

A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA CLÁSSICA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO: A nova sistematização jurídica de intersecções entre o público e o privado com base nos direitos fundamentais

PUBLIC AND PRIVATE RIGHTS CLASSIC DICHOTOMY OVERCOMING : new legal systematization of public-private intersections based on fundamental rights

Rafael Bueno da Rosa Moreira¹, Maria Vitória Pasquoto de Freitas²

RESUMO: A dicotomia entre o direito público e o direito privado foi por muito tempo utilizada como modelo ideal no contexto mundial, sendo adotada por inúmeros países. Entretanto, com a utilização pelos Estados dos direitos fundamentais como base dos sistemas jurídicos constitucionalizados, evidenciou-se as intersecções entre o direito público e o direito privado, superando-se o modelo tradicional dicotômico de direito. A investigação científica teve por intuito a resolução do seguinte problema: “como vem se desenvolvendo a superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado no Brasil?”. Para a obtenção de tais dados, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, utilizando do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento monográfico. A abordagem teve como objetivo analisar o sistema jurídico dicotômico clássico entre o direito público e o direito privado e a sua superação por meio das intersecções constitucionais embasadas na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Verificou-se com o desenvolvimento do estudo que o sistema dicotômico e as codificações foram importantes ferramentas para o desenvolvimento do direito no ocidente. Porém, com o Estado Democrático de Direito, que se embasa nos direitos fundamentais, houve a necessidade da consolidação de novos sistemas jurídicos que possibilitem o equilíbrio e diálogo do público com o privado, assim como vice-versa, o que ocorre por meio das intersecções embasadas na constitucionalização do direito privado e da privatização do direito público.

Palavras-chave: dicotomia; intersecções; fundamentais.

ABSTRACT: *For a long period the dichotomy between public and private rights was taken as an ideal model in the world context, being adopted by different countries. However, with the use of fundamental rights by the States as the basis of*

¹Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor e Pesquisador da Urcamp .

²Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Bolsista de Iniciação científica e Inegrante de Projeto de Pesquisa pela URCAMP.

constitutional legal systems, the intersections between public and private law were evidenced as a way to overcome the traditional dichotomous model of law. This present scientific research aimed at solving the following problem: "How has been developed the overcoming of the classical dichotomy between public law and private law in Brazil?". To obtain such data, a bibliographic research was carried out, using the deductive approach as well as a monographic procedure method. The objective was to analyze the classic dichotomous legal system between public law and private law and its overcoming through constitutional intersections based on the dignity of the human person and fundamental rights. It was verified with the development of the study that the dichotomous system and the codifications were important tools to the development of West law system. Despite the Democratic State of Law, based on fundamental rights, there was the necessity to consolidate new legal systems to allow the balance and the dialogue between the public and the private, and vice versa, that occurs through intersections based on the constitutionalisation of private law and the privatization of public law.

Keywords: *dichotomy; intersections; fundamental*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As intersecções entre o público e o privado fizeram com que se evoluísse no sentido de superar os sistemas jurídicos dicotômicos e baseados em codificações. No Estado Democrático de Direito construído no Brasil, as bases seguem a constitucionalização de matéria, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, o que gera novos significados para as relações jurídicas, havendo restrições de liberdades individuais e da supremacia do interesse público.

Com o desenvolvimento do artigo, buscou-se analisar o sistema jurídico dicotômico clássico entre o direito público e o direito privado e a sua superação por meio das intersecções constitucionais embasadas na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.

A presente pesquisa científica buscou responder o seguinte problema: como vem se desenvolveu a superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado no Brasil?

Para a obtenção de tais dados, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, utilizando do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento monográfico.

2. A DICOTOMIA CLÁSSICA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

O conhecimento das origens do direito privado e os seus processos de desenvolvimento no decorrer da história são fatores importantes para que se possa conhecer o fenômeno da dicotomia clássica entre o público e o privado. Desde as origens do direito privado vem sendo estabelecidas regras que primaram pela separação entre questões públicas e privadas.

Tratando-se de direito privado, o sistema de codificações que foi consolidado na Europa, e depois foi utilizado em vários países do mundo (dentre eles o Brasil), teve destacado papel na construção de um sistema dicotômico. O direito foi desenvolvido com base em importantes marcos europeus, como as codificações napoleônicas na França, em destaque o “Code Civil de 1804”, assim como as heranças europeias do direito romano, do direito canônico, do direito germânico, do direito feudal e do direito medieval. Sua evolução em vários países da Europa, foi fundamental para que se chegasse aos modelos que estão postos nos dias de hoje. É claro que não havia a padronização de um único direito na Europa, vários foram os modelos adotados e aperfeiçoados pelos Estados, que inicialmente se utilizaram da ideia dicotômica de direito (CAENEGEM, 1999, p. 1-13).

O direito privado moderno se originou na Europa com a redescoberta do “*Corpus Iuris Justinianeu*”, tendo passado por uma evolução em relação a matéria, após análise de diversos modelos abordados em distintos países, até se chegar ao modelo atual, onde o direito decorre das necessidades para a vida social (WIEACKER, 2010, p. 11-14).

Portanto, o Código Napoleônico e o Código Justiniano foram importantes bases jurídicas para a construção do direito dicotômico no mundo, possuindo raízes que permaneceram até os dias atuais. Foram eles que consolidaram o direito privado no decorrer da história.

A codificação foi vista como benéfica em face de sua estrutura lógica e sistêmica, trazendo bases consistentes. Tal modelo se espalhou pela Europa e passou a ser muito aceito, mas sofreu resistência na Inglaterra. Como benefício da codificação da época se indicava: “a segurança”; “a clareza”; “a unidade em relação ao Estado”. Já contra a codificação se destaca a “imobilidade” (CAENEGEM, 1999, p. 16-19).

Os modelos de direito que antecederam o *Code Civil* evidenciaram que a cada época da história havia um direito que era condizente com a evolução social, política, econômica e cultural de cada Estado, cumprindo com as necessidades de regular a vida em sociedade (CAENEGEM, 1999, p. 23-37).

Para analisar a história do direito privado, deve-se inevitavelmente que verificar os aspectos e processos do momento histórico em que se está vivendo, pois o contexto social traz influências ao direito. Destaca-se a preocupação de demonstrar as influências científicas que ocorreram em decorrência das ideias surgidas na Europa, principalmente em se tratando de direito, sendo demonstrados o surgimento de diversas teorias jurídicas (WIEACKER, 2010, p. 1-11)

Lopes (2000, p. 191-195) destaca a “*Espítola de Tolerantia*” de Locke, que tinha por concepção o respeito mútuo entre cristãos, primando-se pela tolerância, que é requisito fundamental para o convívio social. Ela desenvolveu a separação das esferas públicas e privadas na modernidade. O ideal de justiça se utilizou da tolerância, da razão e da liberdade. Foram, também, formuladas ideias aceitas até hoje, como os direitos: “[...] à palavra e à liberdade de pensamento, e o direito de reunião e associação”.

As figuras do “Jardim” e da “Praça” foram adotadas para a realização do debate sobre a dicotomia entre o público e o privado na obra de Saldanha (2005). Nela, por diversos momentos o jardim foi utilizado para relatar a figura do privado, pois relatava que a propriedade é individual, e a praça era a representação do público, pois seria o local coletivo, havendo separações clássicas que foram demonstradas durante momentos históricos, mas também existindo intersecções entre o público e o privado nos dois locais.

Em torno do público e do privado não se pode traçar uma linha reta, dizendo que não irão haver questões públicas no ambiente privado e que não irão haver questões privadas no ambiente público, pois existirão delimitações e intersecções em torno dos espaços. Em um sistema dicotômico, mesmo que existam extremidades, sempre irão haver semelhanças nas áreas fronteiriças. As figuras de poder sempre foram muito utilizadas nos espaços públicos, pois visavam o controle social, mas também garantiam interesses privados por parte dos governantes. Já a ideia de desmatamento e de depredação da natureza em prol da construção das cidades foram estratégias utilizadas para a garantia dos interesses públicos e

privados, em diversos modelos de Estado e diferentes formas de governo (SALDANHA, 2005, p. 73-88).

A complexidade em torno dos espaços individuais e dos espaços coletivos são fundamentais para entender as intersecções entre as duas esferas. As relações em muito se utilizaram da propriedade, pois havia o entendimento de que o público era o que está para fora dela e o privado é o que se encontra dentro. No entanto, a questão relacionada ao espaço não é tão simples assim, sempre se podendo atribuir valores públicos e privados a questões individuais e coletivas. As semelhanças e diferenças entre estar debaixo de uma árvore no jardim e na praça são muitas, assim como as diferenças em relação às características do contrato em Estados sociais, liberais ou democráticas de direito. O contrato por muito tempo teve a sua soberania respeitada como algo absoluto, sendo superado pela constitucionalização da sua função social, que modificou a questão em relação ao individualismo exacerbado, passando-se a interpretá-lo em prol das concepções coletivas e difusas (SALDANHA, 2005, p. 89-104).

A ideia do equilíbrio, tendo o indivíduo como o centro, é o que se deve buscar nas relações entre o público e o privado. A vida social e a vida individual possuem características peculiares nos mais diversos espaços e no tempo. O mundo na atualidade tem suas relações de acordo com o consumismo e em prejuízo aos seres humanos, ou seja, as condutas individualistas geralmente estão em primeiro plano (SALDANHA, 2005, p. 113-130).

Na experiência brasileira, o ideal republicano nunca esteve presente. A falta de visão pública ocorre desde o momento onde se coloca lixo nas ruas, demonstrando que o público seria de ninguém, ao invés de ser o local da coletividade. No Brasil não se viveu a vida pública com plenitudes, assim como não houve um modelo privado na sua essência, pois ao mesmo tempo que se poluía os rios e matas perto das residências, não se buscava o desenvolvimento da cidade, havendo prejuízos ao público e ao privado. O benefício privado sempre esteve acima do ideal público. O social por muito tempo foi deixado de lado em prol dos interesses individuais, sendo que o privatismo se caracterizou por: “Latifúndios”; “Famílias dinásticas”; “Caudilhismo político”; “Partidos formados por coalizões pessoais”; “Descontínua presença do povo e do sentido da coisa pública como tal” (SALDANHA, 2005, p. 131-148).

Utilizando-se da teoria hermenêutica, pode-se destacar que a imagem de praça e de jardim possuem muitas conexões, que impedem uma dicotomia. As intersecções são constantes e fazem parte das relações entre o público e o privado. Enquanto as pedras estão presente no público, elas fazem parte das construções privadas. Assim como as árvores e plantas estão no jardim e nas praças, sendo representações públicas e privadas. Portanto, “[...] é correto pretender que no jardim exista algo de praça, e que a praça tenha algo de jardim” (SALDANHA, 2005, p. 149-155).

3. A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA CLÁSSICA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO BASE PARA O SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

A estrutura de codificação civil perdeu centralidade em face da constitucionalização do direito civil, seguindo uma base sistêmica de normas fundamentais (LORENZETTI, 1998, p. 42-46).

Surgiram microsistemas para tratar dos mais diversos ramos do direito, citando de forma explícita o ocorrido com a sistematização do direito do consumidor, que mesmo que possua uma codificação, se comunica com várias áreas sem o rigor interpretativo anterior a constitucionalização do direito privado. Isto ocorre por haver proteção ao consumidor no direito constitucional, no direito civil, no direito penal, no direito ambiental, no direito sanitário, dentre outros ramos, além do previsto no Código de Defesa do Consumidor, o que demonstra que a codificação é um modelo que vem sendo superado, havendo o instituto da descodificação. As bases estão fundadas não somente em códigos, mas em princípios, normas, jurisprudência, teorias, etc. O ocorrido com o direito do consumidor não é diferente ao que vem ocorrendo com outros ramos do direito, como o direito relacionado aos danos e a responsabilidade civil (LORENZETTI, 1998, p. 46-52).

Pode-se perceber, de forma muito clara, que o surgimento da constitucionalização do direito privado ocorreu juntamente com a crise das codificações, que não possuíam instrumentos suficientes para interpretar o direito e para a obtenção da justiça, necessitando de outros aportes sistêmicos para o bom desenvolvimento de um sistema jurídico avançado que observa as garantias de direitos humanos e fundamentais como pressupostos básicos. Neste sentido, a

hermenêutica foi considerada importante teoria jurídica para a aplicação da lei aos casos concretos, utilizando visão constitucionalizada de direitos fundamentais e de princípios (LORENZETTI, 1998, p. 42-82).

Já a privatização do direito público girou em torno da ideia da utilização do direito público para passar a regular assuntos que eram estritamente de direito privado, como o ocorrido em vários contratos (LORENZETTI, 1998, p. 42-82).

Com a crise das codificações, destacou-se o desenvolvimento das intersecções entre o direito público e privado, algo que ocorre na maior parte do direito, influenciando inúmeros ramos em prol da nova sistematização interpretativa utilizada no modelo de Estado Democrático de Direito (LORENZETTI, 1998, p. 42-82).

Houve também o desaparecimento do sistema de direito público com base na noção de poder público e enraizado no ideal de soberania do Estado, clássico do Absolutismo. A ideia de soberania foi criticada, sendo considerada um dogma, algo que não se coaduna com o federalismo e a descentralização (DUGUIT, 2007, p. 03-17).

Os debates sobre o direito público e o conceito de soberania geraram contradições, pois os fundamentos do direito público não podem se apoiar na ideia de soberania, que surgiu no contexto de imperialismo. A soberania necessita de limitações de acordo com os direitos humanos e fundamentais dos cidadãos, limitando os poderes por parte do Estado. Assim, a noção de direito público deve atender para as garantias dos sujeitos de direitos, limitando a atuação dos entes públicos, evidenciando-se variações dicotômicas entre o público e o privado, assim como diversas intersecções (DUGUIT, 2007, p. 03-17).

Após a teoria positivista de Kelsen, o direito vem sendo construído com uma visão estruturalista. Os teóricos gerais do direito, em geral, não utilizam de uma visão funcionalista, ou seja, vem se verificando como o direito está estruturado e não quais são suas finalidades. Tal visão é fundamentada pela teoria pura do direito, que demonstra a não influência de outras ciências no direito, o que fundamenta o estruturalismo e deixa de lado o funcionalismo, que para Kelsen seria uma função de outras áreas da ciência e não do direito (BOBBIO, 2007, p. 53-79).

Bobbio (2007, p. 53-79) realiza sua análise crítica a partir da visão de Kelsen, discordando de posições trabalhadas na teoria pura do direito, como a que defende que o direito é um meio e não um fim, e que serve para a organização

social, posição que é contraditória em relação a proposta posterior em relação a busca da paz social por meio do direito. Ainda, demonstra que o direito não pode ser visto com uma visão estruturalista, sendo fundamental a superação de tal concepção para que se faça análises sob o ponto de vista funcional, o que parece ser o mais correto nas atuais sistematizações jurídicas com viés de constitucionalização de direitos fundamentais. A busca é na direção de uma teoria funcionalista do direito. É claro que a estruturação foi importante e segue sendo importante para o sistema jurídico, mas ela por si só não basta, dependendo do funcionalismo para que se possa garantir as necessidades precípua em relação ao direito em um Estado Social.

Bobbio (2007, p. 53-79) também aceita a relação do direito com outras áreas da ciência, discordando da pureza do direito proposta por Kelsen e demonstrando ser de grande relevância para o direito os estudos de outras áreas da ciência. A visão é correta, pois cada vez mais os estudos jurídicos devem primar pela interdisciplinaridade, para que se consiga obter melhores resultados. O funcionalismo é a base de sua abordagem, e, portanto, a sua proposta é de analisar o direito como um fim e não como um meio estrutural. Assim, como o próprio nome da obra prevê, a sua análise parte “da estrutura à função” do direito, o que demonstra a necessidade de superação de antigas concepções para se chegar a um novo modelo, que é o necessário para a atualidade.

A partir do embasamento teórico, é trazido a análise a dicotomia entre o público e o privado, utilizando de pensamentos de diversos autores que influenciaram a comunidade científica internacional para demonstrar grandes dicotomias que ocorreram no decorrer da história, sob o ponto de vista teórico e prático, e que não necessariamente são de natureza exclusiva entre direito público e privado, mas que geram influências a tal divisão, como ocorrido na separação entre sociedade de classes e sem classes no socialismo, no estado de natureza e estado civil, ou o direito natural e o direito positivo. Tais fatores demonstram a importância das dicotomias para o desenvolvimento científico, pois com base nelas se avança nas questões sociais em prol da construção de verdades científicas de caráter relativo (BOBBIO, 2007, p. 116-158).

Pode-se salientar, ainda, que dentre os diversos debates sobre questões dicotômicas entre o público e o privado, os relacionados ao Estado pós-liberal que

passou a intervir nas liberdades das relações de trabalho, e, portanto, passou a se manifestar sobre tópicos que eram de natureza privada (BOBBIO, 2007, p. 116-158).

Sobre a análise das normas de conduta e normas de organização, pode-se trazer reflexões sobre questões dicotômicas, pois as normas de conduta visam regular as condutas individuais e as normas de organização são de fins coletivos. Com o atual modelo jurídico que se encontra inserido em uma sociedade de produção capitalista globalizada, as funções de organização do Estado ganham importância, o que faz com que o Estado interfira nas liberdades individuais da pessoa humana, limitando-as em face das necessidades sociais. Assim, entende-se que os modelos de Estado Liberal, que tiveram grande importância para o desenvolvimento da humanidade, assim como o direito com tal viés, foram superados em face da universalização de humanos, da expansão do direito público e da constitucionalização de direitos (BOBBIO, 2007, p. 116-158).

Por fim, verificou-se que o sistema dicotômico e as codificações foram importantes ferramentas para o desenvolvimento do direito no ocidente. No entanto, com o Estado Democrático de Direito, que se embasa nos direitos fundamentais, houve a necessidade da consolidação de novos sistemas jurídicos que possibilitem o equilíbrio e diálogo do público com o privado, e vice-versa, o que ocorre por meio das intersecções embasadas na constitucionalização do direito privado e da privatização do direito público.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dicotomia entre o direito público e o direito privado foi importante ferramenta para a consolidação do direito no mundo. Diversas foram as representações que evidenciavam tal separação, sendo, a partir de tais representações, identificadas intersecções que aproximavam o público ao privado em várias relações. Tal dicotomia foi sendo superada no tempo, passando-se a buscar o equilíbrio entre os interesses públicos e privados tendo o sujeito como centralidade do sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais devem ser utilizados como bases, em um sistema que deve primar pelo funcionalismo interpretativo como teoria, atentando para os fins do direito, e não somente primando por sua estrutura. A constitucionalização de vários ramos do

direito, em especial do direito privado, e a privatização do direito público foram fatores importantes na superação da dicotomia clássica entre o público e o privado.

O Estado Democrático de Direito do Brasil instrumentou os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana como alicerce para o seu sistema jurídico desde o viés constitucional, limitando-se, em consequência, as liberdades individuais e a supremacia do interesse público. O interesse público não pode mais se sobrepor ao privado, assim como as relações privadas não podem deixar de observar o coletivo.

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri. São Paulo: Manole: 2007

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Granada: Comares, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. São Paulo: Max Limonad. 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: O privado e o público na vida social e histórica**. Recife: Atlantica, 2005.

TAYLOR, Charles. **Imaginários Sociais Modernos**. Trad. Arthur Morão. Lisboa: Texto e Grafia, 2010.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. Ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.