OS INDIVÍDUOS E O ESTADO NA REALIZAÇÃO DE TAREFAS PÚBLICAS

ALMIRO DO COUTO E SILVA

I — *Introdução;* II — *O conceito romano de direito público e privado;* III — *A colaboração dos indivíduos na Justiça e na Administração Romanas; IV — Idade Média e Absolutismo; V — O contrato nas relações entre indivíduos e Estado no século XIX; VI — A fuga para o Direito Privado; VII — A democratização da defesa do interesse público;* VIII — *As bases constitucionais do Direito administrativo; IX — O gigantismo do Estado e a volta do pêndulo; X — A consensualidade nas decisões administrativas; XI — A Privatização da Justiça; XII — Estado e Sociedade. Direito Público e Direito Privado. A fuga do Direito Privado*

I — *Introdução*

1. A preocupação com a diminuição do tamanho do Estado, que é hoje uma questão universal, tem suscitado o debate sobre as relações entre os indivíduos e o Poder Público na consecução de fins de interesse geral, sobre o perfil que o Estado assumirá nessa nova perspectiva, sobre o papel a ser desempenhado pelos indivíduos no espaço até agora ocupado pela atividade estatal e sobre as implicações dessas mudanças no campo do Direito. Retorno do Estado aos limites do Direito Público, cujas fronteiras necessitariam ser redefinidas; privatização, inclusive da justiça, pela utilização mais freqüente do juízo arbitral; delegação a particulares de incumbências públicas, com a revitalização do instituto da concessão, tanto de obras como de serviços públicos; terceirização; parceria entre setor público e setor privado; *soft administration* ou administração pública que se utiliza de formas consensuais em substituição às decisões unilaterais que caracterizam o ato administrativo, democracia participativa — são alguns dos principais temas da moda apaixonadamente discutidos. Todos eles prendem-se diretamente às formas possíveis de colaboração entre particulares e Estado na realização de fins públicos. Todos eles ligam-se, assim, às noções de Estado e Sociedade, de interesse público e de interesse privado, de direito público e de direito privado.

Não tenho aqui o propósito de deter-me no exame de cada um desses temas que, isoladamente, comportam e justificam tratamento monográfico. Mas creio que talvez auxiliasse na busca de respostas a esses novos desafios a reflexão sobre certos modelos de relações importantes estabelecidas, no curso da história, entre os particulares e o Estado, para o desempenho de tarefas públicas ou de interesse público. No campo jurídico, essas relações acabam sempre por influir no desenho dos conceitos de direito público e de direito privado. Este é o ponto por onde começo.

II — *O conceito romano de direito público e privado*

2. No mundo romano, os conceitos de direito público e de direito privado diferiam substancialmente dos que hoje nós possuímos. Muitas vezes lemos em livros jurídicos contemporâneos a célebre definição de Ulpiano de *ius publicum* e *ius privatum*[1], interpretada como se o jurisconsulto do período clássico estivesse aludindo a idéias que não eram diversas das que temos atualmente a respeito dessa *summa divisio* do direito objetivo. Nada mais equivocado.

Ius publicum e *ius privatum* têm sentido simétrico ao das expressões *lex publica* e *lex privata. Lex publica,* desde o direito arcaico, exprime a vinculação que pela palavra se estabelece entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado por atos praticados pelas assembléias populares ou na presença e com a colaboração e o assentimento dessas assembléias. À *lex publica* não se exigia que fosse geral e impessoal. A generalidade da lei é algo que os romanos tirarão da cultura grega e que muito provavelmente só com a Lei das XII Tábuas seria introduzido em seu universo jurídico[2]. Antes, a *lex publica* destinava-se a regular situações concretas e individuais, como, por exemplo, na antiqüíssima *lex curiata de imperio,* o juramento de fidelidade que o povo e o exército reunidos prestavam ao novo chefe político, primitivamente ao rei e, depois, aos magistrados, ou as formas especiais de adoção, *inter vivos (arrogatio), ou mortis causa (testamentum calatis comitiis)*[3]. *Lex privata,* por outro lado, designa os laços jurídicos travados entre os particulares, também pela palavra, no exercício do que hoje chamamos de autonomia da vontade[4]. As cláusulas contratuais (*leges contractus*) eram chamadas de *leges privatae. Ius privatum* é, assim, o direito que os particulares, nas suas relações de diversas espécies, estabelecem entre si, ao manifestarem sua vontade.

1 D.1.1.1.2: "*Ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatutm quaod ad singulorum utilitatem*".

2 Franz Wieacker, Vom *Römischen Recht,* Stuttgart, K.F. Koehler, 1961, p.42. A exigência da generalidade da lei traduz-se especialmente na regra que veda os privilégios: *privilegia nec irroganto.*

3 Max Kaser, *Das Altrömische Ius,* Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, p.64 e ss.

4 No processo de formação da *lex publica* e da *lex privata* há evidente simetria. *A lex publica* elabora-se a partir da *rogatio* do magistrado que pede ao povo que se pronuncie sobre o projeto, à semelhança da pergunta e resposta ou da proposta e da aceitação que são características da *sponsio/stipulatio.* A aprovação vincula o povo: *lege populus tenetur.* Por isso definia Papiniano a *lex publica* como *communis rei publicae sponsio* (D.1, 3, 1). Vd.Giannetto Longo, *in Novissimo Digesto Italiano,* Torino, Utet, 1957, vol. A, p.787, s.v. *lex.*

Por oposição, *ius publicum,* é o direito instituído ou aplicado pelo Estado. Nesse quadro, todas as normas contidas nas *leges publicae,* independentemente de sua natureza, eram *ius publicum,* mesmo quando se destinassem apenas a disciplinar vínculos entre os indivíduos. Assim, o que atualmente designamos por direito civil era, para os romanos, *ius publisum.*

3. Por outro lado, se aplicássemos os conceitos que hoje temos de direito público e direito privado à realidade romana, veríamos que parte substancial das regras de direito penal eram de direito privado, não se diferençando substancialmente as infrações de caráter criminal das lesões civis, e nem, igualmente, as ações penais das ações civis, a não ser no valor da condenação. Este, nas *actiones poenales,* era sempre um múltiplo do valor do dano sofrido. Veríamos, também que, primitivamente, toda a atividade estatal era regida pelo direito público. Aliás, o direito público se limitava a estabelecer as regras de organização do Estado e de estrutura dos seus diversos órgãos, não se ocupando, a não ser excepcionalmente, em disciplinar relações jurídicas com os particulares[5]. É evidente que, nessa época, não se poderia falar em direitos dos particulares frente ao Estado, regulados pelo direito público. O direito público moderno tem seu lado mais significativo precisamente na disciplina das relações entre o poder e a autoridade do Estado, de um lado, e a liberdade dos indivíduos, do outro. Esse era, porém, um aspecto desconhecido pelo direito público romano. Direito dos particulares contra o Estado só seria possível nas relações regidas pelo direito privado[6].

Mas apenas no principado, com o *fiscus Caesaris* — o tesouro particular do príncipe, entendido como o conjunto de bens públicos sujeitos à livre administração do governante[7] — é que se consolidou verdadeiramente a prática de o Estado

5 Isto acontecia nos contratos que os magistrados romanos, principalmente o censor, celebravam, relativamente ao arrendamento ou venda de bens público, ou pelos quais eram delegados a particulares tarefas públicas, a que nos referiremos logo adiante. Contudo, como também veremos, as eventuais controvérsias emergentes desses contratos eram resolvidas pelo magistrado, no exercício da sua *cognitio,* e não pelos meios jurisdicionais comuns.

6 É sabido que os romanos não tinham o conceito de direito subjetivo, embora muitas vezes empregassem a palavra *ius* com esse sentido. A noção verdadeiramente importante era a de *actio.* Não tinha o particular, porém, qualquer *actio* contra o Estado romano baseado em regras que nós atualmente consideraríamos como de direito público (vd. nota 5, supra).

7 *Fiscus* era, orginariamente, a cesta ou o recipiente de vime em que os questores colocavam o dinheiro proveniente da arrecadação dos tributos. No período republicano, o tesouro do Estado romano era designado por *aerarium populi romani.* No Principado, muito possivelmente em razão da distinção então feita entre províncias subordinadas ao Caesar e províncias subordinadas ao Senado, houve necessidade de distinguir o patrimônio público diretamente administrado pelo Príncipe dos demais bens do Estado. Surge então *o fiscus Caesaris,* que não se confundia, entretanto, com o patrimônio particular do Príncipe, as *res privatae.* Sobre isso, assim como sobre as principais teorias a respeito do *fiscus Caesaris, Ugo* Coli, *in Novissimo Digesto Italiano,* Torino, Utet, 1957, vol.VII, p. 3811 e ss, s.v. fisco. São dele estas observações: *"Lo sforzo di far rientrare il principe e il suo fisco nel quadro del diritto privato era evidente sopratutto sotto i primi imperatori, i quali reclutavano il personale del fisco fra i liberti e gli schiavi della loro casa a imitazione delle grandi amministrazioni private e ostentavano di vogliere assogettare la vertenze coi privati alle forme e alle regole della procedura civile".*

submeter-se a regras de direito privado, como qualquer cidadão[8], tornando-se, portanto, titular de direitos e deveres perante os indivíduos.

Já se deixa perceber, por estas breves observações, que o Direito Romano, ao permitir que o Estado estabelecesse com os particulares *relações jurídicas,* ainda que à sombra do direito privado — e não meramente relações de poder, de sujeição ou de subordinação — deu o primeiro passo, numa trajetória que só muitos séculos mais tarde seria retomada. Ampliada e enriquecida, a longa viagem pelo tempo só viria a completar-se recentemente com a integral sujeição do Estado à lei e ao direito, na síntese suprema da noção de Estado de Direito.

III — *A colaboração dos indivíduos na Justiça e na Administração Romanas*

4. Também o legado da rica experiência romana com a colaboração dos indivíduos na realização de fins públicos pode servir-nos de lição valiosa, ora como exemplo, ora como advertência — um sinal a nos recomendar prudência e cautela — na solução de problemas que agora enfrentamos. Alguns destes problemas, contemplados em tal perspectiva, causam-nos até mesmo a impressão de *déjà vu.*

Roma, no período republicano, em termos de estrutura e organização político-administrativa, era um Estado pequeno. E é compreensível que o fosse, pois, num período extremamente curto de tempo — aproximadamente dois séculos e meio — transformou-se, de uma cidade Estado, cujos habitantes se dedicavam predominantemente aos trabalhos do campo, numa das grandes potências da antigüidade, a ponto de conter dentro de suas fronteiras todo o mundo civilizado.

O crescimento extraordinário e repentino, devido muito mais a necessidades de defesa do que a desejos expansionistas, gerou desafios cujas respostas revelam o invulgar senso prático dos romanos. Eles não trataram de criar, desde logo, um aparato administrativo, quer para si, quer para impô-lo aos povos e aos novos territórios conquistados. Com relação às nações conquistadas eram, via de regra, tolerantes. Mantinham o direito, a religião, os costumes e, também, a estrutura político-administrativa desses povos, que se vinculavam ao centro, a Roma, mediante tratados *(foedera),* cujos graus de severidade ou brandura eram estabelecidos de acordo com os juízos de conveniência dos romanos. A *deditio,* a sujeição pura e simples dos povos vencidos, era excepcional.

5. Não pode surpreender, portanto, que tarefas públicas fossem cometidas a particulares, tanto no que respeita a (a) funções jurisdicionais como (b) administrativas.

(a) No processo civil romano, no período formular, com a divisão em duas fases, *in iure,* na presença do magistrado, e *apud iudicem,* perante o juiz, isto é particularmente significativo. O magistrado geralmente não era pessoa versada em assuntos jurídicos. Era um político, uma espécie de ministro de Estado, eleito para cargos

8 Com apoio nessa noção é que o direito alemão irá desenvolver a teoria da dupla personalidade do Estado.

que, por vezes, tinham como atribuição principal o exercício da *iurisdictio*. Era o que acontecia, entre outras hipóteses, com os cargos de pretor, tanto com o de *praetor urbanus*, incumbido da aplicação do direito aos cidadãos romanos, o que significa dizer do *ius civile*, quanto com o de *praetor peregrinus*, ao qual competia a aplicação do direito às relações jurídicas entre romanos e estrangeiros ou estrangeiros de distintas nacionalidades. As deficiências do magistrado em conhecimento jurídico (e isto vale também para os juízes, como veremos logo adiante) eram supridas, entretanto, pelo seu *consilium*, pelo grupo de jurisconsultos de que informalmente se cercava e que o orientava no enquadramento das pretensões das partes dentro das fórmulas ou na criação de fórmulas novas, quando fosse o caso. Os juristas que desempenhavam esses misteres não percebiam qualquer remuneração do Estado ou das partes, pois os jurisconsultos jamais cobravam, mesmo quando não integrando o *consilium*, pelas orientações, opiniões e pareceres que davam aos interessados. Exerciam tais atividades, como diz Kunkel, como se fosse um esporte intelectual[9]. Hoje talvez pudessem ser classificados como colaboradores espontâneos do Poder Público ou numa categoria semelhante aos exercentes de função pública honorífica.

6. O pensamento liberal vigorante no século passado levou a que se exagerasse o matiz consensual, contratualístico, da fase do processo civil que se desenrolava na presença do magistrado *(in iure)*, subestimando o papel deste e, pois, do Estado, e supervalorizando o das partes, de cuja decisão dependeria o próprio estabelecimento do processo. O tom voluntarístico, assim exacerbado, acabava por situar os indivíduos, de certa maneira, em plano superior ao do Poder Público. A célebre teoria de Wlassak a respeito da natureza da *litiscontestatio*, que, suplantando a teoria de Keller, teve larga voga e aceitação que se pode dizer irrestrita até a segunda metade deste século, é a melhor ilustração do que afirmamos[10]. Não há dúvida de que o processo formular não se estabelecia sem que houvesse a concordância dos litigantes tanto a respeito da fórmula adequada à solução da controvérsia quanto da pessoa do juiz. Uma vez escolhidos a fórmula e o juiz incumbia às partes certificar, por testemunhas, o que ficara ajustado[11]. É inegável, igualmente, que o processo civil romano sempre guardou resquícios da fase primitiva, em que havia fortes elementos da justiça de mão própria, quer na incoação do processo, quer na sua

9 Wolfgang Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau, 1960, p.61: "Eles (os juristas) estavam, com o seu conselho, à disposição e sempre sem qualquer remuneração. Pois o conhecimento jurídico não era utilizado como profissão que servisse como ganha pão, mas, de certa maneira, como um esporte intelectual dos círculos aristocráticos, que não proporcionava outro ganho além da honra, popularidade e com sua ajuda — talvez uma exitosa carreira política."

10 A teoria de Keller, formulada já em 1827, acentuava especialmente o caráter público da *litiscontestatio*, minimizando a importância do acordo estabelecido pelas partes e dando relevo à ordem *(decretum)* do pretor às partes e ao juiz *(iudicium ...do)*, com a qual se encerrava a fase *in iure*. Sobre a comparação entre as teorias de Keller e Wlassack veja-se, sobretudo, Biscardi, *Lezioni Sul Processo Romano Antico e Classico*, Torino, Giappichelli, 1967, p.26 e ss.

11 Festo, s.v. *contestari* p.38: "*Contestari est cum uterque reus dicit: testes estote*". Do mesmo modo, p.58: "*Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet :testes estote*".

conclusão. Contudo, parece exagerado concluir, como fez Wlassak, influenciado pelo ar cultural que respirava, que a *litiscontestatio* era um contrato que fixava o programa do litígio e instituía um juízo arbitral privado. A crítica moderna mostrou o quanto havia de forçado nessa concepção, restabelecendo a importância do magistrado na fase *in iure* e sublinhando o conjunto das providências eficientes de que dispunha, como, por exemplo, *a missio in bona,* para induzir o réu recalcitrante a aceitar a fórmula[12].

7. E irrecusável, entretanto, que havia no processo formular uma associação de elementos privados e públicos, harmoniosamente articulados. A nota privada destaca-se mais salientemente não apenas nesse acordo que as partes devem estabelecer, relativamente à definição do programa do litígio, que é a fórmula (e que deu margem à imensa controvérsia até hoje existente sobre a natureza jurídica da *litiscontestatio*), como também na escolha do juiz e no próprio *officium iudicis,* na segunda fase do processo, na fase *apud iudicem.*

O juiz era um particular, escolhido pelas partes e designado pelo magistrado *(iudicem dare)*[13], dentre os nomes geralmente (mas não obrigatoriamente) constantes de uma lista que o magistrado organizava quando assumia suas funções *(album iudisum selectorum).* Nessa lista eram consignados os nomes dos cidadãos (inicialmente só da classe senatorial e depois também dos cavaleiros, dos *equites*) que iriam exercer as atribuições de decidir e julgar os processos, seguindo as diretrizes estabelecidas nas fórmulas[14]. Como sucedia com os magistrados, o juiz era auxiliado no desempenho de suas tarefas por um *consilium* formado por jurisconsultos. Como simples particular, pois era, afinal, um *iudex privatus,* não dispunha de meios estatais, nem da coerção estatal, no exercício do seu mister. As partes deveriam, assim, providenciar na produção dos documentos ou no comparecimento das testemunhas. A atividade dos juízes estava, porém, sujeita à fiscalização do magistrado, que poderia intervir no processo e até mesmo destituir o *iudex*[15]. Apesar disso, tinha o juiz grande liberdade na condução do processo, uma vez que as normas jurídicas,

12 Biscardi, op.e p. cit; Max Kaser, *Das Römische Zivil Prozessrecht, München,* C.H.Beck, 1966, p.215 e ss.; Gerardo Broggini, *Iudex Arbiterve, Prolegomena zum Officium des Römischen* Privatrichters, Köln, Böhlau, 1957, p.l e ss.; Carlo Gioffredi, *Diritto* e *Processo Nelle antiche Forme Giuriche Romane,* Roma, Apollinaris, 1955, p.159 e ss.; Giovanni Pugliese, *Le Processo Civile Romano,* Roma, Ricerche, 1962, p.100 e ss.

13 A designação do juiz pelo magistrado é que lhe conferia a *potestas iudicandi,* a autoridade estatal que o distinguia de um simples *arbiter ex compromisso* (Broggini, op. cit. p. 16; Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht,* cit., p.34, nota 24)

14 A fórmula tinha sempre uma estrutura concebida em termos alternativos. Na ação em que o credor exigia do devedor o pagamento de uma quantia certa *(actio certae creditae pecuniae,* também chamada de *condictio)* ela continha os seguintes termos: "Otávio (digamos que esse fosse o nome da pessoa escolhida pelas partes) seja juiz. Se ficar comprovado que Numério Negídio (o devedor) deve dar a Aulo Agério (o credor) a quantia de dez mil sestércios, condena, juiz, Numério Negídio em favor de Aulo Agério em dez mil sestércios, se não ficar comprovado, absolve" *(Octavius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oporter, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato, si non paret absolvito).*

15 Kaser, *Römische Zivilprozessrecht,* cit., p.273, nota 8.

no que tange a essa fase, eram extremamente escassas, tudo se passando, como observa Kaser, muito mais no mundo dos fatos do que no mundo do direito[16]. Algumas delas provinham da tradição, e eram tidas desde logo como evidentes. Assim, por exemplo, os princípio do contraditório, da imediatidade e da oralidade, bem como as que negavam atividade inquisitorial ao juiz, deixando a produção dos meios probatórios ao encargo das partes[17]. À tradição ligavam-se, igualmente, os princípios desenvolvidos pela arte retórica que eram observados no processo[18].

8. O caráter privado ganhava também realce na execução da sentença, especialmente nas *actiones in personam,* nas quais o magistrado, caso não pago o valor devido, poderia, pela *addictio,* autorizar o credor a conduzir consigo o devedor, o qual ficaria em seu poder, possivelmente trabalhando para ele, até a satisfação da dívida[19].

No principado tem início uma tendência à plena estatização da justiça, o que irá completar-se efetivamente no século IV dC, com a generalização da *cognitio extraordinem,* a qual aboliu totalmente o processo formular e eliminou, conseqüentemente, a participação de particulares na atividade judiciária, desde então integralmente desempenhada por agentes públicos.

9. Mas talvez maiores ensinamentos para o nosso tempo possam ser tirados das relações que entre particulares e Estado desde muito cedo se estabeleceram no mundo romano, no desempenho do que modernamente chamamos de função administrativa.

(b) Em qualquer fase do Estado é óbvio que há tarefas públicas de caráter administrativo que lhe incumbe desempenhar. A administração é conatural ao Estado.

Roma, desde os tempos mais remotos, preocupou-se com as condições de vida na cidade como atestam as obras para assegurar o abastecimento de água e o funcionamento dos esgotos, que ainda hoje o visitante do *forum romanum* pode verificar.

Com o crescimento, não só da *urbs,* mas de todo o Estado romano, a construção e conservação de estradas, templos, monumentos e prédios públicos, a exploração econômica dos bens públicos, especialmente das terras e águas públicas, e tudo o que nelas existiam, como minas (as de sal e de metais eram particularmente importantes), frutos, peixes etc., bem como a arrecadação dos recursos públicos, consistentes quer no pagamento dos arrendamentos de terras públicas, quer no de tributos — tornaram-se encargos de execução extremamente complexa.

Os funcionários do Estado — que eram, durante toda a República, em número diminuto — não poderiam deles desincumbir-se. Diferentemente do que ocorria com os magistrados, que não eram remunerados, os funcionários eram pagos pelo Estado, mas não tinham em geral qualquer margem de decisão, pois todo o poder se con-

16 Idem, p.272.

17 Kaser, idem, p.275.

18 É nessa fase que intervêm os grandes oradores, de que Cícero foi o exemplo mais eminente. Sem serem, de regra, *experts* em matéria jurídica, exploravam mais outros aspectos, à semelhança do que ocorre, hoje, com os nossos advogados de júri. Colaboravam com o *orator* ou *patronus,* entretanto, os *advocati,* estes sim conhecedores do direito (Kaser, idem, ib.).

19 Idem, p.300.

centrava no magistrado. Este tinha a colaboração de escribas *(scribae)* e, para a implementação de suas ordens, dispunha de *apparitores* e de arautos *(praecones)*, bem como de *lictores*, que poderiam talvez, estes últimos, ser comparados a oficiais de justiça ou a agentes mais subalternos que executavam diretamente as medidas ordenadas pelo magistrado[20].

10. Conseqüentemente, aquelas tarefas administrativas eram cometidas a terceiros, a particulares, mediante contratos realizados pelos magistrados, em geral pelo censor, e ordinariamente precedidos de licitação.

Aos contratos que o censor realizava nós hoje os chamaríamos de direito público, porquanto sujeitos a regime totalmente distinto dos contratos de direito privado, sendo ainda as controvérsias porventura deles decorrentes resolvidas, via de regra, pela mesma autoridade que os celebrara: o censor, no uso da sua *cognitio*[21].

As condições dos contratos, chamadas *leges censoriae*, eram oralmente anunciadas e, escritas, exibidas em local público; em Roma, no forum[22]. Corresponderiam, assim, aos editos dos pretores e, *grosso modo*, aos editais das nossas licitações.

Em todos esses contratos, fossem de arrendamento de terras ou de outros bens públicos, de construção e conservação de obra pública, de venda de bem público, ou de delegação a particulares de arrecadação de rendas públicas, o contratante deveria dar garantia real *(praedia) ou* pessoal *(praes)*[23].

Para a boa compreensão do que se acabou de dizer, é oportuno que se esclareça que as despesas públicas, na Roma republicana, só excepcionalmente eram atendidas por tributos[24]. A regra era a de que a receita fosse obtida pelo arrendamento de bens públicos, especialmente das terras destinadas ao cultivo *(ager vectigalis)*, entregues aos particulares em geral por prazo certo, mas às vezes também por prazo indeterminado, e mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro[25]. Propriedade privada só existia sobre o solo da península itálica. O solo das províncias era *ager publicus* e, como tal, passível de ser arrendado. Apenas em momentos excepcionais, de crise ou de guerra, é que eram lançados tributos sobre os bens privados.

11. As pessoas com quem o censor, na qualidade de magistrado do Estado romano, contratava a arrecadação de rendas públicas, eram os *publicani*, que esta-

20 Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1950, p.35.

21 Pelo testemunho de Cícero *(Verres, 1*, 50 e ss) vê-se que o poder dos censores, neste particular, consistia em *cognoscere et iudicare* (vd. Mommsen, op.cit., p.463, nota 1). As fontes opõem ao *iustum* do pretor o *aequum* do censor. Assim, Varrão, *De Lingua Latina*, VI, 71, *"...quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur"*. Mommsen supõe que essa *iudicatio* do censor, guiada pela *aequitas*, tenha sido a porta pela qual entrou no direito romano a noção de *fides bona*, gradualmente assimilada pela atividade dos pretores (op.cit., p.463).

22 Mommsen, op. cit., p. 430.

23 Mommsen, op. cit., p.430, notas 5, 6 e 7 e p. 4311, nota 1.

24 H.F. Jolowicz/Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman* Law, London-N.York, Cambridge Univ. Press, 1978, p.37 e ss.

25 A própria importância que era paga, nos portos, quando produtos eram exportados ou importados *(portorium)* não tinha, a rigor, a natureza de um tributo aduaneiro, sobre a exportação e a importação, mas sim a de uma contraprestação pela utilização do porto e, pois, a de um arrendamento de bem público (cf. Mommsen, op. cit., p.440).

beleciam esses vínculos geralmente reunidos em sociedade, as *societates publicanorum*[26]. Nas licitações, os publicanos apresentavam suas propostas oferecendo uma quantia certa pela arrecadação dos arrendamentos ou dos tributos pelo período de cinco anos *(lustrum)*, que intermediava entre um e outro recenseamento. Ganhava a licitação quem ofertasse a maior quantia. O lucro dos *publicani* advinha da diferença entre o valor ofertado e o valor efetivamente arrecadado. Daí o empenho com que se lançavam à execução das tarefas que o contrato autorizara, incorrendo freqüentemente em excessos que os faziam malvistos pelos arrendatários e contribuintes, já que era deficiente a fiscalização estatal. Quase sempre esses contratos propiciavam aos publicanos imensos resultados econômicos. A delegação de tais tarefas públicas implicava o direito de os publicanos executarem diretamente os créditos do Estado contra os arrendatário e contribuintes, utilizando-se até mesmo da *pignoris capio*, como esclarece Gaio.[27]

12. A delegação a particulares de tarefas públicas, de natureza jurisdicional ou administrativa, foi na Roma antiga uma conseqüência natural das circunstâncias. O tamanho do Estado romano dos primeiros tempos, e cujo crescimento não acompanhou o ritmo da expansão política e comercial da nação, exigia que assim fosse. Aquela prática, entretanto, tendeu a desaparecer quando o Estado se tornou mais complexo e burocratizado, acabando por extinguir-se à época do dominato. E essa situação estendeu-se daí para diante, pois o Estado se fortalecerá enormemente sob a influência da cultura oriental, o que será uma característica de todo o período bizantino. É evidente que se multiplicam, nessa época, as regras sobre a organização do Estado, o que levaria a supor a existência de um direito público, especialmente de um direito administrativo. Tais regras, entretanto, não criam direitos para os administrados com relação ao Poder Público. Falta, portanto, o aspecto principal ou a função mais eminente do direito administrativo como atualmente o concebemos.

IV. *Idade Média e Absolutismo*

13. Na idade média pode-se dizer que o direito fica reduzido quase que exclusivamente ao direito privado. É isto uma resultante da fragmentação do poder político. Nesse panorama, apenas a Magna Carta constitui uma exceção brilhante: é ela o primeiro documento normativo pelo qual se estabelecem limitações ao poder do rei, o que vale dizer ao poder estatal. A história político-jurídica da Inglaterra começa, assim, a assumir contornos que a irão distinguir da dos demais países

26 Registra Francesco Ferrara que, no início, o Estado celebrava esses contratos com uma única pessoa, o *manceps*, com as garantias sempre exigidas. Após, o *manceps* estabelecia sociedade com outras pessoas, dando-lhes participação nos lucros e riscos do empreendimento. A terceira fase foi a de a sociedade passar a ser tratada efetivamente como um grupo com capacidade jurídica e, pois, como corporação. A prova está em Gaio (D.4.3.1):" *vectigalium publicanorum sociis permisum est corpus habere*". (*Teoria de Las Personas Jurídicas*, Madrid, Reus, 1929, p.39-40).

27 *G.4, 28: "Item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos, qui aliquia lege vectigalia debetur".*

europeus, chegando mais tarde, já na idade moderna, ao ponto de servir-lhes de exemplo no que respeita à definição das grandes linhas estruturais do Estado.

14. Na monarquia absoluta não há, também, alterações substanciais nesse quadro. A identificação do Estado com o dirigente político transforma a lei num ato de vontade do soberano. *Auctoritas, non veritas, facit legem,* dirá Hobbes. A lei como razão sem paixão, a que aludia Aristóteles, parecia ser uma noção esquecida. Torna-se fácil, pois, compreender que tão-somente as regras de direito privado dão alguma segurança aos indivíduos.

A comprovação eloqüente disso encontramos no fato de o Estado recorrer a instituições do direito privado quando pretendia limitar seu próprio poder, como ocorreu, na França, a partir do século XVI, com a venalidade de certos cargos públicos[28].

No *ancien régime,* a principal e a mais numerosa categoria dos servidores públicos era formada pelos *officiers*, os quais compravam do Estado o cargo que desejavam, passando este a ser considerado um bem incluído em seu patrimônio. O cargo poderia ser alienado a terceiros e se transmitia aos herdeiros por morte do titular.[29]

Observa, porém, François Burdeau que os juristas entendiam que a propriedade restringia-se aos aspectos patrimoniais ou financeiros do ofício, ao preço pago, e não ao próprio título, cuja concessão era sempre uma prerrogativa real. Por essa razão, tinha o Estado o direito de verificar, nas alterações de titularidade, *inter vivos* ou *causa mortis,* a capacidade e a moralidade do adquirente. Seja como for, conclui Burdeau que a venalidade era o meio de garantir, a um só tempo, a fidelidade ao rei e a independência e a segurança do servidor.[30]

15. A independência dos tribunais franceses, dos Parlamentos, como eram chamados, vem precisamente da venalidade dos cargos de juiz. Essa prática, que hoje nos parece tão contrária aos postulados democráticos, produziu, porém, no absolutismo, o efeito benéfico de criar um freio ao poder monárquico, pois as ordens do rei só se tornavam leis quando registradas nos Parlamentos. O registro, entretanto, não era uma formalidade subalterna, uma providência de mera execução. Os Parlamentos, por vezes, o dificultavam ou mesmo deixavam de fazê-lo, impedindo, assim, que o ato do rei adquirisse a natureza de norma legal. Exerciam, portanto, um certo controle sobre a *voluntas regis,* pois, nas palavras de um autor antigo, o registro significava *"que nos rois ont voulu réduire leur volonté sous la civilité de la loi"*[31]. Foi este, em conseqüência, um passo importante no caminho da afirmação do

28 Sobre essa questão e sobre as diferentes classes de exercentes da função pública no período anterior à Revolução Francesa, veja-se François Burdeau, *Histoire de l'Administration Française,* Paris Montchrestien, 1994, p.20 e ss.

29 Com relação a alguns cargos ou ao exercício de determinadas atividades essa situação perdura, na França, nos tempos atuais. É o caso, por exemplo, dos tabeliães ou dos advogados perante os tribunais superiores, na jurisdição ordinária, a *Cour de Cassation*, ou administrativa, o *Conseil d'Etat.*

30 Op. cit., p.21.

31 Lucay, cit. por Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, Paris, Giard&Brière, 1903, vol.I. p.67-68, nota 4.

princípio da soberania da lei, inspirado em Rousseau, e que só a Revolução Francesa consagrará[32].

O contrato, nos moldes do direito privado, era, portanto, senão o único, pelo menos o instrumento mais eficiente para o estabelecimento de relações jurídicas (e não meramente de subordinação) entre o Estado e os indivíduos, ainda que o objeto fosse de natureza puramente pública.

V. *O contrato nas relações entre indivíduos e Estado no século XIX*

16. Conquanto exemplos de colaboração de particulares no desempenho de tarefas públicas possam ser identificados na Itália do renascimento, com os *condottieri* que colocavam seus exércitos mercenários sob as ordens do príncipe, ou na França absolutista, com os *férmiers géneraux,* uma espécie de novos publicanos, encarregados da arrecadação dos impostos[33], ou ainda, em toda parte e em distintas épocas, com os que recebiam dos governos, em tempo de guerra, carta de corso e saíam pelos mares, por conta própria, a aprisionar os navios inimigos, é irrecusável que somente a partir do século XIX é que se desenvolveu e se estreitou essa cooperação. E ela se estabelecia ordinariamente pela via do contrato, no princípio sempre considerado como instituto do direito privado. A noção de contrato administrativo, regido pelo direito público, só começa a esboçar-se na França no fim do século passado, consolidando-se nas primeiras décadas deste século. Antes disso, todo o contrato era de direito privado.

17. Assim, quando se afirmou, também na França, a célebre distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, que remetia os primeiros para a órbita direito público e os outros para a do direito privado, nunca se duvidou que os contratos celebrados pela Administração Pública, independentemente de sua natureza, eram atos jurídicos de direito privado, mesmo que a competência para decidir as controvérsias com eles relacionadas fosse por vezes atribuída a tribunais administrativos, por razões de ordem prática[34].

Essa distinção domina incontrastavelmente quase todo o século XIX, com irrestrita aceitação na doutrina[35] e na jurisprudência, servindo como critério básico

32 A propósito do confronto entre os Parlamentos e o poder real, bem como a sujeição dos juízes à lei, em contraste com a administração pública no Estado de Polícia francês, veja-se Otto Mayer. OD. Cit. D.67 e ss.

33 Guy Braibant, *Le Droit Administratif Français,* Paris, 1984, p.121, cit. por Maria João Estorninho, *Requiem Pelo Contrato Administrativo,* Coimbra, Almedina, 1990, p.53, nota 111.

34 Assim, por exemplo, já nos primeiros anos da Revolução as questões relacionadas com os contratos de obra pública passaram a ser da competência dos tribunais administrativos, embora fossem eles, então, integralmente regidos pelo direito civil.

35 Dizem Laubadère/Venezia/Gaudemet, Traité *de Droit Administratif,* Paris, L.G.D.J, 1994, p.36, que "a *teoria dos atos de autoridade e de gestão foi uma das idéias fundamentais dos principais autores do século XIX: Batbie, Ducroc, Aucoc e, depois, Laferrière e Berthélémy, constroem sobre ela todo o direito administrativo*".

para separar a competência dos órgãos da jurisdição ordinária e os da jurisdição administrativa.

Ela exprime, aliás, uma idéia que, à época, não encontrava opositores na Europa continental: a de que o Estado, quando agia como *persona potentior,* o fazia à sombra do direito público.

18. No direito alemão, embora nunca tivesse sido utilizada a distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, aquela mesma idéia encontrara expressão muito clara, ainda ao tempo do *Polizeistaat,* na teoria do fisco ou da dupla personalidade do Estado. Quando o Estado atua no exercício dos seus poderes específicos, que em nenhuma hipótese se admite que caibam aos indivíduos, ele o faz como pessoa jurídica de direito público. As relações jurídicas que trava, nessas circunstâncias, com os administrados, são relações de subordinação. Por outro lado, quando o Estado desce ao mesmo plano dos particulares, mantendo com eles vínculos de cooperação — à semelhança do que acontecia, no Direito Romano, com o *fiscus* — apresenta-se como pessoa jurídica de direito privado.

É curioso notar que, nessa concepção, não se cogita que o Estado seja uma só pessoa, com dois lados distintos. O que se pensa é, verdadeiramente, na existência de duas pessoas diversas: uma que encarna o poder e que se relaciona com os indivíduos por ordens e comandos e que está, pois, a rigor, fora ou acima do direito, e outra que figura em relações jurídicas como o homem comum, gerindo as suas finanças e a sua fortuna, sujeito ao direito privado, especialmente ao direito civil, e passível de ser chamado aos tribunais.

Assim, é importante que se repita que muito embora se afirme que, nesse contexto, o Estado como conjunto de poderes tinha personalidade jurídica de direito público e fosse, pois, disciplinado por esse ramo do direito, o que efetivamente acontecia é que ele não era atingido pelo direito. O que imperava, nesse campo, era a vontade do soberano, a *voluntas* e não a *ratio* traduzida na lei. Dito de outro modo, direito, então, era só o direito civil ou o direito privado[36]. E só a este o Estado se submetia, quando se ligava aos particulares por laços de cunho patrimonial.

19. Com a consagração da noção de Estado de Direito, que é, sabidamente, uma noção de origem germânica, a teoria da dupla personalidade do Estado desaparece, mas perdura no direito alemão a concepção de que o critério distintivo entre direito público e direito privado há de ser buscado no caráter de desigualdade que ostentam as relações jurídicas disciplinadas pelo primeiro, em contraste com a igualdade em que se situam as partes nas relações jurídicas instituídas no âmbito do segundo. É este um critério que atenta para os meios de que o Estado se utiliza (unilaterais, coercitivos, se não se quiser dizer de autoridade)[37] e não para o *fins*, como sucede

36 Sobre isso, por todos, Otto Mayer, op. e vol. cits., p.53 e ss.

37 Até hoje as teorias mais prestigiosas desenvolvidas pela doutrina alemã para distinguir entre direito público e privado, como a teoria da subordinação (*Subordinationstheorie ou Subjektionstheorie*) *ou* a nova teoria do sujeitos, também chamada de "teoria do direito especial", ou "teoria do sujeito modificada" *(Sonderrechtstheorie; modifzierte Subjektstheorie)* são calcadas no conceito de autoridade ou de poder do Estado *(hoheitliche Gewalt),* noção que suscita desde logo a idéia de desigualdade nas relações entre o Estado e os indivíduos. Isso dificulta a compreensão da inserção, na esfera do direito administrativo,

com o critério do serviço público, que passará a presidir o desenvolvimento do direito administrativo francês desde o *arrêt* Blanco, de 1873, e que será decisivo, entre outras coisas, para a formação do conceito de contrato administrativo. Estará aí a razão mais forte pela qual o contrato administrativo, com o matiz francês, nunca foi aceito pelo direito alemão.

20. De direito privado ou de direito público, o certo é que não existiu, no século passado, nenhum outro instrumento jurídico tão importante como o contrato para permitir a colaboração dos indivíduos com o Estado na realização de fins de interesse público. E, dentre os contratos, nenhum como o de concessão de obra pública, originariamente ligado ao da concessão dos serviços públicos com ela relacionados, desempenhou papel de tanto relevo.

O Estado do século passado não dispunha de grandes recursos. Confiar a particulares a construção de obras públicas, permitindo lhes, em contraprestação, exercer por sua conta e risco, por prazo geralmente dilatado, os serviços a que as obras se destinavam, foi, sem nenhuma dúvida, uma fórmula de extraordinária felicidade, que só poderia ter o sucesso que efetivamente alcançou. Tratava-se, como disse Rivero, numa frase que se tornou famosa, de um casamento com separação de bens, vantajoso para ambas as partes[38]. Vantajoso para o Estado, que nada despendia e, ao término do contrato, recebia a obra, e vantajoso para os particulares, que, conquanto investissem recursos de grande vulto, tinham assegurada por muitos anos a exploração dos serviços ajustada em bons termos, uma vez que o Poder Público, interessado como estava em atrair colaboradores privados, favorecia-lhes as condições contratuais.

daqueles atos dos agentes públicos no exercício da chamada administração prestadora de benefícios *(Leistungsverwaltung)*, ou seja da administração que não atua por meios coercitivos mas que, ao revés, proporciona vantagens aos particulares. Alguns autores, para superar o impasse, passaram a sustentar que, modernamente, o *hoheitliche Gewalt*, expressão que corresponde à *puissance publique* dos franceses, não se restringe às medidas coercitivas e aos comandos do Estado, mas se estende também aos benefícios que o Estado distribui e ao planejamento estatal. (Assim, por exemplo, Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, C.H.Beck, 1992, p.29-30: *"heute die "hoheitliche Gewalt" nicht* nur in *staatliche Eingriffen, sondern auch un staatliche Plannungen und Leistungen äussert".)*. A dificuldade a que aludimos acima resulta de que o direito alemão não sofreu, nesse particular, nenhuma influência da teoria do serviço público, do direito francês. Foi ela que introduziu um critério de fins, em substituição ao critério de meios, da teoria dos atos de autoridade e de gestão, para fixar a linha divisória entre a competência da jurisdição administrativa e da jurisdição ordinária e entre o direito público e o direito privado. Pela teoria do serviço público, na sua formulação clássica, os atos relacionados com um serviço público, sejam eles restritivos ou ampliativos — ou, na terminologia alemã, da administração coercitiva ou agressiva *(Eingriffsverwaltung)* ou da administração prestadora de benefícios (*Leistungsverwaltung*) — estão, em linha de princípio, sujeitos ao direito público. Assim, para ampliar o território do direito administrativo de modo a abarcar dentro de suas fronteiras as atuações do Estado Providência, não necessitaram os franceses mexer nos conceitos de autoridade pública ou de *puissance publique*. Simplesmente agregaram um outro conceito ou um outro critério que passou a ser, desde então, o principal, sem que, entretanto, o critério *da puissance publique* deixasse de ter importância, como hoje se reconhece, pois, do contrário, a atividade de polícia ficaria fora do Direito Administrativo. Sobre a evolução e a crise do critério do serviço público no direito francês, Georges Vedel/Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, Paris, PUF, 1992, vol.I, p.115 e ss.

38 Jean Rivero, *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1973, p.431.

Vivia-se o apogeu do liberalismo e a época da construção das vias férreas e das instalações ferroviárias, da implantação das redes de distribuição de água, de iluminação a gás e, depois, de eletricidade.

Além disso, o século XIX foi um período de grande estabilidade econômica e monetária. Assinala René Chapus que, em 1914, o valor do franco francês era o mesmo que tinha aquela moeda à data de sua criação pela Lei do 7 germinal do ano IX[39]. Assim, os cálculos e as previsões econômico-financeiras, quando bem realizados, acabavam por corresponder à realidade, mantendo o que em época mais recente se chamaria o equilíbrio do contrato.

21. A plena harmonia dessa associação entre particulares e Estado na realização de tarefas públicas, resultante principalmente do contrato de concessão de obra pública a que se ligava o de concessão de serviços públicos[40], foi rompida em termos definitivos a partir da primeira grande guerra. Contudo, já antes não eram raros os desentendimentos entre as partes, causados, por um lado, pelo empenho do concessionário em manter ou ampliar sua margem de lucro, o que o levava a tentar obter o máximo de resultado com o mínimo de investimento e, pois, a descurar-se de adaptar os serviços às melhorias tecnológicas que iam aparecendo e, por outro, pelo descontentamento do setor público com a impossibilidade em que se encontrava de forçar aquela adaptação, em virtude das cláusulas contratuais por ele próprio propostas, no intuito de seduzir os particulares a virem a colaborar com o Estado[41]. Quanto a este último ponto, a afirmação da natureza de direito público dos contratos administrativos conduziu ao reconhecimento de diversas prerrogativas ao Estado, entre as quais, no início deste século, o da modificação unilateral do contato para afeiçoá-lo ao interesse público, sem prejuízo das compensações financeiras porventura devidas ao outro contratante[42].

A instabilidade econômica e monetária que se seguiu ao primeiro grande conflito mundial fez com que os concessionários com freqüência se vissem em dificuldade para continuar prestando os serviços a que se haviam obrigado, os quais, porém, por serem públicos, não poderiam ser interrompidos. Tornaram-se, então, necessárias intervenções do concedente, mediante auxílios financeiros temporários, a fim de evitar a paralisação dos serviços. Surgiu, assim, no direito francês, a teoria da imprevisão, restrita aos contratos administrativos, já que os contratos de direito privado continuaram presos à regra férrea do art. 1.134 do Código Civil, que consagra o princípio dos *pacta sunt servanda.*

O casamento com separação de bens transformara-se em casamento com comunhão de bens, como bem notou Rivero[43].

39 *Droit Administratif Général,* Paris, Montchrestien, 1993, vol. I, p.509.

40 Originariamente, como dissemos, os contratos de obra pública e de concessão de serviço público eram indissociáveis. Só bem mais tarde é que ocorrerá essa separação.

41 Sobre isso e sobre as diferentes fases nas relações contratuais dos particulares com o Poder Público, na exploração de serviços públicos, Maria João Estorninho, *Réquiem pelo Contrato Administrativo,* Coimbra, Almedina, 1990, p. 53 e ss.

42 Veja-se, a propósito, Jacqueline Morand-Deviller, *Cours de Droit Administratif;* Paris, Montchrestien, 1994, p.362 e ss.

43 Vd., supra, nota 39.

VI — A fuga Para o Direito Privado

22. Mudara, entretanto, o clima político e a concepção do Estado era outra. O Estado liberal burguês estava morto e substituído pelo Estado Social, pelo Estado Providência ou pelo *Welfare State.* Atrás dessas designações distintas, a face do Estado, em toda a parte, passou a assemelhar-se. A intervenção no plano econômico e no campo social era a nota distintiva por excelência de sua nova conformação. A ampliação das tarefas do Estado e, pois, dos serviços públicos, especialmente no campo da administração prestadora de benefícios, exigiu que o Poder Público se tornasse mais ágil, fazendo-o ir procurar no repertório do direito privado modelos e instituições que o permitissem atuar com a eficiência e rapidez que então se reclamava.

Nesse período, que é aquele que se segue ao término da primeira grande guerra, deu-se o que Fritz Fleiner chamou de "a fuga para o direito privado" *(die Flucht in das Privatrecht)*[44]. No que concerne à colaboração dos particulares com o Estado na realização de tarefas públicas, essa época é assinalada pelo início do declínio do contrato de concessão de serviço público, que então tinha já existência autônoma com relação ao contrato de empreitada ou construção de obra pública.

Nas mais das vezes, passou o Estado a constituir, pelo emprego de técnicas de descentralização, pessoas jurídicas de direito privado destinadas apositamente à execução dos serviços que antes eram delegados a particulares.

23. O pensamento e a interrogação que subjaziam a essa tendência eram os seguintes: se o Estado concedia serviços a particulares e tinha ainda freqüentemente de socorrê-los, dando-lhes ajuda financeira nos momentos de crise, por que não constituir ele próprio entidades, integradas na sua administração mas com personalidade jurídica de direito privado, que se incumbissem desses misteres?

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, criadas com a finalidade específica de prestar serviços públicos de natureza comercial ou industrial, foram o meio encontrado para traduzir em termos práticos aquele pensamento, substituindo, em grande medida, os particulares que se ligavam ao Estado na qualidade de concessionários.

Bem se vê, entretanto, que a assim designada "fuga para o direito privado" produziu o efeito, no plano teórico, de pôr em xeque a teoria do serviço público, pois, em certas situações, a vinculação a um serviço público, por mais estreita que fosse, não era mais suficiente para qualificar como de direito público os atos naquela condição praticados.[45] O serviço público passou também a ser prestado por entidades

44 *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht,* Tübigen, 1928, 8ª ed., J.C. Mohr, p.326.

45 Desde então não há mais critério absolutamente seguro para estabelecer-se a *summa divisio* entre direito público e direito privado. O critério do interesse, geralmente referido ao fragamento de Ulpiano no Digesto (D. 1.1. 1.2) sempre foi tido como excessivamente vago. O critério da subordinação, que prevaleceu no Estado liberal clássico, tornou-se insuficiente no Estado Social deste século, pois excluiria do direito público toda a administração prestadora de benefícios. Com a crise do critério do serviço público, nada mais restou ao intérprete do que juntar os pedaços das diferentes teorias para, com eles, topicamente, pela análise das circunstâncias, tentar qualificar a norma jurídica e o fato que ela regula.

de direito privado, da administração descentralizada ou indireta, e sujeitas a regime jurídico predominantemente de direito privado.

De outra parte, 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 do Direito Administrativo, que até então as continha, para se submeterem ao direito privado, mesmo quando perseguindo fins imediatamente públicos[46]. 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 a nova roupagem, possuíam natureza industrial e comercial.

24. Se, na Europa, "a fuga para o direito privado" é um movimento que surge logo após o término da primeira grande guerra, no Brasil ele só ganhará efetivamente significação após a segunda grande guerra. A descentralização que entre nós foi feita nas décadas de 20 e 30 operou-se quase que totalmente dentro do território do direito público. Foi essa a época áurea das autarquias. Com a década de 40 ganham prestígio as sociedades de economia mista, e, depois, as empresas públicas. É necessário que se diga, porém, que se na maior parte dos casos essas entidades eram instituídas por razões de ordem estritamente técnica e atendendo à conveniência do Poder Público, em muitos outros os motivos que determinaram sua instituição eram apenas os de fugir aos controles internos e externos a que a Administração Pública em geral estava sujeita, de facilitar a contratação de pessoal ou de obras e serviços, dispensando o concurso público e a licitação, ou ainda de conceder melhor remuneração aos servidores da nova pessoa jurídica, em relação aos padrões da pessoa jurídica matriz.

25. A adoção pelo Estado de instrumentos do direito privado para a consecução de fins públicos fez com que passasse a ter importância, no direito brasileiro, a antiga distinção francesa entre atos de autoridade e atos de gestão, que no seu país de origem está totalmente esquecida, superada que foi pelos critérios propugnados pela teoria do serviço público, apesar de todas as crises e vicissitudes que essa teoria tem enfrentado.

Entre nós, porém, aquela distinção tem sido freqüentemente utilizada pela jurisprudência em função, sobretudo, do instituto do mandado de segurança, o qual deve ser impetrado contra ato de autoridade pública, na fórmula sempre repetida por

46 Até os fins do século passado e início deste século era possível definir o Direito Administrativo como sendo o direito próprio da Administração Pública, como o fazia Otto Mayer (op. e vol. cits, p.21: *"Nous appelons droit administratif le droit public propre à l'administration"*). Depois da "fuga para o direito privado" aquela definição se tornou apenas parcialmente verdadeira, pois a atividade administrativa passou também a ser regida pelo direito privado. Essa circunstância determinou o surgimento de um *tertium genus*, entre o direito público e o direito privado, o Direito Privado Administrativo, ou seja, um direito privado aplicado à Administração Pública, quando persegue fins imediatamente públicos, temperado por regras de direito público. Por último, sobre Direito Privado Administrativo, vd. Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht*, München, C.H. Beck, 1994, vol. I., p.225, embora assinalando que, após a introdução do conceito de contrato administrativo, no parágrafo 54 da Lei de Procedimento Administrativo, a noção de Direito Privado Administrativo, elaborada por H.J.Wolff, perdeu importância.

nossas Constituições, desde a de 1934. Cogitando-se de atos praticados por agentes de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de fundações de direito privado instituídas ou mantidas pelo Poder Público, têm surgido dúvidas nos nossos tribunais sobre a natureza desses atos, mesmo quando se refiram, por exemplo, a licitações e concursos públicos[47]. Essas dúvidas são, em última instância, sobre os próprios critérios distintivos entre direito público e direito privado, sobre as fronteiras que separam esses dois ramos do Direito e, principalmente, sobre a nova categoria, o *tertium genus* que a "fuga para o direito privado" engendrou, o Direito Privado Administrativo[48].

VII. *A democratização da defesa do interesse público*

26. Vejamos, agora, um outro ponto, que é da máxima importância na história das relações entre particulares e Estado no Brasil. A Constituição de 1934 e, principalmente, a Constituição de 1946, inauguraram caminho extremamente fecundo, ao iniciarem processo que se poderia chamar de *privatização da defesa do interesse público,* mas que prefiro designar como *democratização da defesa do interesse público.*

Até então a participação do indivíduo na defesa do interesse público só poderia dar-se de forma indireta ou reflexa, pela defesa do seu próprio direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão. O Brasil só conhecia o que Duguit designava como *contencioso subjetivo,* por oposição ao *contencioso objetivo*[49], que, como é sabido, ocupa um lugar predominante no direito francês. Dito de outro modo, no nosso sistema não se permitia ao indivíduo, sem qualquer violação ou ameaça de violação de um direito subjetivo, recorrer ao Poder Judiciário para, invocando um interesse legítimo, reclamar contra a agressão à ordem jurídica e ao interesse público[50].

47 Sobre essas questões, Almiro do Couto e Silva, *Atos de autoridade e Mandado de Segurança,* Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, vol. 11 (1996) p.127 e ss.

48 Pode-se dizer que a tendência dominante na nossa jurisprudência era a de caracterizar os atos de dirigentes ou agentes de sociedade de economia mista e de empresas públicas, relacionados com licitações e concursos públicos como *atos de gestão.* São ilustrativos dessa posição, mais recentemente, acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes nº 594138133 e 594025199, ambos do 1º Grupo de Câmaras Cíveis), entendimento que foi, entretanto, modificado pelo STJ, pela sua Primeira Turma, rel. Ministro Demócrito Reynaldo, no Recurso Especial nº 84.082/RS, que assim consigna na ementa: *"Os princípios constitucionais a que está sujeita a administração direta e indireta (incluídas as sociedades de economia mista) impõem a submissão da contratação de obras e serviços públicos ao procedimento da licitação, instituto juridicizado como de direito público. Os atos das entidades da Administração (direta ou indireta) constituem atividade de direito público, atos de autoridade, sujeitos ao desafio pela via da ação de segurança".* Na verdade, em formulação sintética, pode-se afirmar que se o ato de qualquer pessoa jurídica da Administração Pública, direta ou indireta, for regido por norma jurídica de direito público, ele será sempre ato de autoridade; se for disciplinado por norma jurídica de direito privado ele será sempre ato de gestão.

49 *Traité de Droit Constitutionnel,* Paris, E. de Boccard, 1928, vol. II, p.458 e ss.

50 Neste particular o nosso sistema se assemelhava ao anglo-americano e ao alemão. No pertinente a este último essa mesma posição subsiste. Nos Estados Unidos, porém, como relata Bernard Schwartz

A inserção do instituto da ação popular, no texto das Constituições de 1934 e de 1946, é um marco decisivo, um *tournant* na tradição do direito público nacional, pela janela que abre aos ventos da democracia participativa, ao permitir que os indivíduos tenham acesso aos tribunais para, agindo *pro populo,* postularem a invalidação de atos lesivos ao interesse público, com a responsabilização de seus autores.

Desde então o Estado não seria mais o exclusivo detentor da defesa do interesse público. Essa defesa, nas hipóteses constitucionalmente previstas, deveria ser compartilhada com os cidadãos, erigidos em fiscais da ação estatal.

27. A edição da Lei nº 4.717, de 26 de junho de 1965, atribuiu plena eficácia ao preceito constitucional pertinente à ação popular, pondo nas mãos dos cidadãos brasileiros instrumento efetivo de controle da ação pública e de defesa do interesse público.

As Constituições posteriores foram alargando o âmbito da ação popular, até atingir o largo espectro a ela conferido pela Constituição vigente[51].

A introdução em nosso sistema jurídico da ação civil pública e o amplo repertório de meios processuais previstos pela Constituição de 1988, com as ações diretas de inconstitucionalidade por ação ou omissão, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, a par da ação popular, do mandado de segurança individual e do *habeas corpus*, outorgaram ao indivíduo, no Brasil, isoladamente ou reunido em associações, elenco de instrumentos de controle do Estado e de defesa, direta ou indireta, do interesse público que não encontra similar em nenhum sistema jurídico do universo.

A lesão ao interesse, individual, difuso ou coletivo, dá legitimação processual para provocar a manifestação do Poder Judiciário, num amplo leque de matérias de utilidade pública. A noção de interesse assumiu, pois, no nosso sistema, um papel de extraordinário realce, na cena que há meio século atrás era ocupada com exclusividade pela noção de direito subjetivo. E isto não apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, mas também nas relações estabelecidas entre os próprios indivíduos, como se faz evidentemente pela Lei de Proteção ao Consumidor.

VIII — *As bases constitucionais do Direito administrativo*

28. Ainda no que tem pertinência com o controle do Estado pelos indivíduos caberá referir que, na segunda metade deste século, ganha destaque o que Georges

(Administrative Law, Boston/Toronto, Little, Brown & Co., 1976, p. 263 e ss.) houve modificação profunda nesse estado de coisas, com a extensão da proteção jurisdicional ao que chamamos de interesses difusos e coletivos, em razão do alargamento do conceito de parte no processo *(parties in interest).* No regime anterior, parte era só a *obvious party, isto* é, o titular de um direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão. Hoje se admite no processo quem tenha um interesse de algum modo atingido, como corre, por exemplo, na proteção aos consumidores ou ao meio ambiente.

51 A ação popular tem hoje extraordinária amplitude, na fórmula acolhida pelo art.5º, LXXIII., da Constituição Federal: *"Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprsovada má-fé, isento de custas judiciais e de ônus de sucumbência".*

Vedel denominou de *reforço das bases constitucionais do Direito Administrativo*[52]. Outros disseram que hoje o *Direito Administrativo é o Direito Constitucional concretizado*[53].

O que ocorreu é que, no após guerra, com o declínio do positivismo jurídico e do normativismo, muitos autores procuraram condicionar o direito positivo pelo direito natural ou por princípios jurídicos supraconstitucionais. Os valores não estariam dentro do sistema jurídico, mas fora dele ou sobre ele. Não será preciso dizer que essas posições enfrentavam enormes dificuldades de fundamentação teórica. Depois partiu-se para o entendimento de considerar que os valores estavam dentro do próprio ordenamento jurídico, sob a forma de princípios embutidos na Constituição, de maneira explícita ou implícita.

Essa corrente de pensamento, que se alastrou pelo mundo, revigorou os princípios constitucionais já identificados, descobrindo-lhes novos aspectos, e acrescentou ao rol conhecido muitos outros. Os princípios adquiriram desse modo, no direito moderno, especialmente no direito público, um vigor que nunca tinham possuído, notadamente na configuração da coerência e da consistência do sistema. As outras normas são sempre a eles necessariamente reconduzidas e são eles que orientam sua interpretação[54].

Os princípios estruturantes do Estado, como o da República, a que Geraldo Ataliba dedicou estudo primoroso[55], o da Federação, o do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), com toda a sua opulenta lista de subprincípios implícitos, dentre os quais sobressai o da segurança jurídica, a par dos que são expressamente referidos à Administração Pública (CF, art. 37), como os da legalidade (a rigor, um subprincípio do Estado de Direito), da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e os que estão declarados ou embutidos na declaração dos Direitos e Garantias Fundamentais (CF, Título II), como o da igualdade, o do devido processo legal (a que alguns autores vinculam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade[56]) e o da ampla defesa, tornaram a Administração Pública brasileira largamente aberta à

52 Gérard Marcou, *in Les Mutations du Droit de L'Administration en Europe*, Paris, L'Harmattan, 1995, p.58.

53 A frase é de Fritz Werner e constitui o título de um trabalho seu. Sobre o conflito dessa posição com a de Otto Mayer, segundo a qual "o *Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo fica" (Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht)* veja-se Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1982, p.63.

54 Para a confirmação dessa afirmação, basta ver a importância que os princípios constitucionais ganharam nas obras dos autores contemporâneos de Direito Administrativo. Veja-se, entre nós, por exemplo e por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994, p.43 e ss. Sobre o papel dos princípios no direito moderno, Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, RT, especialmente p.92 e ss., com ampla remissão à doutrina estrangeira.

55 *República e Constituição*, São Paulo, RT, 1985.

56 Por exemplo, Raquel Denize Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 120 e ss.: Xavier Philippe, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*, Paris, Economica, 1990, p.34 e ss.

fiscalização e ao controle dos particulares, dilatando, por conseqüência, a participação dos indivíduos na realização dos fins de interesse público.

A noção de República, identificada por muitos como a acepção da palavra que apenas designa o oposto de monarquia, voltou a ter o sentido vivo e palpitante que denotam as raízes etimológicas do vocábulo. É ela *verdadeiramente* a *res publica*, a coisa de todos, de que todos devem cuidar e a que todos devem vigiar para que realmente satisfaça e realize os interesses comuns da sociedade.

Parece óbvio, nesse quadro, que o Estado, para não ser alvo, a cada momento, de ações movidas pelos indivíduos — facilitadas, sob o ângulo formal, pela variedade dos meios processuais reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e, sob o aspecto material, pelo novo e especial realce dos princípios constitucionais incidentes sobre a Administração Pública —, propenderá a atuar de forma mais incisiva e eficiente.

IX — O gigantismo do Estado e a volta do pêndulo

29. De outra parte, entretanto, é irrecusável que, em todo o mundo, há enorme preocupação com o gigantismo do Estado e com a qualidade de alguns dos serviços que ele presta. Tal preocupação traduziu-se numa retração das fronteiras do Estado, que passou a devolver a particulares terreno por ele ocupado ou que até mesmo a entregar a particulares tarefas que anteriormente só ele desempenhava. O pêndulo que oscilara para o setor público torna, agora, para o setor privado[57].

Para isso contribuiu grandemente o fato de as empresas públicas e as sociedades de economia mista não terem tido, em muitos casos, desempenho satisfatório. Seus dirigentes eram tentados a abusar da relativa liberdade de que gozavam, no regime preponderantemente privado que as disciplinava.

No Brasil, alguns desses excessos decorriam do entendimento sustentado por autorizados doutrinadores de que as entidades de direito privado da Administração indireta não estavam obrigadas a realizar concurso público ou procedimento licitatório para a contratação, respectivamente, de seus empregados e de serviços e obras. Empreguismo, favorecimento de correligionários ou mesmo de familiares em contratos vultosos são exemplos, entre muitos outros, de distorções verificadas nessas pessoas jurídicas. Daí a tendência de submetê-las a critérios mais estritos, de direito público, como acabou prevalecendo na Constituição de 1988, principalmente com as disposições contidas no seu art. 37.

Por certo, o regime jurídico dessas entidades sempre fora híbrido: predominantemente de direito privado, mas integrado, também, por regras de direito público. É o que a doutrina alemã, já o dissemos, denomina de Direito Privado Administrativo, ou seja, um direito privado adaptado à Administração Pública pela incidência de normas de direito público. A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a

57 Caio Tácito, *O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro, in* RDA, 202, p. 1 e ss.

parte de direito público desse regime, a ponto de torná-lo muito semelhante ao regime puramente de direito público que disciplina a Administração direta ou centralizada.

30. Todas essas circunstâncias, aliadas ao imenso custo do Estado Social ou do Estado Providência, causador de déficits públicos quase insuperáveis, e às correntes ideológicas que se viram reforçadas pelas bruscas mudanças políticas no leste europeu, acabaram por empurrar também o Brasil para o rumo hoje trilhado pela grande maioria das nações democráticas.

A privatização, no sentido estrito do termo, e a terceirização são as ilustrações mais significativas dos caminhos a que se inclina o Estado, neste final de século.

Mais do que uma vitória da doutrina neoliberal, a onda privatizante que bate atualmente em todos os continentes tem de ser vista como um triunfo do pensamento pragmático ou problemático sobre o pensamento estruturado em bases puramente racionais, de cunho axiomático, dogmático ou sistemático, que tanto seduziu a filosofia e a ciência até tempos bem recentes. Muito embora existam radicais nos dois extremos, pois há os que julgam que privatizar a qualquer custo é sempre um bom negócio e os que acreditam que o Estado nunca deve desfazer-se do seu patrimônio, a verdade, como em tantas outras situações, parece estar no meio termo. O certo é que privatizações tem sido feitas não apenas em países de acentuada tradição liberal e defensores antigos e ardorosos do sistema capitalista, como também até mesmo em países comunistas, muito embora no último caso se trate de privatização parcial, pois essas alienações restringem-se à parte minoritária do capital de empresas públicas. Cuba, para ficar num exemplo que diz tudo, em 1994 vendeu ao grupo mexicano Domos 49% das ações de sua empresa estatal de telecomunicações, a Emtel/Cuba.[58]

31. A terceirização inspira-se nas mesmas razões. Muitas vezes ela é utilizada, porém, para fraudar a regra do concurso público, que a Constituição vigente deu extensão que me parece exagerada, ao compreender todos os cargos e empregos, tanto da administração direta quanto da indireta, sejam as entidades de direito público ou de direito privado. Há tarefas de importância menor, como as de limpeza e manutenção de prédios, ou ainda as de obra, além de muitas outras, para as quais a admissão mediante concurso público é uma exigência excessiva. O recurso à terceirização vai se constituindo numa praxe referentemente a esses misteres. Mas a Administração Pública não o circunscreve a tais ocupações. A terceirização não raramente é adotada também para o desempenho de atribuições mais complexas.

32. Em todas essas situações há problemas jurídicos de difícil solução, pois a categoria dos servidores públicos tem, na Constituição, como lhe reconheceu Carl Schmitt, a posição de garantia institucional[59], e o princípio do livre acesso aos cargos e empregos públicos, que a exigência do concurso reflete e disciplina, não comporta qualquer exceção.

58 Pierre Guilain, *Les Privatisations, un défi stratégique, juridique et institutionnel*, Bruxelas, De Boeck-Wesmael, 1995, p.19.

59 *Verfassungslehre*, Berlim, Duncker & Humblot, 1928, p. 172; também *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlim, Duncker & Humblot, 1928-1973, p.174.

Tanto nas privatizações quanto na terceirização, o instituto jurídico que permite ao Estado realizar os fins a que se propõe é o contrato e, fundamentalmente, o contrato de direito privado. A compra e venda, a locação de serviços, os acordos de acionistas e, quando a lei o permite, os contratos de gestão ao estilo germânico dos *Beherrschungsverträge,* são os instrumentos naturais para compor os interesses da Administração Pública e do setor privado nas relações que modernamente se estabelecem entre os indivíduos e o Poder Público, ao cogitar-se de redefinir o papel do Estado.

Mas não só. Também o contrato administrativo, especialmente na modalidade francesa, com a concessão de serviço público à frente, goza hoje de alto prestígio.

33. Não há dúvida de que houve um renascimento do contrato de concessão de serviço público, tanto considerado isoladamente como na feição originária, em que aparecia sempre associado à concessão de obra pública. Verificou-se, igualmente, um alargamento da área de utilização do contrato de concessão de serviço público, passando a compreender não apenas os serviços de natureza industrial e comercial, como também os próprios serviços administrativos. Tornou-se comum, em certos países, o Poder Público conceder a particulares a exploração de rodovias, pontes, túneis, parques de estacionamento, portos e aeroportos, hospitais, serviços cuja natureza é mais acentuadamente administrativa mas que comportam, como os serviços industriais e comerciais, o pagamento de uma contraprestação pelo usuário[60].

Na França, mesmo no longo governo socialista de Mitterand, a concessão de serviço público, com as características que acabamos de apontar, foi muitíssimo empregada e com resultados plenamente exitosos. No Brasil, a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre concessão de obras e serviços públicos e as permissões de serviços públicos, destina-se a revigorar, no nosso meio, instituto que tanta importância teve nas últimas décadas do século passado e nas primeiras décadas deste século.

X — A consensualidade nas decisões administrativas

34. Fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais.

Administração concertada[61], administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas novas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Por vezes esse acordo é

60 R. Chapus, op. cit., vol. I, p.511 e ss.

61 A utilização do contrato para a solução de problemas que anteriormente eram resolvidos de forma imperativa pelo Estado, unilateralmente, surge pela primeira vez na França, no campo do Direito da Economia, com os chamados "contratos fiscais" e com os "contratos de ajuda financeira", estes últimos relacionados, como o nome deixa entrever, com a política de subsídios. Sobre isso, por todos, Michel Fleuriet, *Les Techniques de l'Economie Concertée,* Paris, Sirey, 1974, p.57 e ss.

estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele.

Na Alemanha, a par desses acordos informais ou do "ato administrativo *negociado*" *(ausgehandelter Verwaltungsakt*[62],) a Lei de Procedimento Administrativo, de 25 de maio de 1976, nos seus parágrafos 54 a 61, instituiu a figura do contrato administrativo, com um sentido absolutamente distinto do que essa locução — contrato administrativo — possui no direito francês ou no direito brasileiro.

35. Na lei germânica o contrato administrativo foi concebido como modo alternativo de atuação da Administração Pública, relativamente ao ato administrativo. É ele um *Ersatz*, um sub-rogado do ato administrativo[63]. Hartmut Maurer, um dos mais importantes administrativistas alemães contemporâneos, vê no contrato administrativo "*um instrumento necessário e legítimo de que dispõe a Administração para solver problemas (Regelungsinstrument). Ele permite uma administração flexível e, sobretudo, capaz de solucionar casos atípicos. Responde, em particular, ao que se espera de uma administração moderna, conforme as exigências do Estado de Direito democrático, que não vê apenas no cidadão um simples súdito, mas um titular de direitos autônomo e um parceiro da Administração e que por isso o inclui na atividade administrativa como corresponsável*[64]".

Embora sua utilização no direito tributário esteja praticamente excluída pela incidência de princípios e normas específicos, e seja limitada no direito da previdência social e nas relações com os servidores públicos, o contrato administrativo tem sido, entretanto, largamente empregado no direito administrativo econômico, notadamente no campo das subvenções, no direito urbanístico, no direito da proteção ambiental e no direito dos cartéis[65].

O exemplo alemão parece ter estimulado a Itália, cujas Leis n.142 e 241, ambas de 1990, introduziram, ao dispor sobre regras de procedimento administrativo, o contrato ou o acordo como novas formas de atuação administrativa, como alternativa ao ato administrativo[66]. Também na relação de emprego público o contrato passou a ter posição predominante.

No nosso país, no plano federal, a administração consensual tem sido usada de forma muito tímida e só informalmente, expressando-se, sobretudo, nos acordos de

62 Harmut Maurer, *Droit Administratif Allemand*, trad. de Michel Fromont, Paris, L.G.D.J., 1994, p.378.

63 É o que se depreende claramente do enunciado no parágrafo 54: "Uma relação jurídica de direito público pode ser criada, modificada ou extinta por contrato (contrato de direito público), desde que a lei não vede. Especialmente pode o agente público, em lugar de exarar ato administrativo, celebrar contrato de direito público com quem seria o destinatário do ato administrativo". No original: "*Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag) soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schliessen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten warde*".

64 Op. cit. na nota anterior, p. 378 ou Allgemeines Verwaltungsrecht, C.H.Beck, München 1982, p.276. A tradução da passagem citada foi feita com base nos dois textos.

65 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, I, München, 1994, p.790 e ss.

66 Vd. Gérard Marcou, op. cit., p.55.

cavalheiros que por vezes o Governo celebra com certos setores empresariais, visando quase sempre a contenção dos preços.

No direito urbanístico, entretanto, freqüentemente as licenças para construir são precedidas de ajustes entre as municipalidades e os particulares, pelos quais estes se obrigam à construção de obras em favor da comunidade ou ao plantio de árvores em locais indicados pelo município ou a outros benefícios públicos.

Ainda na esfera municipal, o orçamento participativo, prática adotada ao que parece pioneiramente por alguns municípios gaúchos, ganhou notoriedade nacional, como nova via de colaboração dos particulares nas decisões do Poder Público[67].

XI — *A Privatização da Justiça*

36. A recente edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, visa a estimular o emprego de modalidades alternativas de solução de conflitos entre os particulares, substituindo a prestação jurisdicional oficial pela decisão de árbitros privados, dotada da mesma força da sentença judicial[68]. Busca-se, com isso, desafogar a Justiça, entravada, em toda a parte, pelo acúmulo de processos, o que impede, obviamente, a solução da maioria das controvérsias em prazo curto.

O intuito do legislador foi o de criar, verdadeiramente, uma via de solução de conflitos paralela à do Poder Judiciário para compor divergências a respeito de direitos patrimoniais disponíveis, pois a parte só poderá pleitear ao órgão competente do Poder Judiciário a decretação de nulidade da sentença arbitral nos casos de invalidade previstos na própria Lei de Arbitragem, e que são restritos[69]. Questão que resta em aberto, e que não cabe aqui examinar, é a da constitucionalidade dessa restrição, face ao princípio enunciado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. Se, no mundo romano, os particulares participavam da jurisdição oficial, em ambas as fases em que se desdobrava o processo no período clássico,

67 Alguns municípios do Rio Grande do Sul, como o de de Porto Alegre, adotaram a prática do "orçamento participativo", pela qual as prioridades orçamentárias são definidas mediante consulta e com a colaboração ativa da comunidade. Apesar das controvérsias políticas e jurídicas que a fórmula provoca, pelos conflitos que tende a gerar entre democracia representativa — devidamente institucionalizada e sujeita a formas definidas — e democracia direta — não institucionalizada, informal e, pois, passível de manipulações partidárias ou de facções da sociedade — seus resultados parece que têm sido animadores, a julgar-se, sobretudo, pelos sucessos eleitorais obtidos pelos governos que a empregaram.

68 Art. 31: *"A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo"*.

69 Estão eles arrolados no art. 32: *"É nula a sentença arbitral se: I — for nulo o compromisso: emanou de quem não podia ser árbitro; III — não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV — for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V — não decidir todo o litígio submetida arbitragem; VI — comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII — proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art.12, inciso III, desta Lei; e VIII — forem desrespeitados os princípios de que trata o art 21, parágrafo 2, . desta Lei"*.

agora, no Brasil, os particulares, a par de cooperarem com a Justiça oficial, nos Juizados de Pequenas Causas, poderão ter sua Justiça privada, como o permite a Lei de Arbitragem.

XII — Estado e Sociedade. Direito Público e Direito Privado. A fuga do direito privado

37. Até as últimas décadas do século passado, quando começa a definir-se o perfil do Estado Social, pode-se dizer que Estado e Sociedade são conceitos apartados. As concepções liberais, que viveram sua época de apogeu no século XIX, alargaram ao máximo o fosso de separação entre aqueles dois conceitos. Haveria na sociedade uma ordem espontânea (a famosa mão invisível, de Adam Smith), devendo o Estado ser contido pelo direito, especialmente por normas de organização, a fim de não interferir na liberdade e na propriedade dos indivíduos.

Dentro dessa moldura é evidente que o Direito Privado possuía importância muitíssimo maior do que o Direito Público, pelo menos nos países da Europa continental ou que se filiam ao sistema jurídico romano-germânico. Como ilustração do que acabei de afirmar, lembro que nenhuma das Constituições que a França teve no século passado sequer aproximou-se em prestígio do *Code Napoléon*. Nos países do *judge made law* isto, à primeira vista, talvez não pareça tão claro, em face do relevo assumido pela Constituição americana e da fragmentação do direito privado, resultante da estrutura federativa do Estados Unidos. Contudo, abaixo da Constituição, nas relações entre os particulares ou nas relações da Administração Pública com os indivíduos, o que existe é verdadeiramente um direito comum, a *common law*, que consiste, basicamente, no direito privado. Daí por que a distinção entre direito público e direito privado tem um papel secundário no sistema jurídico anglo-americano e também não é outra a razão pela qual só em tempos relativamente recentes se afirme a existência de Direito Administrativo, na Inglaterra e nos Estados Unidos e se escrevam obras de Direito Administrativo naqueles países[70].

38. Ainda nesse quadro, dominado pelas concepções liberais, não seria demasiada ousadia afirmar que o direito público exercia um papel puramente instrumental com relação ao direito privado, do mesmo modo como o Estado é um instrumento

70 Nota Friederich A. Hayeki (*Law, Legislation and Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1973, vol. I, p.124 e 173-174) que ainda no século XVII questionava-se, na Inglaterra, se um ato do Parlamento poderia contrapor-se à *common law*, referindo registro de Edward Coke, a propósito do Dr. Bonham's case: *"And it appears in our books, that in many cases, the Common Law will controul Acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be perfomed, the Common Law will controul it, and adjudge such Act to be void"*. A questão, aliás, era a mesma que já se punha no direito romano, desde o período arcaico, na oposição entre *lex*, como ato de formação do direito pelas assembléias populares, e o *ius*, como direito elaborado pelo costume. Também lá dava-se preponderância ao *ius* sobre a *lex*, como transparece na cláusula legal *"si quid ius non esset rogarier, eius ea lege nihil rogatum" e como demonstrou Arangio Ruiz (La Règle de Droit et la Loi dans l'Antiquité Classique, in Egipte Contemporaine*, vol. 28, 1938, p.30 e ss, apud. Max Kaser, *Altrömisches Ius*, cit. p.69), o que era particularmente respeitado na perda da liberdade ou da cidadania.

para garantir o bem-estar da sociedade como um todo e, conseqüentemente, propiciar a felicidade dos indivíduos.

O Estado Social, entretanto, rompeu com a rígida dicotomia entre Estado e Sociedade ao atribuir ao Poder Público o papel de cooperar na formação do próprio corpo social, intervindo nas relações econômicas e sociais para aproximá-las o mais possível da Justiça material.

O novo desenho assim assumido pelo Estado impôs modificações profundas no Direito Público e nas suas relações com o Direito Privado. O Direito Público, especialmente pelo Direito Administrativo, passou a ocupar espaços que eram preenchidos pelo Direito Privado. Já dissemos que em quase todo o século passado o direito que regia todos os contratos com a Administração Pública e que disciplinava os serviços públicos era o Direito Privado. A teoria francesa do serviço público, que é, em suma, uma secreção do Estado Social, transpôs parte significativa das relações contratuais dos particulares com o Estado para o Direito Público, ao cunhar o conceito de contrato administrativo, bem como também inscreveu na esfera do Direito Público os vínculos dos particulares com o Estado quando estabelecidos diretamente em função de um serviço público. A responsabilidade extracontratual do Estado, regida por princípios distintos da responsabilidade civil, é o mais célebre exemplo disto. Mas, apesar de terem sido assim consideravelmente estendidas as fronteiras do Direito Público, pelo braço do Direito Administrativo, mostrava-se ele ainda insuficientes para balizar as novas modalidades de atuação do Estado. A Administração Pública empreendeu, então, a "fuga para o Direito Privado", de que resultou o Direito Privado Administrativo, misto de Direito Privado, como parte predominante, e de Direito Público.

39. Hoje presenciamos um movimento de sentido inverso, que se poderia designar como *"a fuga do Direito Privado"*, pois o Estado, com maior ou menor intensidade, trata de demitir-se das funções que assumiu, na prestação de serviços públicos industriais e comerciais, entregando ao setor privado as entidades de direito privado que constituiu com essa função. Manifesta-se, pois, a tendência de refluir a onda do Estado para dentro dos compartimentos do Direito Público. Mas será que haverá um retorno à nítida separação entre Estado e Sociedade?

Não considero provável que o Estado fique algum dia reduzido ao Estado mínimo com que sonham os paladinos do pensamento neoliberal, a ponto de renunciar à posição de árbitro entre as forças em conflito na sociedade e de suprimir do rol das finalidades que persegue a realização da Justiça material, de que a justiça social é a parte mais relevante. Não se pode esquecer de que o lado do Estado que hoje é o maior e que tem também a maior importância, mesmo em países de acentuada tradição liberal, como é o caso dos Estados Unidos, é aquele em que se situa a Administração prestadora de benefícios. "O *Welfare State*" — escreve, a propósito, Bernard Schwartz — "converteu *uma parte sempre maior da comunidade em clientes do governo. Os americanos cada vez mais estão vivendo de benefícios públicos. Para um número sempre maior deles, o Governo passou a representar uma fonte imediata de renda e de benefícios econômicos. Isto determinou tremenda expansão de "agências não regulatórias". Quantitativamente, a obra do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar supera completamente o das agências regulatórias,*

como a Comissão de Comércio Interestadual"[71]. Estas palavras foram escritas antes dos últimos governos republicanos nos Estados Unidos. Mas, apesar de eles terem suprimido muitos programas sociais, especialmente o do Presidente Reagan, não modificaram substancialmente o quadro pintado pelo jurista. E o mesmo se poderia dizer da Inglaterra durante e após a era Tatcher, sob o comando político dos conservadores.

Se, por um lado é certo que o Estado contemporâneo olha-se permanentemente no espelho para ver onde e de que modo poderá adelgaçar a sua silhueta, fazendo-se mais leve e ágil, por outro é irrecusável que está sempre atento para impedir que os economicamente mais fracos sejam esmagados pelos economicamente mais fortes ou que estes causem danos irreparáveis a bens de interesse comum. As leis de proteção ao consumidor e ao meio ambiente, editadas hoje em todo o mundo, são a comprovação cabal de que o Estado não pensa em tornar a assumir a posição de mero espectador ou de simples fiscal do que ocorre na sociedade. O Estado gendarme ou o Estado guarda noturno, se é que algum dia verdadeiramente existiu, pertence definitivamente às cinzas do passado. Em outros termos, nada faz acreditar que se registre, outra vez, uma separação muito clara entre Estado e sociedade e que o Estado deixe de preocupar-se em "formar, estabilizar e equilibrar um mundo de extrema vulnerabilidade", como afirmava Forsthoff[72].

40. Nada faz supor, igualmente, que o direito privado se sobreponha em importância ao direito público, ficando este reduzido a simples normas de organização, como pretende Hayek[73].

Conquanto muitos critiquem, por diferentes razões, a atualidade da distinção entre direito público e direito privado[74], é irrecusável que ela não pode ser abandonada por exigências de ordem prática e até mesmo por imposições do ordenamento positivo.[75] Se, no século passado, a expressão sistema jurídico era quase sinônima de sistema de direito privado, desempenhando a idéia de codificação e de código um papel central e dominante, hoje é inquestionável que a noção que se possa ter de sistema jurídico, qualquer que seja ela — fale-se de sistema fechado, aberto, autopoiético, ou o que seja —, passa a ser conformada pela Constituição, com toda a sua constelação ou ordem de valores que abriga. Conseqüentemente, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, de forma mais ou menos intensa, é informado, vivificado, oxigenado e animado pelos preceitos maiores, pelos princípios e regras

71 Op. cit. p.5 e 6. "Agências não regulatórias" são as que atuam na prestação de benefícios, em contraste com as "agências regulatórias" que atuam coercitivamente. No balanço do que fazem umas e outras, conclui o grande constitucionalista americano: "*Though too* many *lawyers* may *still* not *realize* it, *the growing point of administrative law today is in the non regulatory* area" ib, p.6.

72 *Lehrbuch des Verwaltungsrecht,* München, C.H.Beck, 1972, p.4

73 Op.cit., especialmente o vol. I.

74 Veja-se, sobre essa discussão, Norbert Achterberg, op. cit., p.7 e ss.

75 No Brasil, pela partilha constitucional de competências, só a União legisla sobre Direito Privado Há, porém, distintas competências, vinculadas à União, aos Estados e aos Municípios, para legislar, p. ex. sobre Direito Administrativo. Assim, ainda que no plano teórico possa-se admitir que a distinção entre Direito Público e Direito Privado tem muito de artificial, nosso ordenamento jurídico exige que essa distinção seja feita, para que as competências constitucionais possam ser adequadamente exercidas.

estampados na Constituição, ou até mesmo por normas supraconstitucionais, de direito comunitário, como ocorre na União Européia e como esperamos que venha a ocorrer, também, no Mercosul.

41. Assim, se estas já longas reflexões permitem mostrar que quase sempre na história o Direito Privado foi mais importante do que o Direito Público, neste século cremos que tal posição alterou-se substancialmente. As Constituições passaram a ser mais importantes que os Códigos na conformação do sistema jurídico.

O relevo assumido pela noção de interesse difuso e coletivo no sistema jurídico nacional transformou, também, o conceito que se tinha de relação jurídica de Direito Administrativo, ampliando o número dos sujeitos que nela intervêm. Na concepção tradicional a relação de Direito Administrativo era predominantemente bilateral, vinculando o Estado e o destinatário imediato do ato administrativo ou, na hipótese de contrato administrativo, o outro contratante. O ato administrativo que beneficia alguém pode prejudicar outra pessoa ou outras pessoas. A licença para instalação e funcionamento de uma fábrica não estabelece relação de Direito Administrativo apenas entre a entidade pública que outorga a licença e o particular que a obtém. A instalação e o funcionamento da fábrica podem vir a prejudicar muitas outras pessoas, que terão interesse jurídico em impugnar a licença, se for o caso. Do mesmo modo, o contrato para a construção de obra pública pode causar impacto ambiental, gerando o interesse de outras pessoas em discutir a matéria ou em contrapor-se às decisões do Poder Público recorrendo ao Judiciário. A relação de Direito Administrativo tornou-se, pois, muito freqüentemente, uma relação pluripessoal, mudança que está obviamente ligada à democratização da defesa dos interesses públicos, difusos e coletivos perante o Poder Judiciário e a novas formas de democracia participativa na tomada de decisões pelo Estado, quando no exercício da função administrativa, como ocorre, sobretudo, nas matérias relacionadas com o meio ambiente.

42. Seria equivocado pensar, contudo, que o Estado tenha abandonado completamente o Direito Privado na realização de fins imediatamente públicos. Muito embora haja, efetivamente, como assinalei, uma fuga do direito privado, por parte do Estado, é irrecusável, porém, que o Poder Público continua e continuará usar, em considerável medida, de meios e instrumentos do Direito Privado, para a consecução dos seus objetivos de utilidade pública. O crédito público, as políticas de subvenções, não prescindirão, por certo, do contrato de direito privado. Do mesmo modo, quando permitida, a terceirização. E, enquanto existirem empresas públicas, sociedades de economia mista, e fundações de direito privado instituídas ou mantidas pelo Direito Público, haverá Direito Privado Administrativo regendo essas entidades. Do Direito Privado há de utilizar-se, ainda, o Estado, nos seus procedimentos de privatização.

O recuo do Estado já ampliou e haverá de ampliar ainda mais o campo do setor privado. O Estado, porém, não poderá deixar de ter entre os seus fins mais eminentes a realização da Justiça material, sob pena de desqualificar-se como Estado de Direito. Novas parcerias e modalidades de colaboração dos indivíduos com o setor público ou destes com os particulares, por meios de direito público ou de direito privado, haverão certamente de desafiar ainda mais agudamente a imaginação dos juristas no milênio que se aproxima. As respostas que os juristas deram, no passado, a desafios semelhantes — algas das quais pretendi aqui examinar — talvez contribuam para que se encontrem soluções adequadas aos problemas do futuro.