

ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

BETWEEN PRIVATE LAW AND PUBLIC LAW

Carolina de Freitas Paladino*

RESUMO

O trabalho cinge-se à análise da dicotomia entre público e privado, com base nos diferentes modelos de Estado apresentados (Liberal, Social e Democrático de Direito) a partir de fenômenos como a publicização do direito privado e a privatização do direito público.

Palavras-chave: Dicotomia entre público e privado; Publicização do direito privado; Privatização do direito público.

ABSTRACT

The work make the analysis of the dichotomy between private law and public law, on the basis of the different presented models of State (Liberal, Social and Democratic of Law) from phenomena as the publicization of the private law and the privatization of the public law.

Keywords: Dichotomy between private law and public law; Publicization of the private law; Privatization of the public law.

1

1. INTRODUÇÃO

A dicotomia entre público e privado, advinda do modelo romano-germânico, é ensinada aos alunos de direito em seu primeiro contato com esse novo universo, de forma que se criam verdadeiras gavetas com diferentes áreas do conhecimento, cada vez mais especializadas quanto mais se estuda o direito.

Todavia, essas divisões no modelo atual não se configuram mais de maneira tão absoluta. Com efeito, vale lembrar que só houve interesse nessa distinção entre público e privado com a criação do Estado de Direito, justamente para separar o que seria da alçada do direito administrativo e também reservado ao particular.

* Mestranda em Direito Constitucional pela Unibrasil – Curitiba-PR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – Curitiba-PR. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar – Curitiba-PR. Professora de Direito Constitucional e Administrativo na Faculdade Paranaense (Fapar) – Curitiba-PR. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Mas, afinal de contas, por que a divisão entre direito público e privado? É possível ainda falarmos em uma nítida divisão entre público e privado? Por que tal distinção remanesce até os dias atuais se não é mais possível vislumbrar os contornos exatos de ambas as esferas?

Diversas são as alterações ocorridas com os diferentes modelos que serão analisados na seqüência. Portanto, cabe fazer uma maior aproximação entre essas questões para que se investiguem os possíveis pontos de intersecção entre elas.

Assim, o presente trabalho será dividido em três partes: na primeira, a discussão perpassa pelos modelos de Estado, com reflexões no Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, com o objetivo de identificar as relações entre público e privado nesses diferentes contextos.

Na seqüência, a análise será feita colocando-se o público e o privado relativamente a dois movimentos, quais sejam, a privatização do direito público e a publicização do direito privado, de forma a contextualizar que esses dois institutos cada vez mais se comunicam, culminando, assim, no terceiro momento deste estudo, que visa justamente discutir a superação da dicotomia entre público e privado, demonstrando que essa divisão somente possui finalidades didáticas e não mais pode ser vislumbrada de maneira absoluta no atual contexto.

2

2. MODELOS DE ESTADO

Entre as diversas prerrogativas do Estado Absoluto, marcado por um poder arbitrário da Coroa, estava a de aumentar ou criar impostos a seu bel-prazer, fazendo crescer de forma drástica a carga tributária. Nesse sentido, com o Estado Absoluto, assevera Maria João Estorninho, o Estado era pensado enquanto Fisco tão-somente com a conseqüente irresponsabilidade do Estado quanto aos atos por ele praticados, não se admitindo qualquer ação judicial contra a Coroa¹.

Mas chegou um momento em que a população não mais agüentou ficar vítima das vontades da nobreza.

2.1 Estado Liberal

Inicia, portanto, no mundo ocidental toda uma tentativa de contenção do público, com a “domesticação do Estado”², buscando-se um equilíbrio ótimo, surgindo, neste contexto, um dos princípios basilares do Estado de Direito, que é o princípio da legalidade. Além disso, outro valor de extrema importância nessa

¹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 24.

² Expressão utilizada por Rogério Soares. Apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 31.

época são os direitos fundamentais, entre os quais o da liberdade, juntamente com o princípio da separação de poderes, que passam a ser de observância obrigatória do Imperador. Assim,

a este propósito, há duas ideias fundamentais a considerar: a ideia de liberdade e a ideia de separação de poderes. É precisamente em nome dessa liberdade que no Estado Liberal se afirma a necessidade de limitar o poder político, quer através da sua divisão e repartição por vários órgãos, quer através da redução ao mínimo das tarefas por ele desempenhadas.³

Sem embargo, conforme assevera Adriana da Costa Ricardo Schier, o referido modelo de Estado surge em contraposição ao modelo absolutista, buscando-se assegurar igualdade, ainda que no prisma formal. Nesse diapasão, o direito é o responsável pela garantia de liberdade aos indivíduos, de tal forma que o Estado traduz-se no povo e, indiretamente, no parlamento, havendo, por conseguinte, uma limitação ao poder do soberano⁴.

Então, é possível falar na primeira dimensão de direitos fundamentais, ou seja, direitos de defesa, em que o Poder Público não pode interferir nas relações privadas e, quando intervém, só é legitimado por meio de lei, e mais, de lei anterior à prática do ato. Consoante Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o estado”.⁵

Ocorre, então, uma dupla subordinação da Administração Pública: ao direito privado, de forma a não intervir, e ao direito administrativo, com a conseqüente sujeição à lei⁶. Nesse modelo de Estado, percebe-se uma tentativa de apontar as fronteiras entre direito público e direito privado. Com efeito, na construção do Estado de Direito, era necessário delimitar as fronteiras entre Estado e particular, “a

³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 30.

⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular da administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 36-37.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54.

⁶ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 32-33.

fim de resguardar a liberdade diante do exercício da autoridade. O Direito Público será, portanto, o Direito do Estado e o Direito Privado, o direito dos indivíduos, dos particulares”⁷. Por conseguinte, “o estágio de codificação, à época, é tão relevante para tornar historicamente compreensível o fenômeno aqui aludido quanto o é o processo codificatório”⁸.

Em linhas gerais, o Estado possui um “repertório mínimo de disposições e instrumentos referentes ao governo representativo”⁹, ao passo que o direito privado não deseja a intervenção do público, e pelo direito contratual tudo se torna possível. Cabe aqui, portanto, mencionar o nascimento do direito administrativo enquanto disciplina autônoma apta a regular as relações entre Estado e cidadão.

Assim, é possível vislumbrar um dos maiores momentos de proteção da esfera privada. Diante da falta de limites do soberano, o princípio da legalidade impõe um dever do Estado de não interferir em institutos como contratos, propriedades, empresas, enfim, tudo aquilo que dependia de um privado não deveria ser tocado pelo Poder Público. A dicotomia entre público e privado nunca fez tanto sentido quanto nessa época, não havendo qualquer interferência de uma esfera na outra.

Na visão de Rosa Maria de Campos Aranovich, enquanto o Código Civil ocupava um lugar central nas relações cotidianas, a Constituição possuía um papel periférico, havendo, desse modo, uma convivência harmoniosa entre os dois institutos, de forma que

os códigos representavam, pois, não apenas o diploma básico ou a ‘constituição’ dos indivíduos, mas bem mais, o diploma básico de toda a ordem jurídica, disciplinando os institutos comuns de vários ramos do saber jurídico. O Direito Privado era o direito ‘central’. Nesse sistema, as relações do Direito Privado com o Direito Público apresentavam-se bem definidas. O primeiro tratava de todos os direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto ao segundo concernia a tutela dos interesses gerais, impondo limites aos direitos dos indivíduos mas somente em razão da exigência destes. Ao Estado era conferida a tarefa de manter a coexistência pacífica entre os particulares para que estes livremente se desenvolvessem conforme suas próprias regras. O Direito Constitucional, por sua vez, nasceu nesta mesma época onde o dogma era a rígida separação entre o Estado e a Sociedade. Como não podia deixar de ser, seu âmbito ficava restrito à definição da estrutura e das funções básicas do Estado ao mesmo tempo

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

⁸ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97.

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

em que enunciava os direitos fundamentais dos indivíduos, por exigência dos movimentos revolucionários da época. Neste período em que a ação do Estado era tida como mínima em relação à vontade privada, a afirmação dos direitos fundamentais pela Constituição representava apenas uma garantia dos indivíduos contra o Poder Público. Visava-se apenas a proteger a sociedade contra os 'ataques' do Estado, como afirmou Raizer.¹⁰

Houve nessa época a disseminação da idéia de que o direito civil existia por si próprio, e não dependia de quaisquer outros instrumentos para regular a vida dos cidadãos. O processo de codificação tem grande relevo, sendo o responsável por reger todas as relações de âmbito privado.

2.2 Estado Social

Mas o tempo passou e as coisas não ocorreram como previsto. A lei, embora considerasse uma igualdade entre os cidadãos, era somente uma previsão formal, e jamais poderia, sozinha, colocar em prática os preceitos que previa.

Era necessária uma postura mais pró-ativa do Estado. Como resultado, as relações invertem-se, e “ao superdimensionamento do espaço privado sobrepor-se-á a hipertrofia do público que tende a se esgotar no Estado. No Estado Social, a dimensão privada será vista com desconfiança”¹¹. Nesse sentido,

com a premissa de materialização de direitos – reação ao exacerbado formalismo do paradigma liberal – e a conseqüente transferência para o Estado de novas funções de inclusão e compensação, a delimitação entre Direito Público e Privado deixa de ser ontológica para assumir uma mera feição didático-pedagógica. A rigor, todo direito é público no Estado Social. Mantendo-se a dicotomia para fins didáticos, convém mencionar o advento de novas formas de juridicidade e a revisão dos fundamentos das disciplinas tradicionais. Verifica-se a tendência, em ambas as hipóteses, de confundir os domínios – anteriormente bem delimitados – do Direito Público e do Direito Privado.¹²

Nesse sentido, a Constituição é elevada ao instituto responsável pela organização de direitos, apresentando-se uma nova conformação sobre o princípio da supremacia da Constituição, que a partir daquele momento iria “garantir uma ordem econômica justa e não permitir que se cerceie a liberdade de iniciativa do particular”¹³.

¹⁰ ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

¹² ARAÚJO PINTO. Apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

¹³ COUTO E SILVA. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 97.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão abrangem os chamados direitos sociais, participando o Estado de uma forma mais ativa na vida do cidadão. Direitos relacionados com assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros, bem como a liberdade de sindicalização, direito de greve, e demais direitos dos trabalhadores¹⁴.

Nesse contexto, os direitos sociais alcançam *status* constitucional, ainda que não se possa olvidar que já estavam presentes nas Declarações Liberais. E isso ocorre principalmente com a conjuntura das guerras mundiais do século XX.¹⁵ Dessa forma, “a sociedade não mais admitia um Estado indiferente aos dramas da imensa maioria da população, cada vez mais, oprimida e explorada, perdendo tudo, inclusive o seu valor humano”¹⁶.

Conforme menciona Maria João Estorninho, uma das principais características no modelo social é o alargamento do elenco das atividades a serem executadas pela Administração Pública, inclusive com a intervenção no domínio econômico¹⁷, campo esse que não era controlado pelo Poder Público, eis que pertencente à iniciativa privada.

Destarte, Jorge Reis Novais destaca que o Estado Social é caracterizado por uma plêiade de prestações sociais que buscam garantir uma vida digna e protegida “das imponderáveis condições naturais ou das desigualdades sectoriais ou regionais (desde o salário mínimo e seguros sociais às prestações no domínio da saúde, habitação e educação)”¹⁸.

Nessa linha de raciocínio, é possível vislumbrar o crescimento do público, ou seja, do aparato estatal, com o conseqüente desenvolvimento do direito administrativo. Analisando as relações entre público e privado, a balança pende, naquele momento histórico, para o público, enquanto guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim,

é, obviamente, com o Estado Social de direito que a reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, torna-se indispensável. A atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país. O Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 55.

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 1987. p.190.

¹⁶ OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *A defesa de usuários de serviços públicos concedidos no Brasil*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 25.

¹⁷ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 37.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*, p. 196.

se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas. A História dá-nos vários exemplos de Estados Dirigentes de cunho mercantilista, industrialista ou belicista. Pode-se mesmo dizer que, em todo o curso da História moderna, o Estado Liberal ocupa um período muito limitado de tempo, e que as tentativas de sua restauração, no momento presente, são fadadas ao insucesso.¹⁹

Enquanto, no liberalismo, a regra geral era a de não-intervenção como forma de proteção do cidadão, contentando-se este com a supervisão dos acontecimentos sociais, com uma atuação esporádica da Administração²⁰, no Estado Social exigia-se essa intervenção como requisito necessário à felicidade individual, com o conseqüente crescimento da máquina estatal. Ou seja, não mais bastava um Estado supervisor, mas sim “empenhado” no atendimento de necessidades dos cidadãos, alargando-se as relações entre público e privado²¹.

2.3 Estado Democrático de Direito

Até o modelo do Estado Social, a separação entre público e privado era nítida, mas, com a criação do Estado Democrático de Direito, ocorre uma nova configuração das relações entre público e privado. Além disso, é possível afirmar que o movimento de globalização e a grande influência da economia nas relações sociais e jurídicas acabam por criar um novo panorama.

Como respostas à ineficiência da máquina administrativa para prestar diretamente os serviços de interesse social, juntamente com os custos excessivos para a sua manutenção, operaram-se várias transformações com o objetivo de reduzir a atuação direta do Estado, devolvendo-se à iniciativa privada atividades que antes eram prestadas por ela.

Paulo Modesto, analisando esses fatos, afirma:

É sabido que o Estado atualmente não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, de todos os serviços sociais de interesse coletivo. Estes podem ser executados por outros sujeitos, como associações de usuários, fundações ou organizações não governamentais sem fins lucrativos, sob acompanhamento e financiamento do Estado. Não prover diretamente

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2008

²⁰ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 39.

²¹ FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na administração pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 71.

o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado.²²

Nem tanto ao céu nem tanto à terra. Assim, tem-se que “o pêndulo oscilou da sociedade civil para o Estado alcançando, hoje, uma posição intermediária”²³. Com o crescimento “desmesurado” do Estado, aliado à ineficiência dos serviços por ele prestados e o aumento da burocracia, começa-se a questionar as suas dimensões, resultando na “desintervenção” em algumas áreas²⁴.

8 Alguns estudiosos afirmam que o momento é de neoliberalismo, outros, de Estado Democrático de Direito. Como harmonizar esses dois modelos tão distintos? É possível ter, ao mesmo tempo, o retorno de um Estado Mínimo (neoliberal), conjugado com um Estado Interventor (preocupado com os direitos fundamentais dos cidadãos)? É nesse contexto que se questiona a dicotomia público-privado, que será objeto de análise na seqüência.

A crise do Estado Social possibilita a construção – ainda em andamento – do Estado Democrático de Direito centrado na idéia de cidadania, compreendida numa dimensão procedimental enquanto participação ativa. Este Estado tenderia a destruir paulatinamente um paradigma, comum aos dois modelos anteriores – o que fazia diluir o público no estatal – por meio do resgate da esfera privada e das pretensões de autonomia e liberdade. Se no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito passam a ser encaradas como complementares, equíprimordiais.²⁵

Assim, a partir dessa análise do ponto de vista dos diferentes modelos de Estado e a relação entre público e privado, que vive um momento de transição, ponderada conjuntamente com a análise sobre as diferentes dimensões de direitos

²² MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>>. Acesso em: 17 nov. 2008.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

²⁴ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 47-48.

²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

fundamentais, passa-se então a questionar a dicotomia entre essas duas esferas no contexto de dois movimentos contrários, a publicização do direito privado e a privatização do direito público.

3. PÚBLICO E PRIVADO

Quando se estuda a diferença entre direito público e direito privado, essa categorização é feita analisando essas duas esferas de forma estanque e auto-excludentes²⁶, o que não pode mais ocorrer no atual contexto, uma vez que ambas as esferas estão em constante movimento.

3.1 Generalidades

A dicotomia entre público e privado nasceu no contexto greco-romano, portanto, utilizada por aqueles que lançam mão de um modelo romano-germânico de direito, e pode ser remontada da seguinte forma:

Aliás, Cícero (*Da República*, livro III) já advertira-nos acerca das mutações históricas do Direito, em função das tendências e necessidades de cada povo e época, consoante já o fizera Aristóteles, em *A Política* (IV a IX). Nessa moldura do cosmos jurídico, insere-se a tradicional *divisio* do Direito em Público e Privado, formulada em Roma por Upiano, repetida nas *Institutas*, de Justiniano (I, I § 4º), adaptável à sociedade e ao espírito de então, fragilizada na Idade Média, em razão das peculiaridades do regime feudal, em que os “direitos da realeza” se confundem com o *bonum commune*, teorizada no Renascimento, afirmada e reafirmada, sob vários critérios, a partir do século XIX, sem embargo das impugnações que se lhe opuseram respeitadas juristas.²⁷

9

Em Roma, houve a criação do direito público (*ius publicum*) e do direito privado (*ius privatum*), embora a distinção entre público e privado seja de forma um pouco diversa no modelo vivido hodiernamente. Assim, as *leges publicae* faziam parte do direito público (*ius publicum*); mesmo que disciplinassem relações entre privados (incluindo aqui o Direito Civil) eram consideradas, perante os romanos, *ius publicum*²⁸

Gustav Radbruch afirmava a natureza metafísica dos conceitos de direitos público e privado, considerando categorias anteriores ao mundo dos fatos conforme a razão pura kantiana²⁹. Assim, ele questiona:

²⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia, p. 93.

²⁷ REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do direito: direito público e direito privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137 jan./mar. 1998. p. 64.

²⁸ COUTO E SILVA. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia, p. 94-95.

²⁹ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia, p. 88.

Mas o que vem a ser direito público, o que é direito privado? Contentemo-nos com esta constatação: quando uma obrigação é fundamentada na ordem de um terceiro, ela é regularmente direito público, ao passo que obrigações de direito privado surgem regularmente de auto-sujeição do comprometente: pagar impostos e prestar serviços como jurado é-se obrigado a fazer, quer se queira, quer não; pagar objetos comprados e desempenhar determinadas tarefas só se faz por ter-se assumido as conseqüências decorrente de um contrato de compra e venda ou de trabalho. As relações jurídicas entre pessoas que se encontram em situação de supremacia e sujeição, em outras palavras: relações jurídicas entre soberano e súdito, são objeto do direito público; o direito privado somente se ocupa de relações jurídicas entre juridicamente iguais.³⁰

Na Idade Média, não havia essa distinção, considerando-se um “impossível histórico” trabalhar essas duas esferas na falta de um Poder Público organizado, centralizado, com instrumentos legislativos hierarquizados, ressurgindo tal discussão apenas com o renascimento comercial³¹.

10

Então, o seu resgate se dá no Estado Liberal, conforme anteriormente exposto, com a criação das Constituições estatais. Esse diploma, enquanto instrumento responsável por dividir os poderes e limitar o âmbito de atuação estatal, nesse contexto, passa a ser instrumento fundamental para a diferenciação entre público e privado, caracterizando-se como “diploma público por excelência”, em contraposição ao Código Civil, que disciplinaria matérias privadas. Não se cogitavam, nessa época, elos de ligação entre os dois institutos, porque abarcariam esferas materialmente opostas³².

Assim, é de se destacar a importância tanto da Constituição como também dos Códigos, pois foi “devido aos movimentos oitocentistas de codificação e constitucionalismo que se originou, na qualidade de verdadeiro axioma, a concepção dicotômica da relação entre direito público e direito privado”³³, classificação utilizada até o presente momento.

Nesse contexto, o direito privado é conhecido por reger as relações de cunho privado, embora alguns pressionem sua morte, porque não mais comporta uma disciplina autônoma por conta da função social. Mas a verdade é que o direito privado nunca esteve tão forte, impregnado de um conteúdo social com a sua personalização e sua funcionalização, fundadas na valorização da pessoa humana,

³⁰ RADBRUCH, Gustav. Apud OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3871>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

³¹ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 95.

³² LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 96.

³³ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*. p. 97.

com base em toda uma principiologia constitucional. A Constituição deixou de ser aplicada residualmente às relações privadas, sendo analisada como ponto de partida, passando a ser vista como uma das fontes do direito privado. E, com esse crescente movimento, ganha mais operacionalidade, legitimidade e justiça nas relações contenciosas do direito privado³⁴.

Portanto, o direito privado deve ser ponderado a partir da filtragem constitucional. Vive-se o momento em que a proteção do indivíduo é direito a ser buscado tanto na esfera pública como na privada, de maneira que ambas as esferas devem ser vistas complementarmente. Nesse sentido, “urge que abandonemos, para tanto, a utopia universalista e auto-suficiente das codificações liberais”³⁵.

O público, por sua vez, seria compreendido pela essência do Estado e tudo que lhe diz respeito. Mas com isso é possível questionar: qual a essência do Estado? Não há consenso nessa matéria³⁶. O direito público adveio com aquele ranço de soberania estatal, arbitrariedades, verticalização das relações, devendo o particular obedecer à ordem pública em qualquer caso, razão pela qual também se defendia a auto-suficiência do público.

Vicente Ráo, criticando essa visão clássica de distinção entre o direito público e privado, assevera que,

do que apenas se esquecem esses doutrinadores, ao pretenderem abater as divisas que separam o direito público do direito privado, ou ao criarem a zona intermediária de um suposto direito semipúblico, é da existência de um velho princípio que atribui aos preceitos disciplinadores de matérias nas quais o interesse geral predomina sobre o interesse individual, o caráter de normas de ordem publicam sem quebrar a distinção entre direito público e direito privado e sem facultar alterações ditadas pela simples vontade das partes.³⁷

De qualquer forma, é possível notar uma relativização das esferas público/privado, as quais serão analisadas na seqüência, com a ponderação de dois movimentos, que são a chamada privatização do público e a publicização do privado.

3.2 Privatização do direito público

Conforme assinala Romeu Felipe Bacellar Filho, “tratar da incidência da lei civil na atividade administrativa exige uma análise da evolução doutrinária

³⁴ MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7788>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

³⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 110.

³⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 89.

³⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 46.

acerca das relações entre Direito Público e Direito Privado”³⁸. É o caso, aqui, do movimento contrário à publicização do direito privado, ou seja, a introdução de institutos próprios do direito privado na esfera pública.

Nesse sentido, aduz-se que um dos motivos pelos quais está havendo essa interferência do direito privado no direito público é o primado da economia sobre a política, cabendo ao Estado mediar as relações, mais do que remanescer aquele poder de império a partir da noção clássica de soberania³⁹. Maria João Estorninho afirma que o público vive um momento de “fuga para o Direito Privado”⁴⁰, apontando diversas justificativas, embora tenha uma visão crítica sobre esse fenômeno.

Com efeito, dentro da perspectiva do direito privado administrativo, ocorre uma mistura dos direitos público e privado, de modo que a Administração está sujeita a

um especial Direito Privado Administrativo, que é aquele em que as normas de Direito Privado são contempladas, afastadas ou modificadas por disposições de direito público, tratando-se assim de uma figura mista no direito público. (...) Percebe-se agora que se diga que, ao admitir a utilização de formas jurídico-privadas para a prossecução de tarefas públicas, se afasta menos, para essas formas de actuação administrativa, o Direito Público do que o juiz administrativo. E isto porque o Direito Privado Administrativo, apesar de incluir as referidas sujeições jurídico-constitucionais e jurídico-administrativas, não deixa de ser conceptualizado como parte do Direito Civil e, assim, não deixa de estar sujeito à competência dos Tribunais Civis.⁴¹

12

Diversos foram os movimentos no Brasil ocorridos na década de 1990 que objetivaram dar um perfil mais privatístico à Administração Pública. Nesse sentido, é conveniente rememorar o Programa Nacional de Desestatização (PND), com a Lei n. 8.031/90, que promoveu diversas privatizações de empresas estatais com o intuito de diminuir o tamanho da máquina estatal.

Hoje, com o programa de privatização, nós temos uma separação muito clara do que é o público e do que é o privado. Fica bem claro que a prestação de serviços públicos, mediante concessão de serviços públicos, é uma atividade econômica desenvolvida pelo particular mas na prestação de um serviço público. Isto é, os aspectos econômicos, os aspectos empresariais dizem respeito à empresa prestadora de serviços. Agora, os aspectos da

³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

³⁹ BOBBIO, Norberto. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 102.

⁴⁰ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 124.

⁴¹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 126-127.

prestação do serviço, dos direitos do usuário, do controle dizem respeito ao fato de o serviço ser público. O que nós não temos mais é o dinheiro público sendo tratado como se privado fosse.⁴²

Ainda, a reforma gerencial proposta por Luiz Carlos Bresser Pereira, que no governo Fernando Henrique Cardoso, mais especificamente em 1995, propôs uma nova forma de administração, com a diminuição do Estado, e as conseqüentes privatizações de empresas estatais, o que resultou no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado – o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de emprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes etc.

SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos desse setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizada pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via

⁴² DALLARI, Adilson de Abreu. A lei de responsabilidade fiscal e a Constituição federal. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 11, p. 138, jul./set. 2001.

mercado não é possível, tornando-se necessária, no caso de privatização, a regulamentação rígida.⁴³

Cabe ainda assinalar o terceiro setor. Conforme Gustavo Henrique Justino de Oliveira, é oportuno ressaltar que no Brasil o terceiro setor pode ser concebido como um conjunto de atividades voluntárias, de modo que serão efetuadas por organizações privadas não-governamentais sem finalidade lucrativa (associações ou fundações), “realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa[m] firmar parcerias e deles possa[m] receber investimentos (públicos e privados)”⁴⁴.

E mais, hoje se fala em uma Administração Pública consensual, em que o cidadão participa ativamente das atividades administrativas, seja por meio de audiências públicas, ou efetivamente trazendo o capital para os investimentos públicos, hipóteses em que os contratos não se configuram mais como administrativos, caracterizados por uma hierarquia, mas sim como uma negociação entre o público e privado, permitindo um efetivo diálogo.

Enfim, em nome da eficiência, retira-se cada vez mais o poder das instituições públicas, repassando-o aos privados como forma de exercício de controle, o que ocasiona uma interferência cada vez mais freqüente do privado no público.

14

3.3 Publicização do direito privado

De outro lado, conforme assinala Marcos de Campos Ludwig, não se pode mais ver o direito privado como um feudo, dentro do qual impera a vontade absoluta do seu senhor, além do fato de que o direito privado deixou de considerar tão-somente normas dispositivas em contraposição ao direito público, que abrangia normas cogentes. Enfim, não se trata da invasão de um (direito público) no outro (direito privado),⁴⁵ mas de uma nova perspectiva de interdisciplinaridade entre ambas as esferas.

Diante disso, diversas questões podem ser levantadas como maneira de saber até que ponto concebe-se uma intervenção do público no domínio privado. Desde já é necessário ressaltar que o fenômeno da publicização do direito privado não se confunde com o da constitucionalização, embora os dois caminhem no sentido de uma intervenção estatal na esfera privada. Assim, a publicização é entendida como

⁴³ *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI5.HTM>. Acesso em: 4 ago. 2008.

⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. Disponível em: <<http://www.advcom.com.br/novosite/artigos/pdf/OSCIPS%20e%20LICITACAOsite.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

⁴⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 99.

“o processo de crescente intervenção estatal, objetivando garantir os direitos dos indivíduos em condições fracas”⁴⁶.

Duguit mencionava que os tempos de codificação eram marcados por um viés puramente individualista do direito, “sustentados por uma idéia metafísica do direito subjetivo”⁴⁷. Três são os dogmas a serem apontados como bases do direito privado num modelo anterior: “a) a sacralidade da propriedade, b) a liberdade total e irrestrita do direito de contratar, e c) a exclusividade da produção econômica em mãos do particular”⁴⁸.

Nesse contexto, “perde o direito civil o papel de conformador supremo dos direitos dos particulares em suas relações privadas, em substituição à Constituição”⁴⁹.

A influência do público na esfera privada é evidente no presente momento, a exemplo do Código do Consumidor, que, inclusive, desde a Constituição da República de 1988, ganhou tratamento constitucional, sendo o referido Código elaborado em 1990, com a Lei n. 8.078, de 11 de setembro, para proteger o hipossuficiente.

Vale mencionar ainda a Lei de Falências e Recuperação Judicial das Empresas, Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, em que se vê o Estado preocupado com as repercussões sociais que podem decorrer dos atos de uma empresa, e, portanto, busca solucionar os problemas de forma a se afetar minimamente a sociedade.

Em matéria de contratos, o poder deixa de ser absoluto, no sentido de ser possível acordar tudo o que se pretende, como ocorrido no modelo anterior. Francisco Amaral defende essa limitação, tendo em vista que

O exercício da liberdade contratual, por exemplo, pode levar os segmentos sociais mais carentes de recursos, e por isso mesmo, desprovidos do poder de confronto ou negociação, a acentuados desníveis econômicos, devendo o Estado intervir para equilibrar o poder das partes contratantes, por meio de normas imperativas. O legislador pode limitar, assim, a autonomia privada, para o fim de proteger os pontos mais fracos da relação jurídica patrimonial – é o que se verifica nos contratos de consumidor, locação, empréstimo, seguros, operações financeiras típicas.⁵⁰

⁴⁶ MATIAS, João Luis Nogueira. Publicização do direito privado e liberdade de contratar. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 15, p. 119-149, ago. 2007. p. 119.

⁴⁷ MATIAS, João Luis Nogueira. Publicização do direito privado e liberdade de contratar, p. 121.

⁴⁸ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada*.

⁴⁹ MATIAS, João Luis Nogueira. *Publicização do direito privado e liberdade de contratar*, p. 123.

⁵⁰ AMARAL, Francisco. Autonomia privada: comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro. Apud MATIAS, João Luis Nogueira. *Publicização do direito privado e liberdade de contratar*, p. 128.

A propriedade também foi funcionalizada. Não há mais aquela disciplina do direito privado que entende a propriedade como um direito exclusivo, absoluto e perpétuo. Com a constitucionalização dessa matéria, a propriedade deve exercer uma função social, sob pena de sua perda. Os movimentos sociais questionam fortemente a simples propriedade, sem a devida utilização.

Da mesma maneira, o direito de família constitucionalizou-se. Se, há pouco tempo, o divórcio nem sequer era reconhecido pelo direito, desde a Constituição de 1988 houve considerável avanço no sentido de se introduzir novas formas de família, a exemplo da união estável e da família monoparental, advindas com o texto constitucional, de forma que deve a “comunidade familiar ser preservada como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente”⁵¹. Vale ressaltar ainda que a grande discussão se dá com o reconhecimento das relações homoafetivas e a possibilidade de adoção realizada por parceiros do mesmo sexo, que têm sido objeto de discussão pela doutrina e jurisprudência civilistas.

16

E mais, a própria bioética tem sido alvo de questionamentos que permeiam tanto o direito público como o direito privado, a exemplo do estudo com células-tronco, da possibilidade de interrupção de gravidez de feto anencéfalo, da própria eutanásia, da procriação assistida, ou seja, fenômenos da vida privada que ganham relevância na esfera pública, sendo alvo de amplo debate pela comunidade jurídica, não deixando ao particular essa autonomia absoluta da forma como era visto o direito civil.

Apenas para citar, algumas leis que trazem influências estatais ao direito privado: a Lei do Cade (Conselho Administrativo de defesa Econômica), a Lei de Propriedade Industrial, o Código de Trânsito Brasileiro, a Lei de Crimes Ambientais, e a Lei de Direitos Autorais.

Esse artigo tem um tom meramente provocativo, não é sua pretensão trazer as soluções devidas para todos os questionamentos apontados. Somente busca fomentar a reflexão sobre esse movimento que tem provocado diversas transformações no direito civil, no direito empresarial e em outros ramos do direito privado.

Nesse contexto, João Luis Nogueira Matias destaca que a supervalorização do indivíduo, como fator de afirmação perante o Estado, não está de acordo com a sociedade contemporânea⁵². Mas discordamos dessa afirmação. Com o imperativo dos direitos fundamentais e a sua horizontalização, nunca se falou tanto em proteção ao indivíduo, evidentemente, que sem ofensa ao direito fundamental de outrem, inclusive considerando os deveres fundamentais de todos.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 101.

⁵² LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 123.

É possível identificar a existência de quatro princípios que acabam por nortear o direito civil como um todo. O primeiro deles é o princípio da socialidade, ou seja, a eleição do social como valor a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, pode-se falar em função social dos contratos, da propriedade, da empresa, havendo sua previsão constitucional. O princípio da eticidade elege valores a serem observados pelos privados como forma de valorização da pessoa humana. O princípio da boa-fé impõe um dever, um padrão de conduta a ser considerado pelos privados. E finalmente, o princípio da justiça contratual impõe um dever de equilíbrio.

Finalizando esse tópico, pelos apontamentos levantados nos modelos de Estado, é possível questionar se o Brasil encontra-se como um modelo de Estado Mínimo, devendo a resposta ser negativa, uma vez que se está diante de uma grande intervenção estatal, seja no âmbito de disciplinar as relações de direito público, seja no direito privado, a partir dos dois movimentos apontados anteriormente.

4. SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

Cabe então apresentar uma proposta de superação dessa dicotomia entre público e privado da maneira como foi originalmente concebida. Conforme menciona Maria João Estorninho,

está hoje ultrapassada a ideia de que o Direito Privado e Direito Público seriam verdadeiros conceitos *a priori*. De acordo com essa orientação apriorística, somente a relação entre os dois âmbitos, numa escala hierárquica de valores, é que se acha sujeita às flutuações da história e às diversas valorações características das diferentes concepções do mundo e da vida (RADBRUCH).⁵³

Por isso é que, neste tópico, cabe fazer a análise da superação dessa dicotomia, seja pela verificação de uma relação de interdependência entre o público e o privado (com a publicização do privado e a privatização do público), seja pela influência da Constituição em ambas as esferas, disciplinando tanto o público como o privado.

Nesse diapasão, diversos são os elementos que podem ser mencionados para se apontar a superação da dicotomia entre público e privado dessa forma absoluta. Alberto Trabucchi já anunciava a necessidade de relativizar a dicotomia entre direito público e direito privado mencionando que⁵⁴:

⁵³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 152.

⁵⁴ TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*. Pádova: Cedam, 1973. p. 9. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 99.

A oposição tradicional entre direito público e direito privado não é estabelecida sob critério material e depende da vontade cambiante do Estado, que, de acordo com a época, fixa as respectivas áreas jurídicas, esta classificação não corresponde a nenhuma das distinções precedentes (direito social – direito individual; direito de subordinação – direito de coordenação), mas se relaciona com elas: como o direito privado pode conter ao lado do direito individual aspectos de direito da integração (direito social) e de direito da subordinação, o direito público pode incluir, e o faz, porções importantes de regras de direito individual.⁵⁵

Francisco Amaral aponta que “a segurança individual cede espaço ao valor da segurança coletiva e do bem comum. A idéia de justiça nas vertentes aristotélicas de comutativa, distributiva e legal cede espaço à justiça social, que se consagra constitucionalmente”⁵⁶.

Existem quatro critérios que podem ser utilizados na distinção entre público e privado. Pelo critério do interesse dominante, a questão cinge-se ao objetivo da norma, ou seja, a satisfação de interesses individuais ou da sociedade. Já pelo critério da natureza dos sujeitos, tem-se que o direito público corresponderia às atividades do Estado, enquanto o direito privado, aos particulares. O critério da relação de coordenação ou de subordinação coloca uma relação de coordenação entre os direitos privados, enquanto há uma relação de subordinação ao direito público. Finalmente, pelo critério de função tem-se que o direito privado buscaria “permitir a coexistência de interesses individuais divergentes, através de regras que tornassem menos frequentes os conflitos, já ao direito público caberia a função de dirigir interesses divergentes para um fim comum”, com regras imperativas e restritivas, sendo possível questionar essas distinções⁵⁷.

Assim, pelo critério do interesse dominante, vê-se que no modelo atual o privado preocupa-se também com o social, enquanto o público vive no momento de proteger direitos individuais, e aqui não estão somente abrangidos os direitos de primeira dimensão. Hoje, com a interferência do público no privado e vice-versa, não é mais possível identificar de forma clarividente o critério da natureza dos sujeitos, pelos diversos exemplos mencionados anteriormente. Da mesma forma, não se pode mais vislumbrar o critério da relação de coordenação ou de subordinação, eis que existem normas cogentes no direito privado, ao mesmo tempo que no direito público inicia-se a discussão sobre uma Administração Pública consensual.

⁵⁵ GURVITCH, Georges. L'idee du droit social. Apud MATIAS, João Luis Nogueira. *Publicização do direito privado e liberdade de contratar*, p. 121.

⁵⁶ AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 8, n. 4, p. 634-650, out./dez.1996, p. 644-645.

⁵⁷ FINGER, Ana Cláudia. *O público e o privado na administração pública*, p. 63-69.

E também cabe desconstruir o critério da função pelo fato de existirem interesses convergentes e divergentes tanto na esfera pública como na privada.

Nesse contexto, hoje é possível perceber a flexibilização desses critérios, o que se apresenta na superação da dicotomia entre público e privado de forma absoluta. José Carlos Vieira de Andrade menciona a existência de “fronteiras moveáveis”⁵⁸ entre o direito público e o direito privado, razão pela qual não se vislumbra mais essa linha demarcatória na qual começa o direito privado e termina o público.

A realidade é vista de uma perspectiva unitária, dividindo-se a ordem jurídica em ramos do direito apenas para estudo. Parte-se “do princípio que a divisão do conteúdo total da ordem jurídica em dois grandes grupos tem carácter essencialmente prático”, sendo desprovida de maiores pretensões⁵⁹.

A partir do que foi analisado, conclui-se que “as influências entre Direito Público e Direito Privado tendem a acentuar-se e que o Direito Público está a privatizar-se ao introduzir esquemas conceptuais do Direito Privado e este a publicizar-se, por força do alargamento dos fins do Estado e da sua intervenção na vida econômica, social e cultural”⁶⁰.

O Estado e o particular devem atuar conjuntamente como garantidores dos direitos fundamentais, fiscalizando e assegurando esses direitos. Assim, “se o Estado é agora garantidor do equilíbrio na ordem privada, então alguns institutos básicos do direito particular devem ser disciplinados pela Constituição”⁶¹, sendo importantíssimo discutir direito constitucional, ainda que nas relações privadas, pois, analisando da ótica do direito privado, tem-se que “a idéia de completude, como virtude inerente às codificações em geral, mostrou-se uma inviabilidade histórica”⁶².

No âmbito privado, vislumbra-se que, embora institutos como o contrato, a propriedade, a família, a empresa remanesçam como de direito privado, são filtrados pelo texto constitucional, por meio da idéia de função social, impregnando-se de carácter público, com a proposta de Estado Democrático de Direito e a garantia dos direitos fundamentais.

Pietro Perlingieri assevera que o “Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania

⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1983. p. 267. Apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 139.

⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 152-153. Apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 139.

⁶⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. Apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 157.

⁶¹ MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*.

⁶² MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*.

e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa⁶³, pressupondo a dignidade da pessoa humana como valor almejado pelo atual modelo, tanto pelo público, como pelo privado.

O que não se pode negar é cada vez mais uma constante inter-relação entre essas duas esferas, não sendo possível estudá-las de forma estanque a partir de dogmas de independência e autonomia. Conforme menciona Marcos de Campos Ludwig, “estamos, pois, diante de um quadro plurifacetado, composto por múltiplos campos da vida social entrelaçados, onde todos nós, como membros da sociedade, movemo-nos simultaneamente – ainda que com diferentes concepções valorativas”⁶⁴.

Certo é que é cada vez mais freqüente o encontro de pontos de intersecção entre público e privado, razão pela qual se sustenta a superação absoluta da dicotomia público/privado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos diversos questionamentos apontados, verifica-se que estamos num momento de transição das clássicas concepções entre direito público e direito privado, razão pela qual se fala na superação da dicotomia entre essas duas esferas.

20

Viu-se que essa distinção adveio do modelo greco-romano, e foi deixada de lado na Idade Média, pela falta da existência de um Estado organizado, com leis que instituíssem direitos e deveres. No Absolutismo, houve uma verdadeira confusão entre público e privado, sem a existência de leis que determinassem uma não-intervenção pública em assuntos de cunho eminentemente privado, e também ante a existência de regras de direito público. O Rei tudo podia, sendo esse período conhecido com a célebre frase de Luís XIV, “L’État, c’est moi”.

Com o Estado Liberal, ocorre o desenvolvimento do direito administrativo, havendo uma separação nítida entre público e privado, com o advento das Constituições estatais (direito público) e com o movimento da codificação (direito privado). Na seqüência, criou-se o Estado Social, com o crescente aumento do público e a diminuição dos campos de atuação do privado. Hodiernamente, prega-se a existência de um Estado Democrático de Direito, em que o público deve atuar em conjunto com o privado.

Assim, dois são os movimentos que elucidam essa aproximação entre público e privado, a publicização do privado e a privatização do público. Diversos foram os exemplos mencionados em ambas as searas que podem elucidar essa comunicação entre as matérias.

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 104.

⁶⁴ *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 106.

Por conseguinte, sustenta-se a superação dessa dicotomia de forma absoluta, eis que ocorre, na verdade, uma relação de complementação e de intersecção entre essas duas esferas. Por isso, cabe aos novos estudiosos do direito analisarem essa distinção somente com finalidade acadêmica, pois que demonstrados elementos que superam essa dicotomia.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 8, n. 4, p. 634-650, out./dez. 1996.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2008.

DALLARI, Adilson de Abreu. A lei de responsabilidade fiscal e a Constituição federal. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 11, jul./set. 2001.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na administração pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7788>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

MATIAS, João Luis Nogueira. Publicização do direito privado e liberdade de contratar. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife, n. 15, p. 119-149, ago. 2007.

MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>>. Acesso em: 17 nov. 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 1987.

PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI5.HTM>. Acesso em: 4 ago. 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. Disponível em: <<http://www.advcom.com.br/novosite/artigos/pdf/OSCIIPS%20e%20LICITACAOsite.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3871>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, 27: 1-22, jul./dez. 2008

Carolina de Freitas Paladino

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *A defesa de usuários de serviços públicos concedidos no Brasil*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do direito: direito público e direito privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular da administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.