

DIREITO PÚBLICO X DIREITO PRIVADO

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

Doutor em Direito do Estado. Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Universidade Federal do Paraná

DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO: PANORAMA ATUAL DA DOUTRINA, POSSIBILIDADES DE DIFERENCIAÇÃO E ESTABELECIMENTO DE PONTOS DE CONTATO

Tratar da incidência da lei civil na atividade administrativa exige uma análise da evolução doutrinária acerca das relações entre Direito Público e Direito Privado. O esforço de estabelecer traços distintivos entre estes dois ramos do Direito Positivo, embora remanescente da história mais longínqua, terá interesse para o presente estudo a partir do Estado Liberal. Faz-se, necessário, portanto, um corte histórico, dada a complexidade da matéria.

DEFINIÇÃO DE ZONAS FRONTEIRIÇAS ENTRE PÚBLICO E PRIVADO NO ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Estado Liberal, percebe-se um esforço concentrado em divisar as fronteiras entre Direito Público e Privado. Na construção do Estado de Direito, tratava-se de delimitar as esferas de atuação do Estado e do particular, a 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. “A chamada *summa divisio* do direito estabelecia duas ordens distintas, impermeáveis, cada qual sendo regulada a sua maneira. Enquanto o Direito Privado se referia aos direitos individuais e inatos do homem, o Direito Público teria a função de tutelar os interesses gerais da sociedade através do Estado, que deveria se abster de qualquer tipo de incursão na órbita privada dos indivíduos.”¹

No contexto do Estado Liberal, o Direito Público passa a ser compreendido como “repertório mínimo de disposições e instrumentos referentes ao governo representativo” enquanto o Direito Privado radicaliza a emancipação do indivíduo, cujo elemento central é o contrato.²

É nesse panorama que se pode perceber uma nítida assimetria na relação *público-privado*. O domínio do privado, nesse cenário em que prevalece o liberalismo (político e econômico), é superdimensionado. A invenção

¹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinariedade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 463.

² ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira [org.]. **O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 37.

moderna do indivíduo – agora libertado das ‘ordens’ ou ‘estados’ que caracterizavam o Antigo Regime – permite que a forma jurídica dominante seja a do contrato, que mantém a afirmação (mesmo que fictícia, no plano material) de igualdade entre as partes acordantes. Como uma decorrência natural da luta contra o Absolutismo – e também para uma justificação operativa acerca da posição de certas camadas superiores da sociedade – o público, inteiramente associado ao Estado (observe-se que o século XIX é o período de afirmação da maioria dos Estados-Nação na Europa) é visto com desconfiança, ou mesmo reserva. [...]

É nessa quadra histórica que se inicia o interesse – ainda presente – de delimitar a divisão entre *Direito Público* e *Direito Privado*.³

Rosa Maria DE CAMPOS ARANOVICH analisa a relação entre Direito Público e Privado no auge do Estado Liberal, cujo ordenamento jurídico centralizava-se no Código Civil e a Constituição assumia lugar periférico:

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.

³ ARAUJO PINTO, op. cit., p. 36-37.

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 a definição da estrutura e das funções básicas do Estado ao mesmo tempo 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.⁴

Uma das conquistas do Estado Liberal foi, sem dúvida, a codificação do Direito Privado ou a codificação do Direito Civil. Anota Júlio Cesar FINGER que “o Direito Civil codificado, em sua construção conceitualista e formal-dedutiva, pretensamente completa, cumpria com excelência as funções para as quais fora concebida. Normativamente, as conseqüências foram da ordem de promover uma divisão entre os interesses que são acolhidos e os que são mantidos fora do sistema jurídico. [...] Ao eleger e jurisdicizar determinadas categorias, conceituando-as e disciplinando as relações conseqüentes, o sistema codificado permite somente a entrada das situações reais a elas correspondentes, permanecendo as que não sofrem a incidência das normas no campo do não-jurídico, do que não interessa para o Direito Civil. Assim, por exemplo, a quem o sistema não concede capacidade civil não é possível contratar. Do mesmo modo, os filhos dos pais que não podem contrair matrimônio, ao não poderem ser reconhecidos, não são filhos, pelo que permanecem no limbo não-jurídico.”⁵

⁴ ARANOVICH, op. cit., p. 49-50.

⁵ FINGER, Julio Cesar. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A

A codificação do Direito Civil, herança liberal, trouxe consigo o dogma da completude no campo do Direito Privado (o Código tem as respostas para todas as questões, se não está codificado não pode ser decodificado e não pertence ao mundo jurídico), cuja influência ainda não foi de todo aniquilada.

Todavia, ao Estado Liberal, sobreveio, paulatinamente, o Estado Social, devedor de prestações que visassem compensar os desníveis sociais. Esse Estado se agigantará para dar conta de novas atividades. Explicando a passagem do Estado Liberal para o Estado Social (interventor), Caio TÁCITO afirma: “a tônica dos regimes políticos se deslocou da abstenção para a intervenção. Intervir para preservar — era o lema democrático.”⁶

No Estado Social, a relação entre *público* e *privado* inverte-se: 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, “identificada com o egoísmo, com a própria negativa do exercício da vida pública”.⁷

No Estado Liberal, o Direito Administrativo inicia a sua formação, enquanto o Direito Civil já conta *com uma longa herança histórica*. Será justamente no final do século XIX que ele, o Direito Administrativo, começará a se materializar. Uma de suas datas (de nascimento), mais comemoradas liga-se ao célebre caso *Blanco*, ocorrido em Bordeaux, França, no ano de 1873.

O expoente máximo da teoria clássica do Direito Administrativo (final do século XIX), subjacente à teoria liberal, é Otto MAYER. Sobre o assunto, Maria João ESTORNINHO averba:

Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88-89.

⁶ TÁCITO, Perspectivas..., op. cit., p. 2.

⁷ ARAÚJO PINTO, op. cit., p. 40.

Pode assim dizer-se que o Direito Administrativo herdado de OTTO MAYER é, no seu núcleo, um sistema de formas jurídicas relativas ao exercício imperativo do poder estadual. Na verdade, no centro da doutrina jurídico-administrativa liberal estava o acto administrativo, concebido como uma forma de actuação a tratar doutrinariamente através dos seus ‘efeitos’ e das suas ‘consequências jurídicas’. Uma vez que a protecção do cidadão contra o executivo era a principal preocupação da doutrina, a sua atenção dirigia-se essencialmente para as condições de admissibilidade do recurso jurisdicional e para os vícios susceptíveis de o fundamentar, bem assim como para os pressupostos da responsabilidade administrativa. Ou seja, antes de mais nada, para a questão do controlo jurisdicional da Administração Pública. Completamente absorvida por essa questão da sujeição da actuação autoritária da Administração Pública aos diversos controlos jurídicos, a doutrina foi induzida a esquecer, de entre todas as formas de actuação administrativa, aquelas que não se reconduziam ao esquema tradicional da prática de actos administrativos.⁸

No seio do Estado Social, o Direito Administrativo ganha impulso significativo, como, com argúcia, percebe Guilherme CINTRA GUIMARÃES:

O *Estado Social*, também denominado de Estado do Bem-Estar Social e Estado Providência, surge, portanto, para diminuir as desigualdades e injustiças sociais, que permeavam o cotidiano da vida social concreta, através de uma ampla e contundente intervenção estatal na sociedade, principalmente na economia. De mero garantidor da autonomia e da liberdade individuais, o Estado se transforma, então, em ator central responsável por guiar e implementar políticas públicas capazes de promover um desenvolvimento

⁸ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado:** contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 91.

social mais justo e solidário, garantindo, além da mera igualdade formal, uma igualdade concreta e material.

A adoção do modelo social em substituição ao modelo liberal, contudo, acarretou um crescimento desenfreado do estado, assim como das áreas de intervenção deste na sociedade. Essa hipertrofia do Estado resultou na crise desse modelo social, composta basicamente por duas dimensões: *crise fiscal*, decorrente do grande aumento das atribuições estatais, o que gerou um endividamento enorme para os cofres do Estado, e a *hiperjuridicização da vida social*, pois o direito passou a ser utilizado como instrumento normatizador da intervenção estatal na sociedade, regulando os mais diversos campos da realidade social, o que redundou na perda da coerência e eficácia por parte do ordenamento jurídico.⁹

No Estado Social, Cristiano Paixão ARAÚJO PINTO destaca a tendência de confusão entre os domínios do Direito Público e do Direito Privado, antes delimitados no panorama liberal:

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.¹⁰

⁹ GUIMARÃES, Guilherme Cintra. O direito administrativo e a reforma do aparelho do Estado: uma visão autopoiética. In: PEREIRA [org.], op. cit., p. 62.

¹⁰ ARAÚJO PINTO, op. cit., p. 41.

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.¹¹

No Estado Democrático de Direito, tenta-se um novo arranjo entre público e privado. No Direito brasileiro, a compreensão do fenômeno não pode ser deslocada da constitucionalização do Direito Público e do Direito Privado. Como ressalta Caitlin SAMPAIO MULHOLLAND, com respaldo na teoria de Maria Celina BODIN DE MORAES, “desloca-se o eixo valorativo do sistema do Código civil – como ordenador das relações privadas – para a Constituição, fonte dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.”¹²

Por outro lado, as atenções estão concentradas na preocupação com o redimensionamento do *tamanho* do Estado. Um redimensionamento não só quantitativo (mais Estado ou menos Estado), mas também qualitativo (como o Estado deve agir e os fins a serem perseguidos). E aqui a discussão é profunda e as opiniões divergentes. Embora o problema adquira um panorama global, tem de ser pensado no contexto histórico brasileiro.

A retração da política intervencionista do Estado torna-se mais evidente, no Brasil, depois da Constituição de 1988, como chama atenção Caio TÁCITO: “A partir da Constituição de 1988 — e como reflexo de uma diretriz

¹¹ ARAÚJO PINTO, op. cit., p. 44-45.

¹² MULHOLLAND, op. cit., p. 465.

marcante no campo do direito comparado — evidencia-se uma nítida inversão na política intervencionista do Estado com o retorno da iniciativa privada a áreas ocupadas pela gestão estatal, marcando o fenômeno que, no direito espanhol, foi batizado como a ‘fuga do Direito Administrativo’ (ver, entre outros, MARTIN RETORTILLO — Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo — *in* Revista de Administración Pública — vol. 140 — maio-agosto 1996, p. 25 e s.)”¹³

Há defensores da diminuição do Estado como caminho para sua eficiência: “essa modificação de enfoque se reflete com especial relevo no Direito Administrativo. A redefinição do Estado não se reporta apenas ao tamanho do seu aparato; ela também pressupõe o questionamento do forte apelo hierárquico e verticalizante que norteia várias noções de Direito Administrativo desde sua sistematização doutrinária. Figuras jurídicas clássicas como a de ‘discricionariedade da Administração’ ou a de ‘ato de império’ passam a ser observadas, sob o ponto de vista de uma crítica ‘radicalmente’ democrática, como esfera de atuação do poder administrativo que atuaram, por grande período de tempo, isentas de qualquer controle ou discussão por parte da sociedade, o que pode ser interpretado como decorrência da submissão do público ao estatal.”¹⁴

Nessa perspectiva de diminuição do tamanho do Estado, caminham as propostas de privatização das empresas estatais. A alienação do patrimônio público (entendido como patrimônio das pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública indireta¹⁵) seria uma alternativa de aperfeiçoamento do

¹³ TÁCITO, Perspectivas..., op. cit., p. 4.

¹⁴ ARAÚJO PINTO, op. cit., p. 45-46.

¹⁵ Adota-se o conceito de privatização exposto por Carlos AYRES BRITTO enquanto “transferência do domínio público de uma empresa para o domínio privado dessa mesma empresa, em caráter, naturalmente, oneroso ou negocial.” BRITTO, Carlos Ayres. Privatização das empresas estatais, à luz da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 12, p. 126, 1995.

modelo estatal. É a opinião de Adilson ABREU DALLARI: “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 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.”¹⁶

Há, contudo, opinião diametralmente oposta, como retrata o discurso contundente de Lenio Luiz STRECK:

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. Como muito bem assinala Eric Hobsbawn, o Brasil é ‘um monumento à negligência social’, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país, as promessas da modernidade ainda não se realizaram. [...]

Daí vir a propósito (novamente) o dizer de Boaventura Santos, para quem o Estado não pode pretender ser fraco: ‘Precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal’. E acrescenta: ‘Fica evidente que o conceito de um Estado fraco é um conceito fraco. (...) Hoje, forças políticas se confrontam com diferentes concepções de reforma’. Por isto, conclui, não é possível, agora, organizar politicamente a miséria e a exclusão, produzidas de modo desorganizado e

¹⁶ 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.

desigual tanto globalmente quando nos contextos nacionais: ‘Nunca os incluídos estiveram tão incluídos e os excluídos, tão excluídos.’¹⁷

Não há como negar: a privatização segue atrelada a uma concepção de Estado mínimo. Mas essa defesa não é politicamente neutra. Para Gilberto DUPAS, “a redução das dimensões do Estado foi apresentada como fundamental para resolver os problemas de um setor público estrangulado por suas dívidas. E a chamada flexibilização do mercado de trabalho – a eliminação de certas garantias sociais dos trabalhadores – foi colocada como condição importante para o enfrentamento do desemprego. Ambas as proposições por vezes parecem fazer sentido, mas não são socialmente neutras e contém vários riscos. Até porque mercados podem ser internacionais, mas riqueza ou pobreza, e prosperidade ou precarização, serão sempre fenômenos nacionais e locais.”¹⁸

Destaca Diogo de FIGUEIREDO MOREIRA NETO que o primado do Direito Civil triunfou sob os escombros do absolutismo seguido pelo primado do

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 9/10, p. 53-54, jan./dez. 1998. Invocando o pensamento de Lenio STRECK, Ingo Wolfgang SARLET defende que a discussão, no Brasil, da proibição de retrocesso social na esfera dos direitos sociais é “absolutamente obrigatória e inadiável.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 105). Nesse sentido, Mariano R. BRITTO destaca que a substituição da regulação do Direito Público pela do Direito Privado, típica proposta da globalização, não deve ser desejada principalmente nos países em desenvolvimento, pois provocadora de um autêntico deslocamento social para abundantes setores, gerando um custo social altíssimo. BRITTO, Mariano R. Derecho público y derecho privado? **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, San Jose, a. 2, n. 2, p. 66, primer semestre 2002.

¹⁸ DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 70. Para Mariano R. BRITTO, diante de propostas de redução do espaço do Direito Público, não se pode esquecer que o Direito não é surdo, cego ou neutro. (BRITTO, op. cit., p. 66).

Direito Público contra os excessos do individualismo. O pêndulo oscilou da sociedade civil para o Estado alcançando, hoje, uma posição intermediária que “encontra e define novos tipos de interesses valiosos, além da alternativa público ou privado, que correspondia à *summa divisio* romanista.”¹⁹

Na arguta observação de Eros Roberto GRAU e Luiz Gonzaga de MELLO BELLUZZO, nas últimas duas décadas do século XX, operou-se uma nova revolução industrial, a revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações. As transformações acarretadas por essa nova revolução são sentidas diretamente na realidade social cotidiana e acabam por afetar a própria estrutura do *direito posto* de forma que “a abstração [despersonalização] do poder político – tal como já ocorre com o poder econômico – [o poder está não mais nos Estados nacionais, mas nas ‘redes’] torna inadequadas nossas categorias epistemológicas e insuficientes os grandes modelos desde os quais nos reconhecíamos e identificávamos os companheiros e os inimigos, como anota Alicia Ruiz (1995/3).”²⁰

Com razão, Gilberto DUPAS aponta como uma das diferenças centrais entre modernidade e pós-modernidade: na modernidade, a “separação da sociedade civil e Estado (Direito Civil e Direito Público)” e na pós-modernidade, a “interpenetração e tendência à confusão”.²¹ Cumpre identificar as razões justificadoras deste fenômeno.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As provedorias de justiça no estado contemporâneo: guardiãs da ética e da cidadania. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 20, n. 49, p. 17, 1993.

²⁰ GRAU, Eros Roberto; BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. Direito e mídia, no Brasil. In: FIOCCA; GRAU [org.], op. cit., p. 109.

²¹ DUPAS, op. cit., p. 43.

CRITÉRIOS PARA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

CRITÉRIO DO “INTERESSE PÚBLICO”

Carlos Alberto da MOTTA PINTO analisa, criticamente, vários critérios doutrinários utilizados para separar os campos do Direito Privado e do Direito Público. Entre eles, a *teoria do interesse* segundo a qual a norma de Direito Público tem por finalidade a tutela do interesse público e a do Direito Privado, dos interesses particulares.

Para o autor, a falibilidade do primeiro critério residiria na circunstância de que o Direito como um todo visa proteger simultaneamente interesses públicos e particulares. O critério somente poderia ser mantido se procurasse exprimir uma nota tendencial: se o Direito Público visa, predominantemente, a proteção dos interesses da coletividade, o Direito Privado, os interesses particulares. Ainda assim, o critério mostra-se problemático porque (i) não seria possível, em muitos casos, identificar o interesse predominante, se público ou privado e (ii) há normas que, embora destinadas à tutela de interesses públicos, são classificadas como de Direito Privado por força da tradição.²²

Na doutrina brasileira, Maria Celina BODIN DE MORAES distingue as relações jurídicas de caráter público e de caráter privado com base no interesse preponderante.²³

Se o conceito de “interesse público” não está apto, por si só, a servir de critério seguro para a distinção entre Direito Público e Privado, cumpre analisar as suas funções na cultura administrativista.

²² PINTO, op. cit., p. 24-26.

²³ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 26, 1997.

O INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

INTERESSE PÚBLICO: PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

Sérgio FERRAZ constata que “o conceito de interesse público configura um dos pontos centrais do Direito Público, a exigir elaboração cuidadosa, detida e exclusiva.”²⁴ Afinal, o regime jurídico administrativo estrutura-se, segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, sob dois princípios, de matriz constitucional: supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.²⁵

“A quem pertence o ar que respiro?” – perguntou, certa feita, Mauro CAPPELLETTI. A pergunta faz pensar que, tradicionalmente, tem-se caracterizado o interesse pelo seu titular – se o interesse é do indivíduo, diz-se que o interesse é individual, se da coletividade, diz-se que o interesse é público, se do Estado enquanto pessoa jurídica, diz-se que o interesse é estatal.

O interesse público constitui, assim, um “interesse transpessoal”²⁶ que, embora pressupondo os interesses individuais, deles se diferencia.²⁷

²⁴ FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 1, p. 203, jan./fev./mar. 2003.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 28-56. Para Eros Roberto GRAU, há “juristas que se recusam a praticar o pensamento crítico” e “nutrem uma concepção do princípio da supremacia do interesse público que resulta por privilegiar não o que se poderia supor ser o *interesse do Estado* [=sociedade], mas os *interesses, privados, daqueles que detêm o controle do Estado*, usando o vocábulo ‘controle’, aqui, sob o sentido de *dominação*. Em seus tratados e cursos, bem assim em ensaios sibilinos, o Estado é descrito como *deve ser*, jamais como *é*.” GRAU, Eros Roberto. O Estado, a liberdade e o direito administrativo. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 21, p. 165, jul./ 2002.

²⁶ Caracterizando o interesse público como “transpessoal”, José Luis BOLZAN DE MORAIS. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 119.

A teoria do mestre italiano, Renato ALESSI, é a que mais tem influenciado os administrativistas pátrios. Conforme este autor, a função é o poder concedido em relação à realização de determinados interesses, tratando-se de poder soberano, à realização de interesses públicos, coletivos. Estes interesses públicos, coletivos, dos quais a Administração deve buscar a satisfação, não são os interesses da Administração enquanto aparato organizativo autônomo, mas o interesse público primário, ou seja, o interesse da coletividade. O interesse do aparato administrativo é simplesmente um dos interesses secundários. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside justamente nisto: a sua função consiste na realização do interesse coletivo (público primário).²⁸

Com efeito, Renato ALESSI não ignora a existência de um interesse secundário, próprio do aparato administrativo. Todavia, o interesse secundário somente pode ser o norte do exercício da função administrativa quando coincidente, e na fronteira desta coincidência, com o interesse coletivo ou interesse público primário. Fixa, portanto, com a noção de interesse secundário a acessoriedade e, mais ainda, a subordinação do interesse da Administração *enquanto tal* ao interesse da Administração *enquanto representante da coletividade*.

²⁷ “Interesse público é uma realidade conceitual própria, autônoma, inconfundível, e não, simples oposição a interesse individual.” FERRAZ, Regulação..., op. cit., p. 203-204.

²⁸ ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**: i soggetti attivi e l’esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. Tomo I. p. 226-227. Com posição similar, Jean RIVERO identifica o interesse público, fim da Administração, como o interesse geral que “não é, portanto, o interesse da comunidade considerada como uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles; é muito mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas — aquelas a que o jogo das liberdades não provê de maneira adequada e cuja satisfação, todavia, condiciona a realização dos destinos individuais.” RIVERO, Jean. **direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 15.

Renato ALESSI defende também que o interesse secundário do aparato pode facilmente chocar-se com o interesse público primário (da coletividade). Daí a necessidade de instrumentos que garantam o vínculo entre ação administrativa e realização do interesse público primário. Garantia contra a possibilidade do uso do poder de ação concedido à Administração em favor da realização do interesse público para uma ilegítima realização do interesse secundário da própria Administração, ou que é pior, do interesse pessoal das pessoas físicas prepostas aos órgãos administrativos.²⁹

Nesse sentido, como explica Sérgio FERRAZ, “não é a natureza da pessoa que determina a natureza do direito ou do interesse abordado. Interesse público não é, pois, aquele pertinente à pessoa pública que o titularize; nem mesmo é, pura e simplesmente, o interesse do público.”³⁰ Aduz Sérgio FERRAZ, na linha doutrinária de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que o interesse público não é nem a soma dos interesses individuais nem sua expressão média. Resulta como o interesse do todo no qual os interesses particulares são coeficientes inafastáveis:

Dá-se, então, uma convivência de círculos de atuação, como agudamente divisou Rogério Ehrhardt Soares (op. cit., p. 103 et seq.). No primeiro dos concêntricos, desfruta o particular de um domínio limitado externamente por outro círculo, o do que expressamente lhe é vedado pelo sistema. E advém então o círculo maior, dos interesses indivisíveis de uma pluralidade, do todo, transcendência essa que substancia a idéia-cerne de interesse público. Nessa dimensão, aí sim, pode-se ver no interesse público não a simples soma, mas o

²⁹ ALESSI, **Principi...**, op. cit., p. 227-228.

³⁰ FERRAZ, **Regulação...**, op. cit., p. 203.

conjunto dos interesses pessoais dos indivíduos, considerados em sua qualidade de membros da sociedade.³¹

Todavia, como assinala Odete MEDAUAR, não é possível adotar-se uma concepção hegemônica de interesse público – de que haveria “o” interesse público – frente a uma sociedade complexa e pluralista:

[...] a uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se, assim, uma situação de heterogeneidade; de uma idéia de unicidade, passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comportamento. Menciona-se a indeterminação e a dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua própria objetividade.³²

Para Andrea PUBUSA, diante do princípio democrático e o da soberania popular, não existe mais uma estrutura e um interesse do Estado separados da comunidade, ou interesses do Estado ou dos seus órgãos que não sejam instrumentais em relação à comunidade nem, enfim, decisões despidas de

³¹ FERRAZ, Regulação..., op. cit., p. 205. Numa perspectiva contrária, Jürgen HABERMAS: “O nexó interno entre democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de sua autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada, se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis. A imagem da exterioridade e da interioridade é enganosa – como se existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade, com a prerrogativa de poder pleitear prioridade diante dos direitos à comunicação e à participação. Para o tipo de legitimação ocidental, a co-originariedade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais é essencial.” HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 72,

³² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 1992. p. 182.

elementos de democraticidade. Assim, “*il funzionario ‘non serve il governo e comanda sui cittadini’, ma ‘serve esclusivamente i cittadini’*”.³³ A Administração não deve cuidar de interesses do Estado, mas dos cidadãos.³⁴

A lição adapta-se ao texto constitucional brasileiro. A Constituição estabelece que o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político (art. 1.º, da CF). Se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos republicanos, não é possível que o interesse perseguido com o exercício da função administrativa não encontre seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.³⁵

Concorda-se com Manoel de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, para quem “não se pode falar em Direito Administrativo onde os administrados não possuem garantias jurisdicionais para no processo mais elementar defenderem a normatividade, fruto da lei e da ordem jurídica [...]. Encaminhar, portanto, ao judiciário, processo administrativo sem requisitos de forma e trâmites, será o mesmo que tirar do administrado as garantias que vinculam a administração ao estado de direito. A simples intervenção necessária da administração não torna o interesse privado em interesse sem proteção jurídica. Proteger o interesse público

³³ PUBUSA, Andrea. **Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996. p. 48-49.

³⁴ PUBUSA, op. cit., p. 49.

³⁵ Numa concepção ainda mais abstrata, Pietro PERLINGIERI identifica o interesse público com a “realização e a atuação dos direitos invioláveis do homem”, caracterizado por instâncias pessoais e “pela atuação de mais equânimes relações sociais fundadas no solidarismo e no personalismo, vistas como almas indefectíveis do projeto do constituinte republicano.” “O interesse público, portanto, não como superestrutura burocrática e superindividual, mas como síntese e atuação equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade de seus direitos, como titulares de um direito de igual *status personae*.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 285.

não é desconhecer o interesse privado. Muito menos num regime de garantias que dá substrato ao estado de direito.”³⁶

É certo que o conceito de interesse público primário, enquanto interesse da coletividade e fim de toda a atividade administrativa, encontra alicerces na Constituição brasileira. Disso não há dúvida. É correto que a assertiva não constitui nenhuma novidade. Afinal, a publicidade do interesse perseguido pela Administração deriva da idéia de República, no sentido de BODIN e KANT, como “coisa pública” e que hoje significa “comunidade” ou “coletividade política”.³⁷ Todavia, mostra-se como um dever do jurista buscar novos instrumentos de efetivação deste ideal que, embora antigo, incita ao abandono das trilhas batidas e rotineiras por onde tendem a enveredar, guiadas pelo pesado e rígido braço do hábito, todas as formas de atividade humana, sem exclusão da investigação intelectual e científica.³⁸

Em Conferência em memória de Conway, C. D. Darlington, ao abordar o conflito entre a sociedade e a ciência, em 1948, na cidade de Londres, asseverou ser necessária a criação de um “Ministério do Desassossego, de um

³⁶. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os direitos administrativos e os direitos processuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 111, p. 30, jan./mar. 1973. Como observa Carlos E. Delpiazzo, “*la categorización del Estado de Derecho se alcanza, antes que por su sometimiento formal al orden jurídico, por la realización de los valores que hacen a los fines de su obrar, entre los que se destaca la misión esencial que le compete no sólo en la defensa sino en la promoción de la vida*”. DELPIAZZO, Carlos E. **Dignidad humana y derecho**. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001. p. 31.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 484. No direito argentino, Germán J. BIDART CAMPOS assinala que a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça Argentina tem encarado o bem-estar geral do Preâmbulo como equivalente ao clássico bem comum ou bem público, porque “*lo público (al modo de la res publica romana) es la cosa pública o cosa de todos. No de un sector o de una parte, sino de la comunidad total.*” CAMPOS, Germán J. Bidart. Los bienes colectivos en el derecho constitucional de los derechos humanos. In: GRAU; CUNHA, op. cit., p. 60.

³⁸ DEWEY, John. **A filosofia em reconstrução**. Tradução de Eugênio Marcondes Rocha. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958. p. 10-11.

gerador, bem uniforme, de aborrecimentos, de um destruidor da rotina, de um sabotador da complacência”. Alinhado a esse pensamento, John DEWEY sustenta que “a rotina do hábito tende a embotar até a investigação científica, constitui um óbice ao caminho da descoberta e do trabalhador científico *ativo*. Isto porque descoberta e investigação são expressões sinônimas como ocupação. A ciência é uma procura, não a conquista do imutável. Novas teorias, traduzindo diferentes pontos de vista, são mais respeitadas do que certas descobertas que não representem mais do que acréscimos quantitativos ao cabedal já existente. Com referência ao domínio exercido pelo hábito, tem o conferencista palavras apropriadas, quando afirma que os grandes inovadores, na órbita das ciências, ‘são os primeiros a temer e a duvidar de suas descobertas.’”³⁹

Retornando ao tema do interesse público, mostra-se indispensável trazer à colação o lúcido pensamento de Jorge SALOMONI, notável administrativista argentino precocemente falecido. Afirmava SALOMONI que “(...) El interes público tiene dos consecuencias concretas em el sistema: em primer lugar, es el fundamento y limite de la potestad administrativa. Esto es, la Administración solamente puede actuar em función del interes público. Y si actúa fuera del interes público, el acto es nulo. Por lo tanto, es el fundamento y es el limite.”⁴⁰

É curial, também, investigar até que ponto o interesse público não se confunde, na prática, com o interesse do administrador que, fugazmente, encontra-se no exercício do poder. Até onde a assertiva – interesse público primário enquanto interesse da coletividade – encontra-se no “mundo do dever ser” e não no “mundo do ser”? Eros Roberto GRAU põe à prova o argumento:

³⁹ DEWEY, op. cit., p. 11.

⁴⁰ SALOMONI, Jorge Luis. Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales – Jerarquía, impacto y derechos humanos. Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2006, pág. 23

[...] é necessário tomarmos consciência de que o individual sempre esteve, entre nós, inserido no Estado, de modo a conformar e a determinar o interesse público, mesmo e especialmente o chamado interesse público primário.

E assim é porque as *virtudes republicanas* são imanentes à ordem *social*, mas não podem realizar-se entre nós, porque essa ordem, aqui, é *privatista*. A noção que temos da *coisa pública* relaciona-se não ao povo, porém ao Estado. O *público* é o *estatal*, não o *comum a todos*. Desconhecemos a sentença de Ulpiano, demarcando a distinção entre ambos: os bens pertencentes ao Estado são abusivamente chamados de ‘públicos’, pois assim devem ser considerados unicamente os bens que pertencem ao povo romano. E desconhecemos também, inteiramente, a síntese de Cícero: *res publica, res populi*.

O *individualismo possessivo* que toma conta de nós permite visualizarmos exclusivamente o que pertence a cada um e os bens que são ditos *públicos* assim são chamados porque *arreatados pelo Estado, este inimigo de cada um*, concebido como instituição rigorosamente separada da sociedade.⁴¹

O tangenciamento da noção de interesse público importará duas perspectivas: substancialista (a publicidade marca o interesse a ser perseguido com a função administrativa: o interesse é público porque pertence à coletividade⁴²) e procedimentalista (o agir administrativo deve ser público ou transparente, como regra).

⁴¹ GRAU, O Estado, a liberdade e o direito administrativo..., op. cit., p. 164.

⁴² Este também o sentido a ser atribuído ao art. 175, da CF, ao dispor que “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*” Serviço “público” significa, para além de outras interpretações possíveis, que a prestação do serviço deve ser norteada pelo interesse público.

Após essa ligeira acomodação de idéias é possível lançar algumas considerações decorrentes.

A Constituição Federal Brasileira incorpora normas sobre a Administração Pública e a atividade administrativa e sobre as relações regidas pelo Direito Civil. Daí a doutrina referir-se a um Direito Civil Constitucional composto por normas constitucionais aplicáveis às relações privadas. O que, de resto, não é um fenômeno exclusivo do Direito Administrativo ou do Direito Civil, mas comum a outras esferas do Direito.

Faz-se necessário uma interpretação que privilegie a incidência da Constituição na resolução de conflitos relacionados ao Direito Administrativo ou ao Direito Civil, o que resulta em afirmar o consórcio entre norma constitucional e infraconstitucional, resultante da simbiose do texto constitucional e do texto legal.

A idéia de sistema constitucional importa a construção de vasos comunicantes entre searas — Direito Administrativo e Direito Civil — que só aparentemente se encontram em estado de isolamento. Todavia, a instrumentação sistemática não pode obscurecer as especificidades de cada uma dessas dimensões, que começam no próprio texto constitucional, como é o caso da repartição de competências legislativas. Como a competência para legislar sobre Direito Civil é privativa da União e sobre Direito Administrativo é, salvo disposição constitucional em contrário, comum dos entes federados (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), a incidência das normas do Código Civil na atividade administrativa depende de um exame, no caso concreto, da sua compatibilidade com o princípio federativo.

A noção de interesse público, tal qual trabalhada por Jorge Salomoni, e fundada na consagração dos direitos humanos, desempenha um papel central na teoria do Direito Administrativo. A atividade da Administração Pública orientada para o perseguimento do interesse público primário, (i) implica para seu sujeito ativo a observância do princípio da publicidade dos meios e o da imparcialidade no tratamento dos particulares, (ii) encontra no processo administrativo importante garantia para manutenção de sua correta atuação. O conceito de função administrativa – como exercício de um poder atrelado necessariamente a uma finalidade estranha ao agente – impede o entendimento da discricionariedade administrativa como liberdade de conduta.

O Direito Privado de hoje incorpora mecanismos para horizontalizar relações jurídicas verticalizadas de fato, em razão do exercício do poder econômico e social. A horizontalidade, nas relações privadas, será alcançada com a *incidência da norma jurídica*. Nessa perspectiva, compreende-se o critério das posições dos sujeitos na relação jurídica (supremacia/verticalidade *versus* igualdade/horizontalidade) para a distinção entre Direito Público e Privado.

A Administração Pública, enquanto projeção do Estado, e nas suas múltiplas vestes (personalidade jurídica de Direito Público ou de Direito Privado), não é titular de “autonomia da vontade”, consectário da personalidade humana. E mais, a Administração Pública, enquanto pessoa jurídica, não tem acesso à titularidade dos direitos fundamentais. Por essa razão, na incidência de normas juscivilistas em relações jurídicas nas quais um dos pólos seja a Administração Pública (mesmo sob a veste da personalidade jurídica de Direito Privado), o Direito Administrativo não deixa escapar a sua influência.

A doutrina brasileira tem apontado circunstâncias responsáveis pela dificuldade na construção de uma teoria capaz de delimitar as esferas entre Direito Público e Direito Privado. Um dos fatores seria a própria constitucionalização do Direito Civil (expoente do Direito Privado) e do Direito Administrativo (expoente do Direito Público). A aceitação da supremacia da Constituição e da sua penetração em toda a malha do ordenamento jurídico contribui para a dificuldade na contraposição entre Direito Público e Privado.

A crise *do* Direito Civil revela-se (i) na perda da noção do Código Civil como centro valorativo do ordenamento jurídico privado, (ii) na quebra da dicotomia entre Direito Público e Privado como duas fronteiras distintas e impermeáveis, (iii) no movimento de descodificação das matérias afetas às relações privadas com a proliferação de leis esparsas, que se comportam como verdadeiros microssistemas, (iv) na publicização do Direito Privado com o “dirigismo contratual”, (v) na incapacidade do Direito Civil clássico de tutelar as novas relações jurídicas de forma justa. Tudo isto levaria, segundo alguns autores, a uma verdadeira “morte” do Direito Civil (o que parece ser, além de um certo “modismo”, um exagero). Há problemas também do *lado* do Direito Administrativo. Na constituição de uma pessoa jurídica de Direito Privado da Administração Pública indireta ou a outorga da prestação de atividades administrativas a particulares, já se encontra o paradoxo da mescla entre privado e público (formas privadas para alcance de fins públicos).

Diante desse quadro, o Código Civil não esgota o tratamento do Direito Civil, que também está regulado pela Constituição ou mesmo por leis esparsas. De outro, nem tudo que está *dentro* do Código Civil é propriamente matéria de Direito Civil. No Direito brasileiro, em se tratando de Administração Pública, é preciso, muitas vezes, identificar a matéria de Direito Civil a fim de determinar

se o Código Civil poderá ser aplicado aos entes da federação distintos da União (Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) em razão da divisão de competências legislativas, corolário da federação. A separação entre Direito Civil e Direito Administrativo não tem efeito meramente didático.

Na atualidade, há uma dissociação entre órgãos, fins e meios. A situação clássica era do ente público agindo para um fim de interesse geral com meios exorbitantes do direito comum. Na primeira dissociação, percebe-se que os entes públicos já não monopolizam a atividade administrativa; na segunda: a atividade administrativa não é sempre conduzida com meios exorbitantes do direito comum; na terceira: o fim de interesse geral é objeto de intensas mudanças a esmorecer os seus contornos.

Um Direito Administrativo concebido para cidadãos que buscam se defender do Estado mostra-se inadequado para proteger administrados ansiosos por ações positivas do Estado. Será necessário separar, dogmaticamente, institutos relacionados à “Administração restritiva ou agressiva” e à “Administração prestadora de serviços”. Ao lado da assunção de formas jurídico-privadas pela Administração Pública, há uma tendência de alargamento do desenvolvimento da função administrativa pelos particulares.

Primeiro, a Administração Pública e o Direito Privado. A incorporação de formas jurídico-privadas pela Administração Pública e a correspondente incidência subsidiária do Direito Privado não pode importar *déficit* de controle da gestão do patrimônio público ou dos direitos dos cidadãos. Segundo, os particulares que colaboram com a Administração Pública e o Direito Administrativo. A participação de particulares no exercício da função

administrativa não pode deixar de atrair a incidência do Direito Administrativo, quando se trata de proteger, mais uma vez, a gestão de um patrimônio afetado aos interesses da coletividade e os direitos dos cidadãos (usuários ou potenciais usuários).

A Administração Pública exerce função administrativa, uma função onde o poder e o interesse público encontram-se jungidos pelo manto de uma relação de necessidade causal. O Estado não pode se comportar como um particular: o Estado (a Administração Pública) não é um particular, é sustentado pela coletividade, ainda que o Direito positivo possa admitir, em casos excepcionais, o exercício de atividades próprias dos particulares. Permitir a equiparação do Estado aos particulares implica aceitar que aquele possa perseguir interesses públicos secundários desvinculados dos interesses públicos primários.

Identificar, no Direito positivo brasileiro, as vinculações jurídico-públicas, presentes em toda atividade desenvolvida pela Administração ou no exercício de uma função administrativa (e, aqui, a hipótese do particular como sujeito ativo da função administrativa), constitui tarefa imprescindível, ainda mais quando se assiste a um verdadeiro *desmonte* do espaço de garantia do cidadão em face das prerrogativas públicas.

Esta *mudança paradigmática* – de direitos fundamentais negativos a direitos fundamentais positivos – demandará, como reflexo, uma *mudança paradigmática* também no campo da Administração: da Administração de agressão para a Administração de prestação, do Estado de Direito para o Estado Social, da Administração de autoridade para Administração de cooperação.

Tratar da incidência do novo Código Civil nas relações administrativas exige a compreensão da precedência histórica do Direito Civil em relação ao Direito Administrativo.

O novo Código Civil Brasileiro, na esteira da tradição do *Codex* anterior, cuida de matérias timbradas pelo cunho administrativo. Destacam-se a desapropriação, referida no art. 1.275, inciso V, considerada como causa de perda da propriedade imóvel, as restrições ao uso anormal da propriedade (art. 1.277 e seguintes), a passagem forçada (art. 1.285), a imposição de passagem de cabos e tubulações (art. 1.286) a regulação das águas e questão dos aquedutos (arts. 1288 e seguintes), a limitação entre prédios (art. 1.297) e o direito de construir (art. 1299 e seguintes), temas marcadamente administrativos.

A doutrina administrativista tem ressaltado, no tocante ao regime de concessão ou permissão, que os bens afetados à prestação do serviço público, embora não sejam considerados “bens públicos”, sofrem a incidência do Direito Público justamente para garantir um princípio basilar nesta seara: o da continuidade do serviço público. Ora, sem abraçar por inteiro a opinião de Tércio SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, entende-se que em se tratando de bens, integrantes do patrimônio de particulares, mas afetados à prestação de serviços públicos, a tese de DUGUIT teria pertinência, justificando uma intensificação do princípio da função social da propriedade. Isto porque esses bens servem de suporte indissociável à prestação de um serviço do qual depende a interdependência social (como as telecomunicações, transportes, energia elétrica, entre outros). Intensificação de um princípio constitucional, que a nossa doutrina, esforçada em transplantar institutos estrangeiros, tem chamado de “*essential facilities doctrine*”.

De outro modo, tem-se asseverado que as concessionárias e permissionárias regem-se pelo Direito Privado no tocante às suas relações jurídicas com terceiros. Se se trata de relação regida pelo Direito Privado, já se percebe que não é o *velho* Direito Privado, mas um *renovado* Direito Privado, alicerçado na função social da propriedade, que trabalha com *outro* conceito de

contrato (agora regulamentado, autorizado, coativo ou forçado), nos moldes do princípio da função social dos contratos.

Em atenção à repartição de competências legislativas, a aplicação subsidiária do Direito Civil aos contratos celebrados pela Administração Pública restringe-se aos princípios contratuais. Isto porque como a União dispõe de competência privativa para disciplinar as “normas gerais” de contratação da Administração Pública (22, inc. XXVII), a incidência do Código Civil, legislação elaborada pela União, restringir-se-á às normas de caráter principiológico (normas gerais). É verdade também que muitos princípios contratuais foram alocados tradicionalmente no campo do Direito Civil, porque este foi o primeiro ramo do Direito Privado a se desenvolver, além de ter sido o berço da noção de contrato. Por essa razão, há princípios contratuais, pertencentes à teoria geral do Direito, que receberão um colorido diferente quando incidam em relações jurídicas mais fortemente reguladas pelo Direito Civil ou pelo Direito Administrativo.

Advirta-se que, embora o contrato tenha nascido no seio do Direito Privado, a sua aplicação na esfera administrativa ganhou contornos próprios. Por essa razão, tratar de princípios *subsidiários* do Direito Civil não é o mesmo que interpretar institutos próprios do Direito Administrativo à luz do Direito Privado.

Todavia, se, na vigência do antigo Código Civil, os contratos de Direito Privado estavam alicerçados em princípios opostos aos contratos administrativos, as recentes alterações do novo Código Civil caminham num sentido de aproximação dos institutos. O *pacta sunt servanda*, que constituía mola mestra dos contratos regidos pelo Direito Privado, foi substituído pelo princípio da função social dos contratos, como se depreende do art. 421 do novo Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Aspecto que merece ser lembrado e confirma a tese de aproximação entre os institutos contratuais no Direito Público e no Direito Privado é a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*. Num primeiro momento, entendia-se que esta categoria não poderia ser aplicada aos contratos administrativos quando o descumprimento partisse da própria Administração Pública, em face da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares. Inobstante, restando configurada impossibilidade material de cumprimento do contrato pelo particular, fora das hipóteses previstas no art. 78, incisos XIV e XV, da Lei 8666/93, deve incidir, diretamente, o art. 478, do novo Código Civil – que prevê a *exceptio non adimpleti contractus* – independentemente de se tratar de situação de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra ou tempo de descumprimento do contrato pela Administração Pública. Frise-se: no Direito Administrativo, a incidência subsidiária e excepcionalíssima do art. 478, do Código Civil depende (i) da configuração de uma situação de fato que impeça (não absolutamente como sustentava Gaston JÈZE, mas razoavelmente) o cumprimento, pelo particular contratante, de sua obrigação, (ii) que não esteja subsumida na hipótese do art. 78, inciso XVI da Lei 8666/93.

A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades. A transação pressupõe, portanto, a existência de um espaço de conformação outorgado pela lei ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não significa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir que o interesse público possa ser concretizado, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda. Aceita-se, portanto, a possibilidade da Administração utilizar-se do

instituto da transação, previsto expressamente no novo Código Civil em seu artigo 840 – “*É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas*”.

A responsabilidade da Administração Pública deita raízes no princípio republicano e no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF). A juridicidade do exercício do poder exige do Estado a responsabilidade pelos seus atos. Ao Poder Público não é dado lesionar direitos alheios e, de forma ilegítima, ignorar a ocorrência da lesão ou a necessidade de reparação. Com efeito, a responsabilidade no exercício da função administrativa decorre diretamente do texto constitucional (37, §6º, da CF). Ainda que o novo Código Civil normatize a respeito, a matéria não é própria do Direito Civil e, mais, a aplicação do Código Civil depende de um juízo de conformidade e adequação com a Constituição Federal.

O regime público de responsabilidade - ao lado da licitação, do controle externo, do concurso público, entre outros - configura uma *sujeição mínima* que não pode ser afastada da Administração Pública, mesmo quando assume personalidade jurídica de Direito Privado, ou quando explora atividade econômica (supostamente privada). Enquanto *sujeição mínima*, a responsabilidade incorpora um sentimento coletivo em relação à Administração Pública expressada na máxima: “que atue, mas que obedeça a lei, que atue, mas que pague o prejuízo” (HARIOU).

O regime privado de responsabilidade, ancorado na nova sistemática do Código Civil, não foi equiparado ao regime público por duas razões: (i) permanece a regra da responsabilidade subjetiva, de maneira que as atividades econômicas que não sejam consideradas “de risco” eximem-se do regime de responsabilidade objetiva, (ii) persiste a regra da responsabilidade por atos ilícitos, porque o §único do citado artigo, em nosso entendimento, excepciona a

responsabilidade subjetiva, não havendo como enquadrar a responsabilidade por atos lícitos.

Defende-se, nessa sede, que a regra é a incidência do regime de responsabilização objetiva, em se tratando de Administração Pública, por força do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Excepcionalmente, e sempre de forma subsidiária, poderá ser aplicado o regime do Código Civil (art. 927), desde que (i) não haja outra legislação em sentido contrário e (ii) a pessoa jurídica (seja de Direito Público ou de Direito Privado) integrante da Administração Pública não esteja agindo “*nessa qualidade*”, ou seja, na qualidade de exercente de uma atividade administrativa enquanto atividade-fim. Distinta é a hipótese de pessoas jurídicas de Direito Privado que não integram a Administração Pública. Como são particulares, que não pertencem à estrutura da Administração Pública, mas agem em colaboração, deverão responder diretamente, nos moldes do art. 37, §6º (responsabilidade objetiva por atos ilícitos e lícitos) quando estiverem agindo “*na qualidade de prestadores de um serviço público*” - entendida a expressão na sua acepção técnica de oferecimento de utilidades ou comodidades materiais de titularidade pública – desde que o façam por sua conta e risco.

A noção de agente público, para fins de responsabilização, deve ser entendida de forma ampla. Agente público é toda pessoa *física ou jurídica*, investida em função pública, independentemente do vínculo que ostenta. Incluem-se, por conseguinte, os colaboradores da administração, que responderão (i) diretamente se estiverem exercendo atividade administrativa por sua conta e risco (como é o caso das concessionárias ou permissionárias de serviços públicos), (ii) por via de ação regressiva se não estiverem agindo por sua conta e risco. São abrangidas, assim, todas aquelas pessoas que tomam decisões ou realizam atividades de alçada, em virtude do desempenho de um mister público, ressalte-se, em qualquer escalão. O rito da ação regressiva é ordinário, de

consonância com o preceituado na parte final do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, sujeito ao Código de Processo Civil, devendo esta ser instaurada somente entre a pessoa jurídica interessada e o agente culpado, no intuito de ressarcimento dos cofres públicos.

Em se tratando de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, impõe-se observância a uma ordem de preferência: (i) a ação deve ser ajuizada contra a pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos; (ii) na hipótese desta não reunir condições de reparar o dano, a vítima poderá invocar, se for o caso, a responsabilização (subjetiva) do agente causador do dano; (iii) vencidas estas alternativas, até por presumida “culpa *in eligendo*” responsabilizar-se-á subsidiariamente (e de forma objetiva) o ente delegante.