SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO MECANISMO PARA A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO

THE CONSTITUTIONALISATION OF THE LAW AS A MECHANISM TO OVERCOME THE PUBLIC-PRIVATE DICHOTOMY

Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]
Victor Duarte Almeida

Resumo

A clássica divisão do Direito em público e privado remonta à época de Roma, e se aprofundou na modernidade. Com a pós-modernidade, essa visão dicotômica passou por questionamento, sofrendo processo de transformação o qual, muitos aduzem, ter acarretado em superação da dicotomia do Direito. O estudo busca analisar, brevemente, os aspectos que demonstram o movimento de interpenetração entre direitos públicos e privados por meio da constitucionalização do Direito. Tudo aponta para uma impossibilidade e inadequação da permanência do pensamento dicotômico do Direito. Utilizado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, com marco teórico no Direito Constitucional participativo democrático.

Palavras-chave: Dicotomia, Direito público, Direito privado, Constitucionalização do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The classical division of law in public and private dates back to the time of Rome and deepened in modernity. With postmodernity, this dichotomous view underwent questioning, suffering transformation process which many allege, have led in overcoming the dichotomy of law. The study seeks to analyze briefly the aspects that show the movement of interpenetration between public and private rights through the constitutionalization of law. Everything points to an impossibility and inadequacy of the permanence of dichotomous thinking of law. Used the deductive method and literature with theoretical framework in the democratic participatory constitutional law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dicothomy, Public law, Private law, Constitutionalisation of the law

[1] Professor Orientador PPGD Universidade FUMEC

1 INTRODUÇÃO

Considerando-se o sistema *Civil Law*, a clássica divisão do Direito em direito público e direito privado remonta à época de Roma (DINIZ, 2014, p.27). Na modernidade, tal distinção transubstancia-se numa categoria de pensamento constitutiva do próprio funcionamento das sociedades ocidentais, representando uma bipolaridade axiológica da própria vida social.

A sociedade dicotômica apresentava duas esferas distintas, absolutamente separadas e inconfundíveis: a esfera privada e a espera pública. Esta, concentrava todo o interesse geral, as relações de autoridade e de coerção, e as funções de gerenciamento da coletividade; aquela, baseada na livre iniciativa, nas relações entre os indivíduos e na individualidade. A distinção público/privado foi por muito tempo considerada e aplicada axiomaticamente, até que, na pós-modernidade, essa conjuntura se alterou, sendo indicado um novo paradigma.

Nesse cenário, o trabalho busca trilhar, brevemente, a evolução no Direito da dicotomia público-privado. Para tanto, no presente artigo científico será adotado o método jurídico dedutivo com pesquisa bibliográfica.

Na perspectiva privada, o estudo sobre o caminho da desmistificação do isolamento absoluto da dimensão privada tem como marco teórico o entendimento de Ana Letícia Anarelli Rosatti Leonel, e do ponto de vista publicista, a análise se fundará na concepção de Estado para Jacques Chevallier, refletindo no movimento de constitucionalização participativa do Direito.

2 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO E PRIVADO NO DIREITO

Hans Kelsen é um dos primeiros a contestar a divisão direito público e direito privado, por afirmar que essa distinção não é possível. Isso ocorre devido à definição de Direito dada por Kelsen, que entende como Direito somente o Direito Estatal, não havendo, portanto, esfera do direito que não esteja regulada pelo Estado e possa se chamar de privada (KELSEN, 2001).

Para o jurista nascido em Praga, o negócio jurídico de âmbito privado, também é regulado pelo Estado, e, portanto, não teria sentido chamá-lo de direito privado, uma vez que há interferência Estatal, tornando esse direito um direito também público (KELSEN, 2001).

A visão kelseniana se encontra superada, porquanto se mostre limitada – não inclui uma série de considerações e variações axiológicas – e inadequada – funda-se numa concepção primitiva de direitos individuais e do valor da pessoa humana. Em

suma, essa visão unitarista (menos ainda que a dualista) não leva em conta as particularidades e as técnicas e concepções da iniciativa privada, mormente empresarial.

Só com a pós-modernidade[1] essas certezas são comprometidas, e passa-se a contestar e a desmistificar profundamente os elementos do aspecto dicotômico. Doravante, a existência inconfundível e impenetrável dessas duas esferas não se demonstra, e passa, cada vez mais, a se mostrar nebulosa.

Com a formação e o surgimento do Estado Democrático de Direito, não mais subsiste a dualidade cunhada pelo liberalismo, que contrapunha Estado e sociedade; o Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Já não há mais uma linha ilusória separando culpas e verdades (SARMENTO, 2010, Introdução, p. X).

As certezas ficaram no século passado e, no contexto de pós-modernidade, há várias transições de paradigmas, até porque é o que exige o fenômeno da globalização hodierna. No interior dessas novas concepções, a mudança na capitulação da distinção entre Direito Público e Direito Privado, sendo evidência imposta pela realidade jurídica, reflete implicações importantes, especialmente para a forma como a autonomia privada é concebida e como os direitos fundamentais aplicam-se nas relações entre particulares (LEONEL, 2015, p.9).

Dessa forma, coloca-se em discussão acadêmica uma possível – e provável – superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, apesar de, nas faculdades de direito, a separação dicotômica continuar como um dos fundamentos da disciplina de introdução ao estudo do Direito. Preliminarmente, admite-se que, dentro dos influxos entre Direito Constitucional e Direito Civil, especialmente, não há mais espaço para se conceber uma nítida separação entre dois grandes ramos do direito, com princípios próprios relativos a cada um (LEONEL, 2015, p.9).

Os direitos privado e público passam a convergir e a se confundir. No campo privado tem-se, por exemplo, a invasão do interesse público, e como corolário a atuação do Estado para garantir a transição da funcionalização das situações jurídicas

[1] Aqui, conceitua-se pós-modernidade como a conjuntura do momento sócio histórico da humanidade a partir da segunda metade do século XX, que ainda arraigada de elementos modernos toma as características de relativismo das situações e da ideia de verdade; do informalismo; do dinamismo das relações, acarretando em uma era da subjetividade, da pluralidade, da diversidade e da fluidez. Uma fase de transição prolongada, pois confirma-se e aprimora-se certos elementos modernos que julga-se necessários, ao tempo que rompe-se abruptamente com os demais, formando uma amálgama de características que apontam para algo novo, ainda não identificado, e, portanto, não alcançado.

patrimoniais a valores não patrimoniais atinentes à pessoa humana e à realização de sua dignidade.

Vários elementos essencialmente privados ganham uma noção coletiva e de interesse geral, e são por estes alterados e delimitados em seus mais diversos aspectos. Norberto Bobbio acena para uma "publicização do direito privado", que tem igualmente o significado de primado do político sobre o econômico, da ordem dirigida sobre a ordem espontânea, da organização vertical da sociedade sobre a horizontal (BOBBIO, 1997, p.26).

A propriedade não só deve ter função para o coletivo, mas deve também ser considerada sob aspecto de maior eficiência para o benefício da sociedade. A autonomia privada agora é conformada nos parâmetros constitucionais de realização dos direitos fundamentais. A liberdade de contratar, por exemplo, será pautada em razão da aplicação da função social, conforme artigo 421 do Código Civil[2].

Como exemplo, duas empresas não podem estabelecer relação contratual à elas benéfica, caso seus efeitos sejam onerosos a terceiros de tal forma que prejudique a existência de uma ou mais empresas, e produza efeitos na economia local que possam até prejudicar e reverberar nas empresas estabelecedoras da relação. Ao mesmo tempo que se protege terceiros que sofrerão efeitos do contrato, considerado todo o contexto para além da relação contratual, insurge-se contra ato que possa atentar contra a funcionalidade do instrumento em si.

Assim, os efeitos pretendidos pelas partes, ainda que em primeiro momento benéficos a estas, na maioria das vezes, reverberam na sociedade como um todo e acabam por retornar à relação contratual. Não há mais isolamento total das relações privadas, pois há consistente penetração do interesse público nessas interações, sobretudo por meio de valores e fatos atribuídos à coletividade.

A "esfera privada", e o Direito como um todo, passam a se pautar pela axiologia, por princípios de força normativa com dupla conotação. Em certa medida, quase todos, se não todos, os princípios e regras ditados aos particulares, têm relevo geral e refletem os próprios efeitos para além da esfera individual, incidindo sobre a saúde, sobre o meio ambiente, sobre as condições de trabalho, sobre a segurança do consumo, sobre a habitação, dentre outros (PERLINGIERI, 2008).

[2] Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (BRASIL, 2002).

O fato é que, mais que a noção de publicização do privado de Bobbio, há uma nítida constitucionalização do Direito como um todo, que por sua vez denota claro processo de evidenciação do caráter inerente de interesse geral às mais particulares atividades, e a um interesse coletivo nos direitos e liberdades individuais. (BOBBIO, 1997).

Os direitos e princípios da esfera privada são revestidos tanto de interesses subjetivos, no âmbito da autonomia privada, quanto de interesses públicos e sociais. Ao mesmo tempo em que trazem a garantia e a proteção ao agir individual, eles atraem a dimensão pública por serem, em sua realização e observação, de interesse geral, posto que tocam a individualidade de cada sujeito de maneira que resultam uma complexa identidade coletiva. Também, essa mesma coletividade exige que deles se faça uso equilibrado e delimitado pelo prospecto de sociedade contido na Constituição de 1988, conforme os incisos XXIII, XXIV E XXX do artigo 5º.

Nessa linha, contribuindo para a relativização dessa divisão, tem-se o acolhimento da concepção de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental da sociedade – não tão somente do Estado. Aqui, a Constituição acaba legitimando o Direito Civil, na medida que ela mesma contém condições para se efetivarem importantes institutos jurídico-privados, protegendo-os de uma supressão ou de um esvaziamento por parte do legislador (LEONEL, 2015, p. 19).

Paralelamente, considerando-se o protagonismo da pessoa humana enquanto valor central do próprio Direito Civil, a tradicional divisão entre o Direito Público e o Direito Privado aparenta obsoleta e, mesmo imprecisa, tendo em vista que as transformações sociais almejadas na pós-modernidade incluem, necessariamente, a regulação das relações intersubjetivas e atividades particulares.

Mas, a par disto, vê-se por outro lado, a "privatização do público", fenômeno não previsto por HEGEL[3], para quem o Estado absorveria a sociedade civil (BOBBIO, 1997, p. 26). O Estado passa por profundas transformações, e inevitavelmente deve se adaptar; suas estruturas administrativas, econômicas e políticas são revistas e adequadas às noções de autonomia privada; sem privilégios, segue-se no intuito de controlar o poder absoluto e as unilateralidades.

Nesse sentido, por todo o mundo, o Estado sofre modificações, que vão desde o fortalecimento das relações de interdependência, que extrapola os limites

[3] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Tradução de Orlando Vittorino (original alemão Gundlinien der Philosophie des Rechts). São Paulo: Martins Fontes, 1997. 329p.

supranacionais, passando por uma redefinição das funções estatais; trespassa-se de um "Estado garante", coeso socialmente, por um "Estado supervisor", que atua distante, mas presente regulando a economia para "assegurar a manutenção dos equilíbrios e criar condições propícias a seu desenvolvimento", até a reavaliação do "Estado protetor", que vai além do princípio da igualdade de direitos, busca um novo princípio de equidade (CHEVALLIER, 2009).

Com essa redefinição, ocorre a fragmentação da estrutura estatal, com as descentralizações e desconcentrações das funções estatais, que toma nova dimensão, pois o Estado passa a delegar responsabilidades. Ocorre a desmistificação da estrutura gerencial pública, que agora não está mais calcada em regras absolutas e exclusivas, pois há uma aproximação e certa sujeição da Administração Pública às regras gerais de funcionamento do mercado, e, ainda, a absorção de práticas de gestão da atividade privada.

Trespassa-se o isolamento da esfera estatal, de suas regras e funcionamento, pois o fato de que o Estado seja submetido a regras derrogatórias do direito comum é percebido como contrário tanto à exigência da reaproximação da gestão pública e da gestão privada como à preocupação de proteção dos direitos individuais constitucionalmente instituídos (CHEVALLIER, 2009, p. 87-88).

O envolvimento do Estado na economia já vinha sido acompanhado de uma aplicação, em princípio, das regras do direito privado, indispensável para evitar a criação de um mundo á parte no seio da economia de mercado; todavia, o regime jurídico ao qual essas atividades econômicas eram submetidas se caracterizava por uma mistura complexa, com a permanência das regras derrogatórias do direito administrativo encontrando seu fundamentado na noção de serviço público. Ocorre que esse equilíbrio foi rompido: enquanto o movimento de privatização e de desregulamentação reduzia a esfera das atividades colocadas sob o controle do Estado, a intervenção das instâncias comunitárias contribuía para interditar todo regime derrogatório apto a falsear o jogo da concorrência; a influência do direito administrativo é, desse modo, obstada pela extensão da lógica do mercado (CHEVALLIER, 2009, p.89).

Empreende-se largo esforço para mudanças e reformas na Administração Pública, em que os instrumentos e técnicas implementadas são, fundamentalmente, instrumento e técnicas de gestão do mundo empresarial. Essa "nova gestão pública" desenrola-se em países em desenvolvimento muito por pressão das instituições internacionais, tanto do campo financeiro, quanto do campo político, tendo em vista a

derrocada da visão "socialista" de estrutura governamental. A nova forma de gerir tende a importar para a esfera pública métodos de gestão da dimensão privada.

Ainda que tal gestão pública seja doravante submetida ao imperativo da eficácia, ela continua a apresentar um conjunto de particularidades que impedem a sua integral assimilação á gestão privada: não apenas as finalidades não são as mesmas, mas ainda as organizações públicas não têm o mesmo universo de referência e não se submetem ao mesmo tipo de restrições; as referências axiológicas e jurídicas que marcam as diferenças entre público e privado são talvez menos visíveis, muito embora nelas não desapareceram. Resultado disso é que a representação dicotômica de um espaço social dividido em duas esferas estanques, regidas por princípios de gestão radicalmente diferentes, senão antitéticos, aparece, a partir de então, ultrapassada. (CHEVALLIER, 2009, p.98)

Considerados os dois polos, tem-se que o raciocínio impingido pela pós-modernidade implica na impossibilidade de isolamento de esferas ou de divisão impermeável das Ciências Jurídicas. A constitucionalização do Direito acarreta em sinergia dos fundamentos jurídicos e interação e confusão das dimensões jurídicas.

3 CONCLUSÃO

O Direito é cada vez mais uma fusão de concepções, uma amálgama de valores e fatos, e esse movimento reflete a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. O que se tem é uma inclinação para o sentido de um diálogo entre interesse público e autonomia privada transubstanciado pela Constituição e que se encontra difundido e irradiado por todo o Direito.

Considerando-se o protagonismo da pessoa humana enquanto valor central do próprio Direito Civil, a tradicional divisão entre o Direito Público e o Direito Privado aparenta obsoleta e, mesmo imprecisa, tendo em vista que as transformações sociais almejadas na pós-modernidade incluem, necessariamente, a regulação das relações intersubjetivas e atividades particulares.

O Estado passa por profundas transformações, e inevitavelmente deve se adaptar; suas estruturas administrativas, econômicas e políticas são revistas e adequadas às noções de autonomia privada; sem privilégios, segue-se no intuito de controlar o poder absoluto e as unilateralidades.

O direito não mais se pauta em estruturas e concepções rígidas e estanques; mantém-se as bases, ao mesmo tempo em que se mostra flexível apenas o bastante para acompanhar as mudanças inerentes à pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. **Código Civil.** Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Planalto, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1988.

CHEVALLIER, Jacques**. O Estado pós-moderno.** Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vittorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

(LEONEL, Ana Letícia Anarelli Rosatti. A superação da dicotomia direito público e direito privado: uma proposta coerente com a constitucionalização do direito civil. *In*: COSTA, Ilton Garcia da; DIAS, Clara Angélica Gonçalves; FIUZA, César Augusto de Castro (Coord.). **Direito civil constitucional** (Recurso eletrônico on-line). Organização Conpedi UFS; Florianópolis: CONPEDI, 2015. ISBN: 978-85-5505-035-0. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/x2r9Q7VaCvqjMtwp.pdf > Acesso em: 30 ago. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.