

O PÚBLICO E O PRIVADO NA FORMAÇÃO DOS PARADIGMAS DE ESTADO LIBERAL, SOCIAL E NEOLIBERAL – IMPLICAÇÕES PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS¹

THE PUBLIC AND PRIVATE FORMING THE LIBERAL AND SOCIAL NEOLIBERAL STATE PARADIGMS - IMPLICATIONS FOR HUMAN RIGHTS REALIZATION

Adriana Inomata²

RESUMO. A dicotomia público/privado refere-se à separação do direito em duas esferas distintas, contrapostas e excludentes (Norberto BOBBIO). Nesse aspecto, pode-se enquadrar como público o Estado e como privado a sociedade ou indivíduo, como público a política, o Estado civil e como privado o mercado, a sociedade civil. Nessa perspectiva a dicotomia está superada, seja pelo fenômeno da publicização do direito privado e do neoconstitucionalismo, seja pela constatação de uma constante relação de coordenação ou prevalência entre público e privado, ou pela relação até de promiscuidade, segundo Maria João Estorninho, que se faz presente no modelo de Estado Pós-Social. De qualquer forma o público e o privado está presente de forma recorrente nos debates sobre os paradigmas de Estado, e conseqüentemente sobre as formas de atuação da Administração pública e a garantia de direitos humanos/fundamentais. Desvendar o tema das ideologias, em especial, liberal e neoliberal, é definir qual é a esfera de atuação do Estado na sociedade, impondo deveres, garantido direitos, prestando serviços públicos, “orquestrando” a economia. Em razão disso, o presente trabalho preocupa-se em analisar a relação público-privado nos paradigmas de Estado Liberal, Social e Pós-Social, ou neoliberal, com o intuito de verificar as implicações para a conceituação e efetivação dos direitos humanos.

¹ Artigo recebido em 31 de outubro de 2011 e aceito em 06 de novembro de 2011.

² Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. Especialista em Direito Empresaria pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professora de direito constitucional da Universidade Positivo (UP) e da Faculdade Estácio Curitiba. adrianainomata@yahoo.com.br

PALAVRAS-CHAVE. Estado, público e privado, direitos humanos.

ABSTRACT. The dichotomy between public / private refers to the separation of law into two distinct spheres, antagonist and exclusionary (Bobbio). In this light, it could qualify as public as the state and private company or individual, and public policy, the status and how the private market, civil society. From this perspective the dichotomy is overcome, either through phenomenon is the publicizing of private law and neoconstitutionalism, either by finding a constant ratio or prevalence of coordination between public and private, or until the ratio of promiscuity, according to Mary John Starling, who makes This model of State Post-Welfare. Either way the public and private is present recurrently in discussions on the paradigms of state, and consequently on the performance forms of public administration and ensuring human rights / fundamental. Uncover the theme of ideologies, in particular, liberal and neo-liberal, is to define what is the purview of the state in society, imposing duties, guaranteed rights, providing public services, "orchestrating" the economy. As a result, this paper focuses on analyzing the public-private relationship in the paradigms of the Liberal State, Social and Post-Social, or neoliberal, in order to study the implications for the conceptualization and realization of human rights.

KEYWORDS. State, public and private, human rights.

SUMÁRIO. 1. INTRODUÇÃO. 2. DICOTOMIA PÚBLICO PRIVADO SEGUNDO NORBERTO BOBBIO. 3. CRITÉRIOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO. 4. PÚBLICO E PRIVADO NOS PARADIGMAS DE ESTADO LIBERAL, SOCIAL E NEOLIBERAL. 5. DICOTOMIA PÚBLICO VERSUS PRIVADO E IMPLICAÇÕES NA TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O tema dicotomia público-privado está presente nos debates jurídicos desde a Roma Antiga, na frase célebre formulada por Ulpiano³⁻⁴, e ao logo da

³ Digesto. Lib. I, Tit. I, Pr. I, § 2.: "*Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem : sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*" (O Direito Público diz respeito ao estado da coisa romana. O Direito Privado, o que concerne à utilidade das pessoas singulares, dos particulares. Com efeito, há certas coisas publicamente úteis e certas coisas úteis às pessoas privadas.)

⁴ Nesse sentido, Norberto BOBBIO, ao tratar da grande dicotomia público privado, observa que "através das duas comentadíssimas passagens do *Corpus iuris* [*Institutiones*, I, I, 4; *Digesto*, I, I, I, 2] (...) a dupla de termos público/privado fez seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente." (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Para uma teoria geral da política. 14ªed. São Paulo: Paz e terra, 2007. p. 13)

história os conceitos (público e privado) tomaram formas distintas, dependendo do contexto político-social em que estavam inseridos.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o embate entre público e privado nos diferentes paradigmas de Estado: Liberal, Social e Neoliberal⁵, estabelecendo uma análise de como se dá a relação entre aquilo que é um dever-poder do Estado-administração na realização de suas tarefas, de seus fins, e aquilo que é prerrogativa da sociedade civil, ou do indivíduo. Ao final, esse estudo pretende analisar as consequências desse embate para a definição dos direitos humanos, dentro do debate da teoria tradicional dos direitos humanos e teoria crítica, formulada por Joaquín Herrera Flores. Ou seja, delimita-se à discussão público/privado na relação entre os campos de atuação da Administração Pública, na realização dos fins e tarefas estatais, e da sociedade civil e suas consequências para a definição de direitos humanos.

Para tanto, de início será definida a noção de “dicotomia” elaborada por Norberto BOBBIO⁶ e a superação da expressão (dicotomia). Feito isso, passar-se-á então tratar do tema público-privado nos paradigmas de Estado abordados, enfocando a atuação do Estado (administração pública) na realização dos fins e tarefas que lhe são atribuídos.

Apesar da dicotomia público-privado ser atualmente considerada superada, em especial tendo em vista o chamado neoconstitucionalismo, a questão do público e do privado ganha relevância no contexto do Estado Contemporâneo, ou seja, no debate sobre qual o modelo de Estado a ser adotado (Social ou Neoliberal, Mínimo ou Máximo, Estado de Bem-Estar ou Estado Regulador) ou sobre a proposta de um novo modelo (junto da proposta de um novo modelo de produção), pois ao discutir-se o que é público e o que é privado no direito, está a se questionar sobre qual é a esfera de atuação do Estado, seus fins e suas tarefas, e a sua relação com a sociedade/indivíduo, em resumo, qual é o modelo de Estado, as formas de atuação da Administração Pública⁷ e as consequências para a tutela e garantia dos direitos humanos.

⁵ Este trabalho delimitou-se a análise do público e do privado no Estado a partir do modelo liberal, pois não comportaria como objeto de um artigo científico a análise do tema sob a perspectiva dos períodos históricos passados (antiguidade, com Grécia e Roma, e medieval com o sistema feudal ocidental). Essa delimitação também se faz necessária, porque foi com o Estado moderno que a segregação, a contraposição, entre público e privado se torna mais evidente e invocada no âmbito das relações entre o Estado e o indivíduo, como duas esferas que se auto-limitam e, por vezes, se excluem, como será visto oportunamente.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Para uma teoria geral da política. 14ªed. São Paulo: Paz e terra, 2007.

⁷ Nesse mesmo sentido, Maria João Estorninho analisa o modelo de Administração pública e suas formas de atuação de acordo com o modelo de Estado adotado (absolutista, liberal, social e neoliberal): “Existe uma relação inevitável entre os ‘modelos de Estado’ e as teorias das formas de atuação da Administração Pública. Na verdade, o ‘modelo de Estado’ adoptado em certo momento e em certo local determina, desde logo, as funções que incumbem à respectiva Administração Pública. De facto, os fins que o Estado se propõe a prosseguir condicionam de forma indissociável as atribuições das respectivas entidades administrativas; por sua vez, essas funções atribuídas à Administração Pública determinam as formas de organização e as formas de actuação que por ela são adoptadas.” (ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito**

2. DICOTOMIA PÚBLICO PRIVADO SEGUNDO NORBERTO BOBBIO

Constantemente a dogmática recorre ao tema dicotomia público/privado, principalmente ao defini-los como dois grandes ramos do direito, ou colocá-los num sentido de oposição, dois sistemas ou regimes jurídicos muitas vezes contrapostos, com princípios estruturais que tornam tais ramos distintos e separados (interesse público e autonomia privada). Porém, o tratamento do tema exige uma análise mais apurada do significado dessa dicotomia, para tanto, o presente trabalho usará a definição tradicional de dicotomia elaborada por Norberto BOBBIO, para depois questionar se essa visão está superada.

BOBBIO assinala que a dicotomia público/privado é mais que uma mera separação entre esses dois ramos do direito. Nesse sentido, o autor discorre que:⁸

Podemos falar corretamente de uma grande dicotomia quando nos encontramos diante de uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade: a) de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode ser contemporaneamente compreendido na segunda; b) de estabelecer uma divisão que é a mesmo tempo total, enquanto todos os entes aos quais atualmente e potencialmente a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias.

A dicotomia apresenta-se, portando, na visão tradicional, como dois espaços que se excluem, que, no uso descritivo comum, passam a ser contraditórios, já que “no universo por ambos delimitado um ente não pode ser simultaneamente público e privado, e sequer nem público nem privado”.⁹

BOBBIO explica ainda que os dois termos de uma dicotomia podem ser definidos um independente do outro, ou então apenas um deles é definido e o outro ganha definição negativa, por exclusão. Assim, nesse segundo caso, um dos termos é forte e o outro é fraco. É o que ocorre, segundo o autor, com a dicotomia público/privado uma vez que o privado pode ser

privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 17)

⁸ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Para uma teoria geral da política. 14ªed. São Paulo: Paz e terra, 2007. p. 13-14.

⁹ Ibidem, p. 20

definido como “não público”. Os dois termos de uma dicotomia, observa o autor, também se condicionam mutuamente “no sentido de que se reclamam continuamente um ao outro”, pois “no interior do espaço que os dois termos delimitam, a partir do momento em que este espaço é totalmente ocupado (*tertium non datur*), eles por sua vez se delimitam reciprocamente, no sentido de que a esfera do público chega até onde a começa a esfera do privado, e vice-versa.”¹⁰

A grande dicotomia também possui um significado valorativo, axiológico e não apenas descritivo. Nesse aspecto, BOBBIO analisa a questão do primado do privado sobre o público e vice-versa. Basicamente, o primado do privado se dá com a cristalização do direito romano no Ocidente, que era essencialmente privado, pois os institutos principais eram família, contrato, propriedade e os testamentos¹¹. Durante séculos o direito privado foi direito por excelência. O direito público como corpo sistemático nasce tarde relativamente ao direito privado, apenas na época Moderna. Para reforçar a idéia da primazia do privado sobre o público, BOBBIO traz ainda como argumento a resistência do direito de propriedade contra a ingerência do soberano. Argumenta o autor que mesmo dentre os teóricos do absolutismo (Hobbes e Bodin) essa resistência se fazia presente e de forma mais evidente, e consolidada, na teoria de John Locke, com o qual a propriedade passa a ser um direito natural, pois nasce do esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político, e como tal deve ter seu livre exercício garantido pela lei do Estado.¹²

Através de Locke a inviolabilidade da propriedade, que compreende todos os outros direitos individuais naturais, como a liberdade e a vida, e indica a existência de uma esfera do indivíduo singular autônoma com respeito à esfera sobre a qual se estende o poder público, torna-se um dos eixos da concepção liberal do Estado, que nesse contexto pode então ser redefinida como a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público.

No Estado liberal esfera privada se alarga em detrimento da esfera pública até a sua redução aos mínimos termos.

A primazia do público sobre o privado, segundo BOBBIO, se dá com a “reação contra a concepção liberal do Estado”, configurando a derrota histórica, embora não definitiva, do Estado Mínimo. Isso significa “aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos

¹⁰ Ibidem p. 14

¹¹ “Em outras palavras, o direito romano, embora tendo sido na origem um direito positivo e histórico (codificado pelo *Corpus Iuris* de Justiniano), transforma-se através da obra secular dos juristas, glosadores, comentadores, sistematizadores, num direito natural, até transformar-se de novo em direito positivo com as grandes codificações do início do século XIX, especialmente napoleônica (1804) – um direito positivo ao qual seus primeiros comentadores atribuem uma validade absoluta, considerando-o como direito da razão.” (ibidem, p. 21)

¹² Ibidem, p. 23-24.

e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado... O Estado foi pouco a pouco se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência do Estado total.”¹³. A supremacia do público significa também a supremacia da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal, o primado da política sobre a economia, o que implica na “publicização do privado”, mas também na “privatização do público”, pela emergência de grupos sociais, organizações sociais que atuam junto ao Estado no sentido de fazer valer seus interesses, como grandes empresas, sindicatos e partidos políticos. Esses dois processos, privatização do público e publicização do privado, afirma BOBBIO¹⁴, não são de fato incompatíveis, pois compenetraram-se um no outro:

O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses privados aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem (...) estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.

Neste ponto, o próprio autor afirma que no Estado contemporâneo o público e o privado se compenetraram. Essa afirmação faz concluir que a dicotomia público/privado está superada, tendo em vista a dicotomia como uma separação em dois espaços excludentes.

Sob outras perspectivas, o fenômeno da publicização do privado¹⁵ foi analisado. Vê por exemplo o fenômeno da publicização/constitucionalização do direito civil ou da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas consequências do chamado neoconstitucionalismo¹⁶, os quais acabam por

¹³ Ibidem, p. 24-25.

¹⁴ Ibidem, p. 27.

¹⁵ Paulo Luis Netto Lôbo explica que “a denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do sé. XX”. (LOBO, Paulo Luis Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 36. n. 141. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, jan./mar. 1999. p.100.)

¹⁶ Segundo Luis Pietro SANCHÍS, são características do novo constitucionalismo:

- 1) caráter normativo ou força vinculante: a Constituição é uma norma que incorpora a pretensão da realidade e se ajusta a ela, não apenas um guia moral.
- 2) supremacia hierárquica: a Constituição é uma norma superior e condiciona a validade de todas as outras normas do ordenamento.
- 3) eficácia: para a eficácia da constituição não é preciso nenhum ato jurídico para que tenha força vinculante.

afirmar uma idéia em comum: de que o ordenamento é visto sob a perspectiva de um sistema, portanto dotado de unidade, e o que confere esta unidade são os princípios constitucionais, os quais vinculam toda ordem jurídica pelo princípio da supremacia constitucional.

Alexandre PASQUALINI, sob outra perspectiva, desconstrói a idéia de dicotomia, ao analisar o público e o privado nos contextos históricos da antiguidade, do sistema feudal no período medieval, do *laissez faire* e na atualidade. Com isso constata a prevalência do privado sobre o público, pela “supremacia dos individualismos de todo o gênero”¹⁷:

Durante larga sucessão de séculos, da antiguidade clássica aos nossos dias, o sistema que governou a humanidade, apenas com alguns contrastes e variações de forma, foi o da civilização individualista. Na *ekklesia* ou nos *comitia*, na lei da terra ou no mercado, tudo foi individualismo. Ao longo de todas essas fases, sustentado, às vezes, pela ilusão de uma falsa consciência coletiva, houve, na realidade, um processo contínuo de sacralização da órbita privada. Seu reflexo natural, desde o primeiro instante, foi a colonização da vida pública pelo microcosmos frio e atomizado dos interesses domésticos. A consciência coletiva foi utilizada, em suma, como biombo para encobrir o verdadeiro foco sobre o qual sempre repousou a esfera pública: a subjetividade hipostasiada e anacrônica. É mesmo possível afirmar que o colapso das funções e atividades do Estado hodierno revela a verdadeira fisionomia do que a esfera pública nunca deixou de ser: uma estrutura abstrata a serviço de alguns interesses individuais.¹⁸

A partir disso, Alexandre PASQUALINI defende que “não é mais admissível soerguer a vida empregando como apoio somente o indivíduo

4) garantia judicial: controle concreto e abstrato, a priori e a posteriori, feitos por órgãos especiais ou juízes ordinários. O fato dos juízes ordinários exercerem o controle de constitucionalidade é uma das características do neoconstitucionalismo.

5) conteúdo normativo que tem como destinatário o cidadão, influenciando no direito privado.

6) rigidez constitucional: o constitucionalismo será forte se houver maior dificuldade para sua alteração.

Neoconstitucionalismo como teoria de direito - a nova teoria do direito constitucional - tem 5 características:

1) mais princípios do que regras

2) mais ponderação que subsunção

3) presença da constituição em todas as áreas do ordenamento jurídico, em lugar de espaços vazios onde o legislador poderia atuar. É difícil imaginar um problema jurídico que não tenha orientação na constituição.

4) onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário. Como a constituição oferece orientações em diversos campos, todos estes campos estão confiados a garantia judicial e o legislador perde sua força.

5) coexistência de vários valores, em lugar de homogeneidade ideológica. (SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003, p. 101-135)

¹⁷ PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 16.

¹⁸ Ibidem, p. 34.

isolado. (...) A unidade singular só é conquistada através da progressiva associação com o mundo exterior, que se torna tão mais verdadeira e íntima quanto maior for o desapego à estabilidade particular e mais vasta a união com valores e princípios universalizáveis.”¹⁹ Isso significa, em termos jurídicos, “que uma dualidade teleológica, tipificada pelo rígido contraste entre *utilitatem publicam* e *singulorum utilitatem*, consumaria um irremediável abismo entre indivíduo e Estado.” Conclui o autor que “só o interesse público torna o Indivíduo e o Estado completos”, pois “o direito é imperativo público instituído pela sociedade para a sociedade, razão por que o todo e a parte, quando em plena consonância com o interesse público – que não se confunde com o interesse estatal – são, para além das assimetrias, absolutamente iguais”.²⁰ Nesse sentido defende o autor o princípio do interesse público como norte axiológico que consolida a identidade entre Estado e indivíduo, assegurando a racionalidade do convívio entre o exercício da autonomia (livre²¹, jurídica e racional) e a criação das instituições.

Em razão da superação da dicotomia público privado, e do questionamento se a dicotomia, na definição trazida por BOBBIO, realmente se fez presente, o tema passará a ser abordado não em termos de uma separação rígida entre o público e o privado, como campos de que excluem, mas como esferas de atuação que se auto-condicionam, auto-definem.

3. CRITÉRIOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

A definição de critérios para diferenciação entre o que é público e o que é privado não tem encontrado uniformidade na doutrina. O tema tem sido tratado de forma recorrente no sentido de definir a distinção entre os dois grandes “ramos” do direito: direito público e direito privado.

Tradicionalmente, os critérios trazidos pela dogmática jurídica para a diferenciação do direito público e do direito privado são: 1) critério do interesse dominante ou preponderante ; 2) critério da natureza dos sujeitos, segundo o qual classifica-se as normas em públicas ou privadas conforme tenham por destinatário o Estado ou os particulares ; 3) critério do vínculo de subordinação ou dominação .

Tércio Sampaio FERRAZ JR. defende a distinção do direito público e privado para além de uma mera questão metodológica, pois a distinção “permite a sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas consequências, com as

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibidem, p. 35.

²¹ “É que não há liberdade sem interesse público. Livre só é o cidadão capaz de universalizar suas máximas de conduta num espaço público aberto ao diálogo.” (Ibidem, p. 36)

instituições a que elas se referem, os elementos congregados em sua estrutura.”

O mesmo autor afirma que os princípios que definem o público e o privado decorrem do “modo como a dogmática concebe o direito público e privado. E esse modo, não podendo ter o rigor de definição, é, de novo, tópico, resulta da utilização de lugares comuns, de pontos de vista formados historicamente e de aceitação geral.”[sem grifo no original]

Nessa linha de raciocínio propõe, o autor, a definição do que seja público e privado por meio da sistematização de princípios que podem ser agrupados em um e em outro âmbito. Desta forma, o princípio máximo do direito público seria o princípio da soberania, pelo qual as determinações da autoridade estatal devem ser observadas de forma incontestável, ou seja, confere ao Estado editar atos soberanos, dotados de *jus imperii*. Aliado ao princípio da soberania, caracteriza também as normas de direito público, o princípio do interesse público relevante e o da legalidade estrita. Já no direito privado, defende Tércio Sampaio FERRAZ JR. Que o princípio que vige de forma suprema é o da autonomia privada, o que significa que os entes privados gozam da capacidade de estabelecer normas conforme seus interesses particulares, autonomia esta limitada por outros princípios como o da boa-fé. Outro princípio caracterizador da norma privada é o da legalidade, no sentido de que “se a lei não lhes proíbe nem lhes obriga a agir, eles podem agir.”

4. PÚBLICO E PRIVADO NOS PARADIGMAS DE ESTADO LIBERAL, SOCIAL E NEOLIBERAL

O modelo de Estado liberal, que surgiu no final do século XVIII como produto das revoluções burguesas no Ocidente, marcou profundamente a formação de uma nova forma de organização política e estruturação do direito enquanto um conjunto de atos normativos produzidos pelo Estado.

Esse modelo liberal de Estado propunha-se a atuar como protetor da liberdade e da propriedade e se valia de instrumentos jurídicos preponderantemente repressivos, ou seja, o Direito se caracterizava como um conjunto sanções orientadas a prevenir e a punir a infração da liberdade e da propriedade.

Segundo Maria João ESTORNINHO²², a Revolução Francesa trouxe consequências importantes na vida jurídica, pois sua ideologia de liberdade e separação de poderes acabou por contaminar o direito. Nesse sentido, Estado liberal tem a necessidade de limitar o poder político, através de uma repartição e divisão de poderes. Atenta a autora que o próprio direito administrativo nasce no paradigma liberal de Estado, **assente na separação entre Estado e sociedade**, num momento em que a sociedade buscava a

²² ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 30-31.

todo custo proteger sua esfera privada (direitos individuais) da interferência pública; para tanto assegurou que a Administração Pública ficasse sujeita às leis Parlamento, consagrando o princípio da legalidade da Administração Pública.

Nesse mesmo sentido, Alexandre PASQUALINI²³ assevera que:

No século XVIII, por ocasião do brusco abalo cultural, político e econômico das revoluções européias, o pensamento iluminista logra a desagregação do absolutismo e o fortalecimento da burguesia que, como herdeira do individualismo feudal, busca, de todas as maneiras, assentar em bases definitivas a separação entre o público e o privado. (...) A vida política concentrou-se numa única tarefa: proteger o indivíduo da opressão estatal, fortalecendo-lhe os direitos. O modelo liberal trabalhou, desse modo, por uma esfera econômica privada, dona de estruturas alheias ao Estado, potencialmente capazes de garantir, sem constrangimentos, plena autonomia do indivíduo frente à comunidde social.

É, portanto, a partir do advendo do Estado Moderno, com a ideologia liberal, que a separação entre público e privado, Estado e indivíduo²⁴, se faz presente de forma mais intensa e mais evidente. A segregação entre público e privado funciona como mecanismo de proteção da autonomia e liberdade individual, da tutela do mercado²⁵ e da propriedade, frente à atuação do Estado, visto como inimigo.

²³ PASQUALINI, Alexandre. Op. cit., p. 30

²⁴ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, em relação ao mesmo fenômeno histórico, traça uma análise sob uma outra perspectiva, a partir da distinção entre público e privado formulada por Hannah ARENT na obra "A Condição humana". O autor afirma que a era Moderna, com a generalização do social como noção comum à esfera do governo e da família, caracterizou a dicotomia do público e privado em dicotomia entre o social e o individual. "A homogeneidade da esfera pública só pode ser garantida, então, como um conjunto – a sociedade – que se opõe a outro conjunto de um só elemento – o indivíduo - que caracterizará a esfera privada. Como, porém, a esfera privada também é social, a diferença entre ambas exigirá um elemento caracterizador novo, capaz de conformar o que é público e o que é privado. Esse elemento novo é um artifício, um ente artificial, como os produtos do trabalho, do fazer humano: o Estado. Nesse sentido, Hobbes nos irá falar do Estado-Leviatã, como um corpo artificial que encarna o social e possibilita a convivência dos indivíduos. Juridicamente, o Estado, um verdadeiro organismo (burocrático) de funções, um ente abstrato, produto do agir político transformado em fazer, guarda perante os indivíduos uma relação de comando supremo: a soberania. O direito, explicado pela soberania, torna-se comando, relação de autoridade no sentido de poder. A distinção entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre a esfera pública e a privada e, por conseguinte, entre direito público e direito privado." (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 135)

²⁵ Ainda em Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, fica evidente que com o liberalismo, a esfera privada encarna a atividade econômica, é o terreno do mercado, das trocas, do comércio. "O privado, assim, começará a identificar-se com a idéia de riqueza, de propriedade. (...) A identificação do privado com a propriedade da riqueza e a falta de nitidez da distinção entre a esfera pública e a privada fará nascer a idéia de proteção da sociedade econômica contra os

Esse cenário começa a ter seus primeiros sinais de mudança já em meados do século XIX, plena época liberal, quando o Estado passa a assumir certas responsabilidades públicas de natureza econômica.

Com o avanço da revolução industrial, atividades econômicas como transportes ferroviários, transportes rodoviários, eletricidade, gás, telefone, etc, trouxeram uma nova exigência ao Estado, de uma intervenção pública (administração de infra-estrutura) diferentes da mera função estritamente jurídica ou policial. Essas atividades não podiam mais ser geridas segundo o regime clássico de liberdade de empresa e da concorrência, mas sim sob um regime de monopólio ou de exclusividade, já que eram atividades ligadas a redes.

“O Estado liberal deparou-se assim com novas tarefas: projectar, fazer, disciplinar, dirigir, controlar, gerir e explorar começam a ameaçar o rígido dicionário da atividade pública.”²⁶⁻²⁷

A intervenção direta nas atividades econômicas e sociais só vem a se efetivar com efeito no século XX após a crise econômica de 1929 e as Grandes Guerras Mundiais, essencialmente, refletindo a insuficiência desse sistema (liberal) que por fim gerou desigualdade econômica e social. As crises econômicas geradas no pós-guerra, que exigiam do Estado uma intervenção econômica (na produção, na distribuição e transporte de matérias primas em especial) e social, na feitura de leis de proteção social.

Assim, as décadas de 30 a 70 do século passado marcaram o período do chamado *Welfare State*. Ou seja, a configuração e implementação de um novo modelo de Estado, Estado de Bem-Estar social, no qual a regulação jurídica perdeu sua conotação apenas repressiva e adquiriu contornos promocionais. Nesse sentido, discorre Marçal JUSTEN FILHO²⁸:

Ao longo do século XX, a ideologia do Estado de Bem-Estar significou a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social. O Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário. Invadiu searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e industriais, remodelou o

excessos do Estado: os direitos individuais que são direitos do burguês. Distingue-se direito público do privado como a oposição entre os interesses do Estado (administração, imposição de tributos, de penas) e os interesses dos indivíduos (suas relações civis e comerciais cuja base é a propriedade da riqueza).” (Ibidem, p. 136)

²⁶ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes; VITAL, Moreira (organizador). Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: VITAL, Moreira (organizador). **Estudos de Regulação Pública**. Coimbra, v. 1, 2004. p. 175

²⁷ Os Estados unidos da América e a Europa implantaram sistemas diferentes para atender essas novas necessidades. No sistema norte-americano, foi criada as chamadas public utilities, “monopólios privados regulados”, que consistiam em novas atividades econômicas ligadas a redes, assumidas como atividades privadas sujeitas à regulação pública. Já no sistema europeu, o Estado assumiu a titulariedade dessas novas tarefas, por isso tarefas de serviço público, já que se tratavam de atividades que usavam grande parcelas de domínio público ou infra-estruturas de natureza pública. (Ibidem, p. 176)

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito Regulatório. In: GUIMARÃES, Edgar (coordenador). **Cenários de direito administrativo**. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.351.

mecado e comandou a renovação das estruturas sociais e econômicas.

Estado de Bem-Estar Social caracteriza-se, deste modo, pela intervenção direta do Estado na atividade econômica com desenvolvimento imediato das atividades econômicas pelo Estado para modelar a vida social e renovar as antigas estruturas econômicas, através de serviços públicos. O fim precípua desse modelo interventor é a realização da igualdade material nas relações sociais, com intervenções fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Os serviços públicos, no modelo social, passam por uma verdadeira mudança, pois passam a ter uma importância significativa com o aparecimento de novas tarefas administrativas como saúde, educação, segurança social. “O estado não é apenas o titular das tarefas, é também o prestador direto dos serviços proporcionados pelas mesmas.”²⁹ Isso provoca uma intervenção do Estado também nas atividades econômicas, já que o Estado declara-se titular dessas atividades.

Se na lógica liberal a tarefa natural do Estado estava ligada somente à questão de soberania e defesa, no paradigma social de Estado a tarefa natural e necessária do mesmo passa a ser a satisfação de necessidades básicas dos cidadãos (desenvolvimento de fontes de energia, de meios de transporte, de comunicações, dentre outras). Passou-se com isso a um intenso programa de nacionalização dos setores básicos da economia.

O Estado atua não somente em regime de monopólio ou exclusividade, com o fim de fornecer bens e serviços aos cidadãos, mas também como agente econômico, junto com a iniciativa privada em regime de concorrência.

Nesse domínio, o Estado também orienta sua actuação movido por um interesse econômico global, no sentido de que sua finalidade imediata não é a produção de bens no interesse de cada um dos cidadãos, mas antes a pretensão de influir no mercado, produzindo bens em sistema de concorrência com o sector privado e, em geral, segundo regras de direito privado [gestão econômica do Estado].³⁰

Maria João ESTORNINHO³¹, analisa a passagem do Estado Liberal para o Estado Social como um evento que causou profundas mudanças no Direito Administrativo. Nesse sentido, a partir do momento que o Estado assume as funções de um verdadeiro aparelho prestador e a sua atividade torna-se absolutamente indispensável. A partir daí a Administração Pública

²⁹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Op. cit., p. 177.

³⁰ Ibidem, p. 179.

³¹ ESTORNINHO, Maria João. Op. cit., p. 35-37.

passa a agir diretamente na seara privada, ora penalizando ora incentivando certas atividades privadas, e posteriormente assumindo ela própria a realização de determinadas atividades privadas.

Assim, nesse modelo de Estado a Administração Pública tem um elenco alargado de funções, abrangendo tanto o intervencionismo econômico, bem como a ação cultural e social. Agora exige-se a intervenção do Estado a fim de promover a felicidade individual³². “Nesse período do Estado Social, os fins do Estado colocados à cargo da Administração Pública estão essencialmente relacionados com as necessidades coletivas de segurança, de bem-estar econômico e social e de cultura.”³³

A partir do momento em que o Estado atua e intervém empenhado na satisfação das necessidades sociais, com o modelo Social, “viu-se necessariamente obrigado a alargar as relações entre a Administração e o cidadão”³⁴, conseqüentemente a relação público/privado, Estado e sociedade/indivíduo, se modifica, uma uma vez que se faz presente a intepenetração entre o Estado e a própria sociedade.

Com o alargamento das funções do Estado e o conseqüente aumento da intervenção estatal na sociedade, “a dependência do cidadão em relação à Administração Pública passa a ser mais ‘intensa, mais duradoura e mais ampla’ (ERICHESEN), de tal forma que, ao contrário do que se passava no sistema liberal, **deixa de ser possível conceber o Estado e a sociedade como autónomos entre si e dotados de ordenamentos jurídicos antagónicos e distintos.**” [sem grifo no original]³⁵

A dicotomia público-privado foi fortemente abalada, se não totalmente aniquilada, com o advento do Estado Social, pois com esse modelo de Estado e administração pública:

Aos poucos, a intervenção do Estado na sociedade deixou de provocar surpresa. Pelo contrário, gera-se na sociedade dos nossos dias uma exigência crescente de bem-estar e desaparece a tradicional separação entre Estado e a Sociedade, que deixam de ser antagónicos entre si. Isto significa que se torna difícil, não só distinguir a actuação o Estado e a actuação da Sociedade, como também definir a sua relação recíproca. A este propósito PROSPER WEIL afirma que passa a existir um verdadeiro ‘emaranhado de realidades administrativas’³⁶.

³² Alerta a autora que “se a noção de Administração Pública pressupõe sempre a ideia de um acervo de necessidades colectivas cuja satisfação é levada a cabo pela própria colectividade, a questão de saber quais são exactamente as funções da Administração torna-se agora especialmente complexa, porque em rigor a Administração Pública tende a ocupar-se praticamente de tudo, desenvolvendo a sua actividade em todos os sectores da vida económica e social.” (Ibidem, p. 37)

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem, p. 39.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem, p. 92.

Essa alteração profunda nas relações entre Estado e sociedade também influenciou na formação de uma nova teoria constitucional. Assim, acompanhando as mudanças ocorridas no pós-Guerra, pela formação e implementação do modelo de Estado Social, o constitucionalismo também é profundamente transformado. Data desse período a origem do chamado neoconstitucionalismo e, respectivamente, do Estado de Direito Constitucional. O neoconstitucionalismo, como teoria jurídica correspondente ao modelo de Estado Constitucional, põe a lei em uma situação subordinada em relação à Constituição e introduz critérios de validade formal (já presentes) e material capazes de condicionar a atividade legislativa à Constituição, ou seja, vincular a forma e o conteúdo. Isso implica na vinculação de todos o ordenamento jurídico à Constituição, tanto em relação à forma, como também em relação ao seu conteúdo. Essas Constituições estariam dotadas de uma força invasiva, justamente por ter constitucionalizado uma série de valores que tornaram a Constituição algo completamente diferente do direito infraconstitucional: a Constituição seria um valor em si. Com o neoconstitucionalismo há uma reaproximação do direito com a ética, a partir da elevação de princípios/valores à categoria de norma constitucional com caráter vinculante.³⁷

Desta forma, a Constituição, ao vincular todos os ramos do direito aos seus valores/princípios, unifica e harmoniza o ordenamento jurídico, passando a subordinar ramos tidos como vigas mestras do direito privado (direito civil e comercial), aos dispositivos constitucionais. A vontade dos particulares passa a ser limitada a partir da contrectização dos princípios constitucionais, substituindo a ética do individualismo pela ética da solidariedade³⁸. Mais uma vez, demonstra-se que a rígida dicotomia direito público/privado está, se não acabada, ao menos fortemente abalada.³⁹

Por outro lado, pondera, Marçal JUSTEN FILHO, que o êxito da elevação das condições de vida obtido com modelo de Estado Social e atuação do Estado trouxe também suas causas de inviabilização, ou seja, gerou a chamada crise fiscal.⁴⁰

³⁷ Sobre o cenário em que se formou o neoconstitucionalismo, ver: POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 49-73.

³⁸ Conforme: VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado Direito Civil Constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 178.

³⁹ Nesse sentido, Maria Celino Bodin de Moraes TEPEDINO, ao tratar da constitucionalização do direito civil, afirma que: “a separação do direito em público e privado, nos termos que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. (...) Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o privado.” (TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 17. n. 65. Jul.-set./1993.p. 32)

⁴⁰ “O Estado Providência acompanhado da modificação dos mecanismos de seu financiamento. Apenas para dar um exemplo, os limites de aposentadoria compulsória por idade não foram

A expressão crise fiscal “passou a ser utilizada para indicar a situação de insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos”⁴¹.

Sobre a crise do Estado Social, analisa, seguindo a mesma argumentação, Maria João ESTORNINHO⁴²:

Ao crescimento desmesurado da Administração Pública do Estado Social associam-se fenómenos graves de ineficiência e de aumento da burocracia. Por outro lado, o agravamento das contribuições exigidas aos cidadãos para suportar as despesas crescentes da máquina estadual e a falta de imparcialidade do Estado (...) suscitam, cada vez mais, uma reação generalizada de desconfiança e incomodidade do cidadão em face do poder público.

Por tudo isso, aos poucos, começa-se a pôr em causa o próprio crescimento do Estado e das funções por ele desempenhadas e defende-se a necessidade de repensar a dimensão da máquina administrativa e os tipos de tarefas que a seu cargo devem ser colocadas.

A crise fiscal do Estado de Bem-Estar Social gerou, conseqüentemente, a redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico, a partir de então modela-se uma nova forma de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares. Ou seja, o modelo do Estado Regulador, de feição neoliberal⁴³.

O esfacelamento do modelo de Estado Social agrava o movimento de “privatização da Administração Pública”, acentuando a tendência para o recurso às formas jurídico-privadas de organização e de atuação administrativas.⁴⁴⁻⁴⁵

modificados, mesmo em face do que se poderia identificar como ‘rejuvenescimento da velhice’ ou o ‘adiantamento da ancianidade’. Como decorrência, um contingente cada vez maior de pessoas que atinge o limite da inatividade, com perspectiva de sua sobrevivência ser custeada através de recursos financeiros limitados. O montante de recursos para a previdência vai-se tornando insuficiente, o que provoca aviltamento de condições de vida e frustração do cumprimento de compromissos assumidos pelo Estado.” (JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 352-353)

⁴¹ Ibidem, p. 353.

⁴² ESTORNINHO, Maria João. Op. cit., p. 47.

⁴³ “O novo papel do Estado exigiu uma mudança extremamente radical na maneira de gerir os serviços públicos, exigindo-se uma maior descentralização. Assim o Poder Público passou a se concentrar na elaboração de metas na política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a realização dos serviços públicos, por meio de permissões e concessões ao setor privado. (...) Nesse contexto, o direito brasileiro incorporou, principalmente, do Direito norte-americano, a idéia de descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos, e, conseqüentemente, gerenciamento e fiscalização pelas Agências Reguladoras.” (MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. **Revista Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. N. 55/56, jan.-dez. de 2001. São Paulo. P. 174-176.

⁴⁴ ESTORNINHO, Maria João. Op. cit. p. 47.

⁴⁵ A autora classifica as formas de organização jurídico-privadas da administração pública com base em quatro critérios:

a) quanto à sua origem: privatização, autonomização, criação de um ex-novo.

Esse novo paradigma (regulador, neoliberal), que se desenvolveu ao longo dos últimos 30 anos⁴⁶⁻⁴⁷, caracteriza-se basicamente pela redução sensível da atuação e intervenção diretas do Estado no domínio econômico, com predomínio de funções regulatórias; assumindo o Estado um novo papel, não mais intervindo de forma direta e intensa como no Estado de Bem-Estar social, mas também, não deixando a atividade econômica ao léu; agora atua constringendo limites, os fins e a natureza da atividade privada.

Introduz-se, então, a concepção do modelo de Estado regulador, em que o Estado não deve mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Aqui o instrumental jurídico ganha importância mais destacada e o Estado, ao transferir à iniciativa privada um conjunto significativo de encargos, disciplina juridicamente os limites da autonomia privada, funcionalizando o desempenho das atividades econômicas relevantes e relacionadas com a satisfação das necessidades coletivas.⁴⁸

Assim, atuação regulatória é o modo peculiar de atuação do Estado que “se traduz basicamente na edição de regras e outras providências orientadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições”.⁴⁹

Na relação Estado-mercado, o ente público, ao invés de atuar diretamente na economia, nos moldes do Estado Social, agora intervém de forma indireta, ou seja, basicamente através de sua função normativa, editando regras referentes ao mercado e às atividades econômicas e como agente fiscalizador.

Importante ressaltar que o modelo de Estado Regulador surge como uma faceta da ideologia neoliberal, que, com a implementação do modelo regulador, vê seu projeto concretizado. Trata-se, o neoliberalismo, de uma corrente de pensamento que busca resgatar os ideias liberais (em essencial de liberdade de mercado), pois acredita que o modelo social intervencionista é o verdadeiro “caminho da servidão”, pois ao invés de consagrar a liberdade

b) quanto a sua ligação com outros entes públicos: girar na órbita do Estado ou em torno de uma outra entidade pública, ou ainda fruto de colaboração entre várias entidades.

c) quanto aos capitais envolvidos: capitais exclusivamente estaduais, exclusivamente públicos ou mistos.

d) quando à forma jurídica adotada: qualquer forma jurídica admitida pelo direito privado.

⁴⁶ Sobre o contexto de formação do pensamento neoliberal e sua implementação pelos Estados, ver: ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: ANDERSON, Perry, et al. **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1998, 9-23p.

⁴⁷ No Brasil, em meados da década de 80 iniciou-se a implementação de um novo modelo do Estado e da Administração Pública, retratando a tentativa de implementação de um Estado Neoliberal e uma Administração Pública estruturada no modelo regulador e gerencial, preocupada com o alcance de bons resultados, independentes dos meios utilizados. Ou seja, representando o início do declínio do Estado na economia, ao menos de forma direta. De acordo com essa nova situação, o Governo Federal iniciou-se um grande processo de desestatização. (Lei 81.031/1990, revogada posteriormente pela Lei 9.491/1997, a qual implementou o Programa Nacional de Desestatização - PND), donde remota a origem do modelo regulatório brasileiro.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p.357.

⁴⁹ Ibidem, p. 358.

individual, aniquila o cidadão, tornando-o dependente do Estado. O neoliberalismo busca, portanto, o movimento inverso do modelo social de Estado, ou seja, acentuar a esfera privada, através da autonomia e liberdade do mercado, em detrimento da corrosão progressiva das tarefas atribuídas ao Estado.

Com o modelo neoliberal a “Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de fenômenos de privatização e de **revalorização da sociedade civil.**”[sem grifo no original]⁵⁰

Ao resgatar os ideias liberais, implementar uma série de programas de desintervenção, desestatização, o modelo de Estado neoliberal promove uma verdadeira “fuga do público para o privado”, revelando um estado de “esquiosfrenia”⁵¹, pois a Administração Pública opta por “actuar segundo o Direito Privado e foge às suas vinculações jurídico-públicas.”⁵²

Em razão da ineficiência da teoria tradicional sobre direitos humanos, a qual conceitua dos direitos humanos apenas no plano formal (do reconhecimento formal), utiliza-se neste trabalho a teoria formulada pelo professor Joaquín Herrera Flores, o qual buscar conceituar direitos humanos como processos de luta pela dignidade humana.

5. DICOTOMIA PÚBLICO VERSUS PRIVADO E IMPLICAÇÕES NA TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS

O dogma da separação do público e do privado, do Estado da sociedade, tem implicações diretas na teoria dos direitos humanos, na medida em que essa separação (Estado e Sociedade, Público e Privado) denota que tipo de Estado está em jogo, e conseqüentemente quais os fins e funções desse modelo de Estado perante a sociedade, quais os direitos deve ou não garantir.

Como foi afirmado anteriormente, a separação rígida entre Estado e sociedade, entre direito público e direito privado, surgiu como um dos pilares do direito liberal moderno, portanto da teoria tradicional do direito. Essa separação rígida favorecia (e favorece) a implantação de um modelo de Estado mínimo, cuja função é garantir a segurança, a liberdade e a propriedade dos cidadãos. Um modelo de Estado que garante os direitos humanos/fundamentais apenas no plano formal, abstrato. Portanto, um

⁵⁰ ESTORNINHO, Maria João. Op. cit., p. 48.

⁵¹ Maria João Estorninho compara o modelo de Estado pós-social (que neste trabalho denomina-se de neoliberal ou regulador) com um estado de esquizofrenia, pois, “após esse movimento generalizado de transformação de entidades públicas em entidades privadas ou de criação ‘ex novo’ de outras, por iniciativa e sob o controle e dependência de entidades públicas, são desde logo inevitáveis as dúvidas quanto a saber se tais entidades fazem ou não parte da ‘Administração Pública’”. (Ibidem, p. 79)

⁵² Ibidem, p. 79.

modelo de Estado incompatível com a garantia efetivamente universal dos direitos humanos (independente de classe, posição social ou econômica).

Por outro lado, a questão sobre o público e o privado no Estado (administração pública) e em sua relação com a sociedade/indivíduo não foi totalmente superada e está longe de ser seguramente definida. Isso se evidencia se observar-se a presença desse tema constatemente como pano de fundo dos debates atuais acerca do tamanho ideal do Estado, sobre quais tarefas o Estado deve assumir e quais deve deixar para a iniciativa privada. Ora, definir e identificar o público e o privado na atuação da máquina administrativa é, como demonstrado, desvendar o ente estatal da ideologia (liberal ou neoliberal), e corresponde, assim, a atribuir o que é dado como tarefa, como fim, do Estado cumprir através da Administração pública como imperativo, dever-poder, e o que é dado à autonomia privada no regime de liberdade individual e livre concorrência.

O público e o privado, nesse contexto tornam-se não mais esferas auto-excludentes, contraditórias, mas coexistem em uma relação de coordenação. Nas palavras de Charles TAYLOR: “vamos sem dúvida viver em algum *mix* entre mercado e orquestração estatal. A questão difícil é saber que *mix* é adequado a cada sociedade.”⁵³

Joaquin Herrera Flores foi um dos grandes teóricos, em matéria de direitos humanos, que, ao elaborar uma teoria crítica própria, em relação ao tema, vislumbra a influencia decisiva desses paradigmas de Estado na efetivação dos direitos humanos.

Nesse sentido, leciona Joaquin que falar em direitos humanos no mundo contemporâneo não é o mesmo que no contexto da Declaração de 1948. Segundo o autor, as políticas estatais, no período logo após a Declaração, tratavam-se de “geopolítica de acumulação capitalista baseada na inclusão”, a qual assentou bases do Estado de Bem-Estar Social. Já a partir da década 70 até os dias de hoje, “grande parte desse edifício desmoronou, em razão da extensão global de uma “geopolítica de acumulação capitalista baseada na exclusão” e que recebe o nome de neoliberalismo.”⁵⁴

⁵³ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000. p. 224.

⁵⁴ “Se na fase de inclusão, os direitos significavam barreiras contra os “desastres” – efeitos não intencionais da ação intencional – que produzia o mercado; na fase de exclusão, é o mercado quem dita as normas permitindo, principalmente às grandes corporações transnacionais, superar as “externalidades” e os obstáculos que os direitos e instituições democráticas opõem ao desenvolvimento global e total do mercado capitalista.” (FLORES, Joaquin Herrera. **Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=derechos%20humanos%20y%20cr%C3%ADtica%20de%20la%20raz%C3%B3n%20liberal.%20&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.periodicos.ufsc.br%2Findex.php%2Fsequencia%2Farticle%2Fdownload%2F15330%2F13921&ei=5O2uTuHAA4r8gqeQKifDQ&usq=AFQjCNHfLvh8GC_2c_Z2ZKxy04F9gWYrYiA&cad=rja> Acesso em 07/10/2011.

No que se refere às implicações da dicotomia público e privado na teoria dos direitos humanos, segundo a teoria tradicional formada concomitantemente ao Estado Moderno liberal, de cunho burguês, basta o reconhecimento formal dos direitos humanos para a sua existência. Portanto, esse pensamento não se preocupa com a inefetividade de tais direitos. Supõe-se, portanto, vontade política para o reconhecimento dos direitos humanos, mas mesmo assim esses direitos ainda são inefetivos. Para entender melhor a problemática da teoria tradicional, tem-se por exemplo a questão da erradicação da fome, direito este reconhecido como direito humano, mas ainda longe de ser efetivo de forma universal⁵⁵.

O discurso tradicional, na realidade serve para proteger a propriedade, a acumulação de riquezas, para setores de poder com interesses contraditórios, e outras injustiças. O sistema capitalista é na realidade incompatível com a plena realização dos direitos humanos, pois esta pressupõe a não acumulação de riquezas, a erradicação das desigualdades e da pobreza.

Nesse sentido, a teoria crítica proposta por Joaquin Herrera Flores, evidencia essa insuficiência da dicotomia público/privado e dialoga com uma visão de cooperação, inter-relação e solidariedade entre o público e o privado, uma vez que a teoria crítica propõe a superação dos conceitos abstratos, formais e “supostamente” neutros do modelo liberal⁵⁶. A teoria crítica propõe uma nova visão de direitos humanos, como um processo de lutas⁵⁷, e não como um conceito meramente abstrato; propõe um possível universalismo como ponto de chegada e não como ponto de partida. Dessa forma, a teoria crítica, abandona os conceitos universais elaborados em contextos específicos, como conceito de Estado, funções do Estado, direitos que o Estado deve ou não assegurar, e propõe que essas questões devam ser debatidas no âmbito de cada sociedade, a partir de um referencial, uma intenção ética explícita. Com isso, pode-se visualizar que o modelo de Estado, fundado na dicotomia rígida entre direito público e direito privado, favorece a implantação de um modelo de Estado e de Direito de exclusão,

⁵⁵ Note-se que a universalidade é um dos caracteres dos direitos humanos.

⁵⁶ Afirma Joaquin Herrera Flores: “Una norma, pues, no describe ni crea nada *por si sola*. Las normas están inscritas en sistemas de valores... Por tanto, estamos ante medios, ante instrumentos que *prescriben* comportamientos e imponen deberes e compromisos individuales y grupales, siempre interpretados desde el sistema de valores dominante. Por ello, cuando hablamos de derechos humanos como se de un ‘hecho’ se tratara, podemos llegar a incluso a confundir a los ciudadanos y a las ciudadanas de un determinado entorno político y cultural, pues pueden que crean que con el solo hecho de que sus expectativas se conviertan en normas, ya tienen asegurado el acceso a los bienes para cuyo acceso esas normas debieron ser creadas” (In, HERRERA FLORE, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. En **El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000, p. 19)

⁵⁷ “Cualquier acercamiento a los derechos que simplifique o reduzca su complejidad, supone siempre una deformación de peligrosas consecuencias para los que cada día sufren las injusticias de un orden global basado en la desigualdad y en la invisibilización de las causas profundas de su empobrecimiento. (...) los conflictos y desigualdades de dan a conocer, más que en sus manifestaciones institucionales, en las cicatrices y heridas son la expresión humana de llas ofensas producidas.” (Ibidem, p. 20)

incapazes de assegurar efetivamente os direitos fundamentais a todos os cidadãos.

6. CONCLUSÃO

A partir do exposto, pode-se concluir que

i) A dicotomia público e privado é mais acentuada nos modelos de Estado liberal e neoliberal, em que se defende a nítida separação entre Estado e Sociedade, Estado e Mercado, Direito Público e Direito Privado.

ii) Apesar de estar superada (a dicotomia rígida), a questão sobre o público e o privado no Estado (administração pública) e em sua relação com a sociedade/indivíduo não foi totalmente superada e está longe de ser seguramente definida.

iii) Quanto mais rígida for a dicotomia, menor é o campo de atuação do Estado na esfera social, em especial na garantia e promoção dos direitos fundamentais (humanos).

iv) Há uma estreita ligação entre o tipo de Estado (liberal, social ou neoliberal), a noção de público e privado e a garantia de direitos humanos.

v) Segundo a abordagem adotada neste trabalho, especificamente a Teoria Crítica dos Direitos Humanos proposta por Hoquin Herrera Flores, os direitos humanos, na perspectiva tradicional, conformados por um modelo de Estado Liberal (ou neoliberal) não garantem a efetivação dos mesmos. Os direitos humanos, nessa perspectiva são tratados no plano formal (direitos garantidos por leis e tratados internacionais) e abstrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: ANDERSON, Perry, et al. **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1998, 9-23p.

ARENT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Para uma teoria geral da política. 14ªed. São Paulo: Paz e terra, 2007.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3ª ed. Brasília: editora Unb, 1995.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FINGER, Ana Cláudia. O Público e o Privado na Administração Pública. GUIMARÃES, Edgar (coordenador). **Cenários do direito administrativo**. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 57-83.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes; VITAL, Moreira (organizador). Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: VITAL, Moreira (organizador). **Estudos de Regulação Pública**. Coimbra, v. 1, 2004. p. 173-317.

HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. En **El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000, p. 19-78.

_____. **Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Disponível em <
http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=derechos%20humanos%20y%20cr%C3%ADtica%20de%20la%20raz%C3%B3n%20liberal.%20&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.periodicos.ufsc.br%2Findex.php%2Fsequencia%2Farticle%2Fdownload%2F15330%2F13921&ei=5O2uTuHAA4r8gqgeqoKifDQ&usq=AFQjCNHfLvh8GC_2c_Z2ZKxy04F9gWrYiA&cad=rja. Acesso em 07/10/2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito Regulatório. In: GUIMARÃES, Edgar (coordenador). **Cenários de direito administrativo**. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 349-379.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 36. n. 141. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, jan./mar. 1999. p. 99-109.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de Intervenção social. São Paulo: Cortez, 2003.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. **Revista Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. N. 55/56, jan.-dez. de 2001. São Paulo. 167-197p.

PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 15-37.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 49-73.

RICARDO SCHIER, Adriana da Costa. Administração pública: Apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (coordenador). **Cenários do Direito Administrativo: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 21-56.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003, p. 101-135

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 17. n. 65. Jul.-set./1993. p. 21-32.

Texto fornecido na plataforma virtual da UPO para os alunos do curso de formação especializada em derechos humanos. Acesso em 14 fev. 2011.
HERRERA FLORES, Joaquin. **El vuelo de Anteo: los derechos humanos em su complejidad**.

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado Direito Civil Constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 174 - 211.