

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

GIOVANI DA SILVA CORRALO

JANAÍNA RIGO SANTIN

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Giovani da Silva Corralo; Janaína Rigo Santin; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-690-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

A complexidade das relações sociais, políticas, culturais e jurídicas neste limiar do século XXI exige um novo olhar sobre o fenômeno estatal, sobre a gestão pública e, por consequência, sobre o Direito Administrativo. É preciso inaugurar uma ordem regulatória dialética, capaz de articular os elementos que conformam a sociedade política com os elementos da sociedade civil. E para tanto, as novas tecnologias de informação e comunicação podem ser um importante meio de ligação entre governantes e governados, aproximando-se uns aos outros e otimizando a gestão pública.

Nesse sentido, o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, ocorrido em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, teve como tema: TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INOVAÇÃO NO DIREITO. Realizou-se nos dias 14/11/2018 a 16/11/2018, nas dependências da UNISINOS, congregando pesquisadores de instituições e programas de Mestrado e Doutorado das mais diversas partes do Brasil e do exterior.

Com 24 (vinte e quatro) artigos aprovados e 22 (vinte e dois) efetivamente apresentados no GT, observou-se que os trabalhos produziram empatia entre os participantes, especialmente porque retrataram, de forma fidedigna, as grandes preocupações da sociedade brasileira contemporânea, tendo ocorrido quase que um alinhamento perfeito em torno de dois eixos temáticos: o combate à corrupção na esfera pública e a questão da eficiência administrativa.

O sensível interesse despertado pelos temas, a revelar uma evidente sintonia entre a academia e a sociedade, estimulou a ampla participação do público, por meio de intervenções voltadas ao aprofundamento das análises e a contribuir para o aperfeiçoamento das mais de duas dezenas de pesquisas divulgadas no Grupo de Trabalho 35, do CONPEDI Porto Alegre. Para além disso, os encaminhamentos da coordenação democratizaram as discussões, permitindo que diferenças fossem apresentadas com urbanidade, na senda de valorizar a divergência e a crítica, essenciais ao desenvolvimento e ao aprimoramento da pesquisa científica.

Assim, é com grande satisfação que apresentamos a comunidade jurídica a presente obra. Que todos possam se valer dos valiosos ensinamentos aqui presentes.

Professora Doutora Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo

Professor Doutor Giovani da Silva Corralo – Universidade de Passo Fundo

Professor Doutor Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DIREITO PRIVADO ADMINISTRATIVO: DA SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA
DIREITO PÚBLICO VS. DIREITO PRIVADO AO DEVER DE COOPERAÇÃO**
**ADMINISTRATIVE PRIVATE LAW: OVERCOMING THE DICOTOMY PUBLIC
LAW VS. PRIVATE RIGHT TO THE DUTY OF COOPERATION**

Fabiano Nobre Zimmer

Resumo

O objetivo deste artigo é descrever as origens da dicotomia entre direito público e direito privado e o estado atual de enfraquecimento de tal perspectiva, inerente ao fenômeno da constitucionalização do direito e do paradigma do Estado Democrático de Direito. O presente estudo identifica a existência de um direito privado administrativo na perspectiva do marco regulatório das estatais, tendo em vista a mudança de paradigma do Direito Administrativo e a necessidade de transplantar/espelhar o instituto da governança das empresas privadas às empresas estatais.

Palavras-chave: Dicotomia, Direito público, Direito privado, Direito privado administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to describe the origins of the dichotomy between public law and private law and the current state of weakening of such perspective, inherent to the phenomenon of constitutionalisation of the law and the paradigm of the Democratic State of Law. The present study identifies the existence of a private administrative right from the perspective of the state regulatory framework, in view of the paradigm change of Administrative Law and the need to transplant / mirror the institute of governance of private companies to state companies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dichotomy, Public right, Private right, Private administrative law

1 INTRODUÇÃO

Porque um olhar histórico? Como nos lembra Lima Lopes (2014, p. 13), a história não é mero “verniz de erudição”: ela possui um “papel intelectual insubstituível”. Por óbvio, não é o caso de fazermos aqui uma defesa geral do estudo da história do direito. É nossa obrigação, no entanto, inquirir de modo mais específico que “papel intelectual insubstituível” teria a história para o nosso objeto de estudo – a distinção entre direito público e direito privado no direito administrativo contemporâneo – que se move num ponto de entrecruzamento entre o regime público e o privado.

Por meio de metáfora interessante, nos diz Pierre Legendre (1992, p. 43) que “[a] História é a geologia da Ciência Administrativa”. “Sem a análise dos estratos inferiores”, continua ele, “a solidez do terreno não é jamais uma certeza”. Isso vai direto ao coração daquilo que buscamos, pois traz a ideia (um tanto óbvia, mas fundamental) de que

[o] poder administrativo está profundamente imbricado [...] em instituições concretas, bem como em sua evolução ao longo do tempo; ele não vive somente em uma dimensão jurídica, conceitual ou constitucional. Precisamente por essa razão, ele se presta a diversidade substancial e se abre a caminhos divergentes de desenvolvimento. (SORDI, 2011, p. 25)

Neste momento de transição e de autêntica associação entre o direito público e o direito privado, emerge o desafio da definição do regime jurídico – publicista e/ou privatista – aplicável, às empresas estatais prestadoras de serviços públicos e as prestadoras de atividades econômicas em sentido estrito. Diante disso, nas palavras de Legendre (1992, p. 43-44), “sem a análise do passado institucional, não é possível pretender apreciar os anacronismos do presente, nem, com mais razão ainda, estabelecer as bases de uma eficácia prospectiva”. A história é indispensável porque ela visa desempenhar “o papel da desmistificação do eterno” e “compreender que vivemos no tempo da ação” (LOPES, 2014, p. 13).

Portanto, estudam-se as origens da dicotomia para refletir a respeito de um problema específico: *Permanece válida a distinção entre direito público e direito privado no direito administrativo contemporâneo?* O que se propõe no presente estudo é apresentar a evolução histórica, a origem da dicotomia e os reflexos operacionais na configuração de um novo *direito privado administrativo* (DI PIETRO, 2013), mais dinâmico, flexível e eficiente.

Um exemplo recente dessa mudança de paradigma é a edição do marco regulatório das estatais (Lei nº 13.303/2016), que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujo regime jurídico estabelecido é híbrido, ora submete as estatais ao direito público, ora ao direito privado, conforme o bem jurídico tutelado.

Assim, sem esgotar as incidências históricas em cada período abordado, uma espécie de linha do tempo serve como pano de fundo à comprovação das origens da dicotomia entre direito público vs. direito privado, passando pela ampliação da atuação estatal (*fuga para o direito privado/privatização do direito público e publicização do direito privado*) e alcança os nossos dias, com a constitucionalização do direito público e do direito privado.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO VS. DIREITO PRIVADO E A SUA SUPERAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL.

Historicamente as relações de direito público, relações de direito privado e relações público-privadas são divididas em dois grandes grupos: o direito público e o direito privado. Segundo Sundfeld (2017, p. 24), (a) “O direito privado é formado pelo conjunto de normas regendo as relações dos indivíduos entre si, dentro do Estado-sociedade (relações de família, relações dos comerciantes entre si e entre comerciantes e seus clientes, relações entre locador e inquilino, e outras mais)”; (b) “O direito público é formado pelo conjunto de normas que regulam as relações entre Estado e indivíduos (relações Estado-servidor, Estado-empresa, etc).” Portanto, as normas de direito privado disciplinam as relações entre privados, sem a participação do poder político, enquanto que as normas de público regulam as relações entre o Estado e os administrados (servidores, empresas, particulares em geral).

Assim, o direito público regula as atividades estatais, o regime jurídico administrativo e a chamada função administrativa. A organização do Estado e o exercício de suas funções (produzir leis, julgar acusados e prestar serviços públicos) são estabelecidos por *normas de direito público*, inclusive a relação com outros Estados. Em resumo, o direito público é o direito do Estado, isto é, ele constitui a autoridade; enquanto que o direito privado é o direito do particular (não-público), isto é, ele é constituído pela autoridade (CAENEGEM, 1995, p. 5). Conforme explica Caenegem (1995, p. 6), a partir do surgimento do Estado moderno, inicia um movimento de consolidação do direito público.

Na Idade Contemporânea verifica-se a construção da ciência do direito público, sendo as Revoluções Americana e Francesa (e as Constituições delas resultantes) seus marcos históricos mais notáveis. Os sujeitos incumbidos de exercer o poder político podem impor normas, mas também possuem o dever de obediência a certas normas jurídicas na sua atuação, “cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir, em consequência, o controle do poder pelos seus destinatários.” (SUNDFELD, 2017, p. 35-36). Forma-se, a partir de então, o conceito de Estado de Direito, isto é, um Estado que realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica, “contrapondo-se ao superado Estado-Polícia, onde o poder político era exercido sem

limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos.” (SUNDFELD, 2017, p. 138)

Assim, quanto à origem da distinção entre Direito Público e Direito Privado, e a respectiva ligação entre o mundo antigo e o mundo contemporâneo, foi o legado do Direito Romano que exerceu papel importante na formação de diversos ramos do direito privado de numerosos sistemas jurídicos ocidentais, embora as bases iniciais tenham sido fixadas pelo direito canônico medieval.¹ (COUTO E SILVA, 2015, p. 501)

“Ulpiano, em Roma, referiu pela primeira vez a distinção, ao apontar a existência de duas perspectivas possíveis para o estudo do direito: a primeira concernente ao modo de ser do Estado romano (normas sobre a organização política e religiosa do Estado); a segunda, relativa aos interesses privados.” (SUNDFELD, 2017, p. 139). Naquela época, falar na distinção entre direito público e direito privado “remonta ao direito romano clássico, que atribuía ao primeiro as coisas do Estado e ao segundo, os interesses individuais” (BARROSO, 2009, p. 52). No entanto, os antigos não possuíam direito público, pois a “concepção grega de lei – que vigorará por longos séculos – difere substancialmente da atual. A lei para os antigos era sagrada e imutável, sendo atribuída a um poder divino, e, desse modo, integrando a religião” (SUNDFELD, 2017, p. 30). Não obstante havia autoridades para resolver conflitos entre indivíduos. Porém, “isso não levou à identificação da atividade de julgar como regulada por um direito público, diverso do direito privado que se visava aplicar. As normas regendo a atividade de julgar (que hoje incluímos no direito processual, um dos ramos do direito público) eram entendidas como parte do direito civil (ramo do direito privado)”. (SUNDFELD, 2017, p. 31)

A par das divergências, sustenta Sundfeld (2017, p. 32) que a “distinção teórica entre direito público e privado foi formulada pelos romanos, que desenvolveram intensamente a doutrina privatista. Entretanto, inexistia uma consciência clara, à época, da diferença entre poder político e outras espécies de poderes [...]”. O professor Caenegem (1995, p. 1), com apoio nas Institutas de Justiniano, assevera que o direito romano distinguia *ius privatum* e *ius publicum*. Como bem adverte Facchini (2012), a distinção entre direito público e direito privado ingressou “na história do pensamento político e social do ocidente através de duas passagens do *Corpus Juris Civilis* [*Institutiones*, I, I, 4; *Digesto*, I, 1, 1, 2], onde se refere ao público como *quod ad statum rei romanae spectat*, e ao privado como *quod ad singulorum utilitatem*.” Por volta do final do século XVII e início do século XVIII o *Corpus Juris Civilis* foi

¹ Na monarquia não existia o direito público, mas apenas regras de organização do Estado, cujas relações entre os indivíduos e o Estado não eram relações jurídicas, e sim meras lações de subordinação ou de sujeição, porquanto o único direito que existia era o direito privado.

redescoberto por juristas, que reelaboraram a distinção entre público e privado presente nos romanos. Porém, “a elaboração teórica dessa dicotomia em séculos subsequentes não teve impacto imediato na prática jurídica, deixando mesmo alguns países intactos. [...]. Não é surpreendente, portanto, que o ensino de direito público em universidades francesas só tenha começado na segunda metade do século XVIII.” (CAENEGEM, 1995, p. 2)

As razões para a vitória dessa distinção em vários países foram razões *políticas* ligadas ao conflito entre autoridades estatais centrais absolutas e uma resistência liberal baseada em direitos. A ideia absolutista de que assuntos de direito público deveriam ser removidos da jurisdição de tribunais comuns foi expressada da maneira mais forte em 1653, na Prússia, onde foi dito que “*Regierungssachen sind keine Justizsachen*” (“os assuntos do governo não são assuntos de justiça”). (CAENEGEM, 1995, p. 2-3)

Por outro lado, Caenegem (1995, p. 3) identifica que havia razões igualmente políticas, porém, mais “liberais”, para se apoiar uma delimitação clara entre esses dois “ramos” de direito. A definição do direito público como um campo separado era, por outro lado, sustentado também pela luta pela autonomia do direito privado como uma esfera que fosse imune da onipotência do Estado. Se o direito público devia ser deixado ao Estado, o mínimo que se poderia fazer era salvaguardar a esfera do indivíduo livre, i.e., o direito privado. Quanto mais nítidos fossem traçados os limites do direito público, mais seguro estaria o cidadão frente ao poder político.

Nos séculos XVII e XVIII há uma distinção embrionária entre direito público e direito privado em razão da separação entre justiça e administração. Tal separação não era fruto de uma distinção teórica anterior, mas o mero resultado de equilíbrios políticos (o interesse principal era coletar impostos e dar provisões ao exército – o resto ficava – quando ficava – muitas vezes a cargo dos “velhos magistrados” ou de forças locais). Dessa forma, é importante distinguir direito público de “não-direito” público também sob o enfoque do controle dos poderes especiais reservados aos governantes.

É possível perceber a aproximação da ideia de um regime jurídico destinado ao conceito de coroa, enquanto diferente da pessoa física do rei, cuja origem fornece a base para distinguir entre público e privado² (LOUGHLIN, 2004, p. 21). Não houve, no entanto, um interesse na formulação dessa distinção, tendo em vista a evolução constante do direito privado. Ao Estado, tudo era reduzido à regra de que o poder era ilimitado e dever ser

² O direito público pode ser visto como um direito técnico, ao passo que o direito privado é formado por regras gerais de conduta. O direito público também deve ser prático, pois se relaciona a atividade de governar, devendo ser concebido como um conjunto de regras, princípios, costumes, usos e precedentes que condicionam e sustentam o exercício da função administrativa.

atacado. Por sua vez, o motor do direito privado foi a sociedade civil, e não o Estado. Somente a partir da noção de Estado de Direito e da Codificação o Estado passa a intervir, passando a doutrina a propor diversos critérios de distinção³.

Em 1789, com a Revolução Francesa, eclode a fundação da administração moderna (MANNORI; SORDI, 2009, p. 235). A tomada de poder por Napoleão trouxe a seguinte mensagem: A administração não poderia estar diluída na sociedade, mas separada dela e com grandes poderes de intervenção. Na mesma linha de pensamento, Mannori e Sordi (2009, p. 236) mencionam que a atividade administrativa devia ser confiada a uma única cadeia de comando, formada por funcionários profissionais e ministros, governadores, subgovernadores e prefeitos, claramente superordenados em relação a simples cidadãos privados, e responsáveis apenas perante seus superiores hierárquicos.

Sundfeld (2017, p. 36), ao examinar o surgimento do Estado moderno, afirmou que se operou uma transformação radical, eis que

Até então, em todas as épocas anteriores, destinavam-se a impor – praticamente sem limites e sem controles – a obediência das pessoas às determinações do poder político. Agora, cuidarão ainda de fazer prevalecer o poder político sobre os indivíduos (que pagarão impostos ao Estado, submeter-se-ão ao seu julgamento, obedecerão às leis por ele produzidas); mas também – e sobretudo – de organizar o Estado para limitar e controlar seu poder (os cidadãos escolhem em eleições os parlamentares, o Parlamento faz normas para regular a cobrança de impostos pelo Executivo, um Tribunal pode anular a lei feita pelo Parlamento, o indivíduo pode mover uma ação judicial para se furta da cobrança ilegal de impostos...). Cunha-se, a partir de então, o conceito de *Estado de Direito*, isto é, de um Estado que realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica, contrapondo-se ao superado *Estado-Polícia*, onde o poder político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos.

É dessa época também que a imunidade da Administração frente ao Judiciário surge.

Falando da separação entre administração e judiciário no período napoleônico, Mannori e Sordi (2009, p. 237), afirmaram que

[...] todos os casos administrativos foram excluídos da competência judiciária e reservados primeiros à própria administração, e depois a juízes administrativos especiais que eram em todo caso instituídos no interior do poder executivo (o principal desses era o *Conseil d'État* [...]). Esse sucesso sancionou a equalização completa das funções administrativas e judiciárias. A administração havia se tornado um poder perfeitamente autônomo, e seus atos carregavam a mesma força de 'verdade jurídica' que as sentenças de juízes.

Com a queda de Napoleão, os atos administrativos passam a ser considerados como expressão de soberania – o poder público não é mais expresso apenas por leis e sentenças, mas também por *atos administrativos*. O Direito Administrativo nasce, na família romano-

³ O direito público é distinto do direito privado, não implicando, necessariamente, oposição. Por exemplo: o uso do direito privado pela Administração Pública via empresas estatais não é mais exceção, ou seja, trata-se de um regime jurídico próprio, uma opção do legislador. Poderia haver uma utilidade para a distinção direito público *versus* direito privado caso houvesse uma Justiça Administrativa ou um direito processual específico do contencioso administrativo no Brasil. Mas, não há isso no nosso sistema jurídico. Nos países em que há essa divisão, a utilidade da distinção persiste. As razões para essa dicotomia, segundo SUNDFELD (2017, p. 140), é a equivocada importação de doutrinas francesas e componentes estatistas e antiliberais. Aponta o autor que um dos principais problemas é que a dicotomia é de oposição e não de mera separação.

germânica, do Conselho de Estado francês, o qual produz jurisprudência que se torna fonte do Direito Administrativo. Embora o Direito Administrativo tenha suas origens no Direito Civil, cuida-se de especializar o tratamento da Administração Pública. De um lado, essa especialização ocorre para fins de proteger o interesse público e outorgar prerrogativas especiais à Administração, prestadora de serviços essenciais e munida dos chamados atos de império. De outro lado, a especialização proporcionou um controle técnico do que seriam as manifestações de arbítrio da Administração Pública. Não por outro motivo que as teorias do desvio de poder, desvio de finalidade e, sobretudo, imoralidade administrativa nasceram no Direito Administrativo francês⁴. Em síntese, a Administração é agora um *sujeito* que persegue seus fins de *interesse público* da mesma maneira que cidadãos privados perseguem seus interesses individuais. Contudo, como bem explicita Mannori e Sordi (2009, p. 240),

É certamente diferente do direito privado, porque a administração é a detentora de poderes, competências e privilégios que não podem pertencer a cidadãos comuns e que não são fornecidos pelo *Code Civil*; mas ainda é um direito que regula uma relação bilateral, tal como a entre dois indivíduos. Uma enorme distância evidentemente separa esse direito do antigo “*droit de police*”, a quem faltava totalmente esse caráter bilateral e era indicado tão somente por sua finalidade genérica de “bem público”.

Conclui-se, assim, que os órgãos governamentais possuem, e se veem como possuindo, preocupações que são usualmente diferentes daquelas de pessoas ordinárias. Uma implicação disso é que é um erro tentar colocar direitos individuais no centro do “direito público” e seus procedimentos. Há um espaço para direitos no “direito público”, mas somente como, primeiro, um reflexo de uma visão de que ajuda a construir uma boa sociedade, e, segundo, como uma limitação nítida aos meios que órgãos públicos podem empregar na busca de interesses públicos, de modo que não debilite as liberdades que são necessárias para aquela concepção de uma boa sociedade (FELDMAN, 2015, p. 34-35). Esse ponto é interessante porque o direito assume uma concepção pública de justiça⁵.

Nesse contexto, para distinguir direito público e direito privado, adotamos os seguintes critérios propostos por Sundfeld (2017, p. 139-141): (i) Sujeito (no direito público o sujeito é o Estado, no direito privado o sujeito é o particular); (ii) Interesse (são públicas as normas que tutelam interesses públicos, e privadas as normas que regulam interesses

⁴ A propósito, veja-se HAURIU (1938, p. 232 e ss.) e FERNANDEZ RODRIGUEZ (2002). Com pequenas divergências, Di Pietro (2016, p. 1-2) aponta que “o Direito Administrativo, como ramo autônomo, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, o que não significa que inexistissem anteriormente normas administrativas, pois onde quer que exista o Estado existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas”, desenvolvendo-se juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação dos poderes.

⁵ Segundo Rawls (1999, p. 5), uma concepção de justiça é “um conjunto de princípios” que atribui “direitos e deveres básicos” e determina o que se toma como sendo “a distribuição apropriada de ônus e benefícios da cooperação social”.

privados); (iii) Personalidade (o Estado é pessoa jurídica de direito público, enquanto a sociedade comercial, por exemplo, é pessoa jurídica de direito privado. A diferença reside nas normas de organização e de relação com terceiros, isto é, a pessoa de direito público é regida por normas de direito público e a pessoa de direito privado é regida por normas de direito privado); (iv) Atividade (o que define a incidência de um ou outro ramo jurídico é a atividade, e não a pessoa envolvida. O público é o direito das atividades estatais, enquanto o privado é o direito das atividades dos particulares. Contudo, tanto o Estado como os particulares podem atuar sob o regime de direito público quanto de direito privado).⁶

Por outro lado, outra distinção entre direito público e direito privado, pode se dar através do regime jurídico, porquanto não há um critério único para diferenciar, havendo a necessidade de se conhecer os vários usos⁷ da dicotomia dentro da ciência jurídica, bem como identificar os princípios (gerais) de direito público (autoridade pública, submissão do Estado à ordem jurídica-legalidade, função, igualdade dos particulares perante o Estado, devido processo, publicidade, responsabilidade objetiva, igualdade das pessoas políticas⁸) e os princípios de direito privado (códigos civil, comercial, trabalhista).

Dessa forma, é possível sintetizar que o direito público tutela o interesse coletivo (público); ao passo que o direito privado tutela o interesse individual (privado). Ao Estado é reservado o exercício de uma autoridade pública através de uma relação vertical. Diversamente, entre os particulares os interesses são iguais, de mesma estatura (igualdade) e protegidos de modo equivalente, tratando-se de uma relação horizontal (igualdade).⁹ Quanto

⁶ Nessa linha de entendimento, se o Estado presta serviço público (educação, saúde, etc.) sujeita-se ao direito público; se explora atividade econômica sujeita-se ao regime privado, embora deve observar algumas normas típicas do direito público (licitação, concurso, controle do Tribunal de Contas, entre outras). Se o Estado delega a particulares a realização de atividades estatais, sujeitam-se ao regime de direito público. Agora, se a empresa particular explora atividade econômica submete-se ao regime privado.

⁷ Sundfeld (2017, p. 41) aponta as seguintes categorias: *bem público x bem privado, relação de direito público x relação de direito privado, norma de direito público x norma de direito privado, pessoa de direito público x pessoa de direito privado, interesse público x interesse privado, obrigação de direito público x obrigação de direito privado*.

⁸ Segundo Sundfeld (2017, p. 152), “foram selecionados apenas os princípios gerais do direito público, deixando-se de lado aqueles cuja incidência esteja circunscrita a setores dele (direito penal, administrativo, processual etc.).”

⁹ As normas de direito público outorgam ao Estado posição de autoridade nas relações jurídicas, expressando-se no poder de impor deveres ao outro sujeito, independentemente da concordância deste. A relação de direito público é vertical: o Estado se situa em posição mais elevada que o particular. A essa espécie de poder, consistente na possibilidade de obrigar unilateralmente a terceiros, chamados de poder extroverso. Já as normas de direito privado regulam as relações jurídicas em termos de igualdade, pois entre particulares os interesses individuais e os respectivos deveres nascem pelo consentimento, é dizer, pela concordância de ambas as partes envolvidas na relação. A relação jurídica de direito privado é horizontal, situando-se os sujeitos no mesmo plano, sem poder para, unilateralmente, impor obrigações, na medida em que somente possuem poder interno, que é o poder para constranger sua própria esfera jurídica, e não a alheia. Tais diferenças podem ser facilmente verificadas nas seguintes oposições: *interesses públicos x interesses individuais; autoridade x igualdade; relação vertical x relação horizontal; poder extroverso x poder interno; ato unilateral x ato bilateral; em suma, direito público x direito privado*. (SUNDFELD, 2017, p. 69)

ao poder, o Estado exerce um poder extroverso ao editar provimentos e constituir unilateralmente obrigações (ato unilateral), ao passo que os particulares exercem um poder interno, que limita apenas a sua própria esfera jurídica (ato bilateral). A ideia de submissão do Estado à ordem jurídica (legalidade), aplicável ao direito público, opõe-se o princípio da liberdade dos indivíduos (liberdade), que está na base do direito privado. O Estado somente pode fazer o que a lei permite ou autoriza, ao passo que o particular pode fazer tudo o que a Constituição e as leis não proíbem.¹⁰ A atividade pública constitui uma função, que é o poder de agir, cujo exercício traduz um dever jurídico dirigido para uma finalidade que gerou a atribuição ao agente. Ao princípio da função (ato vinculado a um fim), próprio do direito público, opõe-se o da autonomia da vontade, vigente no direito privado, cujo ato é produzido nos termos da vontade livre dos particulares. Outra distinção diz respeito à igualdade dos particulares perante o Estado. O Estado deve editar leis gerais e abstratas, não existindo um direito do particular à igualdade nas relações privadas. Outra distinção refere-se ao devido processo. A realização do processo é indispensável à produção ou execução dos atos estatais. É uma garantia do particular frente ao Estado (processo legislativo, judicial e administrativo). Ao princípio-garantia do devido processo (formalismo), típico do direito público, contrapõe-se, no direito privado, a faculdade de os sujeitos determinarem livremente o iter formativo de suas vontades, sem vinculação a qualquer processo juridicamente regulado (informalismo).

Ainda, existem distinções quanto à publicidade, à responsabilidade objetiva e à igualdade das pessoas políticas. O Estado tem o dever de publicidade, e o inverso ocorre com o indivíduo em que a atividade é livre com a realização de valores íntimos (intimidade/privacidade). A responsabilidade do Estado é objetiva, independe de culpa. No direito privado a responsabilidade se liga à ideia de culpa (subjéctiva). Por último, a relação entre União, Estados e Municípios é de igualdade (isonomia) em termos de organização espacial da estrutura de poder, não havendo, no mundo privado, essa simetria.

Portanto, o Estado tem o poder de mandar, de dar ordens e de impor obrigações. Contudo, tais poderes não são ilimitados. Ao contrário, é limitado, condicionado e controlado por normas jurídicas que concederam o poder ao Estado, sendo que o “estudo desses limites, condições e controles é um dos tópicos mais importantes da ciência do direito público.” (SUNDFELD, 2017, p. 70). Entre os limites do direito público e do direito privado podem ser inseridos: a possibilidade de intervenção do Estado na economia, o ciclo intervencionista e as atividades não imperativas e não funcionais que passaram a ser conduzidas pelo Estado em

¹⁰ “A dependência ao Direito (‘princípio da legalidade’) não é exclusiva das entidades estatais nem do direito do Estado, pois todas as entidades do setor privado também se sujeitam a ela.” (SUNDFELD, 2017, p. 129)

competição com os sujeitos privados, o que revela o início em direção ao direito privado por parte da Administração Pública.

A centralidade do direito administrativo no final do século XIX dependeu amplamente da transformação da própria tipologia do Estado, de uma verdadeira explosão de tarefas públicas como uma questão social, cuja necessidade era responder ao fenômeno da industrialização. Do Estado providência, que não se resume apenas um aumento de funções de vigilância e defesa, passa a ser traduzido para um Estado gerencial, confundindo-se os limites entre direito público e direito privado. Assim, o “Estado se torna um fator ativo e influente na economia; se torna uma empresa, uma corporação de negócios; de um corpo político, se torna um corpo econômico. Paralelamente, o regime administrativo começa a perder sua unidade” (MANNORI; SORDI, 2009, p. 258-259), cujos traços essenciais deste modelo são o esvaziamento da distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, a restrição gradual da autonomia da vontade privada em detrimento do interesse público, bem como o destaque do papel exercido pela norma jurídica na conformação da vida econômica e social. São essas as reflexões que serão desenvolvidas no próximo tópico.

3 PERMANECE VÁLIDA A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO?

Uma das razões construídas pelo pensamento constitucional contemporâneo para o enfraquecimento da dicotomia entre o direito público e o direito privado: o surgimento do fenômeno do *constitucionalismo*¹¹ constituiu um novo lugar e uma nova importância à Constituição. Isso porque, se no *constitucionalismo*, sintetizam-se as promessas da modernidade: poder limitado, preservação e promoção dos direitos fundamentais, realização da justiça material, etc. (BARROSO, 2004, p. 27-65; 2005, p. 505-518); o *constitucionalismo contemporâneo* – a partir das Constituições dirigentes-compromissórias e do paradigma do Estado Democrático de Direito exurgentes no segundo pós-guerra – caracteriza-se pela constitucionalização do direito, pela horizontalidade dos direitos fundamentais, pela força normativa à Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e da interpretação constitucional, pela normatividade dos princípios e pela judicialização ampla de questões políticas e de relações sociais (BARROSO, 2004, p. 27-65; STRECK, 2004, p. 13-51).

¹¹ O constitucionalismo “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.” (CANOTILHO, 2002, p. 51.) L. R. Barroso (2002) realiza uma precisa avaliação do constitucionalismo, dizendo que essa teoria tem se mostrado como a melhor opção de limitação do poder, de garantia dos direitos fundamentais-sociais e de promoção do progresso.

Com o advento da Constituição de 1988, há uma modificação geral na estrutura da administração com a transformação do Estado garantidor da ordem para aquele que também assume as funções de prestador de serviços, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterando-se, substancialmente, a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais do direito administrativo. Com efeito, o Estado atravessou três fases distintas no século XX: Estado Liberal (pré-modernidade), como ordenador dos direitos individuais e seus limites; Estado Social (modernidade), como promovedor da igualdade através da intervenção estatal; e, Estado Democrático de Direito, como transformador da sociedade contemporânea. E, em contraposição ao último estágio, sem o Brasil assegurar a liberdade, a igualdade e os meios adequados para transformar a realidade social, admite-se a formação do Estado Neoliberal (pós-modernidade) e, assim, busca-se a desconstitucionalização, a delegação e a desregulamentação da Constituição, para proporcionar a governabilidade do Estado. (BARROSO, 2004, p. 306)

Portanto, se historicamente a distinção direito privado vs. direito público ocorria através das relações de coordenação horizontal entre os privados, e de subordinação vertical entre o Estado e o particular, contemporaneamente, como muito bem assevera o Professor Facchini (2012), observa-se a convergência entre público e privado nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos de direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos (*privatização do direito público*). Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), na funcionalização de institutos típicos do direito privado e na redução da autonomia privada (*publicização do direito privado*).

Assim, entre as inúmeras possibilidades de enfrentamento da nova complexidade, estudam-se as influências, as limitações e os reflexos operacionais dos paradigmas publicista e privatista no direito administrativo contemporâneo, tratando-os separadamente para fins de melhor compreensão do tema.

3.1 O paradigma publicista: a publicização do direito privado

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso (2009, p. 69) aduz que a “doutrina publicista reconhece o papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas e na proteção diante da atuação abusiva dos particulares.” Refere o autor que a progressiva superação do liberalismo pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado princípios

de ordem pública que limitam a liberdade individual e o primado da vontade, tratando-se de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, cujo processo é denominado de *publicização do direito privado*. (BARROSO, 2009, p. 58)

As pessoas de direito público cuidam de interesses públicos, estabelecendo – através de atos unilaterais, praticados no uso de poder extroverso – relações jurídicas verticais, em que comparecem como autoridade, de modo a criar deveres para os particulares. No entanto, o direito público tem a complexa missão de regular, de modo equilibrado, as relações entre o Estado e os indivíduos, sem que os indivíduos percam sua condição de titular do poder (todo o poder emana do povo) e de titular de direitos individuais.

Assim, os dois principais limites aos poderes do Estado em suas relações com os particulares são (i) a competência (definida pela finalidade a ser atingida pelo ato estatal) e (ii) o respeito dos direitos dos particulares (preservar a liberdade). De acordo com o estudo clássico de Rawls (1999, p. 207), o ideal do Estado de Direito está no valor da liberdade:

[O] Estado de Direito [rule of law] está obviamente estreitamente relacionado à liberdade. Podemos ver isso ao considerar a noção de sistema jurídico e sua relação íntima com os preceitos que definem a justiça como regularidade. Um sistema jurídico é uma ordem coercitiva de regras públicas endereçadas a pessoas racionais com o fito de regular sua conduta e prover a estrutura para a cooperação social. Quando essas regras são justas, elas estabelecem uma base para expectativas legítimas. Elas constituem fundamentos sobre os quais pessoas podem confiar umas nas outras e corretamente objetar quando suas expectativas não são satisfeitas. Se as bases dessas reivindicações são incertas, também são incertos os limites das liberdades dos homens.

Portanto, com o advento da Constituição de 1988, ocorreu o crescimento da publicização do direito privado, isto é, uma crescente ingerência do Estado nas matérias reguladas pelo direito privado com o fim de resguardar interesses fundamentais ao cidadão e à coletividade. Nesse sentido, a *supremacia do interesse público sobre o privado*¹², a *indisponibilidade do interesse público* e as chamadas *cláusulas exorbitantes* (contrato administrativo) vem cedendo espaço ao protagonismo da pessoa – um (novo) direito público centrado no protagonismo do cidadão (Almiro do Couto e Silva) – movimento que se convencionar chamar de *publicização do direito privado*. Em essência, o paradigma publicista implica no reconhecimento que “quando a Administração Pública utiliza institutos de direito privado, estes sempre aparecem parcialmente derogados por normas de direito público, o que acaba sujeitando tais institutos a regime jurídico híbrido” (DI PIETRO, 2013, p. 17).

Para além disso, no Estado contemporâneo a Constituição é o centro de todo o sistema jurídico (BARROSO, 2009, p. 59), que irradia seus efeitos para a transformação da realidade jurídica, política, social e econômica, com o fim de proporcionar mudanças

¹² Grande parte da doutrina que critica esse princípio está preocupada em defender os interesses econômicos, representados pela liberdade de iniciativa, a liberdade de competição, a liberdade de indústria e comércio. (DI PIETRO, 2013, p. 1-20).

qualitativas e quantitativas na sociedade. Sublinha-se que no Estado Democrático de Direito, o direito assume um papel transformador e, nessa perspectiva, enquanto a Teoria da Constituição Dirigente (CANOTILHO, 1982) consagra a Constituição como o fundamento de validade superior, que consubstancia a atividade político-estatal (dirige os poderes públicos) para a concretização das normas constitucionais que definem fins e tarefas do Estado, e estabelecem diretivas e estatuem imposições, determina ao Estado a superação das funções de ordenador (Estado Liberal) e promovedor (Estado Social) para assumir o caráter transformador das estruturas sociais. No mesmo caminho hermenêutico, Streck (2014, p. 25) afirma que a Constituição não trata apenas dos meios, mas também cuida também dos fins, que caracterizam o aspecto compromissório e dirigente – o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais – sendo esse o papel transformador do direito e do Estado.

A ampliação de poderes do Estado, ao final da transição do Estado Burocrático para o Estado Gerencial¹³, produz novos desafios na concretização de direitos¹⁴ e de políticas públicas fundamentais, na responsabilização política e jurídica (civil¹⁵, penal¹⁶ e administrativa¹⁷) de agentes públicos e privados e, principalmente, no grau de confiança da iniciativa privada no desenvolvimento econômico do país a partir dos novos instrumentos de regulação das atividades econômicas.

Entende-se, por fim, que o aludido modelo pressupõe uma gama de institutos e princípios que “derrogaram grande parte dos postulados básicos do individualismo jurídico” (DI PIETRO, 2013, p. 9), da autonomia privada, principalmente porque a Administração Pública não se iguala ao particular em razão da finalidade de interesse público a que está vinculada e pelo fato de atuar no exercício da função administrativa em nome do Estado (DI

¹³ É importante lembrar que no processo histórico de evolução do Estado, o século XX abrigava um Estado realizador, um agente prestador de serviço público, por si mesmo e por novas pessoas (a descentralização), inseridas no seu universo, pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado – instrumentos capazes de costurar novas relações entre Estado e Sociedade. O Estado era o construtor das políticas públicas e o responsável por orientar o crescimento econômico a partir da intervenção ou do controle dos meios de produção, de forma direta ou indireta. Por isso, seus representantes possuíam condições, conforme a sua natureza, de prestar serviço público, de exercer poder de polícia e de desempenhar atividade econômica em sentido estrito. O Estado é o agente regulador e realizador de atividade econômica.

¹⁴ Vale lembrar que o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal impõe aos órgãos estatais e aos particulares a observância da máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais.

¹⁵ Por exemplo, a recente Lei Anticorrupção impõe às pessoas jurídicas a adoção de mecanismos preventivos a atos de corrupção.

¹⁶ Na seara criminal, é o caso do Decreto-Lei nº 2.848/40 - Código Penal, da Lei nº 8.137/90 - Lei de Sonegação Fiscal, da Lei nº 9.613/98 - Lei de Lavagem de Dinheiro e da Lei nº 12.850/13 - Lei das Organizações Criminosas, entre outras.

¹⁷ A Lei nº 6.404/1976 que dispõe sobre a sociedade por ações; a Lei nº 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; a Lei nº 13.506/2017 que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, entre outras.

PIETRO, 2013, p. 20), recolocando-se no centro do direito privado o ser humano em desfavor do mero interesse econômico (FACCHINI, 2012).

3.2 O paradigma privatista: a privatização do direito público.

Já as pessoas jurídicas de direito privado cuidam de seus interesses particulares, estabelecendo com terceiros – por meio de contratos, travados no uso de seu poder interno – relações jurídicas horizontais em posição de igualdade. Enquanto os agentes políticos exercitam competências e funções, os particulares direitos subjetivos. A privatização do direito público, também chamada de *fuga para o direito privado*, conforme Di Pietro (2013, p. 12) revela o “reconhecimento de que o direito administrativo nunca derogou inteiramente o direito privado”. Segundo a autora, a procura por institutos de direito privado intensificou-se a partir da década de 90, com o movimento de Reforma da Administração Pública, em nome dos princípios da eficiência, da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa dos direitos fundamentais do homem, com o objetivo de encontrar novas formas de atuação das funções administrativas do Estado e novo regime jurídico que diminua as prerrogativas do poder público a partir de novos vínculos horizontais com o particular. (DI PIETRO, 2013, p. 13)

A busca pela eficiência levou à reforma da Administração Pública, com a previsão de contratos de gestão com órgãos e entidades públicas, como também provocou a maior utilização de institutos do direito privado pela Administração Pública, produzindo a chamada fuga para o direito privado ou fuga do direito público. Cresceu o chamado direito privado administrativo. (DI PIETRO, 2014)

De acordo com Almiro do Couto e Silva, identifica-se um processo de *fuga do Direito Privado*, ou de privatização do espaço público, com a diminuição dos instrumentos de atuação do Estado (algo desenhado pelas Emendas Constitucionais n°s 5, 6, 7, 8, 9, 19, 33, 36 e 41), o que não parece significar mera deserção do compromisso de realizar justiça social, porque ao mesmo tempo existe uma cobrança de participação da esfera pública na elaboração de um modelo econômico de inclusão (CF/88, arts. 6° e 170). No entanto, a chamada “*fuga para o Direito Privado*” representa, pois, uma ampliação do espaço de atuação do próprio Estado na perspectiva de concretização de uma ideia mais aproximada de justiça social (CF, arts. 1° e 170) (COUTO E SILVA, 2004a, p. 185). Esclarecendo o seu entendimento, Couto e Silva (2004a, p. 189), explicita que

[...] essa *fuga para o Direito Privado*, ao contrário do que a expressão no primeiro momento poderia sugerir a pessoas menos informadas, na verdade significava um alargamento do espaço público, cujas entidades e órgãos desbordavam as raias do Direito Público, especialmente no Direito Administrativo, que até então as continha, para se submeterem ao Direito Privado, mesmo que perseguindo fins imediatamente públicos. Nesse sentido, pode-se dizer que não era, portanto, privatização do público, mas sim publicização do privado, tendo em vista, também, que muitos dos serviços prestados pelo Estado, sob nova roupagem, possuíam natureza industrial e comercial.

Em uma perspectiva privatista, a preocupação com o gigantismo do Estado e com a qualidade de alguns serviços prestados pelo Estado, aponta para a necessidade de se devolver a particulares serviços e tarefas que anteriormente só ele desempenhava. A fuga para o direito

privado coloca o mercado como protagonista do processo de desenvolvimento econômico. A privatização, a terceirização, os contratos de gestão entre atores do Estado (ou entre Estado e particulares) e os novos modelos de contratação e de parceria querem representar a construção de um projeto diferenciado para o Estado: a administração consensual.

De qualquer maneira, surge uma espécie de Direito Administrativo Privado, com novos atores, capaz de admitir uma influência ainda maior dos mecanismos e dos valores de contratação privados. Com a implantação da Reforma Administrativa (Emenda Constitucional nº 19/1998), nasce um Estado Gerencial, ainda com a incumbência de prestar serviço público, mas sob novo regime jurídico (COUTO E SILVA, 2004b, p. 226). O Estado, como agente realizador de atividade econômica, ao seguir um projeto expansionista sustentado em um modelo de capitalismo dirigido, manteve a sua hegemonia até os anos 80; no entanto, em 1979, já surgiam os primeiros sinais de uma inversão de paradigma¹⁸. Diminui-se o Estado a fim de possibilitar uma atividade concentrada em prioridades, essas inafastáveis e únicas, conforme estabelecido no Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97)¹⁹. Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 19/1998, a Lei nº 9.491/1997 definiu os objetivos fundamentais daquele Plano. Cogita-se uma nova posição do Estado na economia, pautada pela transferência à iniciativa privada de atividades exploradas pelo setor público.

Nesse sentido, o Estado deve concentrar os seus esforços nas atividades em que a sua presença é imprescindível (Lei nº 9.491/97, art. 1º e incisos). Nesse caminho, o processo de desestatização deve adotar as seguintes modalidades operacionais (Lei nº 9.491/97, art. 4º e incisos): a alienação de participação societária, preferencialmente com a pulverização de ações; a abertura e o aumento de capitais; a alienação de bens e de instalações; a concessão, a permissão ou a autorização de atividades anteriormente desempenhadas em regime de concorrência ou de forma monopolista pelo Estado.

Portanto, a implantação de um novo modelo encontra na Emenda Constitucional nº 19/1998 um espaço à consolidação de uma teórica transição do Estado Burocrático para o modelo seguinte: o Estado Gerencial. Assim, acrescenta-se ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal um novo princípio, a saber, o da eficiência, e por aí se revela a raiz

¹⁸ Mais precisamente, por meio do Decreto nº 83.740/79, surge o Programa Nacional de Desburocratização, sustentado em dois pilares essenciais: o estabelecimento de restrições à criação de novas empresas estatais e a transferência das já existentes, de forma criteriosa, para o setor privado.

¹⁹ Uma série de Emendas Constitucionais repensou o modelo de Estado interventor, construtor e executor de uma nova ordem econômica. Na verdade, vários são os exemplos de processos que indicam sístoles e diástoles, expansão e retração, na mesma proporção em que a Constituição é repensada por suas emendas e concretizada em suas regras originais. São idas e vindas, que parecem indicar uma certa uniformidade, a ponto de revelar um modelo novo, com linhas mais ou menos definidas, a partir de uma nova Constituição, que não nasceu do Poder Constituinte Originário, mas sim da atuação direta do Poder Constituinte Derivado.

teórica de um conjunto de mudanças que iniciou na Emenda Constitucional nº 5/1995 e ultrapassou a Emenda Constitucional nº 19/1998.

Conforme já observado, um exemplo recente dessa mudança de paradigma é a edição do marco regulatório das estatais (Lei nº 13.303/2016) no direito brasileiro. A lei revela a necessidade de impor uma gestão responsável e, ao mesmo tempo, uma maior flexibilidade de procedimentos, em que se busca atenuar a rigidez do regime jurídico de direito público, dando maior liberdade para que os agentes possam realizar contratações mais eficientes.

Nesse sentido, em tempos de uma crescente ingovernabilidade e insustentabilidade de governos e empresas estatais no combate probo e eficiente da corrupção econômica, percebe-se a importância da implantação de novos mecanismos de governança corporativa e *compliance* como condição de possibilidade para o aperfeiçoamento do controle da probidade empresarial do Estado, havendo, portanto, a necessidade de transplantar/espelhar o instituto da governança corporativa das empresas privadas às empresas estatais.

Tal reconhecimento, em suma, significa realizar licitações e compras sustentáveis²⁰, promover uma gestão integrada e racional de resíduos²¹, adotar energias renováveis e de baixo carbono nas áreas de produção e mobilidade urbana, fomentar boas práticas sustentáveis de saneamento básico e consumo de alimentos, para assegurar o bem-estar da população, preservar os recursos naturais em prol das gerações futuras e, sobretudo, garantir o uso eficiente e sustentável de recursos públicos sem desvios pelos caminhos da corrupção, da má gestão pública ou da ineficiência sistêmica de governos e estatais brasileiras.

Nessa perspectiva, o novo marco regulatório visa inserir no controle das estatais novos elementos diretivos e condicionantes para uma verdadeira Administração Pública de Resultados (MOREIRA NETO, 2007, p. 168), com a especial proteção de novos bens jurídicos coletivos, o respeito ao direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2014) e aos vetores hermenêuticos positivados nos artigos 3º, 170, 174, 192, 205, 218, 219 e 225 da Constituição Federal e na Agenda 2030 da ONU²².

²⁰ Lei nº 8.666/93, Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Ver também o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamentou o art. 3º da Lei nº 8.666/93/2012, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. (Redação dada pelo Decreto nº 9.178, de 2017).

²¹ A Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

²² Cf. a íntegra do documento “**17 Objetivos para Transformar Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**”. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em

Essa nova lei reflete, a nosso ver, o enfraquecimento, a transformação que vem reformando o direito público (em especial o direito administrativo), o qual “evolui de uma posição de rigidez autoritária para de flexibilidade democrática.” (MOREIRA, 2016, p. 553). Conforme Moreira (2016, p. 553),

A estrutura piramidal, hierárquica, autoritária (baseada em prerrogativas de poder) converte-se em horizontal, processual e participativa. Resultado disso, os institutos de direito administrativo sofrem transformações, arrolando-se especificamente: a) o esmaecimento, senão eliminação, da dicotomia interna da administração pública (entidades públicas e privadas, regime estatutário e contratual, bens essencialmente públicos e do patrimônio fiscal, contrato administrativo e contrato privado da administração, serviço público e atividades econômicas); b) no lugar do ato administrativo unilateral, imperativo, imotivado, presumidamente legítimo e incontrolável sob os aspectos de mérito, vem a noção de horizontalidade, por meio do processo (devido processo legal) [...]; e) oferece-se ao administrador maior liberdade (flexibilidade) na eleição de meios para atingir o interesse público.

No mesmo sentido, ao opor o “direito administrativo dos cliques” (valoriza o papel, desconfia dos privados, despreza a relação tempo-custos-resultados) ao “direito administrativo dos negócios” (foco em resultados), Sundfeld (2014, p. 147-148) defende que um dos ambientes propícios para este último seria exatamente o dos organismos que disputam mercado (empresas estatais que concorrem com empresas do setor privado). E o momento mais adequado para seu crescimento seria o das crises econômicas e políticas agudas, quando são fortes os estímulos para a busca por resultados. Cabe destacar quais seriam as características do chamado “direito administrativo dos negócios”:

[...] aumenta a informalidade dos procedimentos; a inação é o pior comportamento possível do agente; soluções devem ser encontradas o mais rápido possível; acordos são desejáveis; evitar e eliminar custos é fundamental; só se envolvem na decisão agentes e órgãos indispensáveis; riscos devem ser assumidos sempre que boa a relação custo/benefício; etc.

Assim, com a recente edição da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ao disciplinar sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, na Administração Direta e na Administração Indireta, sejam nas pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, que prestam serviço público ou exerçam atividade econômica em sentido estrito, adotou-se a necessidade de observância de regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

18/06/2018. Entre os objetivos, destaca-se o de número 16 que visa “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”, conjuntamente com os seus seguintes subitens: “[...] 16.4 Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado; 16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas; 16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis 16.7 Garantir a tomada de decisão responsável, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis [...]; 16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais; 16.a Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime [...].”

Na atualidade há que se considerar a importância desse instrumental – Programas de *Compliance* e Integridade – voltado às boas práticas corporativas e sua adoção pelo setor público. Sobre a utilização dos programas de *compliance* na Administração Indireta, inclusive, merece elogios a Lei nº 13.303/16, pois esse diploma – embora aplicável somente a Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias – dispôs, como exigência obrigatória a adoção do regime diferenciado de contratação por ela definido, competindo a essas entidades de direito privado implementar em sua gestão “regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno”.²³

Portanto, o Estatuto das Estatais exige, de forma cogente, a adoção de programas de integridade²⁴ por empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias que queiram se submeter ao procedimento simplificado de contratações por ela definido.²⁵ A exigência vale tanto para novas estatais, quanto para aquelas já existentes que queiram se submeter a esse novo regime.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Paulo Bonavides resume numa frase o fenômeno da constitucionalização do direito: “Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições”.²⁶ A revolução provocada pelo constitucionalismo contemporâneo, a partir da constitucionalização do direito civil e do direito administrativo, consagrou o reconhecimento da horizontalidade dos direitos fundamentais, o que implica, necessariamente, na defesa de um sistema de garantias de preservação e realização de políticas públicas e de direitos fundamentais da coletividade, inclusive no âmbito das relações particulares²⁷ (FACCHINI, 2012; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 229). No entanto, o Estado vem enfrentando novos desafios na concretização de direitos e na promoção de políticas públicas fundamentais, em razão das dificuldades na execução de obras de infraestrutura e no desenvolvimento de novas tecnologias, cujos setores são fundamentais para a economia nacional, além da prestação de

²³ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

²⁴ Para se referir aos Programas de *Compliance* a lei utilizou a expressão “verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos”.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

²⁶ Frase extraída do discurso proferido por ocasião do recebimento da Medalha Teixeira de Freitas, do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1999. (BERCOVICI, 2016, p. 13).

²⁷ Para uma análise detalhada, SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 229. Segundo Sarlet (2010, p. 222-224), “a CF expressamente atribuiu a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas (art. 5º, XXI, art. 8º, III, art. 17, especialmente §§ 1º e 3º, art. 170, IX, art. 207, entre outros)”, cuja posição também foi adotada pelo STF nos casos em que prevaleceu a regra geral de que “havendo compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza e os fins da pessoa jurídica, em princípio (prima facie) reconhecida a proteção constitucional, o que, por outro lado, não impede que o legislador estabeleça determinadas distinções ou limitações, sujeitas, contudo, ao necessário controle de constitucionalidade.”

serviços públicos considerados indispensáveis para uma vida digna em sociedade, havendo a necessidade de estabelecer novos vínculos horizontais de cooperação com atores privados.

Defendeu-se, neste artigo, que a crise ética e econômica, hoje existentes, devido ao estado atual de elevada corrupção política e econômica, atreladas ao estado de instabilidade e insegurança das empresas estatais e das sociedades empresárias no mercado, justificam a necessidade do marco regulatório editado para o fortalecimento das estatais e do setor privado no desempenho das atividades econômicas e da prestação de serviços públicos.

Ademais, argumentou-se favoravelmente à edição do Estatuto Jurídico das Estatais que institui novos deveres de probidade, transparência e governança corporativa no intuito de aproximar as empresas estatais dos métodos tradicionais de gestão empresarial privada (ARANHA, 2017, p. 43-66). A Lei de Responsabilidade das Estatais tem como objetivo a profissionalização da gestão das estatais, o combate à corrupção e os casos de má gestão nas estatais, na medida em que visa contribuir para a formação de estatais e empresas cidadãos e resistentes à prática da corrupção.

Constatou-se que o direito público, após a Constituição Federal de 1988, é direito constitucional; enquanto que as relações públicas, assim como as relações privadas, devem observar um conjunto de garantias individuais, mesmo quando os impactos, as consequências jurídicas, para o Estado custem caro. É essa a conquista dos direitos fundamentais: O direito público não é um direito autoritário, mas o oposto: um conjunto de normas cuja finalidade primordial é limitar o poder e proteger os indivíduos e os bens jurídicos coletivos (em especial, a probidade administrativa e empresarial do Estado).

A conclusão final é a de que o desenvolvimento do direito e a sua permanente reforma “em busca de modelos institucionais novos, que rompam a separação do estatal com o mundo não estatal”²⁸ (SUNDFELD, 2017c, p. 36-43) são as marcas indeléveis da contemporaneidade. Parafraseando Odete Medauar (2003), o que existe e permanece atualmente, é um direito público (administrativo) em evolução. Essa perspectiva permite compreender as constantes mutações (MOREIRA NETO, 2007) do direito público e do direito privado, a inexistência de divisão rígida entre o direito público e o direito privado, além da mudança permanente dos paradigmas da publicização do direito privado e da privatização do direito público.

²⁸ Em adição, refere Sundfeld (2017c, p. 42) que é “inevitável, portanto, que, na busca de desenvolvimento da infraestrutura, os entes estatais partam para o uso maciço de mecanismos de associação do público com o privado que sejam capazes, não só de levantar recursos de origem não estatal, como capazes também de poupar o estado do esforço operacional de celebrar e gerenciar muitos contratos, em que ele se sai bastante mal. Em suma, os entes estatais que perceberem que esse tipo de associação não é simples possibilidade, mas necessidade, vão ser os que se sairão melhor na geração e implantação de projetos públicos de qualidade nas próximas décadas.”

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio. O objeto do Estatuto Jurídico das Estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista, p. 43-66, in NORONHA, João Otávio de; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da PGE**, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 27-65, jul./dez. 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Prefácio in LEITE, George Salomão. [et. al] [coord.]. **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2016.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1982. 539 p.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista da PGE**, Porto Alegre, v. 27, p. 185, 2004a.

_____. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira? **Revista da PGE**, Porto Alegre, v. 27, p. 226, 2004b.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública, p. 1-20, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito administrativo**. 29. ed. rev. atual. ampl. RJ: Forense, 2016, p. 1088.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A constitucionalização do direito privado**. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0185_0243.pdf. Acesso em 15/06/2018.

FELDMAN, D. The distinctiveness of public law. In M. Elliott & D. Feldman (Eds.), **The Cambridge Companion to Public Law** (Cambridge Companions to Law, 2015, pp. 17-36). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CCO9781139342551.002.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEGENDRE, P. **Trésor historique de l'État en France: l'Administration classique**. Nouvelle édition augmentée. Paris: Fayard, 1992. 638 p. ISBN 2-213-02835-4.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-9080-6.
- LOUGHLIN, Martin. **The idea of public law**. Oxford: Hardcover, 2004. ISBN 978-0-1-99-26723-1.
- MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. Science of Administration and Administrative Law. In: CANALE, D.; GROSSI, P.; HOFMANN, H. (Eds.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: a history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900**. v. 9. Dordrecht: Springer, 2009. cap. 6, p. 225-261.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Rev. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SORDI, Bernardo. Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: historical reflections on the emergence of administrative law in Europe. In: ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L. **Comparative Administrative Law**. Cheltenham, Northampton: Ed. Elgar, 2011. c. 1, p. 23-36.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2017a.
- _____. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017b.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Público e privado no desenvolvimento de empreendimentos estatais. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). **Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento**. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017c. p. 36-43. ISBN 978-85-450-0157-7.