

METAMORFOSES DO ESTADO REGULADOR E A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

METAMORPHOSES OF THE REGULATORY STATE AND THE DISTINCTION BETWEEN PUBLIC LAW AND PRIVATE LAW

*Lucas Fucci Amato**

Resumo:

Este artigo visa a apresentar e problematizar a diferenciação entre direito público e direito privado. Além de indicar os critérios analíticos que a teoria geral do direito classicamente apresenta para distinguir os dois polos conceituais e institucionais, o texto situa historicamente o desenvolvimento destes regimes jurídicos (privatista e publicista) na tradição romano-germânica. Enfatiza, particularmente, o quanto as transformações do Estado contemporâneo ao longo do último século (com o advento do Estado social, sua crise e a emergência do neoliberalismo), ao lado da crise ambiental contemporânea, acabaram por tornar mais complexos os instrumentos, as situações e as relações jurídicas, combinando e entremeando fórmulas de direito público e privado.

Palavras-chave: Teoria geral do direito. Filosofia do direito. Regulação. Direito público. Direito privado.

Abstract:

This paper aims to present and criticize the differentiation between public law and private law. Besides indicating the analytical criteria by which the general theory of law classically distinguishes these two conceptual and institutional poles, the text historically situates the development of these (privatist and publicist) legal regimes in the civil law tradition. It particularly emphasizes how the transformations of the contemporary state over the last century (with the advent of the welfare state, its crisis, and the emergence of neoliberalism), besides the contemporary environmental crisis, have ended up making the legal instruments, situations, and relations more complex, combining and intermingling formulas of public and private law.

Keywords: General theory of law. Philosophy of Law. Regulation. Public law. Private law.

Introdução

A distinção entre direito público e direito privado foi identificada por Norberto Bobbio (2007, cap. 7) como “a grande dicotomia” do pensamento jurídico. O propósito deste artigo é apresentar os critérios analíticos desta distinção, nos termos

* Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente pela USP, com estágio doutoral na Harvard Law School e estágio pós-doutoral na Universidade de Oxford. *E-mail*: lucas.amato@usp.br.

da teoria geral do direito, mas, ao mesmo tempo, pontuar sua situação histórica e sua complexidade e indeterminação diante das transformações do Estado contemporâneo.

Após explicar os critérios clássicos de classificação das situações e relações jurídicas entre os campos do direito público e do direito privado, o texto faz uma síntese histórica sobre a constituição paralela destes dois regimes na tradição do direito continental europeu, seguida pela América Latina. A certa continuidade do direito privado pela linha romanística se opõe a novidade do direito público construído a partir do Estado territorial moderno.

A seguir enfatiza-se o contexto contemporâneo das transformações do Estado, adotando-se a menção a “Estado regulador” para fazer referência à transição do Estado social (prevalente entre as décadas de 1930 e 1960) ao Estado neoliberal (a partir da década de 1980). Ambos os modelos de Estado criaram formas jurídicas que rearranjaram a classificação estanque e polarizada dos campos público e privado. Por fim, faz-se referência à crise ambiental contemporânea e aos instrumentos do direito ambiental, que tornam ainda mais complexa a combinação de institutos e relações de direito público e privado.

A distinção Direito Público/Direito Privado: critérios analíticos dogmáticos

A relevância da distinção entre os regimes de direito público e direito privado dá-se em razão das implicações jurídicas que se retira da classificação de uma situação-problema em um ou outro lado desta dicotomia. O regime de direito público é caracterizado pela incidência de dois princípios gerais que direcionam a interpretação: o princípio da soberania e o princípio da legalidade estrita. Segundo o princípio da soberania, afirma-se a superioridade das prerrogativas estatais sobre qualquer outro centro de poder – pessoa natural ou jurídica. Pelo princípio da legalidade estrita,¹ um ente, órgão ou agente estatal apenas está autorizado a praticar a conduta ou a tomar a decisão que lhe for expressamente permitida. Não cabe aqui falar em permissões implícitas. Por mais que haja diferenças

¹ Hart (1994, p. 322) distingue os princípios, em relação às regras, por uma diferença meramente quantitativa ou de grau (e não estrutural). Princípios, em relação a regras, seriam apenas normas (1) mais extensas, gerais e inespecíficas (de modo que várias regras poderiam ser identificadas como decorrência de um só princípio) e (2) com maior referência a objetivos, finalidades, direitos ou valores (de modo que os princípios podem ser analisados como justificações e fundamentos lógicos de regras). Nesse sentido tradicional, a legalidade é classicamente elencada como um “princípio geral de direito” (ver, por exemplo, FERRAJOLI, 2002, p. 74-75). Fala-se aqui de princípios como orientações normativas gerais de um sistema jurídico (ou de algum de seus ramos). No entanto, no sentido preciso da teoria de princípios de Alexy (2008), a legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) ou a irretroatividade (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu) são, em termos estruturais, regras, e não princípios; constituem, pois, direitos e obrigações definitivos, não sujeitos a ponderação ou sopesamento (ver SILVA, 2003, p. 613-614).

entre atos administrativos vinculados (plenamente pré-determinados ou pré-programados) e atos administrativos discricionários (que comportam margem de valoração e escolha), quaisquer deles exigem motivação adequada e alinhamento à finalidade prescrita, apenas gerando normas válidas se praticados nos limites da competência do ente, órgão ou agente – isto é, dentro da esfera delimitada de poder em que sua atuação é reconhecida como atualização da soberania estatal.

Já o regime de direito privado afirma a prevalência de dois princípios gerais diametralmente opostos aos do regime publicista. Trata-se, de um lado, da afirmação da autonomia da vontade privada. O poder dos privados de criarem e imporem normas para si e sobre si pode ser visto como uma “oferta de regulação” aberta pelo direito estatal; por exemplo, no campo da autonomia contratual, reconhece-se a liberdade de formatação de contratos atípicos, estabelecendo a lei (Código Civil, art. 104) apenas os requisitos mínimos de capacidade dos agentes e possibilidade, licitude e determinabilidade do objeto da negociação. Por regra geral (art. 107), até mesmo a forma de expressão da declaração de vontade capaz de gerar o vínculo negocial é livre. Assim, como observa Marcelo Neves (2013, p. 95), as “ofertas legais de regulação” no exercício da autonomia privada – isto é, a atribuição de poder na esfera privada – tanto se contrapõem à simples observância (cumprimento autônomo) das normas de conduta postas pelo Estado ou autoimpostas pelos particulares (uma vez que tenham feito uso do poder ofertado pelo Estado) quanto se diferenciam dos atos estatais de aplicação do direito em sentido estrito (produção de uma norma de decisão do caso) e de execução (imposição heterônoma da norma ou da respectiva sanção). Completando o princípio da autonomia da vontade, o regime privatista afirma o princípio da legalidade em um sentido amplo, contemplando as permissões tácitas, de modo que o que não está proibido (expressamente) é permitido (implicitamente). Assim, o exercício da autonomia privada dista dos controles estritos de legalidade dos atos estatais.

Diferentes princípios regem, portanto, a interpretação de atos jurídicos, conforme recaiam no campo público ou na esfera privada. Mas, afinal, por quais critérios diferenciar esses dois regimes contrapostos? A tradição dogmática de análise do direito redundou em três critérios básicos de classificação, sendo dois deles elementares e o terceiro mais complexo. Trata-se de orientações tópicas para a classificação das situações concretas, sem pretensões de uma precisão absoluta no elenco do que seriam atributos essenciais e necessários; pelo contrário, buscam-se traços típicos, familiares, usuais do perfil ou do privatismo, ou do publicismo (FERRAZ JR., 2008, p. 109-112 e p. 137-139).

Conforme o critério do interesse prevalecente, se no caso em tela se trata apenas de interesses individuais, o campo adequado é a esfera da autonomia privada. Se há em jogo algum interesse coletivo, pressupõe-se que seu guardião seja o Estado, evocando-se por isso o regime de direito público.

Um segundo critério classificatório é a referência ao sujeito da norma: se a norma (legal, contratual etc.) se destina aos particulares, aplica-se o regime privatista; se a norma envolve entre seus destinatários o Estado, aplica-se o regime publicista.

O terceiro critério classificatório é mais complexo, sendo composto de três elementos típicos: os tipos de relação jurídica, de norma jurídica e de posição jurídica envolvidos na situação-problema. Tipicamente, o direito privado envolveria relações jurídicas simétricas, horizontais, de coordenação entre partes que dispõem das mesmas prerrogativas e estão em similar posição de poder e capacidade de barganha; aqui teríamos a incidência basicamente de normas de conduta ou de regras atributivas de poderes aos particulares (capacidade de testar, de negociar etc.); finalmente, teríamos como posições jurídicas típicas a correlação entre um direito e um dever (um crédito e uma dívida, como no direito das obrigações) ou a correlação entre uma liberdade (ou privilégio) e um não direito – caso típico da propriedade.

Como explicou Hohfeld (1913; 1917), endossado por Alf Ross (2000, cap. 5), no primeiro caso (obrigação), ao dever de A corresponde uma faculdade ou direito de B; ou seja, B pode acionar judicialmente A, para exigir coercitivamente a execução de sua obrigação. No segundo caso (propriedade), a liberdade de A, por outro lado, implica uma ausência de direito subjetivo de B, que não pode cobrar a conduta de A. A propriedade, na verdade, é uma relação jurídica complexa: um “agregado de privilégios de uso, direitos de exclusão, poderes de disposição e imunidades contra a extinção ou alteração dessas faculdades ou a criação de novas faculdades” (RODRIGUEZ, 1998, p. 13, nota 22). Característica central da propriedade, de todo o modo, é a exclusão *erga omnes*, isto é, o não direito de todos os não proprietários de interferirem com a liberdade, do proprietário, de usar, fruir e dispor de seus bens. Daí a crítica de Kelsen (2006, p. 145-148) contra a doutrina tradicional, que apresentava a contraposição entre direitos obrigacionais (criados por vínculos pessoais) e direitos reais (referentes a vínculos entre pessoas e coisas); para Kelsen (2006, p. 146), também a propriedade consiste em uma “determinada relação de um indivíduo com outros indivíduos, a saber, no dever destes de não impedir aquele no exercício do seu poder de disposição sobre uma determinada coisa”, de modo que “o ‘domínio’ de um, juridicamente, é apenas o reflexo da exclusão dos outros”.

Já o direito público seria tipicamente caracterizado por relações verticais, assimétricas, de subordinação; afinal, uma das partes, ao menos, seria um ente, órgão ou agente estatal, atuando com as prerrogativas inerentes ao *jus imperii*, à soberania, à supremacia do Estado. Aqui é usual incidirem normas de organização e competência – afinal, trata-se de delimitar as esferas de exercício legítimo do poder pelos agentes estatais e, por conseguinte, os domínios de validade de seus atos normativos. Quanto às posições jurídicas correlativas típicas do direito público, teríamos os pares potestade-sujeição e imunidade-impotência. As relações tributárias são exemplares desse posicionamento. O

Estado detém o poder de tributar, o qual é exercido na forma de uma potestade, isto é, de uma prerrogativa que depende apenas da manifestação da vontade unilateral para criar, lançar e arrecadar tributos; a tributação é imposta sobre o contribuinte, independentemente de seu assentimento. Ele está, portanto, sujeito ao poder de tributar por parte do Estado. Por outro lado, há limitações constitucionais e legais ao poder de tributar; uma dessas limitações configura o caso das imunidades tributárias, como prescritas na Constituição Federal de 1988, art. 150, VI: o Estado não pode instituir impostos, por exemplo, que tenham fato gerador relacionado à atividade de templos religiosos, partidos políticos, fundações e associações, livros, jornais, periódicos, fonogramas e videofonogramas. Aqui há imunidade por parte do contribuinte e impotência por parte do Estado.

A historicidade da dicotomia Direito Público/Direito Privado

Podemos colocar em perspectiva histórica tal dicotomia observando três temporalidades cruciais: na longa duração, a primazia do direito privado na tradição romanística; na média duração, um movimento de publicização do direito a partir de fins do século XIX até a sequência da segunda guerra mundial; desde fins do século XX, uma tendência de reprivatização do direito.

Na tradição romano-germânica, há uma continuidade relativa do direito privado contemporâneo em relação aos institutos do direito romano clássico e imperial. Embora os contratos tivessem um caráter sobretudo solene e ritualístico (uma primazia das formas sobre a livre manifestação da vontade, privilegiada pelo direito moderno a partir da máxima *pacta sunt servanda*), embora as sociedades tivessem apenas um caráter pessoal (contra o caráter institucional das grandes sociedades anônimas organizadas a partir do século XIX) e embora a noção romana de domínio comportasse uma série de poderes e senhorios (*dominia, manus, imperia, potestades*), ainda distantes da noção moderna de propriedade como direito subjetivo (AMATO, 2022a, p. 42-47), há ao menos alguma raiz conceitual discernível ao longo da tortuosa e descontínua evolução e recepção do direito romano no mundo moderno. Do direito romano arcaico (do período da realeza, VIII a II a.C., com suas “ações da lei” ritualísticas), clássico (sobretudo do período republicano, II a.C. a III d.C., com o processo formular conduzido por pretores e jurisconsultos) e tardio (do período imperial, III a IV d.C., com sua *cognitio extra ordinem* conduzida pelo imperador e sua burocracia) até a compilação do *Corpus Juris Civilis* realizada a mando de Justiniano, imperador bizantino, no século VI d.C., há já um profundo processo de transformação. Esse direito romano, compilado sobretudo no livro do *Digesto* ou *Pandectas*, será recuperado pelos glosadores a partir do ano mil (época em que, na Inglaterra, nascerá o *common law*, como um direito consuetudinário-jurisprudencial criado pelas cortes régias e de equidade). O grande trabalho de sistematização, ordenação

e abstração conceitual e principiológica da herança romanística será iniciado pelos comentadores a partir do século XIV, gerando um direito romano erudito e sistematizado, usado como um direito comum (*ius commune*), subsidiário ou sobreposto à pluralidade de ordens jurídicas, costumes e privilégios que caracterizava uma Europa continental em transição do medievo à modernidade nascente (LOPES, 2012, cap. 2 e 5). Em países como a Alemanha, haverá um uso moderno dos Pandectas, de modo que o direito romano assim estudado e sistematizado será aplicado na prática, além de estudado pela escola histórica do direito, cujos juristas (os pandectistas) contribuirão para a formulação dos conceitos e institutos centrais do direito privado consagrado pelo Código Civil alemão de 1900 (o *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). Aí se consagra também o método formalista de estudo do direito privado moderno, com a “jurisprudência dos conceitos” – a tendência alemã correspondente ao movimento de codificação, assim como na França se consolidara a chamada “escola da exegese” ao redor do Código Civil de 1804 (AMATO, 2022b, cap. 2).

Ora, por essa notícia histórica já se vê que a própria linhagem do direito privado de matriz romano-germânica não é simples e linear. A história do direito público ocidental é ainda mais permeada de rupturas sociais e transformações conceituais. Tomemos, por exemplo, o perfil da organização política na antiguidade clássica. Na Grécia, ao espaço doméstico da produção, estritamente privado, limitado à casa (*oikos*), contrapõe-se o auditório público, a rua, a praça (*ágora*), o local da assembleia (*ekklesia*) – mais precisamente, na Atenas do século V a.C., a encosta da colina de Pnyx. Ali a comunidade reunida decidia sobre a guerra e a paz (STARR, 2005, p. 57). Essa democracia direta, exercitada periódica e presencialmente, combinava-se com uma democracia aleatória – o sorteio para os cargos “executivos”, responsáveis pela gestão cotidiana da cidade. Ao modelo grego de “democracia”, a tradição ocidental acrescenta o paradigma romano de “república” (509 a 27 a.C.): um “governo misto” baseado na composição de camadas sociais, em uma sociedade estratificada. Os cônsules (dois pretores com funções executivas, de *imperium*) eram o homólogo da monarquia (ou diarquia), mas eleitos anualmente; as assembleias (o “comício” geral e os “concílios”, inclusive da plebe) vocalizavam a democracia dos homens livres; o senado respondia pelo freio conservador, aristocrático, dos patrícios (COLOGNESI, 2014, cap. 5; ARAUJO, 2013, p. 12-26). Essa organização evitaria a degeneração típica das formas de governo “puras” identificadas pela tradição aristotélica (BOBBIO, 2000a): a monarquia se degeneraria em tirania quando o governante deixasse de buscar o bem comum; a aristocracia se degeneraria em oligarquia, quando a minoria governante se voltasse apenas a seus interesses; a república, *politeia* ou democracia se degeneraria em demagogia, em tirania da maioria contra a elite.

A tradição republicana será retomada a partir do renascimento em autores como Maquiavel, que passará a diferenciar os governos despóticos, os governos monárquicos (principados) e os governos republicanos (baseados em assembleias

democráticas ou aristocráticas). Entretanto, o conceito atual de “república” passou por diversas mutações (BIGNOTTO, 2013), até chegar a ser identificado a uma forma de governo em que a chefia do Poder Executivo é atribuída a um presidente eleito (direta ou indiretamente) – nas repúblicas presidencialistas, o presidente é chefe de Estado e de governo; nas repúblicas parlamentaristas (ou semipresidencialistas), a chefia de governo é atribuída a um primeiro-ministro escolhido pelo parlamento e o presidente se atém, basicamente, às funções simbólicas e cerimoniais de chefia de Estado (ver DUVERGER, 1980; AMATO, 2018, p. 289-301). Ora, este sentido moderno de república é firmado com a revolução americana, que marca a ruptura colonial de uma nação independente que não dispõe de uma liderança política “natural” para chefiar o Estado (como seria a liderança tradicional dos monarcas). Com isso, no lugar das formas de governo aristotélicas, é muito mais a combinação weberiana de legitimidade carismática do presidente e dos legisladores com a legitimidade jurídica da burocracia Estatal o que explicará a organização do Estado contemporâneo (BOBBIO, 2000b).

A grande ruptura com a tradição política da antiguidade se firma a partir dos conflitos que caracterizam o pluralismo jurídico medieval; isto é, a sobreposição e confusão de ordens jurídicas imperiais, régias, feudais, comunais, corporativas etc. (GROSSI, 2014). Particularmente, é o conflito entre o poder temporal dos imperadores e o poder espiritual dos papas que consagrará a dualidade de foros (o foro íntimo da moral, da consciência e da religião, e o foro externo, do direito positivo) na disputa pela normatização de relações públicas e privadas (PRODI, 2005). Lembre-se que, a partir do ano mil, a própria Igreja Católica organizará seu direito canônico, sistematizando-o em um corpo de fontes formais hierarquizadas e aplicáveis em processos conduzidos por profissionais especializados, com ritos, fases e recursos bem definidos, provas tipificadas e prevalência da forma escrita. Tudo isso transformará a Igreja em modelo para a burocracia pública moderna; apenas o caráter inquisitorial do processo canônico será substituído pela organização adversarial, duelística, do *common law*, em que juiz e acusador cumprem papéis diferenciados (LOPES, 2012, cap. 4; BERMAN, 1983, p. 180-197, 418-423; 2003, p. 284-294).

Ao lado do modelo de organização burocrática e racionalização jurídica legado pela Igreja, há também uma semântica universalista do direito natural que se firmará na tradição cristã, cristalizando certos princípios e direitos inatos tidos como paradigma para a avaliação das decisões temporais; o direito positivo estaria subordinado a um “direito superior” (UNGER, 1979, p. 76-95). Assim também é que nascem as teorias modernas da soberania – a princípio definida (por Bodin e Bossuet) como um poder absoluto e perpétuo encarnado nos reis por direito divino. O contratualismo fornecerá a chave para consolidar o paradoxo da soberania (MAGALHÃES, 2016): o poder supremo da comunidade política e de seus representantes (o rei ou o parlamento)

será justificado em nome do reconhecimento e da garantia de direitos individuais dos súditos ou cidadãos, direitos estes que antecederiam logicamente a própria instituição do Estado. Assim, na transação da garantia efetiva de direitos inatos em troca do direito à autodefesa e autotutela, cedido ao soberano público, o contratualismo justifica o Estado absolutista (com Hobbes) e, logo a seguir, o Estado liberal (com Locke ou Kant), ou mesmo uma nova versão de democracia direta (a república idealizada por Rousseau). A tradição soberanista moderna rompe com a tradição republicana antiga (ARAUJO, 2013). Ademais, aproveita-se da noção de representação política, cujas primeiras concepções se manifestaram ainda no medievo (GIERKE, 1900; 1939), ganhando configurações ainda estratificadas no início da modernidade – pensemos na divisão entre Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns, instituída no Reino Unido no século XIV; nas dietas do Sacro Império Romano-Germânico; ou na Assembleia dos (Três) Estados Gerais na França pré-revolucionária.

Além da clivagem dessas diversas rupturas e mutações institucionais e conceituais no direito público, enquanto organização jurídica do poder político, tal relato ressalta o papel que o direito natural racional, moderno, teve ao consolidar uma imagem sistemática do direito (visto como ordem, ordenamento, ordenação, hierarquia), dentro da qual direito público e privado passaram a conviver como uma dicotomia interna à unidade maior do direito estatal. Antes da época jusracionalista,

[...] direito privado e direito público permaneceriam habitualmente separados. Enquanto o direito privado se fora desenvolvendo sem aparente solução de continuidade através da *interpretatio* dos juristas – chamados a resolver controvérsias que, mesmo nascendo de uma sociedade diversa da sociedade romana, continuavam a envolver de qualquer modo institutos típicos de direito privado, como propriedade, contratos, testamentos –, o direito público moderno nascera de conflitos de poder desconhecidos na sociedade antiga: antes de mais nada, o conflito entre poder espiritual e poder temporal, que constituiu por alguns séculos o principal argumento da tratadística política, e, por conseguinte, o conflito entre *regna* e *imperium*, ou aquele entre *regna* e *civitates*. [...] Mas, a uma sistemática geral do direito, que compreendesse ao mesmo tempo e com igual dignidade tanto o direito privado quanto o direito público, jamais se chegara antes da tratadística do direito natural. (BOBBIO, 1991, p. 35).

Com as revoluções liberais, independências e unificações nacionais entre os séculos XVII e XIX, surge o Estado liberal, baseado em uma autorrestrição da soberania por declarações de direitos, constituições, códigos, leis e precedentes; privilegia-se, aqui, a abertura de uma ampla esfera transacional de autonomia privada. Entre fins do século XIX

e princípios do século XX, porém, ocorre uma grande crise do Estado liberal, momento em que se afirmam os primórdios do Estado social, caracterizado pela autonomização, crescimento e mesmo prevalência do direito público. Este modelo de Estado terá seu auge entre as décadas de 1930 e 1960.

O direito e as metamorfoses do Estado regulador

Por vezes se diz que o Estado social keynesiano, com maior atuação no planejamento e na intervenção econômica, é um “Estado regulador”; este é o sentido americano da configuração governamental que emergiu a partir da crise de 1929 e desenvolveu no âmbito do Estado uma série de agências, corporações e empresas públicas voltadas a regular setores como os serviços públicos e âmbitos como o mercado de capitais, o mercado de crédito imobiliário, as relações de trabalho e o desenvolvimento regional. Nesse sentido, as formas estatais e mistas de governo e governança nascidas a partir da crise do Estado social seriam então “pós-regulatórias” (CALVO GARCÍA, 2018). Em outros casos, diz-se que o “Estado regulador” é justamente aquele que adota uma institucionalidade neoliberal, que abre espaço à iniciativa privada e às organizações sociais – justamente, à autorregulação – e retrai-se de sua atividade planejadora e empreendedora direta, concentrando-se na regulação setorial e na defesa da concorrência (FARIA, 1999; 2011). Tendo esclarecido a equivocidade do termo, o que importa é notar os discursos e as formas jurídicas que marcam a passagem de um governo nacional hierárquico e unitário para uma governança mista (público-privada) e multinível, e de uma regulamentação administrativa minudente (pelo Estado) para uma regulação à distância das atividades privadas (econômicas, midiáticas, sanitárias) (AMATO, 2014a; CHRISTODOULIDIS, 2020). É essa transição que este artigo enfatiza do tratar das metamorfoses do Estado regulador.

Um primeiro exemplo do movimento de publicização do direito pode ser dado por referência à obra dos grandes tratadistas de direito administrativo e constitucional de fins do século XIX e início do século XX, como Léon Duguit (1917). Em vez de firmar-se no conceito de soberania como justificação do Estado, o autor busca definir o serviço público como fim do Estado, e a força pública, as prerrogativas especiais do Estado, sua *puissance publique*, como meio, mero instrumento à consecução de sua finalidade. Por outro lado, Duguit rejeita falar de direitos individuais naturais, preferindo elencar deveres de solidariedade (BABIE; VIVEN-WILKSCH, 2019). O próprio instituto da propriedade é visto nestes termos. Tal visão se consolida paradigmaticamente com a Constituição da república alemã (Constituição de Weimar, 1919, art. 14, 2ª alínea), nos termos: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”. Dificil imaginar um contraste maior com a concepção privatista afirmada na Declaração

francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 17), que definia a propriedade como “um direito inviolável e sagrado” (AMATO, 2022a, p. 301-317; POLIDO, 2006).

Outro publicista notável, sobretudo na primeira metade do século XX, foi Kelsen, que praticamente inverte a concepção liberal clássica de que o “direito dos privados” seria uma esfera de liberdades naturais a ser respeitada por um Estado “artificial” (demandando, por isso, uma profunda limitação dos poderes deste Estado); de certo modo, diz Kelsen, o direito privado é um ramo do direito público, se entendermos o Estado como a ordem jurídica prevalecente. Ao enfatizar que direito público e privado compõem ambos o direito estatal, Kelsen (2006, p. 309-315) distingue a autonomia característica do direito privado (a autovinculação dos particulares, autorizados a criar normas individuais e concretas a partir do Código Civil, por exemplo – atos e negócios jurídicos) da heteronomia do direito público (a vinculação unilateral dos cidadãos às normas ditadas por órgãos do Estado, inclusive normas individuais e concretas postas pela administração pública).

Prova de que uma concepção publicista toma conta das diferentes linhagens de teoria do direito no início do século XX é dada por uma terceira referência: faça-se menção ao pluralismo jurídico institucionalista de autores como Hauriou (1968) e Romano (2008), entre outros (AMATO, 2017). Nessas teorias, o Estado é conceituado como um ordenamento jurídico entre outros. Em uma visão corporativista, toda a sociedade é imaginada a partir de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, cada qual conformando sua própria ordem jurídica – famílias, igrejas, associações, sindicatos. Surge, portanto, uma noção de organização jurídica coletiva extraestatal.

Com a crise econômica de 1929, terão lugar as primeiras grandes experiências de Estado social, com o *New Deal* nos Estados Unidos, o Estado desenvolvimentista organizado a partir da Revolução de 1930 no Brasil e o Estado de bem-estar social na Europa (especialmente nos países escandinavos). O exemplo do *New Deal* americano mostra a ampla construção do Estado administrativo, com o uso de ferramentas de direito público para estruturar as políticas públicas e para regular setores até então deixados apenas ao direito privado (DAGAN, 2018; SOLAR CAYÓN, 2002; AMATO, 2022b, cap. 2). Ao lado do direito societário (privado), surge o direito de regulação do mercado de capitais, com a criação da *Securities and Exchange Commission* (SEC). Ao lado do direito contratual clássico (privado), surgem as autoridades reguladoras das relações de trabalho, com o instrumento da negociação coletiva como compensação para as assimetrias de poder de barganha entre capital e trabalho. Organizam-se diversas agências públicas encarregadas do desenvolvimento da infraestrutura, do acesso à moradia por crédito hipotecário e da prestação de serviços públicos (AMATO, 2022a, cap. 2).

Após a segunda guerra mundial, os investimentos do Plano Marshall e a organização da economia internacional – por instituições como o Banco Mundial, o Fundo

Monetário Internacional, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL/ONU), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Comunidade Econômica Europeia – privilegiam o modelo de Estado social, desenvolvimentista, intervencionista, planejador e mesmo empreendedor. É nos anos de 1970 que este Estado entrará em crise, por uma série de fatores: por exemplo, a crise fiscal resultante dos choques do petróleo (o que aprofundou a crise da dívida externa no Brasil) e a crise da sociedade industrial de consumo de massa (denunciada pelo relatório do Clube de Roma sobre *Os limites do crescimento*, além de outras expressões do movimento ambientalista). Com isso, a partir dos anos de 1980 nasce um modelo de Estado neoliberal, facilitado pela interconexão global proporcionada pela informática e direcionado a políticas de privatização de empresas estatais, desregulação dos mercados financeiros e liberalização dos fluxos de mercadorias e capitais.

Vejam os como a dicotomia *direito público/direito privado* se expressa na comparação entre esses dois modelos de Estado regulador. Tomemos cinco pontos para o contraste.

O Estado social tende a centralizar as decisões no Poder Executivo (inclusive na administração indireta, com suas autarquias, fundações e empresas estatais), valendo-se amplamente do exercício do poder regulamentar – por vezes exercido na forma direta de decretos emanados da chefia do Estado (como no caso do Estado Novo no Brasil, 1937 a 1945). Já o Estado neoliberal faz largo uso das agências reguladoras, autarquias instituídas no Brasil a partir dos anos de 1990, com prerrogativas de autonomia decisória diante dos próprios Poderes políticos. A Lei n. 13.848/2019 prevê, nesse sentido, estabilidade do mandato para conselheiros e dirigentes das agências. Seguindo um projeto de isolamento da tecnoburocracia estatal em relação a pressões políticas, inclusive democráticas (CROZIER; HUNTINGTON; WATANUKI, 1975) – uma espécie de política de despolitização –, as agências de regulação setorial, assim como o Banco Central e seu Comitê de Política Monetária (Copom), têm magnificado seu “poder normativo de conjuntura” (ROCHA, 2004), criando e modificando direitos, deveres, poderes e responsabilidades para além dos limites classicamente admitidos aos regulamentos de execução – tornam-se, desse modo, um *by-pass* dos tempos, consensos e formalidades legislativos.

Nesse contexto é que surge o direito regulatório. Em uma justificação lastreada na nova economia institucional, as intervenções jurídico-políticas são aceitas apenas em situações que envolvam “falhas de mercado”;² ou seja, quando a alocação

² As falhas de mercado incluem, basicamente: 1) informação assimétrica entre as partes da transação, o que conduz a um desincentivo ao cumprimento de promessas; à seleção adversa (escolhas ruins); ao risco ou azar moral; ao comprometimento imperfeito; e a problemas do tipo agente-principal (o agente tem mais

de bens e serviços pelo mercado (com seu mecanismo de precificação baseado na oferta e demanda) não é eficiente, não maximiza riqueza ou bem-estar. Quando se privatizam atividades antes titularizadas por “exclusivos” (monopólios) estatais (como o setor financeiro, serviços de saúde, energia, telecomunicações, transporte aéreo e produção audiovisual), a regulação surge como uma disciplina de organização, limites e equilíbrios de poderes e interesses, entre economia de mercado (concorrência, lucro, equilíbrio econômico-financeiro) e Estado (interesse público, políticas públicas). O ente regulador é colocado à distância de seu próprio poder por controles e recursos, pela imposição de princípios procedimentais e pela obrigação de motivação de suas decisões regulatórias.

Frison-Roche (2005a; 2005b) destaca a concepção instrumental inerente ao direito da regulação, o qual tira seus princípios dos fins que persegue, buscando equilíbrios: por exemplo, a prevenção do risco sistêmico na regulação do setor bancário; a manutenção da diversidade e do pluralismo democrático no setor audiovisual; o acesso a bens essenciais (*e.g.* energia, saúde, rede postal); padrões de segurança (*e.g.* aviação civil, segurança alimentar, risco sanitário). Em vista dessas finalidades, a regulação se manifesta por medidas como a determinação de regras de acesso de terceiros às redes de infraestrutura monopolizadas; regramento das relações entre operadores e regulador; autorizações, licenças, limites tarifários; controle da oferta (outorgas e “regulação assimétrica”, que visa a enfraquecer o poder de mercado de um agente econômico estabelecido para atrair novos ofertantes do produto).

É possível dizer-se então que a regulação intervém como um tipo de aparelhagem própria a um setor, integrada dentro dele – do qual a regulamentação é apenas um dos instrumentos – que entrelaça regras gerais, decisões particulares, sanções, soluções de conflito e que inclui geralmente a criação de

informações do que quem lhe delegou poder); 2) bens públicos, isto é, bens dos quais todos, ao mesmo tempo, podem se beneficiar e dos quais ninguém pode ser excluído de seus benefícios, o que gera o problema do efeito-carona (*free rider*), por parte de quem se beneficia, mas não contribui com os custos daquela obra, por exemplo (o que exige soluções envolvendo tributação e investimento público); 3) externalidades e custo social: consequências positivas ou negativas geradas para terceiros, que não participaram da decisão econômica, mas recebem seus benefícios ou arcam com seus prejuízos – se o custo social excede o custo privado, há uma externalidade negativa, mas se o custo privado é maior, tem-se externalidades positivas (a solução aqui seria internalizar externalidades, por meio de direitos de propriedade bem definidos, garantidos e executados e de mercados com baixos custos de transação); 4) poder econômico: oligopólios/oligopsonios ou monopólios/monopsonios, que geram preços maiores e demanda não satisfeita (a solução, no caso, se dá pelo controle antitruste, de condutas e estruturas anticoncorrenciais, pela estatização (exclusivo estatal) e pela regulação de serviços e “utilidades” públicas. A intervenção estatal, porém, só se justificaria quando as falhas de mercado fossem maiores que as potenciais “falhas de governo” apontadas pela “teoria da escolha pública” (por exemplo, corrupção, *rent-seeking* ou caça à renda, populismo, anéis burocráticos, *lobbies*, captura regulatória, informação assimétrica). Para resolver as “falhas de governo”, medidas usuais propostas são cortes de gastos e tributos, desregulamentação de mercados, privatizações e instituição de agências reguladoras independentes.

um regulador independente. Através dessa aparelhagem jurídica, o sistema de regulação cria e mantém um equilíbrio entre a concorrência e outro princípio além da concorrência dentro dos setores econômicos que não os podem criar ou manter por si próprios ou apoiando-se somente sobre o quadro geral do direito da concorrência. (FRISON-ROCHE, 2005a, p. 214).

Um segundo aspecto da comparação ressalta o tipo de organização administrativa estruturado em cada modelo de Estado. O Estado social caracteriza-se por uma administração do tipo “comando e controle” (“de cima para baixo”), na qual existe uma cisão entre o planejamento (comandado pela tecnoburocracia) e a implementação das políticas (feita pela burocracia “de rua”), com um fluxo unilateral de informações. Por contraste, o Estado neoliberal privilegia estratégias de correção e autorregulação regulada (“de baixo para cima”): aqui, entes privados (possivelmente concessionários do Estado) decidem sobre a alocação dos recursos; o Estado vela pela transparência, avaliação e correção dos contratos e das políticas de fomento (AMATO, 2021; SABEL; SIMON, 2011; SABEL; REDDY, 2006; NONET; SELZNICK, 2010; PRESSMAN; WILDAVSKY, 1984; ANNENBERG, 2014).

Enquanto a ideia clássica de governo enfatiza a soberania do poder político e a estatalidade da produção jurídica, a noção de “governança” aponta para um caráter misto, de negociação e imposição, formulado a partir da composição entre interesse público e interesses privados organizados. A governança pressupõe uma estrutura multinível de entrelaçamento entre níveis de poder local, subnacional, transnacional etc. E, como no exemplo da União Europeia (JOERGES; SAND; TEUBNER, 2004), aposta no insulamento político da tecnoburocracia (comitês, agências) e no enxugamento do papel dos parlamentos e das decisões políticas diretas ou representativas. Há, enfim, uma dispersão e um compartilhamento da autoridade, com riscos de privatização do espaço público.

Na transição semântica e institucional da regulamentação à regulação e do governo à governança, o Estado tende a mimetizar estruturas, conceitos e mentalidades da empresa privada (AMATO, 2014b, cap. 2), instituindo códigos de conduta e comitês de ética, focalizando questões de implementação e *enforcement* das medidas, exigindo obediência a normas e regulamentações internas (*compliance*). Fala-se também na necessidade de controles *a priori* (como obrigações de *due diligence*, motivação e transparência das decisões) e *a posteriori* (revisão ou auditoria das decisões estatais ou privadas por juízes e “especialistas independentes”). Prega-se a “ampla transparência” (*full disclosure*) e responsabilização (*accountability*), com uma “abertura” dos órgãos decisórios às “partes interessadas” (*stakeholders*), como investidores, organizações do mercado (como bolsas de valores e câmaras de comércio), sindicatos, comunidades

locais, ONGs etc. Finalmente, afirma-se uma tendência de desconstitucionalização e deslegalização do direito, com abertura a diretrizes (*guidelines*), critérios de melhores práticas (*benchmarking*), *soft law*, negociações coletivas e certificações técnicas.

Em terceiro lugar, enquanto o Estado social aposta no papel empresarial dos entes públicos e na dinamização da economia por meio de investimento público, obras públicas e empresas estatais, o Estado neoliberal busca atrair capital privado, protegendo os contratos e investimentos e ofertando parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004).

Em quarto lugar: enquanto o Estado social move-se na direção da consagração de direitos sociais (prestações positivas realizadas pela administração pública, com previsão constitucional ou legal) e da universalização dos serviços públicos, o Estado neoliberal favorece políticas sociais focalizadas (como transferências de renda diretas para a extrema pobreza) e a abertura e criação de mercados para a prestação privada de serviços de educação e saúde, entre outros – segundo a Constituição Federal (art. 199 e 209), são “serviços públicos livres à iniciativa privada”.

Finalmente, o sentido mais amplo do Estado social é valer-se do direito público como limitação ao direito privado – a titularidade da propriedade privada é circunscrita pela exigência de sua produtividade (cumprimento da “função social”); a organização e reorganização societária, as fusões, cisões e incorporações estão sujeitas à regulação do mercado de capitais e ao controle das estruturas de poder econômico pelo direito antitruste; a liberdade contratual limita-se pelas proteções a trabalhadores e consumidores enquanto partes hipossuficientes das relações de emprego e consumo. Por contraste, o Estado neoliberal busca limitar as prerrogativas do Estado em benefício das partes privadas (FERRARESE, 2017; 2018). Assim caminha uma tendência de contratualização da administração pública, que estabelece maior discricionariedade do gestor privado, sujeito ao cumprimento de metas estabelecidas pelo Estado. Exemplo mais evidente dessa tendência é o tema do “fato do príncipe”, tal como disciplinado pela Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004, art. 5º, III) e pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021, art. 124, II, d). Garante-se aqui, à parte privada do contrato, determinada repartição de riscos e direitos e o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se as condições econômicas vierem a sofrer algum efeito ou repercussão de decisão política tomada pela autoridade soberana.

Diante do sintético – mas abrangente – panorama histórico apresentado, cabe retornarmos aos critérios de classificação das situações jurídicas para apresentar as complexidades que tomam conta da diferenciação entre direito público e direito privado. Tomemos, em primeiro lugar, o critério do interesse prevalecente: se o interesse tutelado na situação é meramente individual, deveria ser regulado pelo direito privado; se se trata de interesse coletivo, caberia ao direito público. Ora, vemos surgir no Estado social uma série de interesses coletivos na esfera privada, que não necessariamente envolvem o

Estado, mas se inserem em relações em que há alguma desigualdade ou assimetria de poder.

É o caso do que o Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único) conceitua como “direitos coletivos” e como “direitos individuais homogêneos”. No primeiro caso, trata-se de direitos transindividuais que se conformam a partir de uma relação jurídica de base entre indivíduos – por exemplo, entre os filiados a um mesmo sindicato, membros da mesma categoria profissional. Toda a discussão histórica sobre a organização da Justiça do Trabalho como um ramo administrativo ou judiciário, sobre as negociações e contratos coletivos de trabalho e sobre o caráter público ou privado do direito do trabalho (VENÂNCIO FILHO, 1983) ilustra a dificuldade que este ramo do direito impõe à “grande dicotomia” – de modo que uma das soluções classificatórias usuais foi referir-se ao direito do trabalho como “direito social”, um *tertium genus* entre o direito público e o privado.

Outro campo em que se afirmam assimetrias de informação e de poder de barganha é o ramo do direito do consumidor, igualmente típico do Estado social. Aqui a categoria de “direitos individuais homogêneos” é bastante ilustrativa. Trata-se de direitos individuais, configurados a partir de relações obrigacionais privadas. Cada consumidor contratou um bem ou serviço perante um fornecedor. Entretanto, usualmente uma série de consumidores que tenha contratado um produto de um mesmo fornecedor terá assinado um mesmo formulário, com cláusulas idênticas, um mesmo “contrato de adesão”. Assim, algum problema na prestação do serviço ou algum vício do produto (por exemplo, a demandar um *recall*) que atinja a todos esses consumidores individualmente poderá, por motivo de economia processual e facilitação do acesso à justiça, dar razão a uma ação coletiva.

Já o critério do sujeito normado (segundo o qual a presença do Estado na relação jurídica a caracterizaria como uma relação de direito público) e o critério complexo do tipo de relação, norma e posição jurídica são colocados sob pressão pelo Estado neoliberal. Nessa configuração econômico-política, é usual que o Estado se insira em relações de direito privado (por exemplo, firmando contratos para a locação de imóveis), assim como a assimetria das prerrogativas em favor do Estado vem a ser matizada por autorrestrições ao *jus imperii*, como na exigência referida de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em favor do concessionário privado, se houver modificação substantiva da conjuntura econômica derivada de decisão política do Estado.

O exemplo da regulação ambiental

Tema crucial na transformação dos modelos de Estado e direito é o advento da crise ambiental, que marca o declínio da sociedade industrial a partir dos anos de 1970. Aquecimento global, poluição, desmatamento, contaminação de corpos aquáticos e problemas de semelhante escopo são fatores que se acumulam na crise ambiental contemporânea, a qual pode ser caracterizada a partir de um tripé: transterritorialidade, incerteza radical e internalização de externalidades negativas.

Um traço comum dos problemas ambientais é seu caráter transterritorial – a envolver, por exemplo, biomas biodiversos que transcendem os limites territoriais de um Estado nacional e regulam os “serviços ambientais” para além de delimitações espaciais estritas (por exemplo, a Amazônia se estende por nove países da América do Sul, com impactos no regime de chuvas global). Essa nota característica da problemática ambiental exige, do ponto de vista jurídico, uma transição de políticas exclusivamente comandadas a partir dos governos nacionais para estratégias comuns traçadas a partir de uma governança global; o que significa rumar de uma concepção monista, estatalista e hierárquica do direito para um pluralismo jurídico heterárquico e multiescalar.

Outro traço característico dos problemas ambientais é a incerteza radical que os envolve. Podemos aqui diferenciar eventos de ignorância completa (nem as consequências de um evento ou comportamento são delimitáveis nem a probabilidade destes efeitos é calculável de antemão), casos envolvendo insegurança (incerteza radical quanto a resultados identificáveis, mas com probabilidade desconhecida) e situações de risco (resultados e probabilidades incertos, mas identificáveis, calculáveis, previsíveis, gerenciáveis). Essas situações são discernidas classicamente na teoria econômica (KNIGHT, 1921) e sociológica (LUHMANN, 1993). A regulação ambiental incorpora tais caracterizações ao fazer largo uso de análises de custo-benefício, considerando a probabilidade e gravidade dos danos (SUNSTEIN, 2014). Na terminologia do direito ambiental e dos direitos difusos (ZAPATER, 2020), o princípio da prevenção exige agir (ou responsabilizar a omissão de quem não aja) em caso de certeza ou alta probabilidade de dano, enquanto o princípio da precaução exige agir mesmo em caso de incerteza científica, empregando as melhores tecnologias para evitar ou minorar os danos (sob a máxima *in dubio pro ambiente*).

O terceiro traço característico dos problemas ambientais diz respeito ao tipo de solução que lhes é comumente endereçada. Trata-se da diretriz de internalizar externalidades negativas, fazendo com que quem cause um dano ambiental no exercício de determinada atividade (especialmente, de atividades lucrativas) arque com os custos sociais e ambientais de evitar ou remediar tal dano (COASE, 1960; NEVES, V., 2016). Aqui incide o princípio do poluidor pagador (BECHARA, 2020), consagrado na Declaração do

Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, subscrita em 1992 durante a Conferência das Nações Unidas conhecida como ECO 92.

Para fins da presente análise, cabe focalizar o quanto o direito ambiental – surgido na ambiência das transformações do Estado entre fins do século XX e início do século XXI – exemplifica ou subverte os critérios classificatórios da distinção entre direito público e privado. Tomemos o critério do interesse prevalecente – se individual, o regime seria privado; se coletivo, o regime seria público. Ora, o direito ambiental consagra por excelência direitos difusos – transindividuais, indivisíveis, titularizados por pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único). Aqui não se trata de direitos individuais defensáveis coletivamente, mas tampouco se trata de direitos coletivos, titularizados por pessoas juridicamente vinculadas entre si. O vínculo surge por questões de fato – o fato de ser vulnerável a determinado dano ambiental possível, provável, iminente ou atual. E esse dano pode ser causado tanto por pessoas jurídicas de direito público quanto por pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado. Uma evolução importante foi o reconhecimento não apenas da possibilidade de um indivíduo arcar com os tempos e custos de um processo judicial para defender esses direitos transindividuais (ação popular, Lei n. 4.717/1965), mas sobretudo a instituição da competência do Ministério Público para defender tais interesses judicial e extrajudicialmente (ação civil pública, Lei n. 7.347/1985).

Sobre o critério do sujeito normado, observa-se que as normas de direito ambiental se destinam tanto a sujeitos públicos quanto a privados, consagrando em grau máximo o princípio da solidariedade (BOITEUX, 2010), que já caracterizava vários dos entendimentos relativos a direitos coletivos sob o Estado social, como a emergência da responsabilidade objetiva, que exige mero nexos causal entre certa atividade de risco e o dano dela decorrente (EWALD, 1986). Nesse sentido, ao instituir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal (art. 225) positiva como titulares do dever correlato tanto o Poder Público quanto a coletividade em geral. Na mesma linha, por exemplo, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010, art. 3º, XVII) traz o conceito de “responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos”, definindo-a como um “conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas” tanto dos consumidores e demais elos privados de uma cadeia produtiva (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes) quanto de entes públicos e concessionários de serviços públicos (titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos). A todos incumbem deveres e responsabilidades a fim de “minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos”.

Ainda como evidência do caráter misto (público-privado) típico do direito ambiental, pode-se indicar políticas como as “parcerias público-privado-comunitárias”

(AMATO, 2022a, p. 424-432), que envolvem a constituição de sociedades empresárias com aporte de capital público (tendo bancos públicos ou agências de desenvolvimento como investidores-âncora), investimento privado e participação societária de cooperativas. Há experiências de políticas de preservação ambiental envolvendo tais mecanismos jurídicos para a promoção do empreendedorismo agroindustrial, contando inclusive com a comercialização de créditos de carbono, segundo o mecanismo de desenvolvimento limpo instituído pelo Protocolo de Quioto (em vigor desde 2005).

Finalmente, deve-se aludir ao critério mais complexo de classificação entre os campos do direito público e do direito privado – o critério da relação, norma e posições jurídicas típicas. O que resta evidente é que o direito ambiental faz uso de instrumentos tanto do direito público quanto do direito privado na composição de interesses (LANGE, 2021). Por exemplo, no campo do direito tributário, há a experiência do chamado “ICMS ecológico” (AZEVEDO, 2018) – parcela do repasse aos municípios deste imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, de competência estadual (Constituição Federal, art. 158, IV), pode ser condicionada ao cumprimento de metas ambientais. Por outro lado, o dano ambiental é amplamente tratado também em termos privatistas (LEMONS, 2011), com a configuração da responsabilidade objetiva nos termos do Código Civil (art. 927, parágrafo único). Quanto ao tipo de norma, finalmente, para promover a internalização das externalidades negativas, as políticas públicas ambientais e seu instrumental jurídico incluem normas de conduta e de organização, sanções negativas (punitivas) e sanções positivas (premiais), combinando imposições e incentivos (BOBBIO, 2007).

Considerações finais

A “grande dicotomia” *direito público/direito privado* é produto de uma longa consolidação histórica, atingindo seu ápice com o Estado liberal do século XIX, quando se firmam seus critérios classificatórios, com a identificação, de um lado, do direito público à tutela de interesses coletivos, tendo por guardião presumido o Estado, ente dotado de prerrogativas soberanas exercidas em esferas de competência bem delimitadas para cada ente, órgão ou agente; de outro lado, o direito privado é conceituado como o campo natural de exercício da vontade individual, com delimitações abrangentes de capacidade jurídica e limites dados apenas por um juízo sobre o que seria dano sensível causado a um terceiro (MILL, 2003, p. 150; RAWLS, 2007, p. 290-293).

O advento do Estado regulador no século XX – primeiro em sua configuração de Estado social, depois em sua forma de Estado neoliberal – complexifica as relações e situações jurídicas, criando zonas cinzentas entre os polos da classificação, combinando instrumentos, institutos e princípios de direito público e privado. Tal constatação revela que, afinal, a “grande dicotomia”, como todo conceito, não é uma definição analítica pura,

independente de um contexto social e histórico específico. Por outro lado, apreender a historicidade dessa dicotomia não significa negar suas virtudes operacionais enquanto indicação útil para a decidibilidade dos conflitos. Como ferramentas de argumentação, os critérios classificatórios precisam ser combinados para se identificar qual regime prevalece em determinada situação (direito público ou privado) e quais as suas implicações (soberania e legalidade estrita dos atos ou autonomia e legalidade ampla, comportando permissões implícitas). Cada situação complexa – como aquelas configuradas por problemas ambientais – poderá ter aspectos e componentes de um regime publicista e de um regime privatista combinados. A tarefa do intérprete será recortar e decompor esses aspectos, deslindando a prevalência de um ou outro regime e apontando suas consequências jurídicas.

São Paulo, setembro de 2022.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMATO, Lucas Fucci. *Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa*. Curitiba: Juruá, 2014b.

AMATO, Lucas Fucci. Fake news: regulação ou metarregulação? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29.pdf.

AMATO, Lucas Fucci. Governança e regulação: legitimidade e novas formas de programação do direito. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 139-158, 2014a. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rfdfe/index.php/rfdfe/article/view/251/61>.

AMATO, Lucas Fucci. *Inovações constitucionais: direitos e poderes*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

AMATO, Lucas Fucci. Institucionalismo, pluralismo, corporativismo: 100 anos de “O ordenamento jurídico”, de Santi Romano. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2.656-2.677, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29177/21903>.

AMATO, Lucas Fucci. *Propriedade desagregada e empreendedorismo democrático: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital*. Porto Alegre: Fi, 2022a.

AMATO, Lucas Fucci. *Teoria geral do direito: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022b.

ANNENBERG, Flávia Xavier. *Direito e políticas públicas: uma análise crítica de abordagens tradicionais do direito administrativo a partir de um estudo do programa Bolsa Família*. Orientador: Diogo Rosenthal Coutinho. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-11022015-114706/publico/mestrado_flavia_annenberg_final.pdf.

ARAUJO, Cicero Romão Resende de. *A forma da república: da constituição mista ao Estado*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

AZEVEDO, Paulo Vinícius Alves de. *A sanção premial como instrumento de condutas ambientalmente desejáveis na perspectiva da estrutura normativa tributária*. Orientador: Flávio Couto Bernardes. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AzevedoPV_1.pdf.

BABIE, Paul; VIVEN-WILKSCH, Jessica (ed.). *Léon Duguit and the social obligation norm of property: a translation and global exploration*. Singapore: Springer, 2019.

BECHARA, Erika. Princípio do poluidor pagador. In: NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUCSP: direitos difusos e coletivos*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. v. 6. p. 1-14. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-do-poluidor-pagador_5ef0081c2592d.pdf.

BERMAN, Harold Joseph. *Law and revolution: the formation of the Western legal tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983.

BERMAN, Harold Joseph. *Law and revolution II: the impact of the Protestant reformations on the Western legal tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

BIGNOTTO, Newton (org.). *Matrizes do republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2000a.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. Max Weber, o poder e os clássicos. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organização e introdução de Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000b. p. 130-155.

BOBBIO, Norberto. O modelo jusnaturalista. In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 11-100.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, p. 509-533, jan./dez. 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67912/70520>.

CALVO GARCÍA, Manuel. La intervención en la economía a través de normas: contextos y encrucijadas de la regulación. In: JORNADA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 6., 2018, Bucaramanga. QUIÑÓNEZ AVENDAÑO, Camilo Euclides (ed.). *Intervención del Estado en la economía: memorias*. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2018. p. 10-43. Disponível em: https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/12187/2018_Memorias_VI_Jornadas_de_DrchISSN-12-45.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

CHRISTODOULIDIS, Emílios A. The myth of democratic governance. In: KJAER, Poul Fritz (ed.). *The law of political economy: transformation in the function of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 62-88.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/724810#metadata_info_tab_contents.

COLOGNESI, Luigi Capogrossi. *Law and power in the making of the Roman commonwealth*. Translated by Laura Kopp. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

CROZIER, Michel J.; HUNTINGTON, Samuel Phillips; WATANUKI, Joji. *The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*. New York: New York University Press, 1975.

DAGAN, Hanoch. The real legacy of American Legal Realism. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 38, n. 1, p. 123-146, 2018. Disponível em: <https://academic.oup.com/ojls/article/38/1/123/4851159>.

DUGUIT, Léon. The law and the state. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 31, n. 1, p. 1-185, Nov. 1917. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1327671#metadata_info_tab_contents.

DUVERGER, Maurice. A new political system model: semi-presidential government. *European Journal of Political Research*, Amsterdam, v. 8, n. 2, p. 165-187, June 1980.

EWALD, François. *L'État providence*. Paris: Grasset, 1986.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARESE, Maria Rosaria. Capitalismo financeiro. *Nuova informazione bibliografica*, Bologna, v. 58, n. 2, p. 217-246, apr./junho 2018.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Promesse mancate*: dove ci ha portato il capitalismo financeiro. Bologna: Il Mulino, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2008.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. Tradução de Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 207-217, jan./mar. 2005a.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Os novos campos da regulação. Tradução de Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, p. 191-204, 2005b.

GIERKE, Otto Friedrich von. *Political theories of the middle ages*. Translated by Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1900.

GIERKE, Otto Friedrich von. *The development of political theory*. Translated by Bernard Freyd. New York: W. W. Norton & Company, 1939.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Pós-escrito. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 299-339.

HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*: ensayo de vitalismo social. Traducción de francés por Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 26, n. 8, p. 710-770, Jun. 1917. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/786270?seq=1#metadata_info_tab_contents.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 23, n. 1, p. 16-59, 1913. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/785533#metadata_info_tab_contents.

JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (ed.). *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: Hart, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e Direito).

KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, uncertainty and profit*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1921.

LANGE, Bettina. Regulation without interests? An introduction to Luhmannian empirical mapping of system-environment relationships. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (ed.). *Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory*. London: Routledge, 2021. p. 71-95.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. Aspectos de direito e ética ambiental: configuração do dano ambiental no contexto atual. In: AMATO NETO, João (org.). *Sustentabilidade & produção: teoria e prática para uma gestão sustentável*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78-89.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barrett. Berlin: Walter de Gruyter, 1993.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Formação do conceito de soberania: história de um paradoxo*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MILL, John Stuart. On liberty. In: MILL, John Stuart. *Utilitarianism and on liberty*. 2. ed. Malden: Blackwell, 2003. p. 88-180.

NEVES, Marcelo da Costa Marques. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Vítor. O problema dos custos sociais. In: CENTEMERI, Laura; CALDAS, José Castro (coord.). *Valores em conflito: megaprojetos, ambiente e território*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 61-87.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

POLIDO, Fabrício Pasquot. A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “função social” dos direitos proprietários. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 3-47, jul./set. 2006.

PRESSMAN, Jeffrey Leonard; WILDAVSKY, Aaron. *Implementation: how great expectations in Washington are dashed in Oakland*. 3. ed. Berkeley: University of California Press, 1984.

PRODI, Paolo. *Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *Lectures on the history of political philosophy*. Edited by Samuel Freeman. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.

ROCHA, Jean-Paul Cabral Veiga da. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. Orientador: Eros Roberto Grau. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo,

2004. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12022015-204835/publico/Banco_Central_VeigadaRocha_2014.pdf.

RODRIGUEZ, Caio Farah. *Disaggregation with a purpose*: Roberto Unger's rotating capital fund. Orientador: Duncan Kennedy. 1998. Dissertação (Master of Laws – LL.M.) – Harvard University, Cambridge, MA, 1998.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SABEL, Charles Fredrick; REDDY, Sanjay G. *Learning to learn*: undoing the gordian knot of development today. Columbia Law and Economics Working Paper No. 308. New York: Center for Law and Economic Studies, 2006.

SABEL, Charles Fredrick; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. *Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 100, n. 1, p. 53-93, 2011. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1826&context=faculty_scholarship.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOLAR CAYÓN, José Ignacio. *Política y derecho en la era del New Deal*: del formalismo al pragmatismo jurídico. Madrid: Dykinson, 2002.

STARR, Chester Gibbs. *O nascimento da democracia ateniense*: a assembléia no século V a.C. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Odysseus, 2005.

SUNSTEIN, Cass Robert. O mundo real da análise de custo-benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). Tradução de Tatiana Mesquita. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 13-47, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32139/30934>.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna*: contribuição à crítica da teoria social. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Introdução. In: VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Problemas de direito corporativo*. 2. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1983. p. 11-22.

ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. Princípio da prevenção e princípio da precaução. In: NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUCSP*: direitos difusos e coletivos. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. v. 6. p. 1-32. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-prevencao-e-principio-da-precaucao_5f1e37df9afc0.pdf.