Número 5 – março/abril/maio 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

# EMANCIPAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO NO BRASIL

***Prof. Adilson Abreu Dallari***
*Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

**Sumário:**1. Introdução; 2. Crescimento e reflexo do Estado; 3. Redefinição do Direito Público; 4. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO

A tradição do direito brasileiro se caracteriza por uma visão retrospectiva, no sentido de que as normas jurídicas são produzidas pela força dos fatos, após a ocorrência de situações que evidenciam a existência de lacuna a ser preenchida. São extremamente raros os exemplos de produção normativa determinada por uma visão prospectiva, a partir de modelos ideais para disciplinar futuros acontecimentos prováveis, de maneira a assegurar, antecipadamente, a composição de eventuais conflitos e a satisfação do interesse público.

Exemplos recentes comprovam essas afirmações, como é o caso da disciplina das regiões metropolitanas. O Brasil já contava com algumas aglomerações urbanas de grande porte, intensamente dinâmicas e altamente polarizadas, quando, pela primeira vez, no art. 164 da chamada Emenda Constitucional n. 1, de 17/10/69, surgiu, timidamente, no direito constitucional positivo a expressão "regiões metropolitanas".

Nessa ocasião, em São Paulo, a despeito da ausência de previsão normativa expressa ou específica, já existiam serviços públicos operados em escala metropolitana (COMASP - Companhia Metropolitana de Águas de São Paulo).

Nos dias de hoje, existem situações ainda mais graves e mais sensíveis. A Constituição Federal em vigor se refere a um considerável número de assuntos, da maior relevância, cuja disciplina foi delegada à legislação complementar e ordinária, a qual, entretanto, não é produzida.

Essa omissão legislativa poderia ser compensada pela concessão do "mandado de injunção", remédio constitucional expressamente previsto para fazer com que a vontade manifestada pelo legislador constituinte não ficasse subordinada à vontade do legislador ordinários. Entretanto, o entendimento jurisprudencial dominante no momento inverteu a hierarquia das vontades, aviltou o mandado de injunção, confundindo-o e equiparando-o a uma outra figura constitucional: a inconstitucionalidade por omissão, que tem outro perfil, outra finalidade e outro regime jurídico.

A omissão legislativa, somada à omissão jurisdicional, levou à proliferação de medidas provisórias, criando um antidireito, em face do caráter autoritário de tais medidas e da instabilidade jurídica por elas estabelecida.

Um bom número de assuntos (como, por exemplo, a integração dos sistemas previdenciários) fica simplesmente sem tratamento algum, ao sabor dos ventos da política e da lei do mais forte.

Esse quadro dantesco, entretanto, é temporário. Não se sabe quando, mas, ao longo do tempo, na medida em que a legislação faltante for sendo produzida, a instabilidade será paulatinamente reduzida.

Há, todavia, uma questão de fundo de maior gravidade, a desafiar a perspicácia e a criatividade dos juristas. Trata-se da inadequação, ou mesmo da incompatibilidade entre os sistemas constitucional e administrativo.

A Constituição da República inspira-se em um modelo democrático e federativo norte-americano, enquanto todo o arcabouço administrativo é inspirado em um modelo constitucional europeu, autoritário e centralizador, herdado da colônia e sobrevivente ao período imperial.

Para complicar ainda mais, cabe apenas referir que o Brasil, de hoje é fortemente afetado por inaceitáveis e injustas diferenças regionais e sociais, que impedem a adoção de soluções uniformes ou homogêneas.

Existe, portanto, uma situação de crise, no sentido de que está evidenciada a falência do *statu quo* e a necessidade de mudanças radicais.

## 2. CRESCIMENTO E REFLUXO DO ESTADO

A atuação do Estado brasileiro no período republicano se caracterizou por acompanhar, com algum retardamento, a situação reinante no hemisfério ocidental.

Na Velha República havia um liberalismo tardio, no qual a interferência estatal na economia e nas questões sociais era mínima. Com a ditadura getuliana foram adotadas as primeiras medidas intervencionistas, como é o caso da implantação da indústria siderúrgica, da edição da legislação trabalhista e da criação da estrutura sindical.

Mais tarde, com a industrialização e a dinâmica social por ela gerada, o Estado teve sua participação na vida econômica e social cada vez mais acentuada, chegando-se aos exageros e despropósitos da estatização irracional implantada pelo movimento militar de 1964.

Restaurada a democracia política, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se um período de refluxo, marcado pelas contradições do próprio texto normativo e da caótica estrutura político-partidária.

No âmbito mundial houve a falência do socialismo e a emergência de um neoliberalismo, situações que não poderiam deixar de repercutir no Brasil.

É preciso salientar que, entre o último período democrático (na vigência da Constituição de 1946) e o atual, o Brasil mudou substancialmente. De país com população predominantemente rural (pouco participativa, subserviente, conservadora, quase estática), passou a ter população predominantemente urbana (altamente participativa, insubmissa, quase revolucionária e intensamente dinâmica).

Caracteriza-se a sociedade brasileira hoje pela emergência da cidadania, pela crescente conscientização do significado da idéia de povo, como detentor do poder político, fonte de legitimidade da atuação governamental e agente de transformação institucional.

Essa nova realidade afetou sensivelmente o ambiente jurídico, e muito especialmente a área do Direito Público. Temas que, ao longo de toda a nossa história, foram havidos como pertinentes ao reino do Direito Privado mudaram de situação, como é o caso do direito de propriedade.

Com as raríssimas exceções de alguns poucos ultraconservadores empedernidos, não é possível negar o acolhimento dado pela Constituição Federal ao conceito de função social da propriedade, com suas relevantíssimas conseqüências.

Hoje, já se tem consciência de que o Direito Civil cuida das relações entre particulares a respeito da propriedade privada, enquanto o cerne e o conteúdo do direito de propriedade deriva do conjunto de normas reconhecidas como pertinentes ao campo do Direito Público.

Muito embora as emanações do conceito de função social da propriedade sejam mais visíveis no tocante à propriedade imobiliária, é preciso não esquecer que o mesmo conceito se aplica à propriedade dos meios de produção, com o mesmo propósito de realização da justiça social.

No Brasil presente, cabe ao Estado promover a conciliação entre valores aparentemente contraditórios, tais como: a soberania nacional e a internacionalização da economia; a propriedade privada e sua função social; a livre iniciativa e a valorização do trabalho; o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente; a autonomia federativa e a redução das desigualdades regionais; a autonomia da vontade e a proteção ao consumidor, etc.

Ao lado disso, estão surgindo ou crescendo setores da atuação humana nos quais o desenvolvimento científico vem seguidamente criando problemas jurídicos, como é o caso das telecomunicações, da informática, da genética, (especialmente humana) e dos transplantes de órgãos.

Tudo isso aguarda disciplinamentos e soluções que não mais se resumem a relações intersubjetivas, mas que também exigem um enfoque sob o prisma dos direitos coletivos e difusos.

## 3. REDEFINIÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

Diante de tantas dificuldades, novidades e desafios, parece correto dizer que é forçosa uma redefinição do conceito, do ensino e da aplicação do Direito Público.

Com efeito, está totalmente superado o entendimento de que ao Direito Público competiria cuidar dos direitos dos indivíduos e das prerrogativas do Poder Público como coisas opostas. O conceito de cidadania transcende o indivíduo isolado para considerá-lo também como membro de uma coletividade. O Poder Público não é mais o inimigo, mas, sim, o garante e o instrumento de realização das liberdades individuais e sociais.

O mínimo que se pode dizer é que o Direito Público cresceu em volume, determinando, pelo menos, uma alteração quantitativa em seu ensino.

Mas evidentemente isso não basta, pois deve ser acompanhado de profundas modificações de postura, de enfoque, tanto do jurista diante dos problemas técnico-jurídicos quanto do professor diante dos alunos.

O surgimento de um sem-número de situações, para as quais simplesmente não existem soluções preconcebidas, não mais permite o simples exercício da subsunção dos fatos às normas e de sua descrição. É imperiosa a adoção de práticas investigatórias, de posições críticas, de aplicação direta e cada vez mais intensa dos princípios e valores fundamentais que dão consistência ao sistema jurídico em seu todo e que informam a elaboração e aplicação das normas, assim como o preenchimento das lacunas normativas.

A complexidade do universo do Direito Público exige, cada vez mais, a implantação de justiças especializadas, pois o juiz (dadas as limitações do ser humano) não pode ser uma enciclopédia, não pode ser um especialista em

generalidades e não pode deixar a ordem jurídica desprotegida, gerando insegurança jurídica.

É preciso superar preconceitos e conformismos estéreis, que apenas servem para escamotear dificuldades e negar justiça, conforme ainda ocorre com o conceito de discricionariedade. Esse problema ainda não está totalmente resolvido e já se apresenta para o estudioso e aplicador do direito uma questão ainda maior, qual seja, a da razoabilidade, que se põe tanto diante de atos administrativos quanto, também, em face de atos legislativos e mesmo jurisdicionais.

Registre-se, por último, uma certa tendência à internacionalização do Direito Público. Na medida em que diminuem as distâncias geográficas e políticas, cresce o entendimento de que a igualdade deve existir também no concerto dos Estados soberanos, e cada vez mais se intensificam e consolidam os blocos ou conjuntos internacionais, como a Comunidade Européia, o NAFTA (México, Estados Unidos e Canadá) e o MERCOSUL, com suas legislações e seus tribunais supraterritoriais.

## 4. CONCLUSÃO

Não se pretende fazer aqui um exercício de futurologia, mas, simplesmente, identificar ou mesmo antecipar algumas tendências de evolução do Direito Público no Brasil, para o início do novo século, que já se avizinha.

A primeira observação que se pode fazer, com bastante segurança, é no sentido de que haverá um reconhecimento da importância do Direito Público.

Esse reconhecimento ocorrerá com maior intensidade nas áreas técnicas, mas abrangerá inclusive o cidadão comum, que não mantém qualquer vínculo especial com o Poder Público, mas que está percebendo, cada vez mais, até pela simples leitura do noticiário dos jornais, o quanto a sua vida cotidiana é afetada pelas decisões governamentais.

Provavelmente, isso despertará a atenção para a necessidade de melhorar ou aperfeiçoar a atuação dos grupos intermediários da sociedade, dos grupos de pressão, que deverão se preocupar e acompanhar, mais diretamente, a tramitação de projetos de lei, a atuação dos parlamentares e o comportamento dos agentes administrativos.

É de se esperar um amadurecimento de tais grupos de pressão, que haverão de compreender que o corporativismo é o egoísmo coletivo, e que os interesses de determinados segmentos da coletividade não podem ser simplesmente impostos a ferro e fogo, em detrimento do interesse geral, mas que podem e devem ser sustentados quando compatíveis e conciliáveis com o interesse público.

Como fruto da superação do corporativismo exacerbado, muito possivelmente haverá sensíveis alterações no último bastião do feudalismo: o

Poder Judiciário. Cresce o sentimento de que a prestação jurisdicional é absolutamente fundamental para que se possa assegurar uma boa qualidade de vida em sociedade, com certeza e segurança, em sua mais ampla acepção.

A atividade tipicamente jurisdicional é intocável; sem liberdade de julgar não há Justiça. Mas a administração dos órgãos, entidades, agentes, bens e recursos de trabalho da máquina judiciária é uma atividade administrativa como qualquer outra, devendo ser acompanhada e controlada de maneira participativa por todos aqueles que são afetados pela atuação dessa complexa estrutura.

Com a abertura do Poder Judiciário em direção aos jurisdicionados, certamente crescerá em progressão geométrica o reconhecimento da importância da atividade jurisdicional e, assim, o povo (hoje totalmente excluído) se aliará às autoridades na luta pela melhoria das condições de trabalho desse setor, em todos os sentidos.

A melhoria da prestação jurisdicional não estará apenas no aumento quantitativo dos meios e instrumentos de atuação, mas, sim, deverá afetar também o aspecto qualitativo, na medida em que efetivamente se passar à ampliação dos juizados especializados em Direito Público, permitindo soluções com melhor fundamentação jurídica, diminuindo as decisões divergentes, reduzindo o número de recursos, diminuindo o tempo de tramitação e aumentando a segurança jurídica.

Uma outra das prováveis conseqüências imediatas do reconhecimento da importância do Direito Público será um aumento da carga horária das disciplinas pertencentes a esse campo nos currículos escolares, tal como já vem acontecendo em algumas poucas faculdades. O que hoje é exceção, deve-se transformar em regra geral.

É de se esperar um aumento do número de publicistas, e desse maior número certamente surgirão melhores profissionais, cuja melhor atuação, em qualquer das profissões jurídicas, deve trazer benefícios para a coletividade.

Cabe insistir que o reconhecimento da importância do Direito Público não traz conseqüências apenas quantitativas, mas, sim, qualitativas, de fundo.

Pode-se falar até numa equiparação entre o Direito Público e o Direito Privado, eliminando o preconceito decorrente de uma antiqüíssima tradição privatística, no sentido de ser o Direito Privado “um direito civil modificado, diferente, excepcional”. Com o reconhecimento de que o Direito Público tem fundamentos e princípios próprios, autônomos, que nada têm a ver com o Direito Privado, provavelmente ficará mais clara a percepção de que ambos os campos do conhecimento e da atuação possuem raízes comuns, que estão na teoria geral do direito.

Em resumo, pode-se falar em uma emancipação do Direito Público, que será estudado e aplicado à luz de seus próprios princípios, por gente preparada para isso, desprovida de preconceitos, dotada de sensibilidade para os

problemas específicos do Direito Público, detentora de capacidade crítica e criatividade, sem perda do rigor científico e com sensíveis ganhos para a segurança das relações jurídicas.

Para se chegar a tal resultado, muito esforço foi e ainda precisa ser despendido. Não se pode ignorar o papel estratégico e fundamental desempenhado por aqueles desbravadores, os mestres dos mestres, aqueles que ousaram pensar diferente e produzir avanços significativos, formando patamares que serviram de apoio aos que vieram depois. Muitos nomes poderiam ser lembrados, mas dentre eles, com total e absoluta certeza, não pode ser esquecido o nome exponencial de Seabra Fagundes, a quem este estudo é dedicado, por ter sido mais, muito mais, que um grande jurista e publicista: um cidadão exemplar.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):**

DALLARI, Adilson Abreu. Emancipação do Direito Público no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 5, março/abril/maio, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

**Publicação Impressa:**

Informação não disponível