituzione della Repubblica Italiana*. Gazzetta Ufficiale n. 298, del 27 dicembre 1947. Entrata in vigore il 1º gennaio 1948.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 23/ago./2004.

LOCKE, John. *O Segundo Tratado do Governo Civil.* Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf>. Acesso em: 07/fevereiro/2017.

LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law*. Reino Unido: OXFORD, 2012.

MATA MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de Teoria Geral do Direito: para cursos de introdução ao estudo do Direit*o. 4ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Weak Courts, Strog Rights (III)*. Diálogos sobre Weak Courts, Strong rights de Mark Tushnet. *Cadernos do programa de Doutoramento em Direito Publico, Estado Social, Constituição e Pobreza*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: agosto,2016. p. 66-67.

MONTESQUIEU. *O espirito das leis*. Sao Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.v.2.

NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre a constituição econômica, financeira e fiscal portuguesa. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144º. 2014/15, p. 103 e ss.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clovis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

ULPIANO. Digesto, Livro I, Tít. I, § 2º.