Público-Privado

Public-Private

Odete Medauar*

RESUMO

Os estudos e discussões sobre a summa divisio (direito público x direito privado), como espelho da presença do público e privado na sociedade, atravessam séculos e se realizam até hoje. Na história político-institucional do Ocidente registra-se um pêndulo entre o público e o privado, com reflexos nas concepções sobre a permanência ou não da divisão direito público-direito privado. No presente momento vem predominando não mais a visão de afastamento ou contraponto entre os dois ramos, mas de um fluxo e intercâmbio.

Palavras-chave: Direito público-privado. Público-privado.

ABSTRACT

Studies and discussions on the summa divisio (public law vs private law), as a mirror of the presence of the public and private sectors in society, span centuries and are held until today. The political and institutional history of the West registers a pendulum between the public and the private, with reflexes in the conceptions on the permanence or not of the separation between public right and private law. At the present time it is not predominating the vision of separation or counterpoint between the two branches, but a flowing exchange.

Keywords: Public law. Public-private.

1 Introducão

A ideia de haver dois setores na sociedade, o setor público e o setor privado leva à associação, no universo jurídico, à *summa divisio*, isto é, à divisão do direito em direito público e direito privado. O direito público seria ligado à esfera público/estatal e o direito privado seria ligado à esfera dos particulares.

Os estudos e debates sobre a *summa divisio*, ligada à divisão público-privado, estão presentes em manuais, livros e artigos jurídicos de várias épocas, estendendo-se ao presente momento. O tema emerge na literatura jurídica contemporânea, revelando sua atualidade e o interesse que suscita. Entre as questões do seu estudo se encontra o debate sobre a permanência da divisão nos dias de hoje.

2 As origens da divisão

A divisão direito público-direito privado é um verdadeiro espelho da divisão público-privado em geral.

Sobre a origem remota da distinção Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2013, p. 105-108) se inspira em Hannah Arendt para dizer que na Antiguidade a esfera privada era o âmbito da necessidade, ou seja, nesta esfera a atividade humana tinha o objetivo de ter alimentação, de ter repouso, de ter filhos, etc. (*privus*); era a casa (*oikos*) o local para tal e a atividade era a economia (*oikos+nomos*). O indivíduo livre das necessidades (*cidadão*) se encontrava com os outros na mesma situação na *polis,* para realizar atividades relacionadas ao bom governo, com a utilização dos discursos; era a esfera do público ligada à vida política.

No Direito Romano Ulpiano imprimiu a separação na famosa frase: "O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, o direito privado diz respeito à utilidade dos particulares".

* Professora Titular de Direito Administrativo (aposentada) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

** Texto revisado pela própria autora.

2 Os caminhos do público-privado

Um aspecto a ressaltar na trajetória do público-privado se encontra na época do Estado Absoluto, em que havia controle sobre toda a vida social. Em reação a este quadro, os movimentos liberais emergiram com a ideia de um Estado separado ou distante da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos. Como decorrência da separação de âmbitos, o Estado não poderia ter ingerência na vida da sociedade e na vida econômica, o que produziu o chamado "Estado mínimo", com poucas funções (na comparação com as funções do Estado nos tempos posteriores).

Nesta concepção do Estado era inaceitável a criação dos "grupos intermediários", representados por associações políticas, profissionais, culturais, em contraponto às corporações e entidades similares, que existiam na época feudal e no período absolutista, pois não deveria haver pressão alguma que pudesse enfraquecer a liberdade das pessoas.

O fim da Primeira Guerra Mundial (1919), mais a crise de 1929, mais a Segunda Guerra (terminada em 1945) são fatos que propiciaram a intervenção do Estado na vida econômica e social, sobretudo com o objetivo de reconstruir a economia e solucionar os graves problemas sociais existentes após as Guerras e a crise de 1929. A concepção de rígida separação entre público e privado começa a se enfraquecer.

Outra mudança irá ocorrer nas relações entre Estado e sociedade. No curso do século XX são criadas inúmeras associações privadas de toda espécie: sindicatos, associações de profissionais liberais, partidos políticos, por exemplo. Nos últimos decênios do século XX surgiram as associações ambientalistas, as associações de defesa do consumidor, as associações de assistência às pessoas em situação de pobreza, etc. Várias dessas associações são conhecidas sob o nome de organizações não governamentais – ONGs. Essas entidades fazem pressão sobre os poderes públicos, visando a adoção de medidas necessárias ao atendimento dos interesses dos associados ou aos interesses de toda a sociedade (sendo este o caso das associações ambientalistas, por exemplo).

3 Os passos da divisão direito público-direito privado

A ideia da separação entre esfera pública e esfera privada, que existia no século XIX, acarretou reflexos no distanciamento entre o direito público e o direito privado, pois se afirmava que o primeiro cuidava dos fins referents ao interesse público e o segundo trataria dos fins atinentes aos "direitos naturais e inerentes aos indivíduos" (GIORGIANI, 1961, p. 396).

A longa elaboração do direito privado, sua codificação efetuada no século XIX e os estudos pandectistas alemães contribuiram para conferir grande força a este ramo jurídico. Nas palavras de John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo (2007, p. 93),

> *o direito civil codificado era o coração do direito privado e os principais conceitos dos códigos eram a propriedade individual e a liberdade de contrato, o que assegurava os direitos dos particulares contra a intromissão do Estado. Os códigos civis eram pensados como tendo função constitucional."*

O distanciamento entre os dois ramos pode ser exemplificado com a elaboração do Direito Administrativo, em meados do século XIX. Embora tenha se valido, nos seus primórdios, de construções oriundas do Direito Civil, repudiou o direito privado, sobretudo para firmar sua autonomia, o que é bem retratado no *arrêt Blanco*, de 1873, ao afastar a aplicação do direito civil para disciplinar a responsabilidade civil do Estado.

Além do mais, na França e em ordenamentos que se inspiraram em seu sistema de justiça administrativa, a dualidade de jurisdição reflete e acentua a divisão (mesmo não havendo a separação das competências jurisdicionais de modo completo, restando, por exemplo, na França, certas matérias relativas à atuação estatal decididas pela jurisdição ordinária e não pela jurisdição administrativa).

Desse modo, a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX registram a separação dogmática entre direito público e direito privado, surgindo vários critérios de diferenciação entre os dois âmbitos.[1]

Os anos pós Segunda Guerra até o fim dos anos 70 do século XX marcam uma fase de *estatização*, também denominada *nacionalização*, com a absorção, no âmbito do Estado, de empresas e setores antes em mãos do setor privado. Tal quadro despertou imquietação em autores do Direito Privado, por exemplo, Orlando Gomes (1975, p. 30) ao mencionar

[1] Alguns critérios são expostos por Tércio Sampaio Ferraz Júnior na obra *Introdução ao Estudo do Direito.* 7ª ed. (2013, p.109-112)

que "tudo se torna ou está se tornando ou se tornará público, nenhum setor se subtraindo ... ao domínio público."

Várias empresas estatais se criam nesta época, o que revela uma intervenção direta do Estado na atividade econômica; e se criam empresas estatais destinadas à prestação de serviços públicos, como energia elétrica, água, telefone. O poder público, ao criar tais empresas vale-se frequentemente de técnicas do direito privado. Portanto, um tanto de direito privado ingressa na esfera do direito público. E pouco a pouco vai aparecendo um hibridismo ou convivência entre público e privado que, de início, suscita perplexidade nos estudiosos.

4 Os principais fatores das transformações

A partir de meados da década de 80 do século XX se iniciam mudanças na realidade e na percepção das dicotomias público-privado, direito público-direito privado; as mudanças se acentuam nos anos 90 do século XX e nos primórdios do século XXI. Daí aventar-se uma "crise" das distinções.

Alguns fatos ou situações, aqui citados a título exemplificativo e de modo breve, desencadearam as transformações.

a) No contexto mundial, podem ser listados os seguintes fatos: (i) a ascensão de Margareth Tatcher ao cargo de Primeiro-Ministro da Inglaterra e a ascensão de Ronald Reagan ao cargo de Presidente dos Estados Unidos, na década de 80 do século XX, cujas políticas buscaram favorecer o mercado e a economia de mercado, portanto, o setor privado; (ii) as medidas e diretrizes oriundas da fortalecida União Europeia, aplicadas nos países membros e com repercussão em outros países do mundo ocidental, em favor da concorrência, da economia de mercado, da livre circulação de serviços e de mercadorias, influenciando, inclusive, a clássica concepção de serviço público; nas palavras de Gérard Marcou (2001, p. 397) "um dos maiores acontecimentos para os serviços públicos durante os últimos anos foi a abertura à concorrência das grandes redes que antes eram monopólios públicos"; (iii) a queda do muro de Berlim, em novembro de 1989, levando ao esfacelamento da União Soviética e, por conseguinte, ao enfraquecimento de uma concepção estatizante da sociedade até então vigente em boa parte do mundo; (iv) diretrizes oriundas de organismos internacionais, no sentido de realização de reformas internas nos países, na linha de abertura de mercados e quebra de monopólios estatais.

b) Em grande número de países do mundo ocidental, demandas de massa por melhor prestação de serviços públicos, paralelas a um quadro de escassez de recursos públicos, levou à revivescência das concessões e à busca de novos instrumentos jurídicos para que o setor privado pudesse executar os serviços públicos ou demais atividades públicas, implantando-se aí uma das técnicas de privatização.

c) A escassez de recursos aliada à ineficiência de várias empresas estatais levou à venda destas ao setor privado, efetuando-se outra técnica de privatização.

d) No aspecto dogmático, a partir de meados da década de 60 do século XX, reforçando-se nas décadas posteriores, se iniciou uma linha no sentido de retirar ou atenuar o caráter autoritário da Administração Pública, para que o cidadão fosse respeitado e ouvido. Daí, inúmeros instrumentos e mecanismos, inimagináveis na concepção clássica do Direito Administrativo, passaram a ser adotados na atividade da Administração Pública, como por exemplo: (i) participação de particulares na tomada de decisões; (ii) audiências e consultas públicas para ouvir o cidadão; (iii) busca de consenso em relação a uma futura decisão; (iv) realização de acordos; (v) publicidade das atuações administrativas, com amplo acesso dos particulares a dados e documentos públicos, sendo o sigilo a exceção; (vi) uso da arbitragem na solução de conflitos. A propósito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 154), observa:

> *"Com a recuperação de espaços privados, indevidamente absorvidos nos dois antigos modelos hegemônicos, criou-se, simultaneamente, um espaço compartilhado, do público não estatal, de modo que nele, conforme o caso, as decisões ora caberiam prioritariamente à sociedade, ora caberiam prioritariamente ao Estado, abrindo-se, ainda, e este é o dado mais importante, extensas áreas de coordenação da atuação conjunta de ambas as esferas, desenvolvendo-se várias modalidades contemporâneas de colaboração e parcerias."*

e) Em lugar do termo "intervenção" adveio o termo e a prática da "regulação", a qual vai além da anterior intervenção, pois inclui mecanismos de consenso, acordo, ouvida de interessados, ao lado da fixação de normas, fiscalização do cumprimento destas e imposição de sanções por descumprimento.

f) Se o contrato sempre foi um dos eixos do setor privado e do Direito Privado, tornou-se, nas últimas

décadas, um dos principais instrumentos da atuação da Administração Pública. Com efeito, passou a haver o uso intensivo de figuras contratuais na atividade administrativa, mediante os clássicos tipos de contratos administrativos (obras, serviços e compras) e mediante novas figuras, surgidas em grande escala não somente no Brasil, o que levou à obra do francês Jean-Pierre Gaudin, *Gouverner par contrat*, Presses de Sciences Po, 1999. Nas palavras de Timothy Endicott (2011, p. 621):

> *"o modelo do governo por contrato se tornou uma característica estrutural da Administração Pública; o governo trabalhista segue isto mais do que Tatcher e Major fizeram; governo por contrato é usado para envolver o setor privado até mais na prestação de serviços públicos."*

Desse modo, os contratos hoje desempenham relevante papel na gestão pública, afetando a tradicional característica de unilateralidade da Administração Pública e afetando a clássica associação entre atuação administrativa e ato administrativo.

Laubadère, no seu renomado *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs* (1956, v. 1, p. 23), em três volumes já afirmava, ao expor os particularismos do direito dos contratos administrativos, que

> *"o contratado aparece como um colaborador, mais ou menos direto segundo o caso, do serviço público; o contrato administrativo aparece assim como um sistema de colaboração entre a Administração e seu contratado... Talvez esta concepção da posição do contratado da administração e do contrato administrativo, sistema de colaboração, seja o resultado de uma verdadeira transformação nas ideias."*

Laubadère, em 1956, parece ter previsto a fulgurante expansão do uso de figuras contratuais na gestão pública, utilizando o termo "colaboração" e a expressão "sistema de colaboração". Hoje se emprega o vocábulo *parceria*, até para caracterizar tipo de contrato, como as parcerias públicos-privadas, nas quais o público e o privado aportam recursos financeiros e assumem riscos, visando à realização de empreendimentos de elevado custo, o que expressa colaboração mais acentuada do que nos contratos administrativos clássicos.

Os fatores indicados supra suscitaram a percepção de uma *privatização do público* e levaram a cogitar-se de uma *fuga para o Direito Privado* (ESTORNINHO, 1999) encetada pelo Direito Administrativo nas últimas décadas.

5 As dicotomias permanecem?

O atual uso de mecanismos, antes considerados típicos do Direito Privado, pela Administração Pública e a crescente atuação do setor privado em atividades públicas, como retratado supra, levantam dúvidas a respeito da permanência ou sentido da separação entre público e privado, entre Direito Público e Direito Privado.

Antes do advento dos fatores apontados, Duguit (1923, p. 42-43) nos primórdios do século XX, contestava o caráter absoluto da divisão Direito Público-Direito Privado, da seguinte forma:

> *"Entretanto devemos colocar o leitor em alerta contra uma doutrina ou antes uma tendência a estabelecer uma separação absoluta, uma espécie de muro intransponível, entre o direito público e o direito privado, a afirmar que noções que são verdadeiras nas relações entre particulares cessam de ser verdadeiras quando se quer aplicá-las às relações entre os governantes e seus agentes ou entre os governantes e os particulares... Nas relações dos governantes com os governados e nas relações dos governados entre si, não é e não pode haver senão uma regra de direito, sempre a mesma: cooperar para a solidariedade social. O direito público e o direito privado repousam então sobre o mesmo fundamento."*

Em trecho páginas adiante Duguit admite a distinção somente no tocante ao modo de sanção de direito, pois o Estado detém o monopólio da coação (p. 45).

Por sua vez, Charles Eisenmann (1982, p. 529-564) , na década de 50 do século XX, menciona existir na França uma distância entre a realidade do direito positivo e a doutrina dos manuais e tratados, sobretudo a predominante desde o começo do século XX; a doutrina, no essencial, afirma que a Administração é norteada por um regime jurídico original em relação ao direito privado; e esta não é a verdade do direito positivo; indica três linhas possíveis: 1) identidade total e perfeita dos dois regimes: não pode existir, a não ser nos mesmos problemas que se põem para a Administração e os particulares; 2) diferença total dos dois regimes: não pode existir; 3) existe uma grande família de soluções: as soluções intermediárias, a Administração em parte sujeita a regime jurídico diferente do regime dos particulares e em parte ao mesmo regime que estes; a dosagem de um e outro pode variar; no direito francês vigora a terceira linha, mista ou intermediária.

De seu lado, Jean-Bernard Auby (2006, p. 11-14) afirma que os debates a respeito da dicotomia direito público-direito privado

> *"confirmam e mostram sua necessidade"; a distinção tem um "papel conceitual, porque ajuda a descrever as polaridades de ordem jurídica, a identificar valores que implica, a isolar grupos de normas que abarca"; exerce papel prático, pois "ajuda a resolver problemas concretos determinando regimes, processos"; mas, em outro trecho do mesmo trabalho reconhece que "Estado e Administração não estão senão em parte sujeitos a regras especiais: são regidos em parte pelo direito comum, em parte por regras específicas; há campos em que a aplicação de regras especiais é minoritária, por ex.: serviço público industrial e comercial"; regras que se aplicam à Administração não são necessariamente diferentes no seu conteúdo das regras do direito comum*".

Em linha similar, John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo (2007, p. 98) assinalam que "a distinção continua, por ter grande importância prática; a distinção serve para fins de ensino e discussão"; e dizem haver "grande fluxo nas fronteiras".

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2013, p. 109), embora "confusa, sem nitidez, com falta de rigor, sob inúmeras críticas, a dicotomia ainda persiste, por sua operacionalidade pragmática".

A respeito da matéria se expressam também dois autores italianos: Cassese (1998, p. 1020) aponta o "enfraquecimento da separação entre o setor público e o setor privado"; de seu lado, Erminio Ferrari se refere ao "intercâmbio e conexão entre o público e o privado".

6 Conclusão

O que se concluir sobre a permanência das dicotomias objeto do presente estudo?

Sem dúvida, as dicotomias apresentam utilidade para fins didáticos, de estudos e discussão. Mas, como bem assinala a doutrina administrativista contemporânea e já notava Eisenmann na década de 50 do século XX, não se apresentam hoje como polos opostos, contrários, separados rigidamente. Nos primórdios do século XXI registram-se inúmeros fluxos, intercâmbios, conexões e zonas cinzentas entre o público e privado, entre o Direito Público e o Direito Privado. Tanto existe *a privatização do público* como a *publicização do privado*, sem significar o enfraquecimento de um ou de outro, mas o convívio, a colaboração acentuada para melhor efetivar os direitos fundamentais e para assegurar a prestação dos serviços públicos à população.

7 Referências Bibliográficas

AUBY, Jean-Bernard. Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français. In: FREEDLAND, Mark; AUBY, Jean-Bernard. *The public law/ private law divide: une entente assez cordiale?* Great Britain: Biddles, 2006.

CASSESSE, Sabino. Il cittadino e l`Amministrazione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 4, p. 1020, 1998.

DUGUIT, Leon. *Manuel de droit constitutionnel*. 4. ed. Paris: Boccard Editeurs, 1923.

EISENMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. Paris: L.G.D.J, 1982. p. 529-564. v. 1

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRARI, Erminio. Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali. *Diritto pubblico,* Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini, v. 1, p. 99-116, 2002,

FERRAZ, Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouvener par contrat*. [S.l.]: Presses de Sciences, 1999.

GIORGIANI, Michele. Il diritto privato ed i suoi attuali confini. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 396, 1961,

GOMES, Orlando. Procedimento jurídico do estado intervencionista. *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 30, p. 70-81, 1976.

LAUBADÈRE, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959. 91 p.

MARCOU, Gérard. De l`idée de service public au service d`intêret general. In: MODERNE, Franck; MARCOU, Gérard (org.). *L`idée de service public dans les États de l`Union Européenne*. Paris: L`Harmattan, 2001. p. 397.

MERRYMA, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *An introduction to the legal system of Europe and Latin America*: the civil law tradition. 3. ed. Stanford, California: Stanford University Press, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 154.