

**A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO:
CONSTATAÇÕES E DESAFIOS PARA O DIREITO**

**ENTREVISTA COM OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR,
PROFESSOR ADJUNTO DO DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL DA
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO,
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)**

RCJ: Em que medida o Estado contemporâneo tem em sua estrutura representantes do "povo" e do "mercado"? Há equilíbrio entre público e privado em termos de pautas prioritárias na prática? Poder-se-ia falar em um "Estado Empresarial"?

OLRJ: Há diversas formas de se abordar essa questão, a depender das vinculações ideológicas ou das visões que se tenha sobre a natureza do Estado e suas relações com o povo e o "mercado". Em uma ordem estrita, que pode ser encontrada tanto no constitucionalismo liberal clássico, quanto no constitucionalismo do pós-guerra, o povo é a fonte de legitimidade do poder e, como tal, dele o Estado há de retirar as grandes linhas de sua atuação. Especialmente após os anos 1970, graças aos *Critical Legal Studies* e outros movimentos de investigação jurídica norte-americanos, posteriormente refletidos na França e na Alemanha, concebeu-se a ideia de que grupos de pressão, associações de classe, sindicatos, organizações não governamentais, grandes corporações e empresas de *lobby* teriam um poder significativamente maior do que lhes era reconhecido ou admitido. Em última análise, esses grupos e organizações interfeririam nessa ligação essencial entre o povo e o Estado, tornando mais romântica do que real a noção da legitimidade popular do poder.

Em certa medida, retomavam-se, com novos argumentos, duas vertentes de pensamento socialista do século XIX. O lassaliano, com seus fatores reais de poder, o marxiano, que atribuía às forças do capitalismo a real detenção do poder estatal. Em uma obra pouco conhecida de Karl Marx, intitulada *Das göttliche Recht der Hohenzollern*, que está no volume 12 das obras completas de Marx e Engels, ele afirmava que "os Hohenzollern [a família real da Prússia até 1918] adquiriram Brandemburgo, Prússia e o título régio por meio do mero suborno".

Independentemente dessas visões, portanto, não é necessário se chegar ao conceito de um "Estado Empresarial", que não se deve confundir com a ideia própria do Direito Econômico dos modos de intervenção estatal na Economia. O problema está na

legitimidade do poder e no modo como este é exercido. Rigorosamente, no caso brasileiro, a apropriação do Estado por pautas econômicas privadas é notória e isso tem-se refletido em diversos problemas, os quais são paradoxalmente assinalados por defensores do liberalismo manchesteriano e por socialistas. A diferença está, porém, na ingenuidade dos que acreditam na boa-fé de intervenções que findam por se revelar meros pretextos à transferência de riscos do setor privado para o setor público.

RCJ: Em sua opinião, qual o papel do Estado na mediação administrativa entre relações jurídicas públicas e privadas, tendo em vista os discursos de "combate à corrupção" em voga no Brasil?

OLRJ: A corrupção é um mal típico de Estados com enorme desigualdade social, frágeis modelos de controle e um modelo de apropriação da coisa pública por grandes grupos econômicos. Ela existe em praticamente todas as sociedades contemporâneas e é tolerada com maior ou menor grau de cinismo. A diferença está apenas no grau de risco a ser suportado pelos investidores. Nesse aspecto, é fundamental distinguir entre a retórica do combate à corrupção e a luta efetiva por sua diminuição. A pergunta não admite concessões. Ninguém é a favor da corrupção. Não se pode, no entanto, admitir esse discurso como uma salvaguarda para se esquecer que a desigualdade social e o baixo grau de institucionalidade são causas remotas desse problema.

RCJ: Algumas décadas após o influxo no Brasil de formulações teóricas advindas da doutrina alemã e italiana sobre a constitucionalização do ordenamento jurídico, como o senhor avalia a incidência desse fenômeno em relação ao Direito Privado na atualidade?

OLRJ: É um tema extremamente interessante. Em verdade, o Direito brasileiro sempre foi *constitucionalizado*. Em alguns trabalhos eu consegui demonstrar que, mesmo ao tempo da Constituição de 1824 e as constituições republicanas, não houve – ao menos dentre os civilistas mais importantes – qualquer discurso de negação à incidência de normas constitucionais em relação aos particulares. Muitos menos encontram-se autores que ignorassem os efeitos de uma nova constituição sobre o ordenamento jurídico. Conceitos que são hoje tão corriqueiros na linguagem acadêmica de nossos dias, particularmente no Direito Privado, como boa-fé e função social, já se encontravam nos livros de doutrina desde os anos 1930-1940. A função social da propriedade, com essa

nomenclatura, surgiu expressamente no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964) e foi *constitucionalizada* com sua inserção do art.157, inciso III, da Constituição de 1967. Qual a eficácia dessa função social da propriedade desde que foi *constitucionalizada* na ditadura? A resposta é dada pela realidade fundiária do país.

Em matéria de Direito de Família, houve uma *constitucionalização* de vários institutos e figuras jurídicas, como família, a união estável e o casamento, em 1988. Essa *constitucionalização por elevação* (direito ordinário que ascende a direito constitucional) introduziu o princípio da isonomia às relações entre cônjuges e igualou os filhos. Foi um grande avanço, mas não por ter sido um caso de constitucionalização, mas por ter implicado uma mudança em um Direito que já se encontrava defasado normativamente em relação ao modo como a sociedade via as relações familiares. Note-se que, em diversos países europeus, os câmbios no Direito de Família deram-se tardiamente (anos 1970-1980) e por via do direito ordinário (Alemanha, França, Portugal, para se citar alguns exemplos).

Logo, parece-me que é um falso problema a *constitucionalização*, especialmente quando não há precisão terminológica a respeito do que ela realmente seja e pelos riscos que essa terminologia conserva, ao permitir uma maior ingerência judicial nos espaços de deliberação política (o ofício do legislador democrático) e pela fissura nas barreiras entre Direito e Moral ou entre Direito e Política, como, aliás, Lenio Streck, Marcelo Cattoni, Gilberto Bercovici e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, além de outros acadêmicos de renome, vêm denunciando há tempos.

RCJ: Considerando as posições histórica e contemporânea dos princípios jurídicos na hermenêutica constitucional, como o senhor avalia a atuação recente do Poder Judiciário e a posição ocupada pelos magistrados na efetivação de normas gerais de Direito Civil?

OLRJ: Esse é um tema igualmente importante e sobre ele já tive a oportunidade de escrever alguns textos.

As cláusulas gerais, os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso da boa-fé, da função social ou dos bons costumes, passaram por um processo de generalização e banalização na Alemanha no início do século XX. Nos primeiros

anos de vigência do Código Civil alemão de 1900, houve o que se pode denominar de fase de experimentação de alguns desses princípios. Na década de 1930, Justus Wilhelm Hedemann, escreveu o livro “*A fuga para as cláusulas gerais: um perigo para o Direito e para o Estado*”, no qual ele disse ter-se convertido a “ornamentação” das decisões judiciais com a boa-fé no verdadeiro “esporte da atual geração de juristas alemães”. Para Hedemann, os acórdãos recebiam uma “coroa” como a boa-fé, o fim social e os bons costumes.

Em texto contemporâneo, Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker, ao se referirem ao § 242, do Código Civil alemão, norma que contém a boa-fé objetiva, afirmam que ele foi visto ora como a “fonte da praga perniciosa que corrói da forma mais sinistra o núcleo de nossa cultura jurídica” ou foi celebrado como a ‘rainha das regras’”.

Para além desses problemas com a interpretação dos princípios e das cláusulas gerais do Direito Privado, que muito se assemelham à experiência alemã do período nazista, tem-se de considerar que os bons costumes (*guten Sitten*), após a década de 1950, passaram a servir de filtro para a irradiação dos direitos fundamentais em relação aos particulares. Aqui se tem confundido essa função de filtragem com um emprego generalizado dos princípios e das cláusulas gerais como se fossem vetores de conteúdos constitucionais. Na verdade, eles desempenham (ou deveriam desempenhar) um papel de agentes de preservação dos valores privatísticos, o que, em última análise, resulta na própria salvaguarda da atuação do legislador democrático.

A tal propósito, não se pode confundir a atuação da jurisprudência, que pode ser progressista ou regressista, a depender de pré-compreensões dos magistrados, da orientação ideológica do Poder Judiciário (que é historicamente cambiável, como se pode facilmente demonstrar) e de fenômenos sociológicos como os descritos na teoria da captura, com a superação de valores que devam ser apropriados pelo legislador democrático no desempenho de seu ofício. A primazia deste último há de ser preservada. E tal se justifica porque, em relação ao Direito Privado, as intervenções judiciais muitas vezes se dão no campo da moral e dos costumes e pouco se efetivam no campo das relações econômicas. Menos por uma deficiência da magistratura, e sim pelas limitações intrínsecas do sistema capitalista. Não se pode, contudo, mitificar ou mistificar, a depender das circunstâncias, tais intervenções como se elas fossem, por si sós, capazes de alterar de modo efetivo uma relação que é, na maior parte dos casos, indiferente ao Direito e seus mecanismos de inserção na realidade social metajurídica.