

IRENE PATRÍCIA
NOHARA

FUNDAMENTOS DE DIREITO PÚBLICO



ANÁLISE DE PENSADORES CLÁSSICOS
CHARGES REFLEXIVAS
FILMOTECA
CURIOSIDADES
TEMAS ATUAIS

gen atlas

IRENE PATRÍCIA NOHARA

**FUNDAMENTOS
DE DIREITO
PÚBLICO**



atlas

Dedico esta obra aos meus alunos de primeiro ano. Nunca imaginei que lecionar no primeiro ano fosse me dar tanta alegria, pois me trouxe de volta toda aura mágica que também vivi no meu primeiro ano da faculdade, há mais de duas décadas... Conversar com os alunos de primeiro ano é resgatar toda alegria, curiosidade e entusiasmo que nos fazem sentir novamente não apenas professores, mas, sobretudo, educadores, no sentido mais profundo da palavra. Essa explosão de transformação, que representa o ingresso na faculdade, é tão bela de se assistir, e de alguma forma participar, que eu não poderia deixar de desejar que a *potência* do primeiro ano se prolongue ao longo dos cinco, daí sairão certamente grandes pensadores da área jurídica!

APRESENTAÇÃO

Direito público sempre foi uma grande paixão minha. Já na época da faculdade, no Largo São Francisco, optei por seguir essa área no quinto ano do curso de Direito. Depois, em 2000, assim que me formei, ingressei no mestrado na área do Direito do Estado, tendo feito na sequência, em 2003, o doutorado, ambos de orientação da professora titular Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sendo que, em 2012, enfrentei o tema da Reforma do Estado e da burocracia em tese de Livre-Docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A disciplina *Fundamentos de Direito Público*, por sua vez, marcou meu ingresso na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em 2014. Eu já lecionava há anos, mas foi a primeira vez que dei aulas para turmas de primeiro ano de graduação. Isso se deu, pois, o Diretor da Faculdade de Direito, José Francisco Siqueira Neto, capitaneou uma ambiciosa e bem-sucedida reformulação na matriz curricular do curso, representando, na linha de um movimento contemporâneo, um contrabalanceamento do currículo para incluir também discussões publicísticas.

Assumi a disciplina até por conta de meu histórico de pesquisadora na área do Direito Administrativo, pois tradicionalmente a matéria *Fundamentos de Direito Público* foi desenvolvida no Brasil por renomados administrativistas, conforme se constata da obra de Carlos Ari Sundfeld, em cujo prefácio expôs Geraldo Ataliba que havia uma desproporção nas cargas de ensino de direito público e direito privado, como se ainda vivêssemos em 1910.

Ataliba, um dos maiores publicistas brasileiros, enfatizou que na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo seria ensinado, desde o início do curso de Direito, que o direito constitucional é a matriz de todo o direito e, ainda, que o direito público é, no mínimo, tão importante quanto o direito privado para a vida social.

Ora, atualmente, após décadas da edição da Constituição de 1988, que inquestionavelmente **aumentou a importância do direito público**, entre outras coisas, o ensino de *Fundamentos de Direito Público* passa a ser corrente em inúmeras outras universidades para além das três grandes tradicionais na área jurídica de São Paulo, que são: a USP, a PUC e o Mackenzie, sendo ministrado, por exemplo, em conhecidas instituições como: FMU, FAER, UnB (sob a denominação Teoria Geral do Direito Público), e, ainda, por exemplo, em disciplinas de formação de carreiras da ENAP (Escola Nacional de Administração Pública).

Também no exterior estuda-se *Fundamentos de Direito Público* na graduação da área jurídica, um exemplo é a Universidade Católica Portuguesa, em que a matéria se apresenta de forma bastante abrangente, analisando o Estado de Direito de diversas perspectivas: histórico-evolutiva, empírico-sociológica e normativo-axiológica, sendo dividida, portanto, em três eixos de abordagem: (1) formação e evolução do poder político e do direito público, na qual são analisados os clássicos da ciência política; (2) o Estado de Direito, no qual se compreende os elementos do Estado, sua estruturação interna e funções do Estado; e (3) os princípios fundamentais de direito público.

A presente **opção metodológica**, ao abordar os *Fundamentos de Direito Público*, foi iniciada pela formação do direito público, explicitando a diferença entre público e privado, os elementos do Estado, sendo estes associados intrinsecamente ao Direito, e a discussão das hipóteses de formação do Estado, para depois serem analisados os princípios comuns ao direito público.

Depois, houve a exposição dos clássicos da política, dado que para entender o poder político do Estado, que subjaz aos *Fundamentos de Direito Público*, não se pode deixar de abordar os **principais teóricos da formação do Estado Moderno**, tendo sido abordados: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau e os Federalistas.

No terceiro capítulo, houve a exposição da **transformação dos papéis do Estado** de sua passagem do Estado Liberal ao Estado Social, conforme referencial teórico de um dos maiores juristas brasileiros: Paulo Bonavides, sendo, ainda, o Estado Democrático de Direito abordado em subitem à parte.

O capítulo seguinte focou em **instituições próprias** do direito público: a supremacia da Constituição, a separação de poderes, a discricionariedade administrativa, os entes federativos e a personalidade jurídica do Estado, a desconcentração e a descentralização administrativas, bem como as transformações nos modelos de gestão pública. Foram trabalhadas as noções de ordem econômica e o tratamento constitucional conferido tanto ao serviço público como ao mercado (atividade econômica em sentido restrito).

Os **dois últimos capítulos**, por sua vez, são **mais reflexivos**, sendo um direcionado à análise da dissolução de fronteiras entre as noções de público e privado, fenômeno associado com a chamada **“pós-modernidade”**, tema de acentuada atualidade, e outro, o último capítulo, contempla uma proposta para se (re)pensar o direito público na Contemporaneidade, dada emergência de **novos temas** que desafiam as categorias modernas com complexidades, a exemplo do multiculturalismo e do direito à diferença, da escassez provocada pela questão ecológica e da necessidade de reinvenção do Estado contemporâneo, tendo em vista o fenômeno da globalização e o discurso que intensifica o medo.

Existe uma tradição de explicação, em poucas páginas, da evolução da regulação do poder, sendo feito da Pré-História até a Idade Contemporânea. O presente

livro não se utiliza desta síntese, pois se considera que se trata de uma análise fragmentada e pouco útil para refletir a riqueza e as vicissitudes dos distintos períodos históricos, dado que se prefere trabalhar com as temáticas, em vez dos períodos isolados. Ainda, é ultrapassado falar em uma pretensa evolução histórica, pois a história é cheia de descontinuidades e situações de retrocesso.

Fez-se questão de afastar, na presente obra, **uma série de mal-entendidos** que povoam o ensino na área jurídica, como, por exemplo, achar que a obra *O Príncipe* de Maquiavel possa ser sintetizada pelo mote simplista **“os fins justificam os meios”**, como se o autor não tivesse inserido em sua abordagem o atuar com prudência em função das necessidades das circunstâncias; ou achar que no auge da democracia em Atenas, apenas os escravos trabalhavam no campo, sendo afastados da cidadania todos os que desenvolvessem atividades laborais; ainda, defender que Rousseau tenha pensado num “bom selvagem” como um ser humano que se voltasse a fazer bondades aos demais; ou que Montesquieu tenha defendido uma separação estanque entre Poderes, sendo estas todas ideias equivocadas do ponto de vista mais rigoroso da análise da obra dos clássicos.

O ponto central, que diferencia a presente obra das demais, reside na escolha pela **utilização de Multimétodos** na exposição de seu conteúdo.

Tive oportunidade, a convite da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em Brasília, de fazer, em 2013, um *workshop* no Ipea, com Laura Beth Nielsen, professora pesquisadora da American Bar Foundation e Professora-Associada de Sociologia e Diretora do Centro de Pesquisas Jurídicas da Northwestern University, que teve sua formação em Berkeley, Universidade da Califórnia, no qual houve o estímulo à utilização de inúmeras formas de abordagem da reflexão jurídica, com filmes, desenhos e obras da literatura.

Por conseguinte, para que houvesse um dimensionamento mais produtivo da obra, foram feitas, ao longo das explicações, análises correlatas com **filmes, obras da literatura e charges reflexivas**, entremeadas por curiosidades e temas atuais do direito público contemporâneo, para que o livro alcançasse uma **perspectiva mais dialógica**, afastando a pretensão de trabalhar como se fossem novidades alguns conteúdos que já povoam há tempos o universo significativo dos recém-ingressados nos cursos de Direito.

Ainda, em sala de aula, aproveitar o conteúdo preexistente na cultura permite aos alunos uma associação muito mais profícua com os referenciais teóricos do direito público. Tal linha foi seguida propositadamente na presente obra, até porque o aluno não é uma tábula rasa, na qual se grava *do zero* as experiências e reflexões da faculdade, ele já chega imerso em ricos referenciais que podem ser utilizados inclusive para despertar maior atenção e interesse ao conteúdo abordado.

Acredita-se, portanto, que a obra, que é originariamente direcionada aos ingressantes no Direito, possa ser útil também para a reflexão de outros públicos.

Faço votos para que seja uma obra apreciada e “degustada” com satisfação, não tanto pela obrigação de passar por uma disciplina, como pelo gosto de tomar contato com **temas universais**, muitos dos quais **recorrentes**, que são de fundamental importância para o aprimoramento das relações sociais por meio de um direito público engajado com os valores de um Estado Democrático de Direito.

A autora

ÍNDICE DE FILMOTECA – TEMAS

Na Natureza Selvagem (Into the Wild) – Thoreau e a opção pelo naturalismo.

A Onda (The Wave) – Fanatismo do totalitarismo.

Ilha das Flores – Desigualdade e hipocrisia da democracia material.

O Náufrago (Cast Away) – Santo Thomas de Aquino e a *mala fortuna*.

Os Deuses devem estar loucos (The gods must be crazy) – Rousseau e conflitos pela posse.

Quanto vale ou é por quilo? – Terceiro setor de fachada.

Senhor das Moscas (Lord of the flies) – Hobbes e o estado de natureza.

Tempos Modernos (Modern Times) – Controle da produção e fordismo na Modernidade.

The century of the self – Documentário sobre a manipulação inconsciente da publicidade.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – ESTRUTURA DO DIREITO PÚBLICO	1
1.1 Público e privado	1
1.2 Dicotomia entre direito público e direito privado	4
1.3 Direito e Estado: regime jurídico de direito público.....	13
1.4 Elementos da Teoria do Estado	19
1.5 Hipóteses de formação do Estado: naturalismo <i>versus</i> contratualismo..	26
1.6 Princípios no contexto do equilíbrio entre autoridade e liberdade	32
1.7 Reflexões acerca da supremacia do interesse público	34
CAPÍTULO 2 – DEBATES CLÁSSICOS À FORMAÇÃO DO ESTADO MO- DERNO	41
2.1 Maquiavel: o reverso do aconselhamento da tradição de Espelhos de Príncipe.....	41
2.2 Hobbes: medo, imaginação e insegurança no estado de natureza.....	47
2.3 Liberalismo de Locke	54
2.4 Freios à concentração de poderes em Montesquieu.....	66
2.5 Rousseau: soberania popular e contrato social.....	72
2.6 Federalismo como inovação norte-americana.....	82
CAPÍTULO 3 – TRANSFORMAÇÕES DOS PAPÉIS DO ESTADO E O DI- REITO	89
3.1 Estado Liberal de Direito	89
3.1.1 Monarquias absolutistas	89
3.1.2 Jusnaturalismo e Revolução Francesa.....	91
3.1.3 Hegemonia burguesa e liberdade como princípio essencial.....	96
3.1.4 Iguais perante a lei.....	99
3.2 Estado Social de Direito.....	100
3.2.1 Conquista de direitos sociais: da abstenção à prestação	100
3.2.2 Positivismo e Teoria Pura do Direito (Kelsen).....	104
3.3 Estado Democrático de Direito.....	109
3.3.1 Estado Democrático e dignidade humana.....	109
3.3.2 Pós-positivismo, conteúdo normativo dos princípios e razoabili- dade	114

3.3.3 Participação direta na cidadania: aproximação do Estado à sociedade civil.....	121
CAPÍTULO 4 – INSTITUIÇÕES DO DIREITO PÚBLICO.....	129
4.1 Supremacia da Constituição.....	129
4.2 Separação de poderes.....	135
4.3 Discricionariedade administrativa.....	143
4.4 Entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.....	150
4.5 Personalidade jurídica do Estado.....	153
4.6 Administração Pública: desconcentração e descentralização.....	156
4.7 Modelos de gestão pública: patrimonialista, burocrático e gerencial.....	160
4.8 Ordem econômica e regulação: serviços públicos e livre mercado.....	170
CAPÍTULO 5 – PÓS-MODERNIDADE E DISSOLUÇÃO DAS FRONTEIRAS ENTRE PÚBLICO E PRIVADO.....	177
5.1 Do moderno ao pós-moderno: produção e controle do desempenho no Capitalismo.....	177
5.2 Quebra de fronteiras da soberania: globalização econômica e integração mundial.....	189
5.3 Quebra de fronteiras do espaço de discussão política: sociedade de risco e subpolítica empresarial.....	192
5.4 Quebra de fronteiras entre as noções de privacidade e publicidade: o universo das redes sociais.....	197
5.5 Quebra de fronteiras entre atividades públicas e privadas: terceiro setor como setor público não estatal.....	201
CAPÍTULO 6 – (RE)PENSAR O DIREITO PÚBLICO.....	205
6.1 Novos temas de interesse público: gênero e discriminação étnico-racial.....	205
6.2 Direito à diversidade e inclusão social das minorias.....	216
6.3 Insegurança e intensificação do medo no cenário contemporâneo.....	219
6.4 Questão ecológica e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.....	223
6.5 Reconstrução do espaço público evanescente e os desafios do direito público Contemporâneo.....	226
BIBLIOGRAFIA.....	233

ESTRUTURA DO DIREITO PÚBLICO

1.1 PÚBLICO E PRIVADO

Existem vários sentidos atribuídos à expressão “público”, que se contrapõe ao termo “privado”. Público advém do latim *publicus*,¹ indicando, como regra geral, algo relativo à coletividade, ou seja, destinado ao povo (em sentido genérico). *Privado* também tem origem no latim, *privatus*, sendo derivado do verbo *privare*, que tanto se relaciona com a noção de privação, mas também tem relação com algo considerado privativo, isto é, particular, sendo associado ao termo privacidade, ou seja, não acessível a todos, em contraposição ao público.

O sentido valorativo atribuído às noções de público e privado variou em função do espaço e do tempo. Por exemplo, em Atenas, no auge da democracia, a partir de cerca de 500 a.C., a discussão dos assuntos públicos era considerada um exercício de desenvolvimento pessoal superior em relação à ocupação exclusiva com questões privadas.

Nesta época, ocorreu a divisão entre as concepções de: (1) *esfera privada*, na qual as pessoas desempenhavam atividades ligadas à sobrevivência, num espaço de sujeição (constituído, entre outros, por escravos, mulheres e menores), em relação, por outro lado, à: (2) *esfera pública*, considerada local de igualdade, no qual homens livres² exerciam a cidadania.

O *espaço público*, para os gregos, era, portanto, um referencial valorativo que apontava para a finalidade superior da vida dos homens livres, entendida como racional e justa. Nesta perspectiva, o desenvolvimento das virtudes políticas fazia parte da educação³ do homem grego, para a garantia de uma existência livre e ativa em face dos serviços públicos desenvolvidos *pela e para* a coletividade.

A democracia era direta porque a camada da população que gozava dos direitos políticos reunia-se em assembleia (*Ekklesia*) e discutia coletivamente questões de

¹ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 646.

² A participação ativa não era universal, pois eram excluídos da cidadania, por exemplo: escravos, estrangeiros e mulheres, sendo efetivamente cidadãos menos de 10% da população.

³ Cf. JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1.098.

interesse geral com a participação de todos os cidadãos integrantes da *pólis* grega. Os cidadãos eram considerados iguais em dois sentidos: (a) o da **isonomia**, que implicava igualdade perante a lei; e (b) o da **isegoria**, a qual atribuía idêntico direito a todos de expor e discutir em público ações que a *pólis* deveria ou não realizar.

A *isegoria* era o direito de falar nos debates da assembleia. Assim, “lido o relatório dos projetos levados à ordem do dia, o arauto pronunciava a fórmula tradicional: quem pede a palavra?”⁴ daí derivava o direito de qualquer cidadão discutir o assunto em público. Note-se, porém, que não eram todos os que pediam regularmente para fazer exposições, mas principalmente aqueles que dominavam o dom da oratória, como Péricles,⁵ por exemplo.

Os democratas não queriam que o poder retornasse às mãos da aristocracia, que se baseava nos critérios vitalício e hereditário. O sorteio era, na democracia direta ateniense, a forma utilizada para distribuição de encargos públicos, uma vez que, dentro do ideal *isonômico* defendido, tal critério era tido como o mais respeitador da igualdade entre os cidadãos.

Ainda, para que as pessoas não se acostumassem com o poder concentrado, as funções públicas duravam apenas um ano, sendo ocupadas com alternância pelos sorteados, à exceção dos comandos militares, dos encargos financeiros e de funções técnicas que exigissem competência especializada não compatível com a ideia de sorteio.⁶

No Brasil, por outro lado, só houve maior igualdade de acesso aos cargos públicos a partir da década de 30 do século XX. Após a Independência do País, os cargos políticos eram, por exemplo, acessíveis só a quem concentrasse determinada renda, sendo, ainda, que o voto além de censitário⁷ era indireto.⁸

Mesmo após a Proclamação da República, vigoraram na República Velha relações distorcidas entre *público* e *privado*, dado que existia uma troca de favores

⁴ PLATÃO. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 7.

⁵ Péricles (495-429 a.C.) foi estadista e general ateniense, tendo sido, ainda, um defensor da democracia direta. Ele planejou a estratégia da Guerra do Peloponeso, tendo autorizado a construção do Partenon em 447. Promoveu a cultura de Atenas “numa idade de ouro que produziu figuras como Ésquilo, Sócrates e Fídias”, tendo falecido na peste que atacou a região em 430. Cf. Verbete Péricles. In: WRIGHT, Edmund; LAW, Jonathan. *Dicionário de história do mundo*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 590.

⁶ PLATÃO. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 8.

⁷ Podiam votar brasileiros maiores de 25 anos com renda líquida anual de cem mil-réis (por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego). Os que participavam da assembleia paroquial poderiam votar nas eleições provinciais, desde que tivessem renda de 200 mil-réis. Conforme regras contidas nos artigos 90 a 97 da Constituição de 1824, para ser deputado era necessário professar o catolicismo e ter renda mínima de 400 mil-réis, e, ainda, para ser senador além da idade de mais de 40 anos a renda exigida era de 800 mil-réis.

⁸ Eram indiretas as eleições para Deputados, Senadores e membros dos Conselhos Provinciais.

entre o candidato ao governo e o coronel,⁹ que controlava os trabalhadores rurais (considerados parte de seu “rebanho eleitoral”), em sistema conhecido como “voto de cabresto”, sendo as indicações aos cargos públicos derivadas também desta dinâmica deturpada.¹⁰



Charge do desenhista Storni (1927), Rio de Janeiro.¹¹

Por conta de fatores históricos arraigados, há ainda nos dias atuais desvios nas práticas públicas do Brasil, que ressaltam a falta de consciência dos valores diversos que devem permear o manejo da coisa pública (*res publica*), sendo, pois, imprescindível que se diferencie o trato dos assuntos públicos, que demandam transparência, impessoalidade, prestação de contas e uma ética rigorosa de responsabilização, em relação ao trato dos assuntos privados, no qual os particulares podem negociar vantagens recíprocas, sem se preocupar, via de regra, com o alcance de finalidades públicas, focando-se, sem maiores vinculações, à realização de seus objetivos privados.

Pode-se dizer, portanto, que a distinção entre público e privado é essencial para que haja ética na política (tema que será problematizado mais a frente, com a abordagem de Maquiavel).

Existem, atualmente, inúmeros mecanismos jurídicos aptos a promover o controle do manejo dos bens e interesses públicos, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que não permite que um agente político use de

⁹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975, passim.

¹⁰ Somente a partir de Getúlio Vargas começaram de forma mais efetiva as disseminações de concursos públicos em âmbito nacional para preenchimento, por critérios técnicos, dos cargos públicos.

¹¹ Charge disponível em: <<http://novahistorianet.blogspot.com.br/2009/01/republica-velha.html>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

bens públicos com finalidades particulares, sendo que tal proibição já tinha sido disciplinada de forma mais específica desde a década de sessenta no Brasil, com a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965), que considerou ilegal o desvio de poder ou desvio de finalidade, combatendo o desvirtuamento da competência por parte dos agentes públicos para atingir fins distintos dos previstos explícita ou implicitamente em lei, antes mesmo da positivação do princípio da moralidade no rol do art. 37 da Constituição de 1988, que imprime de forma inquestionável a vontade normativa de uma ação pública pautada na ética.

1.2 DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Na Antiguidade, enquanto a Grécia foi o berço de discussão acerca da política, da filosofia e da democracia, Roma, por sua vez, teve um expressivo desenvolvimento na área jurídica.

No Digesto, 1.1.1.2, que faz parte do *Corpus Juris Civilis*, publicado por encomenda de Justiniano para preservar o legado romano, há um trecho de autoria de Ulpiano¹² no qual se encontra a seguinte distinção clássica: o *direito público* diz respeito ao estado da República (a *pólis* ou *civitas*); e o *direito privado* refere-se à utilidade dos particulares, sendo afirmado, ainda, que existem assuntos que são afetos às coisas públicas, diferentemente dos de utilidade privada.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹³ interpreta que quando Ulpiano diferenciava *jus publicum* (direito público) em contraposição ao *jus privatum* (direito privado), considerava, assim como os gregos, o público como *lugar da ação*, no encontro de homens livres que se (auto) governam, e o privado como *lugar de labor*, isto é, doméstico, privado, sendo voltado, conforme os valores da época, às atividades de sobrevivência.

Em Atenas, no auge da Democracia, grande parte das atividades econômicas eram exercidas com o auxílio de escravos,¹⁴ que trabalhavam nas terras, ao passo que os cidadãos podiam dedicar-se com maior desenvoltura ao saber filosófico,

¹² *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem.*

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 131.

¹⁴ Até porque o sistema econômico era escravagista. Mas o labor não era só desenvolvido por escravos, conforme se verifica da análise de Ellen Meiksins Wood, que expõe que “a maioria dos cidadãos atenienses trabalhava para viver; e trabalhavam em ocupações que os críticos da democracia consideravam como vulgares e servis. A ideia de que a democracia consistiu no império de uma classe ociosa dominando uma população de escravos é simplesmente errônea”. Cf. WOOD, Ellen Meiksins. Capitalismo e democracia. In: BORON, Atilio A.; AMADEO, Javier; GONZALES, Sabrina. *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas*. p. 420. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/campus/marxispt/cap.18.doc>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

às atividades políticas (da *pólis*) e também às atividades físicas, relacionadas com as Olimpíadas.

Apenas os cidadãos eram considerados homens livres e a ação política era tida, conforme dito, como dignificante do homem. Em suma, a esfera pública era separada da esfera privada, em que se desenvolviam atividades voltadas para a sobrevivência e na qual, portanto, não haveria liberdade (política), uma vez que todos estavam sob a coação da necessidade.

Conforme esclarece Tércio Sampaio Ferraz Júnior, amparado nas explicações de Hannah Arendt:

Labor tinha a ver com o processo ininterrupto de produção de bens de consumo (alimento, por exemplo), isto é, aqueles bens que eram integrados no corpo após sua produção e que não tinham uma permanência no mundo: eram bens que pereciam. A produção desses bens exigia instrumentos que se confundiam com o próprio corpo – os braços, as mãos – ou eram as suas extensões: a faca, o cutelo, o arado. Nesse sentido, o homem que labora, o operário, pode ser chamado de *animal laborans*. O lugar do labor era a casa (*domus, oikia*) e a atividade correspondente constituía a economia (*oikos-nomos*). A casa era a sede da família e as relações familiares eram baseadas nas diferenças: relação de comando e obediência, em que a ideia do *pater familias*, do pai, senhor de sua mulher, de seus filhos e de seus escravos. Isso constituía a esfera privada.¹⁵

Assim, sintetiza Marcelo Neves: o *oikos* era o espaço social doméstico (privado) de pleno arbítrio do senhor sobre sua família, servos e bens (inclusive escravos), sendo, portanto, a esfera do *dominium* sobre as coisas e a *potestas* sobre os dependentes.¹⁶

Ressalte-se, ainda, que a concepção de liberdade dos antigos é distinta da noção moderna. Neste sentido, enfatiza Carlos Ari Sundfeld, apoiado na análise de Fustel de Coulanges, que os antigos não conheceram o conceito individualista de liberdade, pois “a liberdade para os helênicos era, essencialmente, a oportunidade de participar dos negócios públicos, de cumprir uma função na cidade, de se submeter à lei (liberdade política), e a não sujeição corporal de um cidadão a outro (liberdade civil)”.¹⁷

Na modernidade, a liberdade individual opõe-se, diferentemente da liberdade dos antigos, à autoridade pública, conforme vai ganhando força um movimento que procurou libertar o indivíduo das amarras de um Estado absolutista.

¹⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 131.

¹⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 13.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.

Jean Domat foi jurista francês que retomou a divisão entre público e privado. Para Pedro Lenza, foi Domat quem primeiro separou, diferentemente da versão dos romanistas, leis civis de leis públicas.¹⁸ Já Nelson Saldanha, por outro lado, expõe que, por influência de Jean Domat, o dualismo entre direito público e direito privado foi “restabelecido em sua plenitude na legislação revolucionária, na França sobretudo”.¹⁹

Do ponto de vista jurídico, portanto, é clássica a distinção que separava da “árvore jurídica” (metáfora do Direito, considerado “uno”), inspirada em Ulpiano, dois ramos importantes: o do direito público e o do direito privado. Enquanto o **direito público** trata da relação do Estado com os cidadãos, a partir de uma perspectiva de maior verticalidade, e que, portanto, *pode ser* impositiva; o **direito privado**, por sua vez, diz respeito às relações de utilidade dos particulares e posiciona seus atores de uma forma geralmente mais horizontal ou igualitária.

São disciplinas atualmente integrantes do ramo do direito público: o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Ambiental, o Direito Penal, o Direito Financeiro e o Direito Tributário. Já o Direito Civil e o Direito Empresarial fazem parte do ramo do direito privado por excelência.



Ramos do Direito.

¹⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

¹⁹ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 46. Domat pode ser considerado o mentor da codificação, mas a iniciativa do governo francês de criar um código somente foi atingida com o Código de Napoleão de 1804 (MATTEUCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998. p. 52).

Ressalte-se, ainda, que existem algumas disciplinas que são “limítrofes”, como, por exemplo, o Direito do Trabalho, pois apesar de a relação contratual de emprego ser estabelecida em âmbito privado, existe uma tutela pronunciada dos direitos sociais que restringe a autonomia privada no contrato de trabalho, provocando uma maior intervenção estatal nas relações entre empregador e empregado.

Ademais, parte do **Direito do Trabalho** é pluricêntrica, isto é, elaborada por grupos sociais. Cesarino Júnior chegou a classificá-lo como um *tercium genus* em relação aos direitos público e privado, denominado direito social, mas houve muitas críticas a tal formulação (considera-se, genericamente, que todo o Direito é social). Contudo, ainda é corrente os que consideram o Direito do Trabalho um direito misto, pois reúne um conjunto de regramentos tanto de natureza pública como privada.

Outra disciplina que apresenta uma acentuada intervenção estatal na regulação de assuntos privados é o **Direito do Consumidor**. A maior intervenção do Estado se dá pelo fato de o consumidor não estar em patamar de igualdade com o fornecedor de produtos e serviços, pois é, no sistema Capitalista, este último que impõe sua vontade, sujeitando quantos possam ou necessitem contratar as regras estabelecidas.

Como o produtor detém conhecimentos da produção e do fornecimento, não se pode dizer que as relações de consumo sejam totalmente livres, pois, em muitos dos casos, num contexto de sociedade de massa, o consumidor contrata nos moldes determinados pelo produtor. Por isso, o Direito do Consumidor parte do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, voltando-se a proteger a parte mais fraca (vulnerável) da relação.

Pelos motivos expostos, o Direito do Consumidor contempla muitas normas de ordem pública e de interesse social. Também o Código de Defesa do Consumidor possui normas de diversas naturezas, sendo algumas civis, outras penais, mas também regras processuais e administrativas, daí a dificuldade de enquadrar a matéria em um ramo específico do Direito.

O **Direito Internacional**, por sua vez, é claramente dividido em: Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Enquanto o Direito Internacional Público analisa os princípios e regras que regem as relações entre Estados e Organizações Internacionais, o Direito Internacional Privado regula relações de interesse dos particulares, ainda que compreendam também Estados estrangeiros ou Organizações Internacionais.

Carlos Ari Sundfeld enfatiza que o direito público trata das relações entre o Estado e os indivíduos, mas também da organização do próprio Estado, a partir da divisão de competências entre agentes e órgãos, bem como das relações entre Estados²⁰ (e, acrescente-se: organizações internacionais).

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 25.

A distinção entre a *verticalidade* pública em contraposição à *horizontalidade* privada foi refinada com o desenvolvimento do direito público e de todas as teorias de justificação da presença de poderes atribuídos ao Estado, que apenas legitimam a **supremacia do interesse público** sobre o particular, em detrimento da autonomia privada, na medida em que o aparato estatal seja direcionado à efetiva satisfação de interesses públicos.²¹

Assim, não se pode dizer que a supremacia do Poder Público seja *absoluta*, mas que existem mecanismos de desnivelamento do Estado porque ele deve personificar a consecução do interesse geral. Como poderia ocorrer a desapropriação de determinado imóvel, que se encontra no traçado de futura obra pública, se o interesse público estivesse no mesmo patamar do interesse do proprietário do imóvel? Como o Estado conseguiria cobrar impostos, para a realização dos seus fins, se os tributos adviessem de uma relação pautada na autonomia da vontade? Ora, poucos contribuiriam voluntariamente.

Há, não obstante, atos do Estado que são negociais e que não são, portanto, impositivos, ou seja, não são imperativos contra a vontade do particular, pois são atos nos quais o particular procura o Poder Público para sua expedição, como acontece nas licenças e autorizações.

Para que haja a realização de interesses coletivos e um convívio harmônico do ponto de vista social é necessário que os particulares abram mão de uma noção ilimitada de realização de interesses individuais, sobretudo quando esses interesses esbarram em interesses públicos primários (da coletividade) tutelados juridicamente. Por exemplo, o setor que produz medicamentos não pode promover a distribuição de remédios que causam comprovadamente males à saúde, pois seu interesse particular lucrativo estará em desarmonia com a proteção que o Estado deve assegurar a todos no âmbito da saúde pública, evitando assim atividades particulares lesivas à coletividade.

Apesar de Ulpiano ter se referido à distinção entre direito público e direito privado na Antiguidade Romana, é importante que se saiba que, do ponto de vista mais rigoroso, a maior parte das disciplinas públicas, com seus princípios e regras característicos, teve origem no fim do século XVIII e início do século XIX, em decorrência das alterações processadas nas relações de poder com a Revolução Francesa e da estruturação do Estado de Direito.

A partir deste período histórico houve o desenvolvimento de princípios que conferiram ao direito público sua **autonomia científica**, tais como: legalidade,

²¹ Para Renato Alessi, interesse público primário é o da coletividade, sendo diferente do interesse público secundário, como o interesse do Erário (arrecadatório, por exemplo). Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197.

separação de poderes e submissão aos Tribunais (justicialidade), o que inclui a possibilidade de responsabilização pelos danos causados pelo Estado. Antes deste período histórico não se pode dizer, tecnicamente, que tenha efetivamente existido direito público com suas notas características, pois o monarca absolutista era, via de regra, irresponsável perante o ordenamento jurídico.

A fórmula do *princeps legibus solutus est* implicava, segundo Marcelo Neves,²² a ausência de subordinação do soberano a leis postas por outros homens.²³ Na estrutura hierárquica da ordem tradicional da época, o soberano era detentor de poderes, prerrogativas e privilégios, sem que houvesse, em contrapartida, deveres e responsabilidades exigíveis por parte dos súditos, sendo incabível a ideia de oposição política institucionalizada, porque não havia direitos subjetivos públicos acionáveis contra o soberano.

Ademais, o direito privado na atualidade também já não é mais visto como o terreno da *absoluta* “autonomia da vontade”, sendo esta considerada a eleição livre dos meios e finalidades da ação humana, desde que não proibidos pelo Direito. Existem circunstâncias em que as normas de direito privado tratam de matérias de *ordem pública*,²⁴ ou seja, assuntos que são de observância obrigatória justamente porque também veiculam algum tipo de interesse coletivo, mesmo que disciplinado pelo direito privado.

Como exemplos de áreas afetadas pelo fenômeno da presença de normas de ordem pública em âmbito privado, menciona Venosa²⁵ o Direito de Família, por regular um organismo de vital importância coletiva, daí porque há toda uma disciplina rigorosa sobre alimentos, e o regime da propriedade, que não é mais vista da perspectiva de direito subjetivo absoluto e incontrastável, mas como uma faculdade da qual o uso e o gozo são condicionados ao desempenho de função social, conforme orientação fixada pela Constituição.

Identifica-se, ainda, uma tendência denominada de *publicização do direito privado*, que acompanha a discussão da eficácia horizontal dos direitos funda-

²² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 17-19.

²³ Ressalte-se que, conforme expõe Gilberto Bercovici, o príncipe, de fato, poderia se declarar *legibus solutus*, mas o entendimento medieval, que não foi absolutista, buscava limites a tal prerrogativa real, sendo que o pensamento moderno de razão de Estado não significou necessariamente uma ruptura com o pensamento medieval (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 56).

²⁴ Segundo René Savatier, ordem pública refere-se ao conjunto de normas cogentes, imperativas, que prevalece sobre o universo de normas dispositivas, do direito privado. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 60.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006. v. I, p. 63.

mentais, o que fez surgir uma corrente doutrinária que defende a existência de um Direito Civil Constitucional (que altera a percepção sobre a distinção entre público e privado no âmbito do Direito Civil), uma vez que da Constituição também se extraem valores aplicados ao âmbito privado, cujas regras e princípios não se limitam ao Código Civil ou à legislação ordinária.

Entende-se que o atual movimento de “publicização”²⁶ do direito privado, se conduzido com razoabilidade (bom senso), não será autoritário, muito menos totalitário. No totalitarismo, conforme será exposto, havia uma tendência à maximização do Estado, que procura se imiscuir nas esferas mais privadas dos cidadãos, como no planejamento familiar ou em outros aspectos estritamente pessoais, violando a dignidade humana e a liberdade de todos.

Trata-se, na maior parte dos casos, do resultado de ações importantes para não levar a proteção da liberdade e da autonomia da vontade ao extremo de deixar as pessoas ao desamparo do ordenamento jurídico, como ocorre, conforme dito, na regulamentação do Direito de Família, que contempla regras rigorosas sobre prestação de alimentos, ou de torná-lo indiferente às situações limítrofes de exploração, como na hipótese do emprego de trabalho escravo em área rural, que descaracteriza o cumprimento da função social de tal propriedade, conforme se extrai do art. 186, IV, da Constituição Federal, sendo, ainda, que a exploração de trabalho escravo na forma da lei provocará também o confisco das propriedades rurais ou urbanas, conforme dispõe o art. 243 da Constituição, após redação conferida pela Emenda Constitucional 81/2014.

Por outro lado, a sociedade tem de estar atenta para que os congressistas não criem leis que contrariem a interpretação da Constituição e o avanço das liberdades públicas. Trata-se de questão debatida na atualidade, por exemplo, o trâmite do projeto de lei que procura regulamentar o Estatuto da Família e tenta definir o que pode ser considerado como família no Brasil, intentando excluir do universo de tutela inúmeras uniões não categorizadas rigorosamente como tal, que não mais aufeririam direitos como pensão, previdência ou licença-maternidade.

Em crítica a essa tentativa de enquadramento de um organismo que contemporaneamente se modificou no âmbito do tecido social, há a charge abaixo, em que se questiona a prepotência de um modelo único de família que tenta ser imposto à sociedade e que, na contramão do pluralismo, exclui as diversas formas de vida e de relacionamentos afetivos reconhecidos.

²⁶ Colabora para o fenômeno da “publicização” do direito privado a corrente doutrinária denominada de Direito Civil-Constitucional, que propugna a necessidade da reconstrução axiológica do Direito Civil em face dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, daí a instigante problemática da eficácia horizontal dos direitos humanos.