



ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM PÚBLICA E PRIVADA

*João Luis Nogueira Matias**

*Afonso de Paula Pinheiro Rocha***

RESUMO

O estudo vai tratar da relação entre as esferas pública e privada bem como o papel do Estado. Abordam-se questões como: qual a função do ordenamento jurídico e como deve ser realizada a atuação do estado da economia. Investigam-se as mudanças de paradigma ocorridas tanto na definição do público e do privado. Apresenta-se o princípio da subsidiariedade como orientador da repartição de competências entre o Estado e a sociedade. Conclui-se no sentido de que a atuação estatal deve estimular o desenvolvimento das capacidades da sociedade civil, bem como reconhecer sua autonomia em perseguir seus interesses.

Palavras-chave

Estado. Subsidiariedade. Autonomia.

ABSTRACT

The paper studies the relation between the public and the private spheres as well as the role of the State. Deals with questions such as: what is the function of the law and how should the state intervene in the economy. It investigates the change of paradigms in the definition of public and private. Show the subsidiarity principle as a guide to perform the sharing of competences between state and society. It concludes that the State should stimulate the development of the civil society as well as acknowledge their autonomy in pursuing their interests.

Key-words

State. Subsidiarity. Autonomy.

* Juiz Federal. Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela USP. Professor dos cursos de Mestrado em Direito da UFC e da UNIFOR.

** Mestrando em Direito pela UFC. Bolsista CAPES.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O Estado tradicionalmente vem atuando segundo os ditames do direito público, estando este pautado em uma série de pressuposições tais como a idéia de que ao interesse particular pode ser oposto o interesse de toda a coletividade – supremacia do interesse público. Tais concepções são vinculadas de forma direta à idéia de Estado, ao perfil que assume e às funções que exerce, ou seja, à forma com que se relaciona com os particulares. Evidencia-se o caráter histórico da dicotomia maior: direito público e direito privado.

Neste estudo, em rápida análise, abordar-se-ão aspectos dinâmicos da relação entre o Estado e os particulares, as influências mútuas entre esferas, pública e privada, e o novo perfil da atuação estatal e sua repercussão na sociedade civil, dentro da perspectiva de existência e eventual superação da dicotomia: público x privado.

2. ESTADO E FUNÇÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A análise do Direito em uma perspectiva funcional tem por objeto o oferecimento de respostas aos seguintes quesitos: para que serve o Ordenamento Jurídico? Qual a sua finalidade? Em segundo plano estão os questionamentos sobre a sua estrutura e forma.¹

As finalidades a que serve o ordenamento jurídico estão diretamente vinculadas ao grupo social que o emana. Na perspectiva do estado liberal clássico, caracterizado pela ausência de políticas governamentais de intervenção na atividade social, inexistente espaço para qualquer outra função que não as mais tradicionais, de proteção e repressão, típicas do Estado garantista, que somente atua como instrumento de controle social. A função protetora é a função de resguardo dos interesses julgados essenciais pelos que fazem a lei. Já a função repressiva, destaca-se pela repressão, coibição dos atos que são contrários ao que é protegido.

Com a evolução do Estado, com a concepção do que se convencionou chamar de Estado social, ou Estado do bem-estar social, o direito passa a servir não apenas para reprimir condutas e proteger valores socialmente tidos como corretos, ao contrário, tem a finalidade de incentivar, promover condutas que sejam interessantes ao convívio das pessoas. O Estado passa a servir como instrumento de controle e de direção social.

A concepção clássica do direito como ordenamento coativo é fundada na idéia da maldade inata dos seres humanos, cuja tendência anti-social deveria ser controlada. Já a idéia do direito como ordenamento de direção social parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, que deve ser estimulado, provocado.

¹ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione – nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.

A superação do Estado do bem-estar social, conseqüência da carência de recursos em face de demandas sociais crescentes, não afastará a utilização do ordenamento jurídico como instrumento de direção social. Um dos escopos mais importantes do ordenamento jurídico é a promoção de condutas interessantes à sociedade, seja qual for a feição e formato de organização do Estado.

Na verdade, a utilização da função promocional do Direito é a maneira mais eficaz de realizar as intervenções na economia por direção e indução, previstas no artigo 174, da Constituição Federal Brasileira, através das técnicas de encorajamento e desencorajamento.

Desencorajamento é a operação pela qual há a influência sobre o comportamento de indivíduos, comportamento comissivo ou omissivo, criando obstáculos a sua realização ou atribuindo conseqüências indesejadas. Já a técnica de encorajamento consiste em uma influenciar o comportamento de outrem, omissivo ou comissivo, facilitando-o ou atribuindo-lhe conseqüências agradáveis.

No direito nacional, no âmbito da proteção ambiental, freqüentes são os exemplos de utilização do ordenamento jurídico como instrumento de promoção ambiental. Alguns Estados da Federação brasileira, por exemplo, distribuem parcela maior da arrecadação do imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços aos municípios que protegem seus mananciais ou são obrigados a utilizá-los de forma restrita. O valor maior, proteção ao meio ambiente, é resguardado, através de incentivos promovidos pelo Estado, mediante a utilização de normas jurídicas.²

Os exemplos consubstanciam a percepção de que o ordenamento jurídico, em sua totalidade, pode ser utilizado como um instrumento para direcionar as condutas individuais de modo a efetivarem-se os objetivos e interesses públicos. Assim, tanto o direito público pode ter um reflexo na esfera privada, como o direito privado nos interesses públicos.

Para corretamente compreender-se a modificação atual nos paradigmas do Estado e do ordenamento jurídico, convém estudar como a tradicional relação público-privada tem se modificado.

3. PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO E PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

3.1. Considerações Gerais

Bobbio analisa a questão por um enfoque diferenciado, em contexto que

² No Estado do Paraná, a Lei Complementar Estadual 59/91 (Lei do ICMS Ecológico) estabelece critérios para repasse de verbas referentes ao ICMS aos Municípios daquele Estado, considerando aspectos de proteção ambiental. Como técnica de desencorajamento, pode ser citada a Lei Estadual 906, de 25 de setembro de 1986, do Município do Rio de Janeiro, que proíbe a concessão de benefícios no pagamento de créditos tributários devidos ao Município em referência às empresas que agredem ao meio ambiente.

aborda tanto a publicização do direito privado como a privatização do direito público, privilegiando a relação entre Estado e Sociedade Civil:

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado 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, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação da tradicional figura do contrato.³

É em tal contexto que Bobbio destaca que a dicotomia entre direito público e direito privado é total, posto que nada no universo jurídico a ela é alheio, seja qual for o seu critério de fundamentação.⁴ Dessa forma, é necessário perceber uma complementaridade dos dois processos que vão se encontrar numa síntese dialética, perfazendo todo o ordenamento.

3.2. PRIVATIZAÇÃO DO PÚBLICO

Fenômeno atual, que implica em modificação na seara do direito público, é o que tem sido denominado pela doutrina como privatização do direito público, muito bem descrito por Habermas:

Com a fuga do Estado para fora do direito público, com a transferência de tarefas da administração pública para empresas, estabelecimentos, corporações, encarregados de negócios semi-oficiais, mostra-se também o lado inverso da publicização do direito privado, ou seja, a privatização do direito público. Os critérios clássicos do direito público tornam-se caducos uma vez que a administração pública se utiliza de meios do direito privado mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar: pois o sistema organizado do direito público não impede, por exemplo, um fornecedor da comunidade de entrar numa relação de direito privado para com seus "clientes"; muito menos a ampla regulamentação de uma tal relação jurídica exclui a sua natureza jurídica privada.⁵

Giorgianni também percebe a nova realidade, descrevendo-a:

³ BOBBIO, N.. op. cit. p. 27.

⁴ *Ibidem*. p. 149-150.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 180.

(...) como conclusão deste processo de privatização da atividade de direito privado da administração pública, pode-se afirmar que se o poder público se torna proprietário, empresário, trabalhador (por exemplo, empreiteiro de serviços) perde tendencialmente a sua natureza de poder público e entra no âmbito do direito comum.⁶

Com o fenômeno da privatização do direito público, exterioriza-se a idéia de despojamento do Estado de sua soberania para atuar em condições de igualdade com os indivíduos.⁷

No direito nacional é exemplo deste processo a recente revogação do artigo 142, da Lei nº 6.404/76, através da Lei nº 10.303/01. O aludido dispositivo, em sua antiga redação, vedava, expressamente, a possibilidade de falência à sociedade de economia mista. Artigo de redação polêmica, já que conflitava com a Constituição Federal, cujas disposições estipulam a regência das sociedades de economia mista por regras de direito privado, era bastante criticado pela doutrina, por ofensa ao disposto no artigo 173, parágrafo primeiro, inciso II, da Constituição Federal. Trata-se de demonstração evidente da regulação da atuação do Poder Público por normas de direito comum.^{8 9}

Porém, essa privatização do público não ocorre somente numa perspectiva de atuação econômica, insere-se numa reformulação global das entidades de poder. A figura do Estado Nacional vem perdendo espaço na medida em que há um fortalecimento dos poderes privados, principalmente as grandes conglomerações e corporações empresariais multinacionais.

Exemplo concreto da migração para a esfera privada de uma das competências mais precípuas do Estado, a competência normativa é a existência de uma *lex mercatoria*¹⁰, difusamente instituída pelo mercado e firmada pelo

⁶ GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras*. RT\Fasc.Civ, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan 1998, p. 53.

⁷ **Complemente-se indicando a lição de Arnaldo Wald:** *Efetivamente, enquanto se falava, há algum tempo, da publicização do direito privado, já se admite hoje um movimento pela privatização do contrato de direito administrativo, despojando-se, em certos casos, o Poder Público da sua soberania para atuar como se fosse um particular.* (WALD, Arnaldo. Um Novo Direito para a Nova Economia: A evolução dos Contratos e o Código Civil. In: Roberto Senise Lisboa; Maria Helena Diniz. (Org.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, p. 73-93, 2003, p. 91.)

⁸ **Remete-se à leitura do artigo 173 da Constituição Federal:** *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou à relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Parágrafo 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. (...)*

⁹ Com a edição da Lei de Recuperação de Empresas, Lei 11.101/05, a polêmica é renovada, com a específica exclusão da falência das sociedades de economia mista.

¹⁰ **Quanto à *lex mercatoria***, é possível apontar: “Segundo Berthold Goldman, a *lex mercatoria* é um conjunto de princípios e regras costumeiros, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional. Schmitthoff, por sua vez, a compreende como um conjunto de princípios comuns relacionados aos negócios internacionais presentes em regras uniformes que tem aceitabilidade generalizada. Langen a considera como regras

costume dos agentes econômicos privados. A *lex mercatoria*, goza muitas vezes de uma efetividade muito maior do que a legislação interna ou internacional.

Complementando e corroborando esta expansão da esfera privada dentro da pública, a própria função judiciária vem sendo limitada e substituída, muitas vezes com vantagens, por formas de resolução de conflitos como arbitragem e mediação. As câmaras internacionais de arbitragem passam a ser instâncias decisórias sobre questões comerciais que afetam segmentos inteiros de economias de diversos países. Como exemplo mais famoso identifica-se a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Mundial de Comércio, expressiva em quantidade e efetividade de decisões.

Além disso, temos que os Estados estão se situando em posição de igualdade às corporações internacionais nas câmaras de arbitragem. Apesar de divergências doutrinárias sobre a possibilidade de submissão ou não de Estados à arbitragem internacional em conflitos com outros estados ou entidades privadas, “na seara internacional é pacífico o reconhecimento da arbitrabilidade objetiva, ou seja, a envergadura do Estado de admitir uma convenção de arbitragem comercial internacional”.¹¹

Por fim, essa privatização não revela traços somente das funções normativa e judicante. Com a progressiva retirada do Estado da atuação direta na economia, reduzem-se os serviços essenciais ainda prestados.

Essa restrição de atuação, indubitavelmente impulsionada pelo *lobby* dos capitais internacionais, acaba por eliminar a prestação direta do Estado até mesmo em serviços públicos essenciais. Perdoados o trocadilho, o ‘mercado’ restringe o Estado para abrir novos ‘mercados’ e novos setores para exploração.¹²

Assim, é possível ver que a esfera privada já possui um instrumental próprio que apresenta similitudes com a própria organização estatal, esta, por sua vez, eclipsada pela expansão e eficiência de tais estruturas.

do jogo do comércio internacional, enquanto Goldstajn a identifica como o corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países”. (FIORATI, Jete Jane. A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em Desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 164, out./dez. 2004, p. 19.)

¹¹ FACHIN, Melina Girardi. Problemas e perspectivas da participação de Estados e entidades públicas enquanto partes no Juízo Arbitral. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.2, n.2, p. 119-140, jul./dez.2005, p. 124.

¹² Interessante notar que a preocupação em restringir a atuação estatal passa a fazer parte das próprias constituições não só no Brasil, mas no mundo: “Esse fenômeno, porém, não se restringe ao Estado brasileiro. Um exemplo disso é o projeto de Constituição italiana em trâmite perante a Comissão Constituinte de Emenda Constitucional. Conforme o projeto de Constituição em alusão, a atividade da Administração Pública italiana, atuará com base no Direito Privado, salvo por razão de interesse público previsto por lei, de modo a reduzir cada vez mais a aplicação do Direito Público”. (BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Dissertação – Mestrado em Direito. UFPR, Curitiba, 2006, p. 55.)

3.3 Publicização do Privado

Entretanto, apesar dessa profunda privatização, especialmente no tocante à atividades econômicas, é possível identificar um movimento no sentido inverso. Os pivôs dessa modificação têm sido a Constituição e sua repercussão axiológica nos demais campos do direito.

A Constituição deixa de ser apenas um diploma normativo, para ser uma postura de interpretação perante todo o direito. Trata-se do fenômeno da filtragem constitucional, pelo qual toda interpretação jurídica é uma interpretação através da moldura axiológica constitucional.¹³

Assim, os mesmos institutos que são o cerne da esfera privada e das atividades econômico-comerciais, tais como propriedade, contrato e até mesmo a empresa devem ser repensados de uma forma sistêmica dentro da Constituição. É necessário uma harmonização desses institutos tradicionais, que se relacionam com valores clássicos de autonomia e liberdade, com outros valores constitucionais tais como igualdade material, solidariedade e justiça social.¹⁴

Outro elemento do constitucionalismo que contribui para esse enfoque público de institutos da seara privada são as diversas teorias relacionadas com a eficácia dos direitos fundamentais. Estes, direitos de natureza principiológica, tendem a permear as diversas relações sociais. Adicione-se ainda o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o resultado é uma gama de garantias e valores constitucionais influenciando a interpretação de cada ato ou negócio jurídico.

Particularmente importante para esse conteúdo público na esfera privada é a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Por esta teoria entende-se uma eficácia entre particulares e não só uma eficácia oponível aos entes estatais. Os direitos fundamentais “deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas”.¹⁵ Assim, mesmo os particulares devem respeitar esse núcleo central de garantias e direitos constitucionalmente assegurados em suas relações privadas, dando a estas um cunho mais público.

Cumpra salientar, entretanto, que os direitos fundamentais também servem como meio de proteção frente ao Estado. Tal gama de direitos tem oferecido uma nova feição à atuação estatal e ao direito público. Como exemplo, podemos citar os recentes questionamentos doutrinários sobre a possibilidade ou não de um controle jurisdicional das políticas públicas com o escopo de se garantir a efetividade de direitos fundamentais.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2006.

¹⁴ BREUS, T. op. cit. p. 57.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.206.

Além disso, a própria noção de supremacia do interesse público sobre o privado parece encontrar limites nas garantias referentes aos direitos fundamentais. Estes direitos podem resguardar interesses privados no caso concreto, mas são enquanto sistema uma garantia, um interesse público mais básico.

Nesse sentido, verifica-se a lição de Daniel Sarmento,

(...) entendemos que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa “precedência prima facie” dos primeiros. Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior à estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para os interesses públicos possam eventualmente sobrepuja-los.¹⁶

O espaço constitucional parece ser um meio de superação da dicotomia. Trata-se de um meio envolvente tanto do âmbito público como do âmbito privado. Dessa forma, o mais correto não seria falar em privatização do público ou publicização do privado, mas talvez de uma Constitucionalização do Direito.

4. ESTADO E ATIVIDADE ECONÔMICA

Retomando a discussão sobre as mudanças paradigmáticas tanto do âmbito privado como do público, percebe-se que estas estão associadas a uma modificação na atuação do Estado na Economia.

Analisar as formas de intervenção do Estado na atividade econômica, ou seja, analisar o perfil que assume o Estado, significa, em perspectiva jurídica, compreender como se configura o ordenamento econômico de um país.

Inicialmente, convém esclarecer que conceito mais amplo do que o de intervenção estatal é o de atuação do Estado, que transmite a idéia de prestação de serviços públicos ou de exercício de atividade econômica. Já intervenção significa atuação em área de outrem, ou seja, ação do Estado no âmbito restrito dos particulares. Eros Grau nos dá a medida exata da diferenciação, ao defender que:

Intervenção indica, em um sentido forte, isto é, na sua conotação mais rigorosa, no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, significa ação do Estado, tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.¹⁷

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*. In: Flavio Galdino; Daniel Sarmento. (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudo em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 267-324, 2006, p.306-307.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. São Paulo: RT, 1992, p. 137.

Contemporaneamente, com a superação do Estado liberal clássico, surge o Estado Social, sendo sua característica fundamental a atuação marcante nas áreas econômica e social, assumindo a feição de Estado do Bem-Estar ou Estado Providência, cujo perfil é bem delineado por Paulo Luiz Netto Lobo:

O Estado Social, sob o ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no Século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado Social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado Liberal.¹⁸

A crise do Estado social, incapaz de atender as demandas sociais crescentes, ante a realidade da restrição das receitas públicas, tem transformado o perfil do Estado contemporâneo, sujeito a sucessivas reformas estruturais e modificações de seu papel perante a sociedade, a exemplo do que tem ocorrido com o Estado Brasileiro.

Ao Estado contemporâneo, em transformação, são atribuídas cada vez mais funções de regulação, através de medidas administrativas ou legislativas, utilizadas para determinar, controlar ou influenciar o comportamento dos agentes econômicos. Por outro lado, cada vez menos é permitido ao Estado atuar como Estado-empresário, ou seja, como produtor ou distribuidor de bens e serviços, como destaca José Eduardo Faria:

Recorrente na agenda pública, o tema da reforma do Estado ganhou nova dimensão após a internacionalização dos fluxos financeiros, a integração das economias periféricas aos mercados globais, a reorganização dos padrões de produção propiciada pela expansão tecnológica e o advento das técnicas de comunicação em tempo real, que intensificaram a circulação de informações, bens, serviços e capitais, e, com isso, colocaram em patamares novos e inéditos a gestão da riqueza capitalista contemporânea. Antes da década de 1980 esse debate destacava-se por valorizar o papel do Estado como controlador, diretor, produtor direto de bens e serviços, planejador e até mesmo árbitro dos conflitos nos quais era parte, a fim de que pudesse garantir o pleno emprego em economias relativamente fechadas e autocentradas, ajustar a demanda às necessidades criadas pela oferta e manter a negociação coletiva dentro dos limites compatíveis com os níveis de crescimento. Na década imediatamente seguinte, ele se caracteriza por enfatizar a desregulação da economia, a abertura comercial, a revogação dos monopólios públicos e privatização de empresas públicas. Já a

¹⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. *O Novo Código Civil- Discutido por Juristas Brasileiros*. Campinas : Bookseller, 2003, p. 81.

partir da década de 1990 as prioridades passaram a ser a adequação da economia nacional globalizada, a manutenção da disciplina fiscal, a continuidade da estabilidade monetária, a desoneração da administração direta em favor de órgãos descentralizados, a abertura à concorrência de setores antes proibidos ou de acesso controlado e a introdução de formas empresariais de gestão e de direção nas atividades que continuaram sob responsabilidade governamental.¹⁹

Clarissa Sampaio Silva, compreendendo a mesma realidade, aponta as razões e efeitos da modificação do Estado Social:

O século XX assistiu a importantes transformações relativas à função do Estado na economia, que vão desde a superação de sua forma liberal, cuja atuação de dava, principalmente, mediante a polícia administrativa, compreendendo ainda a realização de investimentos de infra-estrutura de caráter geral, predominando, no mais, um absenteísmo, passando ao Estado Social, intervencionista, promotor do bem-estar, prestador de serviços públicos, resultando, mais recentemente, naquilo a que se vem chamando, a partir da década de 80, finais da década de 70, de Estado Pós-Social, Estado Regulador. Esse novo modelo é um produto da crise do Estado Social, cujas razões apontadas em regra pela doutrina, são as seguintes: crescimento desmesurado da máquina estatal (figura do polvo de mil tentáculos de Norberto Bobbio); crescente endividamento público; falta de recursos para seu financiamento; desproporção entre demandas crescentes de provisões materiais e incapacidade do sistema para fazer frente a elas; ausência de controle das empresas estatais e sua ineficiência. Como resultado, tem-se a paulatina saída do Estado tanto do exercício de atividades econômicas, quanto da prestação de serviços públicos, o que, quanto à organização, acarretou um enxugamento da máquina estatal mediante a privatização de empresas públicas e dos próprios serviços públicos. Assiste-se ainda a uma fuga para o direito privado, uma busca maior da contratualidade e consensualidade administrativas, embora presentes tais diretivas no Estado Social, de forma apenas alternativa.²⁰

No Brasil, a partir da década de 1990, pode-se apontar um esvaziamento das funções do Estado empresário, através do processo de privatizações de empresas estatais, deixando o Estado de intervir de forma direta na atividade econômica, passando a ser valorizada a atividade regulamentadora do exercício da atividade econômica por particulares, como é exposto por Lessa Matos.²¹

¹⁹ FARIA, José Eduardo. Introdução. In: José Eduardo Faria. (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 7-8.

²⁰ SILVA, Clarissa Sampaio. A Administração Pública no Contexto do Estado Pós-Social: Os Fenômenos da Privatização, da Regulação e os Novos Agentes Reguladores. In: *Direito Público em Destaque – Revista da Procuradoria da União no Estado do Ceará*, ano I, volume 01, p. 49-77, 2003, p. 50-51.

²¹ Nesse ponto, é interessante consignar: *A partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização*

O artigo 173, da Constituição Federal, baliza a atuação do Estado nas hipóteses de intervenção por absorção ou participação, situações em que o Estado atua diretamente no setor privado, sob regime de monopólio ou em concorrência com particulares. Dispõe a regra constitucional que, ressalvados os casos nela expressos, a exploração direta de atividade econômica somente poderá ocorrer em caso de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, nos termos descritos em lei.

Nas demais hipóteses de intervenção – intervenção por direção e intervenção por indução – o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, de acordo com os contornos fixados no artigo 174, da Constituição Federal. Com a forma de intervenção por direção, intervenção indireta ou diretiva, o Estado orienta e traça a política econômica estrita, com vistas a certas finalidades prefixadas. Já na intervenção por indução, o Estado atua incentivando a prática de condutas consideradas importantes. Pode ser negativa ou positiva, como, por exemplo, a tributação excessiva de determinada atividade, a fim de que seja evitada a sua prática ou a concessão de incentivos fiscais para a realização de determinados empreendimentos.

Parece-nos que a abrangência e alcance do direito público têm se transformado, tanto em consequência de modificações operadas na seara do Direito Privado, como, principalmente, em razão das modificações pelas quais tem passado o Estado.

Hodiernamente, concebe-se o Estado de forma menos abrangente do que no passado, cuja intervenção na seara econômica somente é possível em hipóteses excepcionais. Esse novo posicionamento frente à sociedade vai se pautar por novos princípios.

5. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A idéia de um princípio da subsidiariedade é referenciada pela doutrina e passível de aplicação a diversas situações: relação Estado/organizações; privadas da sociedade/indivíduo; relação federação/estados/municípios; relação

(PND), criado pela Lei 8.031/90, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços em determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse contexto, passa também a redimensionar sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, voltando-se para a criação de agências de regulação e intensificação da defesa da livre concorrência e da defesa do consumidor. (...) No plano Jurídico, o projeto de reforma do Estado vem sendo implementado desde a aprovação da Lei 8031/90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização. Quanto aos seus aspectos regulatórios, segundo as diretrizes apontadas pelo Conselho de Reforma do Estado, pode-se verificar, a partir de 1995, a aprovação de uma série de emendas constitucionais e a promulgação de leis destinadas a formular o aparato jurídico-institucional para implementar e garantir a flexibilização de monopólios, a concessão de serviços públicos à iniciativa privada e as privatizações. (MATTOS, Paulo Todescan. Regulação Econômica e Democracia: Contexto e Perspectivas na Compreensão das Agências de Regulação no Brasil. In: José Eduardo Faria. (Org.). Regulação e Democracia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 43-66, 2002, p. 55-56.)

União Européia/Estados Nacionais europeus; relação Administração Pública direta/índireta²².

Em todas essas situações relaciona-se com uma limitação da atuação de entes maiores para permitir que entes menores desenvolvam atividades para as quais detenham capacidade. Trata-se de uma forma geral de uma limitação da centralização ou um mandado de máxima atuação dos entes menores.

Tal princípio “[...] quando aplicado no Direito Público, almeja que agrupamentos de ordem inferior exerçam funções que eles próprios podem desenvolver, ao invés da coletividade mais vasta e elevada, protegendo a autonomia da pessoa humana e limitando a intervenção de coletividades superiores (inclusive do Estado)”²³

Importante teórico do princípio da subsidiariedade é o professor Baracho que assim o vislumbra,

A subsidiariedade não é apenas um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de competências, daí decorre que a subsidiariedade possa ser um princípio de Direito Constitucional. A busca do princípio da subsidiariedade, como princípio de Direito constitucional, aparece na organização administrativa do Estado, sendo que o debate não é apenas o da descentralização, mas da desconcentração.²⁴

Assim, o princípio de subsidiariedade vai se vincular a uma idéia de autonomia, seja de órgãos públicos, seja de entidades sociais, seja dos próprios indivíduos em efetivar seus interesses e conduzir suas ações.

Dessa forma, “No fundo, o princípio da subsidiariedade é o princípio da descentralização (ou da participação), que ensina que o poder deve nascer de baixo para cima, sob o controle da base, das pessoas e de suas consciências”²⁵

A busca dessa postura subsidiária indica que o Estado não deve concentrar em si todo o poder e a competência para definir os rumos e interesses sociais. Em compasso com o respeito da esfera de autonomia tanto do indivíduo como das organizações sociais, o Estado só deve intervir ou atuar quando da impossibilidade dos diversos agentes sociais. Trata-se até mesmo de uma postura democrática, permitir os diversos grupos sociais interessados desempenharem suas atividades da forma como acreditam ser mais correta e eficiente.

Relativamente à seara econômica, pode-se verificar a imediata aplicação do princípio da subsidiariedade. Nesse sentido, a lição de Fernando Pimentel,

²² VIOLIN, Tarso Cabral. *Uma análise crítica do ideário do "terceiro setor" no contexto neoliberal e as parcerias entre a administração pública e sociedade civil organizada no Brasil*. Dissertação – Mestrado em Direito. UFPR, Curitiba, 2006, p. 36.

²³ Idem.

²⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 54.

²⁵ SOUZA, Luiz Francisco F. de. apud. VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 36.

Não há dúvida de que o princípio da subsidiariedade regula a intervenção do Estado na Economia. Sendo esta uma atividade essencialmente privada, o Estado, cuja função é buscar o bem comum e da justiça distributiva, não tem a competência originária de atuação. Se ele deve corrigir distorções e para tanto intervir, isto deve ser feito em nome do bem comum e da justiça distributiva e não em razão da maior ou menor eficácia das sociedades inferiores. A função subsidiária do Estado em matéria econômica é uma ‘função autêntica e natural’ e não simplesmente uma ‘fórmula pragmática’. Em outros termos, a subsidiariedade é intrínseca à função do Estado em matéria econômica.²⁶

Tratar o princípio da subsidiariedade como constitucional implica verificar sua sistemática com os demais princípios. Nesse sentido, desponta sua relação com os princípios da eficiência e da livre iniciativa.

Uma harmonização desses princípios leva à conclusão de que o Estado somente deve intervir na seara econômica em situações que não possam prescindir da atuação estatal. Para assegurar valores constitucionais e interesses públicos que, de outra forma, não poderiam ser efetivados pelos agentes da sociedade civil. Assim, “Há que existir razões e fundamentos aptos a justificar a restrição à liberdade de iniciativa (algo inerente à atividade regulatória estatal), razões estas que deverão estar lastreadas no interesse geral da comunidade”.²⁷

Do exposto, é possível indicar uma superação da dicotomia público/privado através de uma constitucionalização do direito. Essa mesma principiologia constitucional serve de guia para a elaboração de um novo modelo de Estado cuja principal atuação deve ser orientar, regular e estimular os agentes sociais a atuar de forma autônoma na consecução dos seus interesses e do bem comum.

Por fim, o princípio da subsidiariedade serve de instrumento para superar ainda outra confusão entre interesse público e interesse estatal. O princípio vai orientar a partilha de competências entre o Estado e a Sociedade, com o consequente reconhecimento de um novo espaço, o espaço do “público não-estatal”.

6. CONCLUSÕES

Nelson Saldanha possui uma interessante ilustração da relação entre o público e o privado²⁸. Este autor fala do jardim e da praça. O primeiro como uma extensão do privado, um lugar próximo da privacidade e intimidade da

²⁶ CINTRA, Fernando Pimentel. apud. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, jan/2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Último acesso em: 22 de outubro de 2006.

²⁷ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. op. cit., p. 14.

²⁸ SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça. O Privado e o Público na Vida Social e Histórica*. São Paulo: Edusp, 1993.

casa, porém aberto ao exterior. Já a praça funciona como um espaço público por excelência. Essa transição entre casa, jardim e praça, fornece uma imagem poética que pode ser utilizada para explicitar o movimento de interpenetração das esferas pública e privada.

Esse movimento reflete a mudança de concepções quanto à estrutura e atribuições do Estado, com o conseqüente reconhecimento de um espaço público não-estatal. Como explicitado, a superação da aparente dicotomia vai ser encontrada em terreno constitucional. A Constituição consagra diversos princípios que irão balizar a atuação estatal tanto frente aos particulares como na própria consecução dos interesses públicos.

O princípio da subsidiariedade interpretado de forma sistemática com outros princípios de igual amplitude torna-se um princípio de auto-contenção estatal no desempenho de suas atividades.

Tal princípio parece comandar ao Estado que este, muito mais que um ente, deve se tornar um verdadeiro ambiente. Um ambiente propício à emancipação humana e à progressiva autonomia social.

7. REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2006.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione – nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Dissertação – Mestrado em Direito. UFPR, Curitiba, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. Coimbra: Almedina, 1999.

FACHIN, Melina Girardi. Problemas e perspectivas da participação de Estados e entidades públicas enquanto partes no Juízo Arbitral. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.2, n.2, p. 119-140, jul./dez.2005.

FARIA, José Eduardo. Introdução. In: José Eduardo Faria. (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

FIORATI, Jete Jane. A lex mercatoria como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em Desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 164, out./dez. 2004

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. *Revista RT\Fasc.Civ*, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. São Paulo: RT, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *O Novo Código Civil – Discutido por Juristas Brasileiros*. Campinas : Bookseller, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, jan/2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 de outubro de 2006.

MATTOS, Paulo Todescan. Regulação Econômica e Democracia: Contexto e Perspectivas na Compreensão das Agências de Regulação no Brasil. In: José Eduardo Faria. (Org.). *Regulação e Democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 43-66, 2002.

SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça. O Privado e o Público na Vida Social e Histórica*. São Paulo: Edusp, 1993.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: Flavio Galdino; Daniel Sarmento. (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudo em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 267-324, 2006.

SILVA, Clarissa Sampaio. A Administração Pública no Contexto do Estado Pós-Social: Os Fenômenos da Privatização, da Regulação e os Novos Agentes Reguladores. *Direito Público em Destaque – Revista da Procuradoria da União no Estado do Ceará*, ano I, volume 01, p. 49-77, 2003.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Uma análise crítica do ideário do "terceiro setor" no contexto neoliberal e as parcerias entre a administração pública e sociedade civil organizada no Brasil*. Dissertação – Mestrado em Direito. UFPR, Curitiba, 2006.

WALD, Arnaldo. Um Novo Direito para a Nova Economia: A evolução dos Contratos e o Código Civil. In: Roberto Senise Lisboa; Maria Helena Diniz. (Org.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, p. 73-93, 2003.