

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARINA RABELO MARTINS PEREIRA

**A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS DO DIREITO PRIVADO PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Florianópolis

2018

MARINA RABELO MARTINS PEREIRA

**A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS DO DIREITO PRIVADO PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Pedro de Menezes Niebuhr

Florianópolis

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS DO DIREITO PRIVADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**”, elaborado pela acadêmica **Marina Rabelo Martins Pereira**, defendido em **07/12/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 07 de dezembro de 2018.

Pedro de Menezes Niebuhr

Professor Orientador

Isaac Kofi Medeiros

Membro de Banca

Luiz Eduardo Altenburg de Assis

Membro de Banca



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE,
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado
A utilização de instrumentos do Direito Privado pela
Administração Pública
elaborado pelo(a)
acadêmico(a) Marina Kabele M. Peruvia defendido nesta data e aprovado pela
Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota
10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10
da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa
Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 7 / 12 /2018.

(orientador)

(coorientador)

(membro)

(membro)



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
 CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
 CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
 TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
 E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
 ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): MARINA RAIBO MARTINS PEREIRA

RG: 5608924

CPF: 043.141.811-09

Matrícula: 13203175

Título do TCC: A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS DO
 DIREITO PRIVADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Orientador (a): PEDRO DE MENEZES NIEBUHR

Eu, MARINA RAIBO MARTINS PEREIRA

acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 7 de DEZEMBRO de 2018.

Marina Raibo M. Pereira
 (nome do aluno)

AGRADECIMENTOS

“e pela lei natural dos encontros, eu deixo e recebo um tanto”
(Novos Baianos)

Não tenho dúvidas que somos resultados das experiências que tivemos, dos livros que lemos, dos filmes que assistimos e, principalmente, das pessoas que cruzam os nossos caminhos. Por esse motivo, não posso deixar de agradecer a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte dos meus anos de faculdade.

Ao meu pai, por desde cedo me mostrar a importância de amar o que se faz, por ser o primeiro e maior exemplo de profissional que tive em minha vida, e por apoiar incondicionalmente todas as minhas decisões. À minha mãe, por estar sempre a postos para me acolher nos momentos de dúvidas e de fracassos, por ser aquela que mais vibra com as minhas conquistas, e por ser companhia a quilômetros de distância. Aos meus irmãos pela parceria e cuidado – especialmente à minha irmã gêmea, Mayara, por ser a pessoa no mundo que mais sabe sobre mim, por estar presente no meu melhor e no meu pior, e por ser a minha melhor amiga. À Paula Gardênia, por toda empatia e por me mostrar que ser mulher é um ato político.

À Giovanna Sigilló, por ser minha primeira amiga da faculdade e por se fazer presente ainda que nossas escolhas tenham nos distanciado geograficamente. À Lígia Brandi, por me mostrar o significado de lealdade e companheirismo ao longo desses anos. Agradeço também àquelas que desde a primeira fase me presentearam com uma amizade que guardo com muito carinho: Luísa Walter, Carol Fontes, Franciele da Silva e Lara Fernandes.

Aos que transformaram conversas de corredor em belas amizades, também fica meu muito obrigada! À Jéssica Gazolini por ser aquela com quem posso contar sem medo de ser julgada, por enxugar minhas lágrimas e por brindar minhas alegrias como ninguém. À Maria Eduarda Koenig, por ser quem melhor sabe falar o que eu preciso ouvir e por ser companhia para todas as horas. Ao João Harger, por ser um grande amigo e por, diariamente, depositar tanta confiança em mim. À Lívia Ferruzzi por ter compartilhado comigo tantos momentos incríveis. À Gabriela Consolaro e ao João Ramirez por, além da amizade, serem grandes exemplos de inteligência, dedicação e disciplina.

À *Locus Iuris* Consultoria Jurídica, por ter me proporcionado experiências além do Direito, e por trazer consigo lindas amizades – aqui, particularmente, me refiro à Eliza Abreu, um dos melhores presentes que o Movimento Empresa Júnior me trouxe. Agradeço à Eliza por ser família sempre que precisei.

Aos queridos Eduardo Moretti, Gustavo Matiola e Leonardo Moraes, por desempenharem muito bem seus papéis de veteranos, através de conselhos e de muitas oportunidades.

Aos meus amigos do intercâmbio – Raffaella Piccolo, Andressa Mileski, Renata Caroline, Vinícius Zendron, Eduardo Tortorella e Ivan Lasaro – por tornarem essa experiência ainda mais inesquecível. Lisboa é, de fato, uma cidade apaixonante, mas não teria a mesma graça sem vocês! Aqui, faço um agradecimento especial à Raffa, por ser a maior prova de que amizades permanecem à distância, basta que estejamos dispostos a regá-las.

À Luiza Koeche, à Marjorie Carvalho e à Camila Dal'Comuni, pelo lindo reencontro de amizade. Obrigada por deixarem tudo mais leve quando a carga insistiu em ser pesada.

Ao professor Pedro de Menezes Niebuhr, por ter aceitado o convite de orientação e por traduzir muito bem o que eu esperava de um TCC ao me propor este tema. Ainda, aos membros da banca, Isaac Medeiros e Luiz Eduardo Altenburg, por se disponibilizarem a contribuir com essa pesquisa.

Por fim, agradeço a Deus pelo sopro da vida e por permitir que eu encontrasse todas essas pessoas pelo caminho.

RESUMO

Muito embora o Direito Administrativo tenha se desenvolvido como um ramo jurídico autônomo, não se pode negar que suas raízes estão fincadas no Direito Privado. Assim, essa origem comum fornece certa adaptabilidade de formas jurídico-privadas ao contexto público, o que torna a utilização de instrumentos do Direito Privado uma solução viável quando houver necessidade de atuação direta e providencial do Estado, ou quando a atuação estatal for apenas de garantia.

Para demonstrar de modo fundamentado as possibilidades da Administração se utilizar de formas jurídico-privadas na consecução de suas finalidades institucionais, analisa-se, a gênese do Direito Administrativo e sua consolidação sob a ideia de verticalidade da Administração em relação ao particular; investiga-se as transformações da atividade administrativa a partir das mudanças nos modelos de Estado; examina-se a posição da doutrina acerca das novas formas de atuação administrativa, notadamente inspiradas em instrumentos do Direito Privado; e, por fim, apresenta-se alguns exemplos concretos de uso do Direito Privado pela Administração Pública, considerando, caso a caso, suas implicações.

Por fim, destaca-se que a metodologia empregada é método dedutivo, aliado a um procedimento monográfico e à técnica de pesquisa de documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica, tendo como principais fontes os estudos da portuguesa Maria João Estorninho e da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Palavras-chave: Administração Pública. Direito Privado. Consensualidade. Estado de Garantia. Serviço Público de Interesse Geral. Arbitragem. Contratos. Parcerias.

ABSTRACT

Even though Administrative Law has been developed as an autonomous law field, it is not possible to deny that its fields are attached to private law. Therefore, this common origin provides certain adaptability between the private and public law forms, which brings the private law instruments as a viable solution when the direct and providential action of the State is needed or even when this action is only meant as a guarantee.

In order to fundamentally demonstrate the possibilities that Administration could use the private law forms as a way to achieve their institutional purposes, it will be analyzed the Administrative Law genesis and its consolidation under the idea of verticality between the Administration and the individual; it will be investigated the transformations of the administrative activities starting from the changes of the state models; it will be examined the academic understanding about the new administration ways of action, notably inspired by the private law institutes; and by the end, it will be presented some concrete examples of the use of the private law by the public administration, considering its implications in each case.

Finally, the methodology used is the deductive method, coupled with a monographic procedure and indirect documentation research technique, through a bibliographical research, whose main sources are the studies of the Portuguese Maria João Estorninho and the doctrine Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Keywords: Public Administration. Private Law. Consensually. Contracts. State of Guarantee. Public Service of General Interest. Arbitration. Partnerships.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CARACTERÍSTICAS TRADICIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A SEPARAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS DEMAIS SETORES DA SOCIEDADE	11
2.1	O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A NECESSIDADE DE UM DIREITO AUTÔNOMO, EM RELAÇÃO AO DIREITO PRIVADO, PARA TRATAR DOS ASSUNTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
2.2	A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO	13
2.3	ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO: A AUTORIDADE COMO CARACTERÍSTICA DO ATUAR ADMINISTRATIVO	18
2.4	RELAÇÃO CONTRATUAL VERTICAL: AS CLÁUSULAS EXORBITANTES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	22
3	A GUINADA DOGMÁTICA: ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA EM COOPERAÇÃO COM OS AGENTES PRIVADOS	26
3.1	A MUDANÇA NO PERFIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	26
3.2	“A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO”	30
3.3	A CONSENSUALIDADE E O FORTALECIMENTO DO CONTRATO	35
3.4	DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO OU DIREITO PÚBLICO ECONÔMICO: AS FACETAS DO ESTADO REGULADOR.....	40
3.5	REPOSICIONAMENTO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO: O SERVIÇO ECONÔMICO DE INTERESSE GERAL	45
4	O USO DE INSTRUMENTOS PRIVADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	49
4.1	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DE INSTRUMENTOS PRIVADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	49
4.2	INSTRUMENTOS DE DIREITO PRIVADO PASSÍVEIS DE APROPRIAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	55
4.2.1	A arbitragem como meio de solução de conflitos que envolvam a Administração Pública..	55

4.2.2	Os contratos privados da Administração ou contratos administrativos de direito privado.....	59
4.2.3	Os acordos de vontade entre a Administração Pública e o Terceiro Setor	63
4.2.4	As Parcerias Público-Privadas e seus pontos de contato com o Direito Privado.....	67
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
	REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, parte do seguinte questionamento: em que medida a Administração Pública pode ou deve se utilizar de instrumentos do Direito Privado na consecução de suas finalidades institucionais?

Para responder a essa questão de modo fundamentado, este estudo partirá da gênese do Direito Administrativo, na França, passará pelas transformações na atuação administrativa, e chegará à análise da utilização concreta de alguns desses instrumentos no âmbito brasileiro.

Desse modo, o primeiro capítulo tem como objetivo específico a análise do nascimento do Direito Administrativo como um ramo jurídico autônomo, com ênfase na tradicional dicotomia entre público e privado. Assim, serão abordados alguns dos clássicos pressupostos da doutrina administrativista que deram amparo à construção de uma Administração autoritária e vertical, quais sejam, a supremacia do interesse público, os atributos dos atos administrativos e as chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.

Já o segundo capítulo tem como objetivo específico investigar o novo perfil da atuação pública. O parâmetro utilizado para constatar essa transformação será a transição entre os modelos de Estado liberal, social e o pós-social. Pois, tendo em vista que a mudança para o Estado Social aumentou as funções administrativas, sobreveio a necessidade de encontrar novas formas de atuação, as quais, nem sempre, estavam no Direito Público, mas sim em soluções eminentemente privadas.

Será demonstrado que, a partir do respaldo jurídico-privado – a chamada “Fuga para o Direito Privado” - ganharam força as ideias de Administração consensual, de contratualização das relações administrativas, de Estado-Garante, e de novas concepções sobre o serviço público. Portanto, tal capítulo abordará, pormenorizadamente, a consensualidade e o fortalecimento do contrato; a responsabilidade de garantia do Estado Regulador; e, ainda, o reposicionamento da concepção de serviço público para serviço econômico de interesse geral.

Ao final, com o intuito de trazer os prós e os contras do uso de instrumentos do Direito Privado pela Administração Pública, o último capítulo terá como objetivo específico expor determinadas opiniões doutrinárias sobre o assunto e, na sequência, apresenta alguns exemplos concretos dessa utilização, destacando-se certas implicações de ordem prática.

Isto posto, a hipótese primária é a de que a Administração pode e deve se utilizar de instrumentos privados para consecução de suas finalidades institucionais, sempre que tal se mostrar mais consentâneo com o propósito de realizar o interesse público primário. Em razão

disso, ao longo de toda a pesquisa, será perceptível que a utilização de instrumentos do Direito Privado pela Administração pode e deve ser uma alternativa para o alcance do interesse público, já que este, para ser atingido, não necessariamente precisa estar em mãos públicas e sob a tutela do Direito Público; que esse uso será viável desde que o Direito Privado se amolde ao caráter institucional da Administração Pública; e que essas formas jurídico-privadas não podem ser usadas de maneira abusiva, como ferramentas para desvios de poder.

Ademais, durante a abordagem instrumentos concretos, algumas questões que se esbarram na aplicabilidade prática de mecanismos do Direito Privado também serão colocadas, como a disponibilidade ou a indisponibilidade do interesse público na opção pela arbitragem como meio de solução de conflitos administrativos; a modulação do Direito Público nos contratos privados travados pela Administração; os acordos celebrados entre a Administração Pública e o terceiro setor como meio de se afastar obrigações de regime público; e o sistema de garantias ao particular contratado nas chamadas PPPs – Parcerias Público-Privadas.

Ressalta-se que algumas obras serão de suma importância para o desenvolvimento dessa pesquisa, especialmente a tese de doutoramento da professora portuguesa Maria João Estorninho, intitulada “A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública”, bem como alguns estudos da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o chamado Direito Privado Administrativo.

Finalmente, anota-se que a metodologia empregada será o método dedutivo, aliada a um procedimento monográfico e à técnica de pesquisa de documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica.

2 CARACTERÍSTICAS TRADICIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A SEPARAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS DEMAIS SETORES DA SOCIEDADE

O Direito Administrativo, tal qual recebido pelas atuais gerações, é herdeiro de uma tradição que aparta o público do privado, que coloca o público em uma posição de prevalência e superioridade sobre o privado. Prova disso é que algumas das principais categorias que orientam, dogmaticamente, o tema, reproduzem essa dicotomia.

Neste capítulo, esse distanciamento será trazido desde a gênese do Direito Administrativo até a abordagem sobre alguns dos clássicos pressupostos da doutrina administrativista, os quais deram respaldo a essa separação, como a supremacia do interesse público, os atributos dos atos administrativos e as chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.

2.1 O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A NECESSIDADE DE UM DIREITO AUTÔNOMO, EM RELAÇÃO AO DIREITO PRIVADO, PARA TRATAR DOS ASSUNTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De uma maneira muito simplificada, diz-se que, hoje, Direito Administrativo pode ser entendido pelo “conjunto de normas e princípios que regem a atuação da Administração Pública¹”. Mas, para uma compreensão mais abrangente e didática, importa compreendê-lo de uma perspectiva histórica até os seus atuais contornos: uma disciplina autônoma, apartada de outros ramos do direito.

Embora não se neguem as várias influências para a estruturação da disciplina no Brasil, é de grande relevância destacar a experiência francesa. Partindo dessa referência, adota-se como marco inicial o contexto liberal-democrático da Revolução (1789) vivenciado na França, momento em que a população se encontrava descrente com a interferência judiciária nos negócios do Estado. Diante desse cenário, tornou-se cada vez mais premente a necessidade de separação das atividades judiciárias e administrativas em órgãos distintos, dando azo à concepção de independência dos poderes, pregada por Montesquieu².

¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 29.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 56.

Nessa toada, a Lei francesa de agosto de 1790 fez nascer a dualidade de jurisdição. A partir daí, foram criados os tribunais administrativos, que tinham por tarefa julgar os atos da Administração, o que antes era feito pelo Parlamento³. Mais tarde, esse sistema de contencioso administrativo veio a ter como instância máxima o chamado Conselho de Estado Francês, então remodelado para atuar como órgão de cúpula da jurisdição administrativa⁴.

O Conselho de Estado Francês tinha por função emitir pareceres acerca dos litígios que envolviam a Administração. De início, esses pareceres eram normalmente acatados pelo Chefe do Executivo. Posteriormente, em 1872, o Conselho de Estado ganhou maior liberdade e passou a solucionar, de modo independente, tais litígios, agora com caráter definitivo, equivalente à coisa julgada. Considera-se, nesse ponto, o início de uma jurisprudência que se impunha à Administração, construindo princípios e institutos de um futuro Direito Administrativo⁵.

O ambiente então tornou-se fértil para a elaboração de um corpo de regras que disciplinasse as estruturas administrativas⁶. Além disso, as normas editadas à época passaram a ter por preocupação a limitação e o controle do poder, bem como a garantia de direitos individuais. Nesse sentido, o somatório entre a teoria de separação dos poderes, que atribuiu a função executiva a um setor estatal específico, e a conseqüente separação entre jurisdição comum e administrativa fez germinar o Direito Administrativo com feições próprias⁷.

Bernardo Strobel Guimarães assinala esse episódio como o momento originário dessa divisão: “a separação orgânica da jurisdição, levou a um reforço na separação entre Direito Comum e Direito Administrativo⁸”. Foi nessa circunstância que passou a existir uma sistematização doutrinária do Direito Administrativo, por meio da qual se buscou distinguir as soluções relativas a conflitos que envolviam o Estado das soluções de conflitos dos particulares entre si. A grande preocupação da doutrina e da jurisprudência administrativa à época era destacar que o método de trabalho e as soluções do Direito Administrativo na França eram substancialmente distintos do Direito Privado⁹.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.1.

⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 147-166, 1 jan. 2000. pp. 162-166.

⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 30.

⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 147-166, 1 jan. 2000. pp. 162-166.

⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 30.

⁸ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pp. 25-29.

⁹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pp. 25-29.

No entanto, não se pode negar que inúmeros preceitos administrativos foram tomados do Direito Privado¹⁰. Isso porque a elaboração de certos institutos administrativistas se deu pela simples transposição dos institutos correspondentes no Direito Civil. A título de exemplo, citam-se as concepções jurídicas de propriedade, de contrato, de responsabilidade, de nulidade, de fundação, entre outros¹¹.

Inclusive, embora os primeiros sistematizadores desse novo ramo jurídico o concebesssem como uma disciplina autônoma, não raro, o juiz administrativo se via obrigado a apelar ao Direito Comum na busca de soluções em lides que envolvessem a Administração como sujeito. Daí que se conclui que o Direito Civil foi essencialmente necessário para a afirmação do Direito Administrativo em sua autonomia¹². Por essas razões, ainda hoje, são muitos os pontos de conexão entre ambos¹³.

Retomando a reflexão para a experiência brasileira, tem-se que o Direito Administrativo tomou seus contornos atuais a partir do novo regime instaurado com a proclamação da República em 1889. O principal parâmetro foi a matriz francesa, muito embora a estrutura aqui implantada tenha se constituído a partir do monopólio jurisdicional do judiciário, sem a presença de uma jurisdição administrativa¹⁴.

Além do empréstimo de institutos civis, as influências estrangeiras foram setorizadas por assunto e, desse modo, serviram de base para a criação de soluções muito próprias. Para ilustrar, nossas concepções de atos e contratos administrativos têm inspirações italianas e alemãs; as concessões e a responsabilidade do Estado e de seus agentes, francesa; a justiça administrativa, norte-americana; e daí em diante¹⁵.

2.2 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

A atividade administrativa está atrelada ao chamado regime jurídico-administrativo; trata-se do conjunto sistemático de normas e estruturas que orientam a atividade administrativa. Esse regime é estruturado a partir de alguns princípios constitucionais, os quais possuem força

¹⁰ HAURIUO, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 465-473, abr. 1945. p. 465

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.3.

¹² GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pp. 25-29.

¹³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 34.

¹⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 147-166, 1 jan. 2000. pp.162-166.

¹⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 147-166, 1 jan. 2000. pp. 162-166.

normativa e vinculatividade¹⁶. A supremacia do interesse público, desse modo, é considerada como um dos princípios que dão contornos ao regime jurídico-administrativo. Trata-se de categoria forjada a partir da dicotomia entre público e privado, que orienta todo sistema jus administrativista tradicional.

Embora seja uma missão complicada explicar de modo preciso o que se entende por interesse público, até mesmo por se tratar de um conceito jurídico indeterminado¹⁷, convém apresentar certas noções sobre o conceito já assimiladas por Celso Antônio Bandeira de Mello.

O autor, entre outras reflexões, assinala que o interesse público é o “interesse do todo” e do “próprio conjunto social”, não se confundindo com os interesses individuais somados¹⁸:

É que na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos *interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade* (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais¹⁹.

Desse modo, explica que os interesses dos cidadãos são expressados em duas dimensões: (i) uma particular, referente às experiências pessoais de cada indivíduo; e (ii) outra pública, que toca os interesses do indivíduo como membro de um todo, de uma coletividade. Para ilustrar, citam-se exemplos de interesses particular e público de um mesmo indivíduo – o particular seria o seu interesse em não ter seu imóvel expropriado, já o público seria o seu interesse na existência do instituto da desapropriação, para que dele se utilize se sentir necessidade²⁰.

Destaca, ainda, que o próprio Estado possui interesses de ambas as dimensões, privada e pública. Por essas razões, conclui que o interesse público, ao mesmo tempo que não se confunde com o interesse do aparato estatal e dos indivíduos particularmente considerados, também não é antagônico a ambos²¹.

¹⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Elementos de Direito Administrativo**. Revista, ampliada e atualizada. Florianópolis, 2016. p. 12.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 99.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 60-62.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 60-62.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 60-62.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 60.

No tocante ao perigo de se confundir o interesse público com o interesse do Estado, Bandeira de Mello aponta uma distinção importante, corrente na doutrina italiana, a qual trata de interesses primários e secundários. Por interesse primário se entende o interesse da coletividade, o interesse público propriamente dito. Já por interesse secundário, compreende-se ao interesse notadamente pessoal, do Estado, como ente público. Para evitar a aplicação equivocada dos interesses particulares, em especial, da Administração Pública como ente, diz-se que a busca pelos interesses secundários só será legítima quando ela coincidir com os interesses primários²².

Com o intuito de demonstrar a situação, toma-se, mais uma vez, um dos exemplos citados por Bandeira de Mello. No caso, imagina-se um episódio em que o Estado tributaria desmesuradamente os administrados para que pudesse enriquecer o Erário. Entretanto, nessa hipótese, o aparelho estatal estaria empobrecendo a sociedade, ao invés de lhe proporcionar bem-estar, em manifesto cenário onde o interesse primário foi omitido em prol do interesse secundário, configurando-se como uma “conveniência egoística da Administração Pública²³”.

Assim, o interesse público se expressa tanto como fundamento, quanto como limite da atuação administrativa. Afinal, amplia diversas competências da autoridade pública para que ela possa cumprir a finalidade de atingir o interesse coletivo, simultaneamente, traça um limite para essa atividade, qual seja, o de agir apenas na proporção do interesse público²⁴.

Quanto à questão do caráter indeterminado do conceito sob análise, é oportuno pontuar outro esclarecimento trazido pelo autor, qual seja, o de que o interesse público não seria algo inatingível, abstrato e etéreo. Isso porque o Direito Positivo é quem carrega seu conteúdo jurídico. A vista disso, o interesse público poderá ser classificado de maneira mais objetiva a partir do momento que for preenchido pela norma²⁵.

Destarte, trazida uma compreensão melhor de interesse público enquanto conceito, urge retratar o pressuposto administrativo de que ele se sobreponha ao interesse privado, chegando-se ao famigerado princípio da supremacia do interesse público.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 60-62.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 118.

²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 414 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. pp. 139-140.

²⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 414 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 144.

Pois bem, a necessidade de supremacia do interesse público se justifica pela busca de uma “ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados²⁶”. Diante dessa interpretação, seria um mecanismo de “conquista da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo²⁷”. À vista disso, a supremacia do interesse público deve se fazer presente no processo legislativo e na consequente execução da lei pela Administração²⁸.

Por conseguinte, alguns frutos nascem da aplicação prática desse princípio: as posições de privilégio e de supremacia dos órgãos que possuem o dever de zelar pelo interesse público e de manifestá-lo nas relações com os particulares²⁹.

De maneira intuitiva, temos que a posição de privilégio decorre justamente de certas vantagens atribuídas à Administração Pública. A título de exemplo, citam-se: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o alargamento dos prazos judiciais; a exigibilidade dos atos administrativos; a autotutela administrativa; as modificações unilaterais nos contratos administrativos, entre outros³⁰.

A posição de supremacia, por sua vez, é representada pela verticalidade da relação particular-Administração. Dizendo de outro modo, é a posição de comando onde se encontra o Poder Público para gerir interesses confrontantes. É a faculdade que a Administração tem de, em ato unilateral, constituir os particulares em obrigações ou transformar relações antes estabelecidas³¹.

Inclusive, cumpre mencionar que o Poder de Polícia é, justamente, uma expressão dessa posição autoritária, pois, com respaldo na supremacia do interesse público, serve de sentinela do bem-estar coletivo³².

Em que pese sua ampla aceitação pela comunidade jurídica, é importante pontuar a contundente crítica que a noção de supremacia do interesse público vem sofrendo, principalmente, enquanto princípio jurídico. Para tanto, e apenas para fins exemplificativos, toma-se a posição de Humberto Ávila.

²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, jul. 1967. pp. 12-13

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66-65.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 66-65.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, jul. 1967. pp. 12-13.

³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, jul. 1967. pp. 12-13.

Segundo o autor, a supremacia do interesse público possui um vazio conceitual que, conseqüentemente, impede de enquadrá-lo como norma-princípio em sentido conceitual e normativo:

- conceitualmente ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas;
- normativamente ele não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente;
- ele não pode conceitualmente e normativamente descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode “o” interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados³³.

Conjuntamente, Ávila diz que ele não pode ser considerado um postulado explicativo de Direito Administrativo porque sua descrição está atrelada ao interesse privado, já que parte da composição de interesse público mora nos interesses privados. Além disso, o suposto princípio só poderia ser descrito a partir de uma situação concreta e, sendo assim, teriam-se “regras condicionais concretas de prevalência” ao invés de “princípio abstrato de supremacia³⁴”.

Logo, orientando-se pela Teoria Geral do Direito e pela Constituição, Humberto Ávila afirma que, em decorrência de tais reflexões, não existe, no Direito brasileiro, uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Por esse motivo, a Administração não pode exigir certos comportamentos e interpretações com respaldo em um suposto princípio³⁵.

Ávila complementa dizendo que um modo de fundamentar a relação entre interesses público e particulares, entre Estado e cidadão, seria a ideia de reciprocidade de interesses. Essa reciprocidade, por seu turno, deve ser ponderada e amparada pelas normas constitucionais³⁶.

Nessa linha subversiva, há quem se distancie da visão tradicional autoritária de interesse público e proponha um novo conceito, o qual deve apreciar as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso em concreto e privilegiar os direitos fundamentais³⁷.

Odete Medauar é outra importante crítica da concepção alegadamente ultrapassada deste princípio. Entre outros apontamentos, diz que soa incoerente a adoção de tal supremacia

³³ ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, p.1-30, out. 2001. p. 28.

³⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, p.1-30, out. 2001. pp. 28-29.

³⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, p.1-30, out. 2001. pp. 28-29.

³⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, p.1-30, out. 2001. pp. 28-29.

³⁷ HUMERES, Bernardo. **Presunção de Legitimidade e veracidade dos atos administrativos: uma análise sob a ótica do paradigma emergente da Administração Pública Democrática**. 2017. 84 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. PP. 44-46

diante da diretriz constitucional de 1988. Isso porque a Constituição Federal vigente prioriza os direitos fundamentais, os quais são, essencialmente, direitos dos particulares³⁸.

Certo é que não faltam indicativos de que a remodelação desse “princípio” se tornou imprescindível. Algumas das obras doutrinárias contemporâneas sequer o indica. E, até mesmo os autores que se aferram a tal, reconhecem sua necessidade de adaptação à nova dinâmica social³⁹.

2.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO: A AUTORIDADE COMO CARACTERÍSTICA DO ATUAR ADMINISTRATIVO

Para uma melhor compreensão do ato administrativo como conceito, toma-se emprestado a definição de ato jurídico dada pela Teoria Geral do Direito, qual seja, a de que o ato jurídico é todo “aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos⁴⁰”. Ao acrescentar a finalidade pública ao conceito de ato jurídico, tem-se a devida definição de ato administrativo⁴¹.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho define: “o ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa⁴²”. Assim, temos que é por meio de atos jurídicos que a Administração Pública realiza a função executiva, e esses atos são considerados atos administrativos. Diferenciam-se, por natureza, por forma, e por conteúdo dos atos legislativos e dos atos judiciais⁴³.

Outro apontamento importante a ser feito nessa abordagem conceitual é a diferença entre atos administrativos e atos da Administração: “todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração⁴⁴”. Logo, se a Administração pratica atos de direito privado, atos materiais, atos de conhecimento, de opinião, de juízo ou de valor, atos políticos, atos normativos e atos administrativos propriamente ditos, fala-se em atos da Administração⁴⁵.

³⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 123.

³⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 123.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 173.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 173.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 383.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 172.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 199.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 199-200.

Ato administrativo, portanto, é uma categoria própria dentro dos atos praticados pela Administração.

Oportuno fazer o adendo de que as definições tratadas nesse tópico são relativas aos atos administrativos unilaterais, formados pela vontade única da Administração, os chamados atos administrativos típicos⁴⁶. Os atos bilaterais, que se traduzem nos contratos, terão abordagem própria, no tópico seguinte.

Corroborando a individualização do ato administrativo em relação ao ato jurídico em sentido amplo, é imperioso relatar os chamados atributos dos atos administrativos. Esses atributos tratam-se de qualidades que permitem constatar que certo ato está sujeito a um regime-jurídico administrativo e decorrem da ideia de supremacia Estatal em relação ao particular.

Por não existir um consenso entre os doutrinadores sobre quais seriam os exatos atributos dos atos administrativos, adota-se o rol mencionado por Di Pietro, formado pelos seguintes critérios: (i) presunção de legitimidade ou de veracidade; (ii) imperatividade; (iii) autoexecutoriedade; e (iv) tipicidade⁴⁷.

A (i) presunção de legitimidade ou de veracidade pode ser desdobrada em duas situações distintas. A de legitimidade, intuitivamente, está relacionada à lei. Devido à tal, presumem-se que os atos administrativos foram feitos em conformidade com a lei. A de veracidade, por sua vez, está atrelada a fatos, pois, em razão dela, presumem-se verdadeiros os fatos que a Administração alega⁴⁸.

Ressalta-se que ambas presunções não são absolutas, porque são sustentadas até que se prove o contrário. Podem ser contestadas perante o Judiciário, o Tribunal de Contas ou qualquer outro órgão de controle, e, até mesmo, perante a própria Administração⁴⁹.

Para ilustrar consequências práticas dessa prerrogativa, cita-se a fé pública com que são dotadas as certidões, os atestados, as declarações, e as informações que o Poder Público emite⁵⁰.

Além disso, outros efeitos decorrem dessa presunção, como (a) a produção de efeitos de um ato administrativo até que a Administração ou o Judiciário decretem sua invalidade; (b) a proibição do Judiciário declarar de ofício a nulidade de um ato administrativo, devendo fazê-la apenas a pedido do indivíduo interessado; e (c) a inversão do ônus da prova, já que, aqui, é

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 173-174.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 206-211.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 206-207.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 139.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 207.

a parte interessada quem deve provar a ilegalidade do ato perante o Judiciário. Nesse último caso, observa-se inversão não é absoluta, tendo em vista que, por exemplo, pode ser requisitada a apresentação de documentos probatórios por parte da Administração⁵¹.

Partindo para uma abordagem mais crítica, há quem diga que esse atributo deve ser visto com cautela, em razão do atual estado democrático de Direito, especialmente quanto a sua incompatibilidade com o devido processo legal. Nessa toada, utilizando-se do seu dever de publicidade, finalidade e motivação, a Administração é quem deveria provar a legalidade e a veracidade de seus atos, salvo quando se tratar de prova diabólica⁵².

Inclusive, já existe no Brasil, decisão do Superior Tribunal de Justiça que rejeita a presunção de veracidade como um meio de se inverter o ônus probatório de fatos negativos. Trata-se de caso em que a Administração teve que comprovar suposta infração à legislação trabalhista:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. EXEGESE DOS §§ 3º E 4º, DO ART. 630, DA CLT.

COMPROVAÇÃO DE FATO NEGATIVO PELO DEMANDADO. IMPOSSIBILIDADE.

NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 07/STJ. VIOLAÇÃO AO ART.

535, DO CPC. INEXISTÊNCIA.

[...]

3. Discordando a Administração Pública da suposta jornada dita extraordinária, cumpre-lhe comprovar a infração à legislação trabalhista, constituindo o crédito inerente à sanção mediante a comprovação da ilegalidade, posto competir ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito.

[...] ⁵³

De acordo com tal interpretação, Alexandre Aragão conclui que apenas a presunção de legitimidade seria compatível com a Constituição Federal, porquanto se aplica em favor do Estado e dos particulares. Por outro lado, a presunção de veracidade “não deveria ser recebida pela Constituição redemocratizadora de 1988, especialmente em face dos princípios da motivação e da presunção de inocência”⁵⁴.

Acerca da (ii) imperatividade, entende-se pela imposição unilateral de obrigações a terceiros, ainda que estes não o concordem⁵⁵.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014., pp. 207-208.

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, mai. 2012. pp. 73-87.

⁵³ STJ. Recurso Especial: 529.176 PR 2003/0073496-1. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 10/05/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 14 out. 2017

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, mai. 2012. p. 85.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 209.

Diogo Figueiredo Moreira Neto ressalta que esse atributo não retira a possibilidade de atuação consensual da Administração Pública. Em caso de exercício administrativo por via consensual, a imperatividade resistirá de modo residual, para salvaguardar o interesse público⁵⁶.

Quanto à (iii) autoexecutoriedade, trata-se do atributo por meio do qual um ato administrativo pode ser executado de forma direta pela Administração, dispensando-se a manifestação do Judiciário, através de meios coercitivos próprios. Esse atributo foge à regra da *nulla executio sine titulo*, própria do Direito Privado⁵⁷.

A principal razão da existência da autoexecutoriedade mora na premissa de que o interesse público deve ser atendido de modo imediato e contínuo, não podendo ser retardado por eventuais manifestações contrárias⁵⁸.

Destaca-se, ademais, que a autoexecutoriedade não é um atributo presente em todo e qualquer ato administrativo. No caso, ele é possível quando expressamente previsto em lei e quando se tratar de medida urgente que ocasione um prejuízo maior ao interesse público se não for adotada imediatamente⁵⁹.

Ainda, frisa-se que, embora um juízo prévio do Judiciário seja afastado pela autoexecutoriedade do Poder Público, nada impede que exista um controle judicial posterior, provocado pela pessoa que se sentir prejudicada, podendo resultar, inclusive, na responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes⁶⁰.

Embora esse atributo seja um claro privilégio da Administração, observa-se que ele também pode ser entendido como um instrumento de “imediate proteção de valores da ordem jurídica⁶¹”. Além disso, para ser colocado em prática, deve estar provido de motivos suficientes para agir e de moderação e proporcionalidade, resguardando-se, ainda, a faculdade de provocação judiciária por aquele que se sentir lesado⁶².

Por fim, o atributo da (iv) tipicidade corresponde à necessidade de o ato administrativo ser previamente determinado em lei para alcançar certo resultado. Decorre, claramente, do princípio da legalidade. Tomando-se a comparação feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existe aos particulares a possibilidade de praticar atos inominados, em consequência da

⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 599-600.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 209-210.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 140.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 209-210.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 2014, p. 210.

⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 609.

⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 610.

autonomia da vontade, possibilidade essa que inexistente em se tratando de Administração Pública⁶³.

Oportuno comentar a importância da tipicidade para a segurança jurídica do administrado, uma vez que, como destaca a autora:

Esse atributo representa uma garantia ao administrado, pois impede que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e excoutoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionarieidade poderá ser exercida⁶⁴.

Além disso, sublinha-se que a tipicidade existe apenas em relação aos atos unilaterais. Logo, não existe nos contratos, pois nestes há a imposição de vontade da Administração e, de outro lado, a necessidade de aceitação do particular. Nesse contexto, desde que atenda ao melhor interesse público, nada impede que o contrato convencionado por tais partes seja inominado⁶⁵.

Pelas considerações aqui feitas, percebe-se uma nítida tendência da doutrina em enxergar os atributos do ato administrativos por novas lentes. Não se negam a importância que eles possuem. Buscam-se ressignificar suas razões de existir - agora, em prol do administrado -, e propor-lhes formas de aplicação que fujam da ideia de autoridade sob a qual foram construídos, típica do atuar administrativo.

2.4 RELAÇÃO CONTRATUAL VERTICAL: AS CLÁUSULAS EXORBITANTES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos celebrados pela Administração podem estar sujeitos tanto ao Regime Jurídico de Direito Privado, logo, “contratos de Direito Privado”, quanto ao Regime Jurídico de Direito Público, os “contratos de Direito Público”⁶⁶. Em razão disso, conclui-se que, assim como a intitulação “atos administrativos” não se refere a todo e qualquer ato da Administração, os “contratos administrativos” não se referem a todos os atos bilaterais travados pelo Poder Público.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 210-211.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 210-211.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 211.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 627.

Ademais, tendo por objeto as diferenças entre um contrato de Direito Privado da Administração e um contrato de Direito Público, menciona-se as chamadas cláusulas exorbitantes ao Direito Comum, que são privilégios concedidos ao Poder Público na relação do contrato administrativo⁶⁷. Aqui, entende-se por exorbitância o afastamento da órbita do Direito Privado para gravitação na órbita do Direito Administrativo⁶⁸.

Certo é que tais cláusulas acabam por reforçar a relação de verticalidade entre a Administração e o particular, na contramão da paridade contratual que é regra no Direito Civil⁶⁹. Essa relação de verticalidade é comumente justificada pela supremacia do interesse público, o que tem sido questionado, como se verá no capítulo seguinte.

Di Pietro destaca que algumas das cláusulas exorbitantes, inclusive, seriam consideradas ilícitas se existentes em contratos celebrados entre particulares. Essa ilicitude decorria do fato de algumas delas, em certas ocasiões, atribuir poder de império ao particular, poder o qual só pode ser conferido à Administração⁷⁰.

Ademais, de modo a assegurar a supremacia do interesse público, tem-se que as cláusulas exorbitantes estarão sempre presentes nos contratos administrativos. Se não estiverem expressas, ali estarão implicitamente⁷¹.

São inúmeras as cláusulas exorbitantes. Para ilustrar, apontam-se algumas: a possibilidade de alteração, de rescisão e de anulação unilaterais do contrato; a inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; o controle; a aplicação de penalidades contratuais; e a exigência de garantia⁷².

Destaca-se, inclusive, que muitas dessas cláusulas foram recepcionadas pela Lei n° 8.666/93⁷³, que institui normas para as licitações e os contratos da Administração Pública⁷⁴. Diante da importância de algumas delas, convém apresentar de modo pormenorizado suas características.

Acerca do poder da Administração de alterar ou rescindir unilateralmente um contrato, entende-se por um preceito de ordem pública, não podendo o Poder Público renunciar

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 251

⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 161, p. 7-28, fev. 1985. p. 304

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 269.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 269.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 269-270.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 280-288.

⁷³ BRASIL. Lei n. 8.666, de 1 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 22 jun. 1993.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 280.

previamente à faculdade de exercê-lo⁷⁵. Ressalta-se que a alteração deve ser motivada e está limitada ao objeto do contrato. Além disso, o equilíbrio econômico-financeiro do contratado deve ser respeitado⁷⁶.

Sobre a rescisão unilateral, é importante mencionar que ela pode ocorrer em razão do inadimplemento do contratado ou por razões de interesse público, de caso fortuito ou de força maior. Especialmente nesses últimos três casos, a Administração terá o dever de ressarcir o contratado quando seus prejuízos foram regularmente comprovados, obrigação essa que também decorre da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do particular⁷⁷.

Quanto à anulação unilateral, poderá ocorrer quando se tratar de um contrato administrativo ilegal, ficando resguardada ao particular a oportunidade de defesa⁷⁸. Essa prerrogativa decorre do poder de autotutela da Administração em rever seus próprios atos e não a exonera do dever de pagar por aquilo que já foi executado pelo contratado, sob pena de incidir em enriquecimento ilícito⁷⁹.

No que diz respeito à exceção de contrato não cumprido, comumente invocada no âmbito do Direito Privado, não será aplicada à Administração quando se tratar de um contrato administrativo, ao menos em tese. Isso se deve ao princípio da maior continuidade do serviço público. Contudo, muito embora não se admita a paralisação imediata da execução, fica o Poder Público responsável pelo ressarcimento do encargo suportado pelo particular⁸⁰.

Para mais, comenta-se que é prerrogativa da Administração supervisionar, acompanhar e fiscalizar a execução de seus contratos, podendo nela intervir, sendo lícito ao Poder Público, até mesmo, assumir a execução do objeto de modo provisório ou definitivo⁸¹.

Relacionada à possibilidade de controle do contrato administrativo pela Administração, está a prerrogativa que ela possui de aplicar penalidades ao contratado. Afinal, não faria sentido a Administração, durante seu acompanhamento, identificar uma infração cometida pelo particular-parte e não poder puni-lo. Isso decorre do atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que se amplia aos contratos administrativos. Essas penalidades podem ser efetivadas por meio de advertências, de multas, da suspensão provisória

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 242.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 281-282.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 283-284.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 243.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 286-287.

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 245.

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 246.

do contrato, de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, além da já mencionada rescisão unilateral⁸².

A Administração pode, ainda, exigir garantia nos contratos de obras, serviços e compras, tais como caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia, e fiança bancária. Ademais, também possui a faculdade de reter a garantia quando estiverem pendentes valores de multas, de ressarcimentos ou de indenizações a ela devidos, sendo este outro desdobramento da autoexecutoriedade⁸³.

Diante dos exemplos de cláusulas exorbitantes aqui relatados, visualiza-se de modo ainda mais claro a verticalidade que caracteriza as relações contratuais travadas com o Poder Público, tendo a supremacia do interesse público como o grande respaldo para o estabelecimento desse tipo de privilégio.

Como visto, a supremacia do interesse público, os atributos especiais do ato administrativo, a posição vertical nos contratos administrativos, entre outros aspectos, são circunstâncias que reforçam o distanciamento entre público e privado. Todavia, é possível vislumbrar que, em diferentes casos, a Administração Pública poderia, hipoteticamente, realizar de melhor forma o interesse público, reaproximando-se com os privados. Nesses casos, as sobreditas características tradicionais do Direito Administrativo funcionam como impeditivo dessa aproximação. Talvez, a Administração Pública alcançaria melhores resultados utilizando-se de instrumentos de Direito Privado para realizar o interesse público. É disso que se tratará nos capítulos seguintes.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 246-247.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 280-281.

3 A GUINADA DOGMÁTICA: A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA EM COOPERAÇÃO COM OS AGENTES PRIVADOS

A posição de superioridade da Administração e a bipolaridade entre a atuação pública e a atuação privada foram trazidas no primeiro através dos dogmas construídos pela doutrina acerca do interesse público, dos atributos especiais dos atos administrativos e das cláusulas exorbitantes.

Ocorre que esse clássico posicionamento doutrinário tem tomado novos contornos, conforme os indícios já exibidos. Isso porque, partindo-se do contexto da Europa Continental entre os séculos XX e XXI, houve um reposicionamento do papel do Estado, o que refletiu na forma com que o Poder Público se relaciona com os administrados, como resume a portuguesa Maria João Estorninho:

De facto, parece haver um novo espírito nas relações entre a Administração e os particulares: se no Estado Absoluto o administrado era encarado como ‘súdito’, no Estado Liberal como ‘cidadão’ e no Estado Social como ‘utente’ de uma Administração prestadora, neste Estado dos anos noventa, na minha opinião, o administrado parece começar a ser encarado essencialmente como ‘consumidor’ ou ‘cliente’ de uma Administração ‘gestora e garante’⁸⁴.

Essa alteração no perfil da Administração Pública foi acompanhada, em muitos casos, por um movimento de desestatização, de transferência à iniciativa privada das atividades, antes a cargo da Administração, capazes de serem orientadas sob a lógica empresarial privada. Foram aperfeiçoados mecanismos de alienação de ativos estatais, desregulação e delegação, à iniciativa privada, da prestação de serviços públicos.

Todavia, embora funções tradicionalmente exercidas pela Administração tenham voltado para mãos privadas, essa transformação não significou o retorno do modelo de Estado Liberal que fez germinar o Direito Administrativo como ramo autônomo. Novas formas exercício da Administração em busca do interesse público foram e ainda estão sendo experimentadas. Inclusive, em muitos casos, essas novas formas de têm inspirações em instrumentos típicos do Direito Privado, especialmente no contrato.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a uma análise mais ampla de tais fatos.

3.1 A MUDANÇA NO PERFIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

⁸⁴ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 14.

Seguindo a linha de argumentação esboçada no primeiro capítulo, as formas de atuação Administrativa adotadas por determinada Nação estão intimamente relacionadas ao modelo de Estado com o qual ela se organiza⁸⁵. A queda do modelo absolutista e o advento do Estado Liberal, por exemplo, é apontado por muitos autores como fator determinante para o nascimento do Direito Administrativo, justamente por trazer inovações como a separação entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Por essas razões, mudanças em modelos de Estado, por consequência, também geram mudanças no contexto da Administração Pública.

Nesse sentido, com a gradativa substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, houve um grande alargamento das funções da Administração, que assumiu a posição de um “aparelho prestador”, tornando sua atuação indispensável. Aqui, convém deixar claro que essa intervenção não é meramente econômica, mas também cultural e social⁸⁶.

Para melhor compreensão do assunto, Estorninho cita o conceito alemão de “*Daseinsvorsorge*”, que se traduz pela noção de “atividade administrativa de providência, prestadora de bens e serviços necessários à própria existência”⁸⁷.

Com a maior dependência do cidadão em relação à Administração Pública, a ideia de que Estado e sociedade estariam organizados por regimes jurídicos opostos e distantes perdeu força. Isso porque uma Administração mais ativa implica em novos métodos de atuação, os quais nem sempre são praticáveis através da organização administrativa burocrática e tradicional. Em decorrência disso, tornou-se maior a utilização de instrumentos típicos do Direito Civil para buscar soluções administrativas, em outras palavras, ampliou-se a “atividade de Direito Privado”⁸⁸ da Administração Pública.

Ora, estes novos sectores da atividade administrativa não podiam ser regidos pelo Direito Administrativo tradicional. De facto, tornava-se indispensável assegurar-lhes a maleabilidade de gestão necessária para lhes facilitar a inserção no meio económico onde passam a desenvolver a sua actividade. É verdade que anteriormente não se excluía a possibilidade de haver uma submissão de certos actos da Administração a norma jurídico-privadas e ao juiz judicial. Mas a verdadeira novidade consistiu em passar a admitir que serviços inteiros podiam ser regulados pelo Direito Privado e escapar ao controlo do juiz administrativo⁸⁹.

⁸⁵ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 17.

⁸⁶ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 36-37.

⁸⁷ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 86.

⁸⁸ Por essa expressão a autora compreende todas as manifestações de atividade da Administração Pública realizadas através da utilização de institutos de direito privado. *Ibid.*, pp. 39-40.

⁸⁹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 94.

Essa atividade jurídico-privada da Administração passou a ser um recurso utilizado tanto com caráter instrumental, para a aquisição de bens e prestação de serviços, como também para obras públicas e para “atividades alternativas”⁹⁰.

Ocorre que, o aumento do leque de atuação administrativa do Estado-Providência também fez crescer a burocracia e as situações de ineficiência. Para agravar, a necessidade de maior contribuição do cidadão para garantir a performance estatal fez gerar uma reação de desconfiança acerca da imparcialidade do Poder Público, sentimento agravado por fenômenos extremos de corrupção⁹¹. Esse cenário abriu espaço para a transformação hoje vivenciada, qual seja, a passagem do Estado Social para o Estado Pós-Social.

Quanto ao Estado Pós-Social, embora ainda esteja tomando seus contornos, é possível traçar algumas de suas principais características. Eurico Bitencourt descreve essa nova realidade pela “dinâmica da desnacionalização”. Essa desnacionalização é atribuída tanto ao fator externo de “reconhecimento de poderes públicos globais desvinculados de um Estado”, quanto ao fator interno de diluição dos mais variados dogmas do Direito Administrativo, tais como a unidade, a hierarquia e a unilateralidade. O novo perfil da Administração, segundo o autor, é de regulação e garantia⁹².

Nessa toada, Estorninho anota que, embora diversas tarefas então desempenhadas pelo Estado tenham sido delegadas à iniciativa privada, ele não deixou sua responsabilidade sobre elas. Apenas passou a assegurá-las pela via indireta, migrando para uma “responsabilidade de garantia”. A Administração passou a exercer, sobretudo, a coordenação e a direção dos atores privados que trabalham para oferecer bens e serviços adequados aos particulares⁹³.

O que houve, portanto, foi uma redistribuição de atividades entre o Poder Público e o setor privado. Nessa linha, se a bipolaridade entre público e privado já fora atenuada no Estado Social, no Estado Pós-Social não é mais possível trabalhar a partir dessa dicotomia⁹⁴. De acordo com essa premissa e dando ênfase aos administrados, Floriano de Azevedo Marques Neto

⁹⁰ Correspondem àquelas cujo objetivo pode ser obtido através de meios públicos ou de instrumentos privados. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009., p. 41.

⁹¹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 47.

⁹² BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, pp. 207-225, jan.-abr. 2017. pp. 208-209.

⁹³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pp. 58-59.

⁹⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pp. 58-59.

arremata que “o Estado depende dos indivíduos para cumprir seu papel. E só existe para assegurar direitos fundamentais que são titularizados pelos cidadãos”.⁹⁵

Outra questão interessante a ser pontuada é a de que muito embora a superação do Estado Social seja marcada pela diminuição da atuação administrativa direta, especialmente no campo econômico, essa retirada da Administração de certos setores não reduziu o uso do Direito Privado⁹⁶.

Dentre os inúmeros traços que definem o perfil da Administração Pública do século XXI, Eurico Bitencourt a qualifica como uma Administração infraestrutural, procedimentalizada, multipolar, em rede, concertada e eficiente.

Especificamente no que toca à eficiência, Diogo Figueiredo Moreira Neto menciona que o Direito Administrativo teve que “varrer os focos de atraso acumulados” através de diversas substituições: (i) a imperatividade pela consensualidade; (ii) a intangibilidade dos atos administrativos pela submissão jurídica de qualquer ato da Administração Pública; (iii) a discricionariedade administrativa inquestionável pelo juízo de realidade e de razoabilidade dos atos discricionários; (iv) a exclusão do administrado das decisões por sua crescente participação; e, por fim, (v) a substituição da “persistência mítica dos conceitos de razões de Estado e de supremacia do interesse público” pela supremacia dos direitos fundamentais, especialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁷.

Trazendo essas mutações para o cenário brasileiro, Di Pietro compila as diferentes transformações em quatro fórmulas sintéticas: (i) a constitucionalização, haja vista as diferentes matérias de lei ordinária elevadas a nível constitucional e a valoração das normas infraconstitucionais pelas lentes da Constituição; (ii) a humanização, marcada pela ponderação entre interesse público e direito individuais, com foco na figura humana; (iii) a democratização, retratada por instrumentos de participação, processualização, motivação, transparência; e (iv) a privatização ou fuga para o direito privado, identificada pelo uso de instrumentos do Direito Privado pela Administração, a exemplo do uso de meios consensuais e da noção de contratualização⁹⁸.

⁹⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. v. 1. p. 409.

⁹⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 61.

⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, jun.-ago, pp.12-13, 2005.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações de Direito Administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.185-211, jun./dez.2016. pp. 190-191.

Por essas, dentre outras razões, um dos principais desafios da Administração Pública, atualmente, no chamado Estado Pós-Social, é recuperar a eficiência. Para tanto, em um movimento de nítida revalorização da sociedade civil, recorre, muitas vezes, a instrumentos típicos do Direito Privado⁹⁹, levando, a título de exemplo, meios consensuais em lugar das relações patrimoniais e de gestão travadas pelo Poder Público desde a era liberal¹⁰⁰.

3.2 "A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO"¹⁰¹

A tão discutida mudança no modelo de Estado traz consigo a necessidade de um novo enquadramento dogmático, que dê conta da multiplicidade de formas e regimes passíveis de utilização pelo Poder Público.¹⁰²

A Teoria Liberal Clássica do Direito Administrativo, com toda sua carga de antagonismo entre as dimensões pública e privada, já não era mais suficiente para teorizar as relações jurídicas travadas pelo Estado *Daseinsvorsorge*. Assim, a diversidade de regimes jurídicos que podiam se aplicar à Administração deveria transferir o foco doutrinário ao estudo dessas novas formas de relação com o Poder Público¹⁰³.

No entanto, Estorninho aponta que, na contramão do que se esperava, são escassas as investigações sobre a atividade jurídico-privada do Poder Público. Isso porque, no Estado-Providência, a Administração passou a ser, ao mesmo tempo, desejada e temida. Afinal, “quem dá é pai”, e “quem garante a subsistência facilmente tem a tentação de se converter em pai tirano”¹⁰⁴. Como consequência desse alarde, as garantias dos particulares em face do Estado ganharam mais destaque doutrinário do que o chamado Direito Privado Administrativo.

Contudo, deve-se reconhecer que, nos últimos tempos, especialmente com a crise do Estado Social, os estudos sobre a privatização do Direito Administrativo ou a chamada “fuga para o Direito Privado” têm se ampliado¹⁰⁵.

⁹⁹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 47-48.

¹⁰⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 61.

¹⁰¹ A expressão remete ao título da principal referência que fundamentou as reflexões deste estudo: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁰² ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 93.

¹⁰³ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 91-93.

¹⁰⁴ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 95-96.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12

Essa expressão de “fuga para o Direito Privado”, que dá nome à tese da portuguesa Maria João Estorninho, alude à obra do alemão Fritz Fleiner, publicada em 1928. Atentando-se ao fato de que a data dessa publicação remonta ao início do século passado, Di Pietro observa que isso seria um indicativo de que o Direito Civil se manteve presente na Administração Pública desde o nascimento do Direito Administrativo, acompanhando sua evolução¹⁰⁶.

Outra observação feita pela doutrinadora é a de que, com o advento da reforma administrativa da década de 90 sob as influências do *common law* e do direito comunitário europeu, a procura por “modos de atuação próprios da iniciativa privada” foi aguçada¹⁰⁷. As ideias de eficiência pública, livre iniciativa, livre concorrência, direitos fundamentais do homem, dentre outros fatores, condicionaram a busca por um novo regime jurídico que abrandasse as prerrogativas do Poder Público e tratasse a relação Administração-particular de modo mais horizontal¹⁰⁸.

Estorninho define esse fenômeno de “fuga para o Direito Privado” por “aquelas situações nas quais a Administração Pública adopta as formas de organização e/ou as formas de actuação jurídico-privadas, para com isso se furtar ao regime de direito público que normalmente está sujeita”¹⁰⁹. No mesmo sentido, Di Pietro entende a expressão como “a utilização, pela Administração Pública, de institutos do direito privado”¹¹⁰.

Essa “fuga” então abre caminho para a construção do chamado “Direito Privado Administrativo”, que tem como especificidade o fato de o sujeito público não deter a autonomia negocial que o sujeito privado detém. A sua individualidade, portanto, mora em vinculações jurídico-públicas¹¹¹.

Dadas essas considerações, torna-se mister tratar sobre a aplicação do regime jurídico-privado pela Administração. Para tanto, considera-se, inicialmente, a liberdade de eleição entre o Direito Público e o Direito Privado.¹¹²

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 12-13.

¹⁰⁹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 17.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Transformações de Direito Administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.185-211, jun./dez. 2016. p. 201.

¹¹¹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp.121-122.

¹¹² COXO, Ana Raquel. **Direito Administrativo Privado - contributos para a compreensão do direito sui generis**. 2013. 94 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2013. p. 17.

Essa liberdade de escolha pode se apresentar de diferentes maneiras. A portuguesa Ana Raquel Coxo diz que ela pode ser dar de dois modos: pela escolha da (i) forma de atuação ou pela escolha do (ii) direito aplicável. A forma de atuação corresponde à opção entre a personalidade jurídica pública ou a personalidade jurídica privada. Já o direito aplicável está relacionado à possibilidade de que uma entidade jurídico-pública se submeta ou ao Direito Administrativo ou ao Direito Privado¹¹³.

Na mesma linha, mas ampliando o raciocínio, Bernardo Strobel Guimarães apresenta três campos de tendência de utilização do direito privado: um campo subjetivo, um campo objetivo e um campo “híbrido”.¹¹⁴

O campo subjetivo se atrela à possibilidade de o Poder Público se valer do Direito Privado para regular a atuação de entes administrativos. Ou seja, “a possibilidade de recorrer-se ao Direito Privado para organizar sujeitos que exercem missões impostas à Administração, representando um corte com a concepção subjetiva da Administração Pública”¹¹⁵. Como exemplo, citam-se os entes públicos societários – embora os entes públicos sejam tradicionalmente de Direito Público, há, nesse caso, uma mudança na personalidade jurídica.

O campo objetivo está relacionado com os instrumentos do Direito Privado que serão usados pelo Poder Público. Trata-se do “repertório de soluções” do Direito Civil que podem ser admitidas pela Administração. Dentre essas soluções, menciona-se o contrato atípico, que oportuniza a elaboração de soluções “alheias aos modelos pré-definidos em lei”¹¹⁶.

Já o terceiro campo consiste na aplicação da lógica do Direito Privado na relação Administração-administrado. Uma das consequências práticas dessa aplicação da *rationale* privada é uma maior proteção dos particulares em face do Estado. Isso porque, a título de exemplo, a utilização de institutos como a boa-fé e a preservação de expectativas econômicas, típicos do Direito Privado, acaba por restringir o uso de vias autoritárias e, paralelamente, dar respaldo à utilização de vias consensuais¹¹⁷.

¹¹³ COXO, Ana Raquel. **Direito Administrativo Privado - contributos para a compreensão do direito sui generis**. 2013. 94 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2013. pp. 17-18.

¹¹⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 62.

¹¹⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 62

¹¹⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 62

¹¹⁷ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pp. 62-63.

Conquanto existam esses modos ou campos, é importante frisar que a decisão final sobre qual recurso do Direito Privado a Administração irá se valer será “sempre uma decisão jurídico-pública, tomada pelo legislador ou pela própria Administração, no exercício de um poder discricionário com base em lei”¹¹⁸. Aqui, destaca-se o fato de que, na opção por algum recurso do Direito Privado, a legalidade não pode ser menosprezada¹¹⁹. Ainda que se utilize, por exemplo, um contrato atípico, ele não pode fugir daquilo que é permitido em lei.

Nessa toada, cabe expor um outro questionamento: quando a Administração Pública opta por se utilizar de instrumentos do Direito Privado, o que acontece com suas prerrogativas, suas restrições e com sua relação de verticalidade sobre o particular¹²⁰? A resposta a essa pergunta varia entre alguns estudiosos.

Otto Mayer opina no sentido de que o Direito Civil é plenamente aplicável ao Estado porque “tudo que é igual por natureza deve também ser regulado igualmente”¹²¹. Por essa razão, a aplicação da lei civil ao Estado é natural, não sendo necessário estar expressa. No mesmo sentido, Renato Alessi expressa:

um mesmo órgão pode encontra-se investido, ao mesmo tempo, além daqueles poderes de outro tipo de sujeito jurídico em supremacia que integram a soberania, dos poderes jurídicos e direitos subjetivos substancialmente análogos aos poderes e direitos que correspondem a qualquer outro tipo de sujeito jurídico em conformidade com o ordenamento. Poderes e direitos, portanto, em cuja titularidade os órgãos estatais se encontram na mesma posição equiparada a dos sujeitos privados, tendo tais poderes e direitos a mesma extensão e os mesmos limites que têm os análogos que o ordenamento atribui a favor de qualquer outro sujeito não estatal¹²²

Contudo, como já mencionado anteriormente, a especificidade do Direito Privado Administrativo reside justamente nas suas vinculações jurídico-públicas. O próprio Alessi reconhece que, pela natureza do Estado, o regime público não deixará de influir, nem mesmo, quando ele se valer de um recurso de Direito Privado. Independente do regime jurídico aplicado, a celebração de um contrato pela Administração, por exemplo, envolve a natureza pública desde a formação da vontade até a execução forçada¹²³.

¹¹⁸ COXO, Ana Raquel. **Direito Administrativo Privado - contributos para a compreensão do direito sui generis**. 2013. 94 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2013. p. 18.

¹¹⁹ COXO, Ana Raquel. **Direito Administrativo Privado - contributos para a compreensão do direito sui generis**. 2013. 94 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2013. p. 18.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.13.

¹²¹ MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949. pp.184-185 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

¹²² ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. pp. 212-220 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

¹²³ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. pp. 212-220 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

De uma outra perspectiva, Miguel Seabra Fagundes argumentou que “nunca a atividade (do Estado) pode ser perfeitamente assemelhada à do indivíduo, quer na forma por que se exerce, quer na sua finalidade”¹²⁴. Isso se deve especialmente ao fato de que a atividade do particular é juridicamente livre, enquanto a estatal é juridicamente dependente, subordinada ao interesse público¹²⁵.

Di Pietro, portanto, adere à conclusão de que nunca a Administração se iguala ao particular, especialmente porque ela personifica o poder e atua em nome do Estado¹²⁶.

Mas, não necessariamente essa posição de desigualdade será sempre favorável à Administração Pública. Além de deter privilégios, ela também está submetida a restrições – está limitada pela finalidade, pela forma, pela competência, pelos procedimentos e pelos princípios que se aplicam à atividade administrativa.¹²⁷

São muitas as chamadas “derrogações” ao Direito Privado. Dizendo de outro modo, são muitas as situações em que um instituto do Direito Civil, ao ser aplicado pela Administração, se afasta de seus preceitos comuns para se amoldar aos pressupostos administrativos¹²⁸. Nas palavras da autora, “às vezes são tantas as derrogações que o instituto praticamente se desvirtua e passa a assumir feição diversa, mais próxima do direito público do que do direito privado”¹²⁹.

Por tudo isso, a fuga ao Direito Privado, além de ser uma questão presente na história do Direito Administrativo, também faz parte de sua transformação. Ademais, ao longo dos anos, vem deixando de ser uma técnica aplicada somente de modo suplementar, apenas onde a Administração não incorpora sua autoridade, para concorrer com o Direito Administrativo em tarefas essenciais do Estado¹³⁰.

Assim, estabelecida essa tendência de modificação no atuar administrativo, passa-se a analisar alguns dos traços que compõem essa mudança.

3.3 A CONSENSUALIDADE E O FORTALECIMENTO DO CONTRATO

¹²⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984. pp. 155-156 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

¹²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 15.

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 15.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 15.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 15.

¹³⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 64.

Como se viu, o Estado Social trouxe consigo um grande aumento das funções administrativas. Tal acontecimento impôs maior visibilidade sobre as escolhas da Administração e, por conseguinte, os pontos de contato entre Estado e a sociedade, bem como os mecanismos de controle também foram ampliados. Com isso, práticas autoritárias por parte da Administração já não eram tão bem aceitas. O particular, na visão do Estado, deixou de ser apenas um beneficiário passivo de suas prestações¹³¹.

Na sequência, com a ascensão e a consolidação do Estado Pós-Social, os modelos constitucionais democráticos então estabelecidos deram novas roupagens às concepções de cidadania, de soberania popular, de democracia, de distinção entre público e privado, entre outros conceitos, no sentido de valorizar, cada vez mais, a efetiva participação política dos cidadãos¹³².

Todo esse movimento representou a busca pela instauração de um modelo pautado no diálogo, que rompesse com o paradigma burocrático e ineficiente do atuar administrativo unilateral e impositivo, o qual, mais do que a mera aplicação da lei administrativa, realizasse anseios dos cidadãos¹³³. É com esses pressupostos que se chega à ideia de consenso aplicado à Administração, que, em sua acepção jurídica, corresponde a uma aprovação, uma comunhão de vontades¹³⁴.

Para designar esse novo paradigma, utiliza-se a noção de *soft administration*, que se traduz no afastamento do modelo de Estado que toma decisões de modo unilateral e impositivo (*decision making*) e se aproxima daquele que preza pelo debate sobre as questões de interesse comum¹³⁵.

Contudo, alguns marcos da Administração Pública tradicional passam a ser questionados com o advento da noção de consensualidade, tais como o afamado princípio da supremacia interesse público. Afinal, por muito tempo, tal princípio ocupou lugar de respaldo jurídico ao atuar imperativo.

¹³¹ NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84.

¹³² FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 31 jul. 2017. p. 78.

¹³³ FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 31 jul. 2017. p. 86.

¹³⁴ FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 31 jul. 2017. p. 85.

¹³⁵ FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 31 jul. 2017. p. 79.

Certo é que a Administração Pública, no Estado Pós-Social, se viu obrigada a adequar alguns de seus meios autoritários de proteção e afirmação do interesse público às ideias de consenso e de ponderação. Isso porque tutelar sozinho um sem-número de interesses agora coexistentes tornou-se uma árdua tarefa ao Estado¹³⁶.

O novo desafio da doutrina passa a ser a redefinição teórica do interesse público, de modo que ele perdesse o *status* de obstáculo à Administração Pública do consenso para assumir a posição de aspecto essencial desse novo modelo¹³⁷.

Nesse sentido, Odete Medauar anota que o interesse público se realiza plenamente na Administração consensual, pois se expressa “na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional”¹³⁸. Aqui, observa-se que a consecução do interesse público através de mecanismos consensuais assume caráter eminentemente discricionário¹³⁹.

De todo modo, restando quaisquer dúvidas sobre a adequação do interesse público dentro do contexto da consensualidade, apresenta-se a alternativa encontrada pela doutrina alemã para solucionar esse problema de compatibilização.

Trata-se de uma teoria de duplo grau, que faz a diferenciação entre dois níveis de exercício do poder: (i) a *Primäre Stufe*, ou categoria primária, que é responsável pela decisão primária de poder. No caso, refere-se à vontade administrativa manifestada de modo primário e por isso dotada de um poder estatal “absoluto, inegociável e inflexível” para a consecução de um interesse público em concreto. Estaria situada no plano das decisões vinculadas. Além dela, (ii) a *Sekundäre Stufe*, ou categoria secundária, que detém a competência de agir. É a manifestação do poder estatal secundário, flexível, relativo e negociável. Por essa razão, mora no plano das decisões subordinadas¹⁴⁰.

Analisada a questão do interesse público, passa-se a refletir sobre a grande importância do contrato na promoção de um modelo de Administração consensual. Isso porque

¹³⁶ GAROFANO, Rafael Roque. **A consensualidade nos contratos administrativos do regime estatutário para a parceria contratual**. 377. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 349.

¹³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. p.139.

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.129.

¹³⁹ FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 31 jul. 2017. p. 81.

¹⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. p.139.

o contrato é, por essência, o mútuo consenso de dois ou mais sujeitos sobre certo objeto¹⁴¹. Com o alargamento das funções do Estado, a utilização de instrumentos típicos do Direito Privado, tais como os meios contratuais, foi uma das vias pelas quais a Administração Pública se socorreu¹⁴².

A doutrina alemã foi a primeira a teorizar o contrato de Direito Público como uma espécie de categoria geral do contrato, a partir da publicação do livro *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*¹⁴³, em 1876, de Paul Laband. Nesse livro, tal autor compreendia a relação entre Administração e particular a partir de uma perspectiva paritária, por isso estendeu a figura do contrato ao Direito Público, de modo a dar fundamento aos atos consensuais¹⁴⁴.

Ocorreu que a posição anticontratalista foi a que tradicionalmente se firmou, sob o argumento de que, não havendo igualdade entre as autoridade e particular, não existiria contrato. Não era possível que a Administração se colocasse no mesmo plano do particular. Assim, a relação jurídica entre ambos teria o formato de ato administrativo¹⁴⁵.

Entretanto, após a Primeira Guerra, o atuar administrativo tornou-se mais comprometido com a prestação de serviços à comunidade. Nesse cenário, germinaram-se teorias que viam no contrato um meio de regulação de interesses recíprocos. A título de exemplo, uma das possibilidades de conformação do contrato no âmbito da Administração seria o de construir o princípio do *pacta sunt servanda* a partir da cláusula *rebus sic stantibus*, de tal maneira que os interesses públicos seriam salvaguardados¹⁴⁶.

Mas somente com o fim da Segunda Guerra que essa discussão foi aprofundada. Novamente, um alemão tentou explicar a relação jurídica entre Administração e particulares – Hans Peter Ipsen criou a figura do *Zweistufentheorie*. Essa teoria fazia uma composição entre

¹⁴¹ NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85.

¹⁴² ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 44.

¹⁴³ Em tradução livre: “Direito Constitucional do Estado alemão”.

¹⁴⁴ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 408.

¹⁴⁵ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 408.

¹⁴⁶ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 408.

ato administrativo unilateral e o contrato de direito privado para resguardar o interesse público¹⁴⁷:

(...) ela seria um módulo composto, porque instaurada por um ato administrativo unilateral e regulada, nos aspectos ligados ao seu desenvolvimento, por um contrato de direito privado. O interesse público estava salvaguardado porque o ato administrativo unilateral tem primazia sobre o contrato de direito privado; tratava-se de um contrato de direito privado ligado a um ato administrativo¹⁴⁸.

No mesmo sentido, só que mais recentemente, a chamada “teoria das modulações”, do jurista espanhol Eduardo García de Enterría, estabelece que a presença da Administração implica, necessariamente, na modulação de qualquer forma contratual. A título de exemplo, uma das principais formas de transposição dos institutos dos contratos ao Direito Administrativo seria a partir das afamadas cláusulas exorbitantes¹⁴⁹.

Quanto a tais cláusulas, embora hoje questionadas, convém destacar o importante papel que desempenharam na adaptação de um instrumento consensual típico do Direito Privado – o contrato – ao Direito Administrativo.

Nessa toada, o que a maior utilização do contrato reflete é justamente a passagem da Administração autoritária para a “Administração soberana consensual”, que passa a figurar como uma nova figura dogmática. E, como já dito, essa nova figura é uma nova forma de atuação que tende a se colocar em lugar dos atos unilaterais e de outros instrumentos¹⁵⁰.

Inclusive, no Direito brasileiro, a utilização de instrumentos do Direito Privado nas contratações da Administração encontra respaldo, especialmente, no art. 54 da Lei n. 8.666/93: “os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”¹⁵¹.

Contudo, Ana Nery chama a atenção para o fato de que, na prática, “ainda são fortes e profundas as marcas da unilateralidade e da verticalidade nas relações travadas entre Estado

¹⁴⁷ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 408-409.

¹⁴⁸ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 408-409.

¹⁴⁹ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 409.

¹⁵⁰ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 44.

¹⁵¹ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 22 jun. 1993.

e os particulares”. Para a autora, as técnicas negociais adotadas pela Administração Pública pouco refletem a ideia constitucional de deixar o particular mais perto das funções do Estado¹⁵².

A título de exemplo, cita-se a rigidez do regime estatutário que, devido às prerrogativas de unilateralidade implicitamente previstas a favor da Administração, acaba por reduzir o conteúdo pactuado e o caráter consensual dos contratos administrativos¹⁵³:

O consenso nos contratos administrativos ficou restrito, na maioria das vezes, ao momento da aceitação das cláusulas do contrato unilateralmente estabelecidas pela Administração, inexistindo verdadeiro acordo de vontades na formação das condições do contrato ou na sua execução. A noção de prerrogativas implícitas foi capaz de traduzir o poder extroverso da Administração no campo dos contratos, a partir da premissa de que a Administração – e somente ela – tem o dever de tutelar o interesse público através do manejo da autoridade estatal¹⁵⁴.

Nessa questão, importa considerar, inclusive, o grande entrave que as cláusulas exorbitantes oferecem para a formação de contratos administrativos verdadeiramente consensuais. Por certo, o desequilíbrio contratual que tais cláusulas legitimam gera um distanciamento dos princípios tipicamente contratuais, como a igualdade, a força obrigatória das convenções e a autonomia da vontade, tornando-se uma difícil missão o afastamento da imperatividade administrativa e a fixação da consensualidade¹⁵⁵.

Contudo, também deve-se reconhecer que a ótica do consenso também foi responsável pelo aperfeiçoamento dos instrumentos contratuais utilizados pelo Poder Público. Tendo como parâmetro a “desvinculação quase total da feição privarística dos negócios jurídicos pela presença inafastável das cláusulas exorbitantes”, pode-se dizer que o surgimento de preocupações no sentido de reduzir a unilateralidade dos atos administrativos e as desigualdades contratuais demonstram uma certa transformação, ainda que tímida¹⁵⁶.

Para além dos contratos, a consensualidade se expressa no meio administrativo de inúmeras espécies. Pode ser aplicada à Administração em diversos âmbitos, desde a formação das decisões estatais até a resolução de conflitos administrativos.

¹⁵² NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85.

¹⁵³ GAROFANO, Rafael Roque. **A consensualidade nos contratos administrativos do regime estatutário para a parceria contratual**. 377. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 349.

¹⁵⁴ GAROFANO, Rafael Roque. **A consensualidade nos contratos administrativos do regime estatutário para a parceria contratual**. 377. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 349.

¹⁵⁵ GAROFANO, Rafael Roque. **A consensualidade nos contratos administrativos do regime estatutário para a parceria contratual**. 377. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 348.

¹⁵⁶ NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 87.

Para ilustrar, quando da tomada de decisão administrativa, o plebiscito, o referendo, a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, a assessoria externa, a cogestão e a delegação atípica são espécies consensuais colocadas à disposição do Poder Público¹⁵⁷.

Já na execução administrativa, os contratos administrativos de parceria e os acordos administrativos de coordenação também são exemplos dessas espécies.¹⁵⁸ Quanto à prevenção de conflitos, o consenso pode ser buscado através de comissões de conflitos e de acordos substitutivos¹⁵⁹. Para compor conflitos administrativos, de outro modo, a conciliação, a mediação, a arbitragem, os ajustes de conduta, dentre outros, são meios consensuais de solucionar divergências¹⁶⁰.

Por fim, em se tratando do contexto brasileiro, a reforma do Estado promovida ao longo do século XX provocou uma forte ressignificação do atuar administrativo, especialmente no tocante à eficiência do gestor público. Nesse cenário, alguns dogmas tradicionais foram remodelados na tentativa de se aproximarem do modelo consensual. Fatores de expressão do poder estatal, como o Poder de Polícia e o Poder Regulamentar, passam a ser trabalhados levando em consideração a proteção de direitos e garantias fundamentais. Além disso, a realização do interesse público é perquirida a partir do princípio da eficiência, com o intuito de dar mais efetividade à prestação de serviços públicos.¹⁶¹

3.4 DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO OU DIREITO PÚBLICO ECONÔMICO: AS FACETAS DO ESTADO REGULADOR

Na sistemática do modelo conhecido como Estado-Providência, a Administração assumiu um comportamento dinâmico de fornecer aos cidadãos benefícios como alimentação, saúde, educação, seguridade social, aposentadoria, dentre outros¹⁶². Contudo, toda essa prestação gerou um custo à máquina estatal, que passou a ser arcado pela própria sociedade. Isso porque quanto maior o intervencionismo, maiores se tornam as despesas públicas para financiar as atividades que dele decorrem e, por consequência, maior a carga fiscal que as suportam¹⁶³

¹⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. pp. 148-149.

¹⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. pp.150-152.

¹⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. pp.152-153.

¹⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. pp.154-155.

¹⁶¹ FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 31 jul. 2017. p. 85.

¹⁶² MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**. Curitiba: EVG, 2016. p. 68.

¹⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**. Curitiba: EVG, 2016. p. 69.

Esse contexto levou o Estado a adotar um intervencionismo temperado, passando a funcionalizar a atividade empresarial privada a partir de concepções de função social da propriedade, valorização do trabalho, dignidade da pessoa humana, e outros valores basilares. Nesse sentido, as diretrizes políticas tornaram-se carregadas de deveres econômicos, regulados não somente pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial, mas também por textos constitucionais¹⁶⁴.

Assim, observa-se, no alargamento da atividade econômica estatal, a disseminação de normas de Direito Público na economia e a implementação de novas formas de ação de agentes econômicos e do próprio Estado¹⁶⁵. Com o emagrecimento do Estado-Providência, algumas responsabilidades tradicionalmente públicas passaram a ser privatizadas, enquanto ao Estado restaram as responsabilidades de vigilância e regulação¹⁶⁶.

Assim, começa a ser construído um novo paradigma sobre a relação entre Estado e sociedade, essencialmente diferente da noção dicotômica sobre a qual o Direito Administrativo e o próprio Mercado foram edificados. Esse novo paradigma está muito mais associado com os ideais de partilha de responsabilidades, de cooperação ou de coordenação para o alcance de interesses coletivos¹⁶⁷.

Nesse aspecto, convém mencionar que essa transformação não se trata de um retorno ao modelo liberal puro, pois não se fala em descomprometimento estatal, mas apenas na reconfiguração de suas responsabilidades, que agora consistem essencialmente na atuação regulatória. O Estado de Garantia, portanto, está localizado em um ponto intermediário de responsabilidade pública, entre o modelo de Mercado e o modelo de Estado¹⁶⁸.

Destaca-se, ainda, que o interesse público não foi deixado de lado, mas foi mantido como guia da atuação do Estado, mesmo que a produção concreta de atividades satisfativas desse interesse estivesse nas mãos dos particulares. O Poder Público passou a ter uma responsabilidade pelo resultado: assegurar que o funcionamento do Mercado e a atuação das empresas se desenvolvessem sem fugir dos limites e dos objetivos do interesse público¹⁶⁹.

¹⁶⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**. Curitiba: EVG, 2016. pp. 69-72.

¹⁶⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**. Curitiba: EVG, 2016. p. 81.

¹⁶⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p. 100.

¹⁶⁷ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p. 100.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. pp. 102-103.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p.103.

Além disso, a garantia também desemboca em um outro tipo de responsabilidade estatal: a residual, supletiva ou subsidiária. Nas situações em que o Mercado não forneça respostas aos objetivos públicos, caberia ao Estado, extrapolando sua função de mero regulador, assumir uma postura positiva de atuação, agindo tanto em uma espécie de “operação resgate”, quanto em posição de *player* de Mercado¹⁷⁰.

Tomando-se os exemplos citados pelo professor Pedro Costa Gonçalves, ilustra-se essa ação estatal direta no Mercado a partir da crise financeira de 2008. Na época, tanto nos Estados Unidos, quanto na Europa, o Estado passou a realizar uma “regulação através de negócios”, comprando empresas e bancos, e injetando recursos na economia sob diferentes formas¹⁷¹.

O Estado de Garantia também está associado a finalidades específicas, como: (i) a garantia do fornecimento de serviços essenciais; (ii) garantia de proteção dos direitos dos utilizadores de tais serviços; (iii) garantia, proteção e promoção da concorrência; (iv) garantia de um equilíbrio eficiente e justo entre interesses público e interesses privados; (v) garantia e credibilização de “soluções de mercado” promovidas pelo próprio Estado; e (vi) e garantia de proteção a outros bens jurídicos¹⁷².

Quanto à (i) garantia do fornecimento de serviços essenciais, corresponde ao dever de assegurar a prestação dos serviços econômicos de interesse geral¹⁷³ independente do regime jurídico sob o qual serão fornecidos. Esse propósito seria viabilizado mediante a definição de princípios e condições, bem como pela delimitação do leque de serviços abrangidos e pela definição do responsável pela respectiva exploração¹⁷⁴.

No tocante à (ii) garantia e à proteção dos direitos dos utilizadores os serviços essenciais, trata-se de assegurar o acesso universal dos cidadãos a esses serviços. Se antes a relação era bipolar – fornecimento pelo Estado ao cidadão – agora a relação seria triangular: entre entidades particulares fornecedoras do serviço, cidadãos utentes e Estado Regulador¹⁷⁵.

Ademais, a atuação pública se manifestaria através da definição de padrões de qualidade e de segurança dos serviços prestados, da fixação de preços, e da possibilidade de

¹⁷⁰ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p.103.

¹⁷¹ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. pp. 103-104.

¹⁷² GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p. 105.

¹⁷³ A definição de serviços econômicos de interesse geral será abordada com mais vagar *infra* no tópico 3.5.

¹⁷⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. pp. 106-107.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. pp. 108-111.

que eventual funcionamento patológico dos serviços possa ser imputado tanto às empresas reguladas, quanto ao Estado Regulador¹⁷⁶.

A (iii) a garantia, proteção e promoção da concorrência, por sua vez, alude à “conformação do Mercado pelo próprio Estado”. Nesse contexto, uma das tarefas administrativas seria a fabricação da concorrência, como, por exemplo, por meio de regras de discriminação positiva, pelas quais seriam identificados os operadores que ocupam posições de desvantagem competitiva¹⁷⁷.

Para além, a (iv) garantia de um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados preceitua que a estrutura de garantia deve ser robusta o suficiente para que a lei seja cumprida, mas, ao mesmo tempo, não pode descaracterizar os pressupostos de um Mercado “ordenado segundo princípios de uma economia livre, assente na liberdade contratual, na liberdade de empresa e na proteção da propriedade privada”¹⁷⁸.

Com isso em vista, seria ingênuo esperar uma atuação desinteressada dos particulares, a qual fosse vocacionada naturalmente para a prossecução do interesse público. É normal que o particular se guie por interesses privados e egoístas. A Administração Pública é quem institucionalmente deve estar limitada ao alcance do interesse público, e não os particulares¹⁷⁹.

Ter isso em mente é fundamental para a compreensão de que a mobilização de particulares para o desempenho de finalidades públicas não implica no abandono de seus objetivos e de seus legítimos interesses individuais. O Estado de Garantia, desse modo, tem a responsabilidade de articular de modo justo e eficiente os interesses privados e o interesse público¹⁸⁰.

Passando para a (v) garantia e a credibilização de “soluções de mercado” promovidas pelo próprio Estado, por esta entende-se a conduta do Poder Público de incentivar e dar credibilidade a inovações privadas que substituem sistemas anteriores de prestação pública. O grande exemplo dessa garantia remonta aos serviços privados de certificação em variados

¹⁷⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. pp. 108-112.

¹⁷⁷ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p. 112.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. 113.

¹⁷⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. 114.

¹⁸⁰ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p. 114.

campos, como a produção de alimentos biológicos, a proteção do ambiente, a qualidade e a segurança técnica de máquinas e de produtos industriais¹⁸¹.

Nesse aspecto, o Estado passa a ser o controle do controle, tendo o papel de dar reconhecimento oficial a esses novos sistemas de certificação, haja vista que representam uma importante atribuição no na conjuntura do Estado de Garantia¹⁸².

À derradeira, a (vi) garantia de proteção a de outros bens jurídicos procura salvaguardar valores de ordem mais geral, tais como a segurança, a saúde e o trabalho. Para ilustrar, menciona-se a proteção ao consumidor através de várias medidas, desde a imposição de que o fabricante revele de maneira exaustiva as informações de seu produto até medidas mais flexíveis, que sem imposições ou proibições apenas buscam influenciar a tomada de decisão dos consumidores, como as advertências e as recomendações¹⁸³.

Além dessa, a proteção ao ambiente, ao urbanismo e do ordenamento do território também são exemplos citáveis. Ainda, soma-se a essa lista o dever fundamental do Estado de proteger os interesses das gerações futuras, como a imposição de exigências de armazenamento de recursos energéticos¹⁸⁴.

Pela análise de todos esses meios de exercício da garantia estatal denota-se, portanto, que o equilíbrio entre regulação e livre iniciativa - consagrada em nosso ordenamento jurídico pelo art. 170, *caput*, da Constituição Federal¹⁸⁵ - reclama por um exame de proporcionalidade¹⁸⁶.

3.5 REPOSICIONAMENTO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO: O SERVIÇO ECONÔMICO DE INTERESSE GERAL

O serviço público, por obra da doutrina e da jurisprudência francesas, foi tradicionalmente compreendido como um instituto regido pelo Direito Público destinado a gerir

¹⁸¹ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p. 115.

¹⁸² GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p. 115.

¹⁸³ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p. 115

¹⁸⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual. p. 115-116.

¹⁸⁵ BRASIL. Constituição, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 5 out. 1988.

¹⁸⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico - Livre iniciativa e proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 285-300, abr. 2001. pp. 294-299.

as prestações que satisfizessem as necessidades de interesse geral assumidas e prestadas pelo Estado, de forma direta ou indireta, a partir do século XX¹⁸⁷.

Essa definição clássica de serviço público leva em consideração três fatores: (i) o subjetivo, pelo qual o Estado seria o ente prestador do serviço público; (ii) o material, que considera o serviço público como a atividade exercida com o intuito de satisfazer as necessidades coletivas; e (iii) formal, em que o regime jurídico do serviço público seria o Direito Público derogatório do Direito Privado¹⁸⁸.

Contudo, esses três fatores definiam muito bem o serviço público no Estado Liberal. Com as sucessivas transformações dos modelos de Estado, essa tríade passou a se dissociar¹⁸⁹. Como já debatido nos tópicos anteriores, a partir do momento em que as funções do Estado se ampliaram, certas atividades comerciais e industriais antes exercidas pela iniciativa privada passaram a ser desempenhadas pelo Poder Público, aumentando-se o rol do que até então era compreendido por serviço público¹⁹⁰.

Com isso, o Estado tomou consciência de que não possuía estrutura organizacional suficiente para o desempenho privativo dessas atividades. Assim, a gestão de certos serviços públicos passou a ser atribuída aos particulares sob diferentes maneiras, como por meio de contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por pessoas jurídicas de Direito Privado criadas para tal fim e submetidas, predominantemente, a esse regime jurídico¹⁹¹.

Paralelamente, também foi reconhecido que determinadas atividades de empresas particulares apresentavam uma faceta de serviço público, tanto pela natureza que detinham, quanto pela ampla repercussão que suas ações alcançavam¹⁹².

O Estado havia se tornado grande demais, o que ocasionou uma consciência generalizada de ineficiência e de falta de qualidade no serviço público, e de que tais atividades deveriam retornar à iniciativa privada para que a máquina estatal fosse enxugada¹⁹³.

¹⁸⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 41.

¹⁸⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

¹⁸⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42

¹⁹⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42

¹⁹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42

¹⁹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42

¹⁹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 43-44.

Inclusive, essa tendência também chegou ao Brasil. Carlos Ari Sundfeld assinala que, especialmente pela diminuição do monopólio e da atuação direta do Estado nesse tipo de atividade, a noção de “serviço público” tem sido esvaziada:

Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de “serviço público”, se algo ainda diz, diz pouco (...) ¹⁹⁴.

As críticas quanto ao termo “serviço público” não param por aí. Segundo Emanuella Moreira Pires Xavier, serviços públicos em rede, tais como correios, eletricidade, saneamento, água, telefone, transporte, entre outros, não se enquadram nas tradicionais tentativas de definição de serviço público, especialmente por apresentarem uma natureza concorrencial. Mas, ao mesmo tempo, é difícil vê-los como uma “simples atividade econômica à mercê das regras do mercado”, justamente porque se referem a atividades de relevante interesse coletivo ¹⁹⁵.

A autora então parte para uma perspectiva comparada e apresenta uma nova classificação de serviço público adotada por países-membros da União Europeia em sua Carta de Direitos Fundamentais, de 8 de dezembro de 2000 ¹⁹⁶: o chamado serviço econômico de interesse geral. ¹⁹⁷

Essa mudança de denominação, portanto, se afasta da noção de serviço público como função pública e se aproxima de uma ideia de utilidade econômica. Entende-se, com isso, que a existência de um regime concorrencial não é fator de exclusão do interesse público e que o Estado não é o único capaz de realizar atividades de interesse coletivo ¹⁹⁸.

Em virtude disso, o Estado, que possuía o monopólio da gestão dos interesses públicos, sem desistir de alcançá-los, passa a exercer outros tipos de autoridade, agora de natureza mais regulatória do que providencial ¹⁹⁹.

Tal competência regulatória é justificada pela necessidade de que os serviços públicos se desenvolvam de modo ordenado e de que se submetam à supervisão, a fim de garantir seu padrão de

¹⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. pp. 4-5.

¹⁹⁵ XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral: nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 13, p. 7-35, jan. 2007. pp. 7-35.

¹⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações os Serviços Públicos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº1, fevereiro, 2005. p.1.

¹⁹⁷ XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral: nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 13, p. 7-35, jan. 2007. pp 7-35.

¹⁹⁸ XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral: nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 13, p. 7-35, jan. 2007. pp 7-35.

¹⁹⁹ XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral: nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 13, p. 7-35, jan. 2007. pp. 7-35.

qualidade, a continuidade, a universalidade e a eficiência. Ademais, a atuação estatal nessa seara também é imprescindível para assegurar, à iniciativa privada, o retorno adequado de seus investimentos e, aos cidadãos, a modicidade das tarifas.²⁰⁰

Nessa perspectiva, pela tamanha imprescindibilidade dos serviços públicos, o ônus de garantir que eles estejam sempre à disposição da coletividade deveria ser atribuído ao Poder Público, sem que isso necessariamente implique no monopólio da exploração dessas atividades pelas mãos do Estado. Reconhece-se, assim, que um serviço “não deixa de ser público pelo fato de ser prestado por particulares²⁰¹”. À vista disso, essa regulação contraria a tese de que todo esse processo de atribuição dos serviços públicos ao particular desembocaria no desaparecimento das atividades estatais²⁰².

De acordo com esses preceitos, se, em algum momento o serviço público foi identificado pelo somatório entre (i) interesse geral ou utilidade pública; (ii) prestação estatal; e (iii) regime de Direito Público, apenas o primeiro e o terceiro requisitos permaneceriam integrando a definição.²⁰³

Voltando todas essas considerações para a experiência brasileira, importa considerar que já existem, em nosso ordenamento jurídico, leis que disciplinam a atribuição de serviços públicos aos particulares, quais sejam, a Lei n. 8.987/1995²⁰⁴, que disciplina as permissões e a concessões comuns de serviço público, e a Lei n. 11.079/2004²⁰⁵, que institui normas gerais para as modalidades administrativa e patrocinada de concessões, as chamadas PPPs – Parcerias Público-Privadas.

A partir de uma breve análise desses diplomas legais, que serão retomados no próximo capítulo, é possível afirmar que, de certo modo, elas refletem algumas das características do novo atuar administrativo mencionadas ao longo deste capítulo.

A “fuga para o Direito Privado” e a consensualidade fazem presença em tais normativas tanto pela natureza contratual das concessões, quanto pela previsão do emprego de mecanismos privados de resolução de conflitos, como a arbitragem. Sem contar, ainda, que ambas as leis deixam claro que a

²⁰⁰ XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral: nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 13, p. 7-35, jan. 2007. pp 7-35. pp. 7-35.

²⁰¹ XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral: nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 13, p. 7-35, jan. 2007. pp 7-35.

²⁰² XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral: nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 13, p. 7-35, jan. 2007. pp 7-35.

²⁰³ XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral: nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 13, p. 7-35, jan. 2007. pp 7-35.

²⁰⁴ BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 14 fev. 1995.

²⁰⁵ BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 31 dez. 2004.

função regulatória ainda incumbe ao Poder concedente, evidenciando uma típica característica do Estado Regulador.

Feitas todas essas considerações sobre a guinada dogmática da Administração Pública, nota-se que a consensualização, o perfil regulador de atividades privadas e a crise da noção de serviço público reafirmaram a necessidade de superação da dicotomia tradicional entre público e privado, que apartava o interesse público do interesse particular. A tônica atual é a aproximação entre ambas esferas, com vistas ao melhor desempenho possível das funções administrativas. Para isso, muitas vezes a Administração pode e deve se socorrer de institutos de Direito Privado, a fim de melhor realizar suas incumbências. Alguns exemplos de como isso pode ocorrer serão tratados no próximo capítulo.

4 USO DE INSTRUMENTOS PRIVADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Através do itinerário percorrido nos capítulos anteriores, foram apresentados o perfil autoritário e vertical da Administração e as subsequentes transformações que culminaram na utilização de instrumentos do Direito Privado pelo Poder Público.

Como se viu, a atuação administrativa passou a atribuir aos particulares parte de seus serviços, como também, sofreu influências da contratualização e do consensualismo, sendo todos esses fatores inspirações para o uso de diversos instrumentos jurídico-privados pela Administração.

À vista disso, este capítulo se destina a responder em que medida a Administração Pública pode ou deve se utilizar de instrumentos privados na consecução de suas finalidades institucionais.

Para tanto, serão apresentados, primeiramente, alguns posicionamentos doutrinários sobre o assunto e, na sequência, serão trazidos alguns exemplos concretos de como esse uso do Direito Privado pela Administração Pública tem se manifestado ao ser colocada em teste.

4.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DE INSTRUMENTOS PRIVADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Feito um apanhado histórico desde o nascimento do Direito Administrativo até o momento em que, especialmente em razão da escassez de instrumentos do Direito Contratual Público, a Administração passou a se utilizar de formas típicas do Direito Privado, parte-se, a partir de agora, para a apresentação de algumas posições doutrinárias sobre os limites e possibilidades dessa apropriação.

Começando pelos estudos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, importa destacar a alerta que a doutrinadora faz sobre o uso abusivo do Direito Privado pela Administração Pública.

Partindo de uma perspectiva comparada, a autora aponta o chamado “abuso das formas jurídicas” da doutrina alemã. Esse abuso trata-se da utilização de um instituto lícito de forma inadequada quanto ao fim a que ele se destina. Desse modo, é possível que se opte de maneira inadequada tanto pelo instituto de Direito Público, quanto pelo instituto de Direito Privado²⁰⁶.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

As hipóteses de eleição indevida do instituto, na legislação brasileira, se enquadrariam no desvio de poder definido pelo art. 2º, parágrafo único da Lei da Ação Popular: “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”²⁰⁷.

De forma a ilustrar a situação, Di Pietro menciona a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucional a medida que, por meio da Lei nº 9.649/1998²⁰⁸, estabeleceu que os serviços de fiscalização das profissões, até então prestados por autarquias, passassem a ser prestados em caráter privado²⁰⁹.

O parâmetro então adotado pelo STF foi o de que atividades típicas de Estado²¹⁰ devem adotar o regime jurídico público. Logo, para o exercício de atividades como a de polícia, de controle, de regulação, não podem ser criadas entidades de Direito Privado; não pode a Administração se servir de modelos de gestão privada com a parceria de entidades privadas; não pode contratar servidores celetistas; não pode terceirizar. Valer-se do Direito Privado em atividades típicas de Estado, nessa circunstância, é ilegal e abusivo²¹¹.

Além desse caso, seria igualmente abusivo o uso de instrumentos do Direito Privado quando o regime jurídico administrativo for obrigatório. Tomando-se os exemplos dados por Di Pietro, anotam-se aqui as tentativas de burlar a exigência de concurso público, de controle, de limitações salariais, de licitação e da proibição de acumulação de cargos públicos²¹².

Nessa lista de abusividades também entrariam o uso indevido das fundações de apoio, de organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) e da terceirização quando o regime jurídico público for obrigatório²¹³.

Feitas essas considerações, a autora conclui que, conquanto o Direito Administrativo Brasileiro tenha seguido os passos do ordenamento jurídico europeu-continental, adotando um regime jurídico administrativo de Direito Público, o Direito Privado nunca foi totalmente abortado no âmbito da Administração Pública. Inclusive, aqui, marcou presença tanto no nascimento, quanto nas transformações do nosso Direito Administrativo²¹⁴.

²⁰⁷ BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 5 jul. 1965.

²⁰⁸ BRASIL. Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 28 mai. 1998.

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

²¹⁰ Por atividade típica de Estado entende-se aquela que exige o uso de prerrogativas públicas, tais como de autoridade e de supremacia do interesse público. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

²¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

Em razão desse fato é que a Administração se utiliza de instrumentos dos dois regimes jurídicos: público e privado. Por isso, pode-se falar em Direito Administrativo em sentido estrito, formado tão somente por normas de Direito Público, e Direito Administrativo em sentido amplo, o qual abrange o Direito Privado utilizado pela Administração, com derrogações de Direito Público em diferentes graus²¹⁵.

Ainda, a Administração nunca se submeteria de modo integral ao Direito Privado. Ela pode até se nivelar ao cidadão ao não exercer diretamente sobre ele alguma prerrogativa de Poder Público, mas jamais abandonaria determinadas vantagens²¹⁶, e nem deixaria de se submeter a restrições quanto à competência, à finalidade, à forma, aos procedimentos e aos princípios administrativos²¹⁷:

Por outras palavras, a Administração Pública, mesmo quando se socorre do direito privado, jamais se iguala ao particular, seja pela finalidade de interesse público a que está vinculada, seja pelo fato de sempre atuar em nome do Estado, no exercício da função administrativa.

Por essa razão, o direito privado, quando utilizado pela Administração Pública, é sempre parcialmente derogado por normas de direito público, razão pela qual acabam se mesclando normas dos dois regimes jurídicos. O instituto fica a meio caminho entre o público e o privado²¹⁸.

Por fim, complementa dizendo que “aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito público”²¹⁹. Afinal, não há como pressupor toda e qualquer hipótese que a Administração poderá se valer do regime de Direito Privado. Via de regra, a opção é feita pelo próprio legislador, especialmente, pela própria Constituição. Assim, a regra é a de que o Direito Privado pode ser aplicado aos casos em que não houver sua expressa derrogação pelo Direito Público.

Na mesma linha, Bernardo Strobel Guimarães registra que, haja vista a posição institucional da Administração, somente algumas normas de Direito Privado serão compatíveis com ela. No caso, a aplicação desse tipo de normas pelo Poder Público depende de elas não contrariarem normas específicas da função administrativa, sobretudo as de alcance constitucional²²⁰.

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

²¹⁶ Dentre as prerrogativas do Poder Público, Di Pietro menciona o juízo privativo, o processo especial de execução e a impenhorabilidade de seus bens. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

²²⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 199.

O autor ainda acrescenta que não há uma cisão absoluta entre as esferas de Direito Público e Direito Privado e, em razão desse fato, nada impede, por exemplo, que a Administração aja por vias consensuais para implementar interesses públicos sem que isso implique na desnaturação de suas próprias regras²²¹.

Inclusive, mesmo que atue por vias privadas, a Administração está constrangida a atingir o interesse público. Por conseguinte, há uma funcionalização da atuação privada administrativa²²².

Por essas razões, diz que a questão fundamental do uso de instrumentos privados pela Administração Pública é estabelecer se existe autorização legal para tanto. Em virtude de a Administração Pública, no sistema brasileiro, ter qualidade de pessoa jurídica de Direito Público Interno, ela possui uma capacidade geral de agir, praticando inclusive atos de ordem privada, segundo modelos do Direito Privado²²³.

Havendo essa habilitação de índole geral, não é necessário que existam títulos específicos de autorização do uso de vias privadas, de acordo com cada caso. Somente na circunstância de existir um óbice direto à utilização do Direito Privado pela Administração é que essa possibilidade será proibida²²⁴.

Por tudo isso, apesar de existirem estudos e até posições doutrinárias sobre o Direito Privado Administrativo, não há uma teoria geral sobre o assunto. O Direito Positivo vigente não dispõe de uma regulamentação homogênea da atividade de Direito Privado da Administração Pública. Consequentemente, tornam-se frustradas as tentativas de individualizar princípios dessa atividade²²⁵.

Passando para uma visão mais otimista do assunto, Maria João Estorninho lista algumas vantagens para justificar a opção pelas formas jurídico-privadas de organização administrativa²²⁶.

Tomando-se os exemplos dados pela autora quanto às diversas práticas da atividade pública, pode-se anotar a maior facilidade na criação e na extinção de instituições que as formas

²²¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 198.

²²² GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 199.

²²³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 200.

²²⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 200.

²²⁵ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 160.

²²⁶ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 58-59.

privadas propiciam, comparadas à dificuldade que formas jurídico-públicas impõem para a fundação de empresas²²⁷.

Outro benefício a ser colhido pela utilização de meios típicos do Direito Privado seria a possibilidade de descentralização de atividades administrativas, com uma clara delimitação de âmbitos de responsabilidade próprios e autônomos, o que propiciaria uma “pretensa menor permeabilidade à influência político-partidária”²²⁸.

Quanto ao aspecto da própria organização administrativa, as formas privadas permitiriam uma libertação de regras rígidas, típicas do regime de Direito Público. Já no que se refere à atuação da Administração Pública, inúmeras seriam as possibilidades, tais como a adoção de processos de decisão e de atuação mais flexíveis, menos burocratizados, mais rápidos e, supostamente, mais transparentes e eficientes²²⁹.

Além desses proveitos, também haveria possibilidade de sujeição da Administração aos princípios da economia de mercado e à livre concorrência, como também, maior vinculação à busca por rentabilidade e economicidade. Acrescenta-se a isso a possibilidade de diversificação dos bens e serviços a oferecer no mercado, bem como a simplificação da contratação de pessoal, que se tornaria mais livre e flexível²³⁰.

Por fim, em se tratando das relações exteriores, o aproveitamento do Direito Privado geraria maior facilidade de cooperação e conjugação de esforços entre várias entidades públicas, a suscetibilidade de apelo à colaboração da sociedade civil, de utilização da iniciativa privada, bem como a maior facilidade de intercâmbios com o estrangeiro.

Mas como nem tudo são flores, a autora também chama a atenção para as ambiguidades e os riscos dessas novas formas de atuação. Segundo a portuguesa, muitas vezes, os fenômenos de privatização da Administração Pública são intencionalmente propiciados por objetivos velados e ilícitos dos agentes que os conduzem. Inclusive, para a portuguesa, ao longo dos anos, a fuga quase “inocente” para o Direito Privado transformou-se em uma fuga “consciente e perversa”²³¹.

²²⁷ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 59.

²²⁸ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 59.

²²⁹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 60-61.

²³⁰ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 60-63

²³¹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 67-68.

Como exemplo dessa fuga maliciosa, diz que, no campo da fiscalização das contas públicas, as soluções jurídico-privadas poderiam servir como meio de se furtar à disciplina e ao controle próprios dos recursos públicos²³².

Estorninho então traz algumas reflexões a respeito dos limites jurídico-públicos da fuga para o Direito Privado. Uma das questões trazidas é a de que o recurso ao Direito Privado jamais transforma a Administração em uma entidade privada, já que não haverá uma posição de igualdade entre a entidade administrativa que atua sob formas jurídico-privadas e os sujeitos que atuam sob o regime de Direito Privado. Para exemplificar, ainda que o Estado possa atuar como um particular, a liberdade contratual não seria plenamente aplicável a ele²³³.

Nesse sentido, haveria apenas uma mera aparência de que Direito Privado proporcionaria à Administração Pública maior liberdade de atuação, pois esta jamais se libertaria das vinculações jurídico-públicas²³⁴.

Passa-se a entender que “para qualquer atuação jurídico-privada da Administração, existe, assim, um especial Direito Privado Administrativo”. Esse Direito Privado Administrativo tem como particularidade a adaptação de normas de Direito Público às normas do Direito Privado Geral – “as normas do Direito Privado são completadas, ultrapassadas e modificadas pelas normas do Direito Público”²³⁵.

À vista disso, muitas poderiam ser as razões para a procura da Administração pelas formas jurídico-privadas, mas não a liberdade e as possibilidades de autodeterminação típicas da autonomia privada²³⁶.

Quanto à perspectiva do interesse público, certo é que a Administração Pública deve sempre buscá-lo, o que varia é apenas o instrumento que se utilizará nessa busca – se será um recurso de Direito Público ou um recurso de Direito Privado. Essa dupla capacidade não significa dupla personalidade. Seja através de formas jurídico-públicas, seja através de formas jurídico-privadas, a Administração sempre agirá com vistas o para o fim pelo qual foi constituída, que é eminentemente público²³⁷.

²³² ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 72-78.

²³³ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 127-128.

²³⁴ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 128-129.

²³⁵ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 129.

²³⁶ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 129.

²³⁷ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 130.

Assim, feito esse apanhado das principais controvérsias doutrinárias que circundam o tema, cumpre, a partir de agora, discutir alguns dos instrumentos de inspiração privada que podem ser utilizados pela Administração Pública.

4.2 INSTRUMENTOS DE DIREITO PRIVADO PASSÍVEIS DE APROPRIAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A seguir, analisam-se brevemente algumas implicações sobre o uso de certos instrumentos de Direito Privado por parte da Administração Pública. Vale destacar, todavia, que não se pretende esgotar todos os modos possíveis de aproximação entre a Administração Pública e as formas jurídico-privadas. Trata-se, tão somente, de um esforço de reflexão sobre os limites e possibilidades desse intercâmbio a partir de alguns instrumentos concretos, para ampliar a análise da mera divagação abstrata e principiológica.

4.2.1 A arbitragem como meio de solução de conflitos que envolvam a Administração Pública

De início, convém assinalar que a arbitragem é um dos meios mais antigos de solução extrajudicial de conflitos. No Brasil, está regulada pela Lei nº 9.307/96²³⁸, além de o preâmbulo da Constituição de 1988²³⁹ fazer menção ao compromisso, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, o que é reforçado no art. 4º, VII do texto constitucional²⁴⁰.

Ocorre que, desde a edição da Lei brasileira sobre a arbitragem, é possível identificar uma inconsciente cautela quanto à adoção do instituto, especialmente no âmbito da Administração Pública. À vista disso, apresenta-se, nas próximas laudas, uma análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre a adoção do processo arbitral nas lides administrativas²⁴¹.

²³⁸ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 24 set. 1996.

²³⁹ BRASIL. Constituição, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 5 out. 1988.

²⁴⁰ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 22-24.

²⁴¹ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 22-29.

Sob o viés legislativo, identifica-se uma gradativa tendência favorável à submissão dos conflitos envolvendo a Administração à arbitragem – fenômeno perceptível após a edição da Lei da Arbitragem, especialmente nos contratos de concessão²⁴². Isso a despeito da previsão, já na Lei de Concessões (Lei nº 9.897/95), da possibilidade da adoção de modos amigáveis de solução de controvérsias.

Dentre os diplomas brasileiros que adotam o processo arbitral, mencionam-se: a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97)²⁴³; a Lei do Petróleo e Gás (Lei nº 9.478/97)²⁴⁴; a Lei dos Transportes Aquaviários e Terrestres (Lei nº 10.233/01)²⁴⁵; a Lei de Comercialização de Energia Elétrica (Lei nº 10.848/04)²⁴⁶; a Lei das PPPs (Lei nº 11.079/04)²⁴⁷; e a já mencionada Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95)²⁴⁸.

Ainda, convém mencionar que, recentemente, a Lei de Arbitragem foi parcialmente alterada para acrescer a expressa possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública. Na ocasião, também foram previstos ajustes necessários acerca da publicidade, da transparência, da impossibilidade de a arbitragem ser por equidade em litígios administrativos, dentre outras questões.

Contudo, diferente do legislador pátrio, que tem prestigiado a arbitragem no âmbito da Administração, muitos doutrinadores adotam posições mais cautelosas quanto ao tema²⁴⁹.

²⁴² HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 29.

²⁴³ BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 17 jul. 1997.

²⁴⁴ BRASIL. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 7 ago. 1997.

²⁴⁵ BRASIL. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 6 jun. 2001.

²⁴⁶ BRASIL. Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 16 mar. 2004.

²⁴⁷ BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 31 dez. 2004.

²⁴⁸ BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 14 fev. 1995.

²⁴⁹ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 30.

Uma corrente, mais tradicional, vê dificuldades em admitir a possibilidade de a Administração Pública aderir a fórmulas de resolução de conflitos administrativos através do processo arbitral. Uma das principais justificativas para tanto é a indisponibilidade da supremacia do interesse público, pois a arbitragem se destinaria apenas a direitos disponíveis²⁵⁰.

Além desse, alguns outros motivos são empregados para afastar essa possibilidade, tais como o entendimento de que os interesses concernentes a serviços públicos também seriam indisponíveis; a concepção de que a arbitragem só seria possível em atos negociais, em que o Estado assume posição de igualdade com o particular, com sujeição ao regime jurídico-privado, o que não se aplica aos atos de império; e a interpretação de que o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93²⁵¹, ao instituir a cláusula de eleição de foro nos contratos firmados pela Administração, afasta a opção pela arbitragem²⁵².

Em contrapartida, não são poucos os argumentos doutrinários que procuram rebater a ideia de que o processo arbitral não é aplicável a lides administrativas. O primeiro deles se baseia na previsão do art. 1º da Lei da Arbitragem²⁵³, segundo o qual “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”²⁵⁴. Com base nisso, não se vislumbra correlação entre indisponibilidade de direitos patrimoniais e indisponibilidade do interesse público. Defende-se, ainda, que ao optar pela arbitragem, a Administração está apenas submetendo o conflito à apreciação de um árbitro imparcial. Isso não significa que está transigindo ou renunciando direitos. Há quem faça menção, também, à norma do art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/93²⁵⁵, afirmando que ela se refere apenas ao local de ajuizamento da ação caso se recorra ao Judiciário para anular uma sentença arbitral, mas não afasta por si só a opção pela arbitragem. Além disso, a arbitragem não impede a análise judicial nas hipóteses previstas em lei e, muito menos, frustra a impugnação judicial

²⁵⁰ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 30.

²⁵¹ BRASIL. Lei n. 8.666, de 1 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 22 jun. 1993.

²⁵² HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 31-34.

²⁵³ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 24 set. 1996.

²⁵⁴ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 24 set. 1996.

²⁵⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 1 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 22 jun. 1993.

por terceiros, como o Ministério Público e um autor de Ação Popular. Por fim, a arbitragem não atinge os atos de império nos casos que envolvem serviços públicos²⁵⁶.

Há, ainda, um sem-número de tentativas de adotar um critério distintivo para saber o que cabe na expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, do mencionado art. 1º da Lei da Arbitragem²⁵⁷. Para ilustrar, existe o critério de distinção entre atos de império e atos de gestão. Nesse caso, a lei reservou a solução da arbitragem aos atos de gestão.

Além desse, menciona-se o critério de distinção entre interesse público primário e secundário: os interesses públicos primários seriam indisponíveis. Já os secundários, pelo caráter instrumentalista de apenas operacionalizar os interesses primários, seriam disponíveis²⁵⁸.

De modo geral, pode-se dizer que a doutrina majoritária não parece discordar do uso da arbitragem em contratos que, predominantemente, estão sujeitos ao regime jurídico privado²⁵⁹.

No que toca à jurisprudência, a posição prevalecente do Tribunal de Contas da União era no sentido de que o princípio da indisponibilidade do interesse público²⁶⁰ restringe o uso da arbitragem na Administração²⁶¹.

Quanto à posição do Poder Judiciário, de outro modo, existe uma inclinação mais simpática à adoção da arbitragem por entes públicos²⁶². Aqui, merece destaque o “Caso Lage”²⁶³, no qual a própria União havia se submetido à arbitragem para solucionar a discussão sobre valores que seriam pagos a título de desapropriação de bens²⁶⁴.

²⁵⁶ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

²⁵⁷ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 24 set. 1996.

²⁵⁸ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 35-37.

²⁵⁹ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 41.

²⁶⁰ Nessa linha, citam-se as seguintes decisões no âmbito do TCU: Decisão nº 286/93; Decisão nº 188/95; Acórdão nº 584/03; Acórdão nº 587/03; Acórdão nº 631/03; Acórdão nº 1330/07; e Acórdão nº 391/08.

²⁶¹ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 44.

²⁶² HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.44

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 52.181. Brasília, 14 de novembro de 1973. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 nov. 1973.

²⁶⁴ O caso é discutido por TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal assinalou que o juízo arbitral sempre foi consagrado no Direito pátrio, inclusive em causas contra a Fazenda e que não entender a questão desse modo seria restringir a liberdade contratual do Estado²⁶⁵.

Feita uma breve análise sobre o uso da arbitragem pela Administração sob o ponto de vista legislativo, doutrinário e jurisprudencial, alguns apontamentos merecem realce, como os reflexos que a expansão do consensualismo e da contratualização geram no uso da arbitragem pela Administração²⁶⁶.

A ampliação do uso de meios consensuais pelo Poder Público e a paralela diminuição de medidas de feição unilateral e impositivas em certas áreas de atuação administrativa geram uma tendência de aproximação dos atos e contratos administrativos à lógica do consenso²⁶⁷.

Essas mudanças desembocam na reformulação dos procedimentos pré-negociais e negociais da Administração, agora mais abertos ao diálogo. Assim, é possível dizer que o desenvolvimento da atividade negocial administrativa tende a adotar o juízo arbitral para a solução de lides contratuais em que o Poder Público figura como uma das partes²⁶⁸.

Ante à crescente incorporação da arbitragem no cotidiano da Administração, a adoção de um procedimento arbitral especial para tratar das relações contratuais administrativas é medida que parece útil para otimizar esse método.

4.2.2 Os contratos privados da Administração ou contratos administrativos de Direito Privado

Como já brevemente tratado no primeiro capítulo, os contratos celebrados pela Administração podem ser tratados como um gênero que admite diferentes espécies, quais sejam, (i) os contratos administrativos em sentido restrito; (ii) contratos de Direito Privado ou contratos privados da Administração; e (iii) os acordos de vontade²⁶⁹. Esses últimos serão analisados com mais vagar no tópico seguinte. Por ora, importa mencionar os traços distintivos entre os dois primeiros.

²⁶⁵ TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008.

²⁶⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 241-272, jul. 2005.pp. 266-268.

²⁶⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 241-272, jul. 2005.pp. 266-268.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 241-272, jul. 2005.pp. 266-268.

²⁶⁹ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 412-413.

Os contratos administrativos em sentido restrito se referem aos acordos de vontade travados pela Administração Pública que estão submetidos, prioritariamente, ao regime jurídico público, em especial, ao Direito Administrativo²⁷⁰.

Ressalta-se que essa sujeição ao Direito Público não significa que a aplicação supletiva de normas privadas seja terminantemente proibida nessas contratações²⁷¹. Desde que compatíveis com a índole pública do instituto, as normas de Direito Privado podem ser aplicadas de modo supletivo aos contratos administrativos em sentido restrito, conforme preceitua o art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93²⁷².

Ainda, tais contratos têm como fim a satisfação direta de necessidades da Administração ou a delegação da prestação de um serviço público a um particular, como ocorre nas concessões e nas colaborações. Por serem contratos regidos pelo Direito Público, a Administração, quando da sua celebração, desfrutará de certas prerrogativas: as afamadas cláusulas exorbitantes²⁷³.

Já os contratos administrativos de Direito Privado, ou contratos privados da Administração, a exemplo da doação, da compra e venda e do comodato, são pactos celebrados entre o Poder Público e um particular que estão regidos, predominantemente, pelo Código Civil. Diz-se “predominantemente” porque, nesses negócios jurídicos, o Direito Público ainda pode ser aplicado de modo subsidiário e limitado²⁷⁴.

Quanto a essa aplicação acessória do Direito Público aos contratos privados da Administração, muito se tem discutido a respeito do regime jurídico aplicável caso a caso²⁷⁵.

Nessa toada, a leitura do art. 62, § 3º, I, da Lei 8.666/93 tem sido alvo de controvérsias na doutrina administrativista. Isso porque tal dispositivo tenderia a “publicizar” os contratos

²⁷⁰ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 412-413.

²⁷¹ CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. **Contratos Privados da Administração Pública: uma Análise do Regime Jurídico Aplicável**. 2011. 146 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p.

²⁷² BRASIL. Lei n. 8.666, de 1 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 22 jun. 1993.

²⁷³ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 413.

²⁷⁴ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 413.

²⁷⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A Distinção entre “Público” e “Privado” Aplicada aos Contratos Celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 242.

privados da Administração²⁷⁶, à medida que prevê a aplicação, “no que couber”, de certas prerrogativas da Administração Pública “aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado²⁷⁷”.

Na concepção de José dos Santos Carvalho Filho, é forçoso dizer que o legislador quis dar fim aos contratos administrativos de Direito Privado ao determinar a alguns deles a aplicação de princípios do Direito Público incompatíveis com as obrigações de Direito Privado. Segundo o autor, uma interpretação razoável seria a de que a expressão “no que couber” indica que a aplicação desses princípios só seria possível aos contratos privados da Administração quando expressamente disposto no instrumento contratual²⁷⁸.

No mesmo sentido, Di Pietro assinala que, em se tratando de contratos administrativos privados, “excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; elas têm que ser expressamente previstas²⁷⁹”.

Indo um pouco além, Marçal Justen Filho sugere algumas limitações à publicização dos contratos privados da Administração, tanto de ordem econômica, quanto de ordem jurídica²⁸⁰. O limite de âmbito econômico seria imposto toda vez que a aplicação do regime jurídico público onerasse a Administração Pública em demasia, a ponto de sacrificar os interesses estatais e os compromissos com os direitos fundamentais. Nas palavras do doutrinador: “A Administração é constrangida a recorrer aos contratos de direito privado, porque essa é a única alternativa economicamente disponível²⁸¹”.

Já o limite jurídico seria cabível às atividades que não suportam o regime jurídico público, pois, ao serem atingidas por prerrogativas da Administração, desnaturariam valores constitucionalmente aceitos, como o mercado privado, a livre concorrência²⁸².

²⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 230-231.

²⁷⁷ BRASIL. Lei n. 8.666, de 1 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 22 jun. 1993.

²⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 194.

²⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 269.

²⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 582-584.

²⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 582-584.

²⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 582-584.

Esboçados esses apontamentos sobre o regime jurídico aplicável, pode-se afirmar que uma das soluções possíveis consiste na verificação, caso a caso, da existência de lei específica sobre o assunto sob discussão²⁸³.

Para exemplificar, cita-se a tentativa de “publicização” de um contrato administrativo privado que verse sobre seguro. É certo que existe legislação específica suficiente para reger esse segmento econômico. Em razão disso, não seria razoável que o Estado pudesse fixar medidas excepcionais de ação unilateral nesse tipo de contrato. Até porque encontrar quem quisesse celebrar um contrato de seguro com o Poder Público que não seguisse as regras usuais de mercado seria uma missão muito difícil²⁸⁴.

Sintetizando essa trama, Fernando de Almeida conclui:

Assim, tem-se como regra, a potencial extensão do regime da Lei nº 8.666/93 aos contratos celebrados pela Administração; a extensão desse regime, porém, pode ser obstada por lei específica aplicável ao caso concreto; e, por fim, sempre caberá um controle de constitucionalidade do direito aplicável a cada caso, especialmente com base nas ideias de que certos seguimentos da atividade econômica empresarial poderiam ver seu regime de livre concorrência afetado pela intromissão de certas regras de direito público e de que a inviabilidade econômica de certas contratações atentaria contra normas constitucionais relativas à eficiência e economicidade²⁸⁵.

Ainda, o autor acrescenta que, dada a hodierna complexidade do fenômeno contratual, a distinção entre contratos de Direito Público e Direito Privado, celebrados pela Administração, comporta muitas relativizações²⁸⁶.

Por esse motivo, propõe uma referência mais genérica ao contrato, como categoria geral do Direito, em que seriam aplicadas gradações à incidência do regime de Direito Público até o limite mínimo, que é o regime privado, sem a presença de prerrogativas autoexecutórias da Administração²⁸⁷.

²⁸³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A Distinção entre “Público” e “Privado” Aplicada aos Contratos Celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 242.

²⁸⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A Distinção entre “Público” e “Privado” Aplicada aos Contratos Celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 243.

²⁸⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A Distinção entre “Público” e “Privado” Aplicada aos Contratos Celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 243.

²⁸⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A Distinção entre “Público” e “Privado” Aplicada aos Contratos Celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 243.

²⁸⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A Distinção entre “Público” e “Privado” Aplicada aos Contratos Celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 243-246.

Tendo essas considerações em vista, é possível perceber que, embora muitos doutrinadores admitam a existência de contratos administrativos de Direito Privado, não se pode negar que a ação vertical da Administração, por meio das prerrogativas típicas de Direito Público, tenta se impor a todo momento nas relações contratuais do Estado.

4.2.3 Acordos de vontade entre a Administração Pública e o terceiro setor

Para além dos contratos administrativos em sentido restrito e os contratos de Direito Privado travados pela Administração, pode-se admitir mais uma espécie de contratos travados pelo Poder Público, qual seja, a dos acordos de vontade da Administração. Esses acordos corroboram a tendência de contratualização da Administração Pública, além de servirem como alternativa para a atribuição de atividades de relevância pública ao terceiro setor.

Ainda, são instrumentos relevantes para a concretização da já mencionada tendência de consensualização do atuar administrativo. Isso porque, ao invés de fixarem unilateralmente uma solução, estipulam com terceiros “instrumentos regulatórios para a ordenação de condutas necessárias à produção de efeitos relevantes para a comunidade²⁸⁸”. São, portanto, formas contratuais de conjugar esforços e recursos dos particulares e da Administração na busca pela concretização de interesses coletivos²⁸⁹

Via de regra, esses acordos não buscam a geração de lucro a qualquer uma das partes, ainda que haja eventual transferência de recursos de uma parte para outra²⁹⁰.

Dentre os acordos travados pela Administração, existem inúmeras possibilidades: os contratos de consórcios públicos; os contratos de programa; os contratos de rateio; os contratos de gestão; os termos de parceria; os contratos de fomento e o TAC – Termo de Ajustamento de Conduta²⁹¹. Para os fins dessa pesquisa, importa examinar três dos mencionados recursos, quais sejam: o (i) o convênio público; o (ii) contrato de gestão; e (iii) o termo de parceria.

²⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 469-470.

²⁸⁹ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 412.

²⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 469.

²⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 467.

O (i) convênio público consiste no acordo entre um integrante da Administração Pública e outros sujeitos em que se estabelece uma atuação conjugada das partes com o intuito de satisfazer necessidades de interesse coletivo sem, contudo, haver intuito lucrativo²⁹².

Ainda, o convênio pode ser entendido como uma espécie de contrato administrativo, sendo-lhe aplicáveis algumas regras próprias da contratação administrativa. No entanto, não se pode confundi-lo com os contratos administrativos em sentido restrito, especialmente por não haver aqui o escopo de lucro para as partes²⁹³.

Um clássico exemplo de contrato de convênio é aquele celebrado entre o Poder Público e as fundações de apoio. Essas fundações de apoio constituem “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado”²⁹⁴. Inclusive, não são raros os convênios entre instituições públicas de ensino e fundações de apoio para obter suporte ao ensino, à pesquisa, à extensão, e ao desenvolvimento institucional²⁹⁵.

Ocorre que, para além dos benefícios trazidos pelos convênios com fundações de apoio, algumas críticas são dirigidas a essas contratações. Isso em razão de muitas delas atuarem dentro do espaço físico da entidade pública, utilizando de bens públicos e de servidores públicos. Nas palavras de Di Pietro:

a fundação presta a mesma atividade, no mesmo órgão, usando os mesmos recursos humanos e materiais, porém atuando como ente privado, sem a sujeição ao regime jurídico da Administração Pública e com a cobrança de remuneração dos usuários²⁹⁶.

A jurista ainda complementa dizendo que, em muitas circunstâncias, os convênios celebrados com fundações de apoio servem para burlar o regime jurídico administrativo, de modo que elas possam gozar das prerrogativas da Administração sem, contudo, estarem sujeitas às restrições de Direito Público²⁹⁷.

Para completar, cita exemplos mais drásticos da utilização desse tipo de contrato, como nos casos em que a atuação das fundações de apoio em hospitais públicos gera o chamado

²⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 470.

²⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp.470-471.

²⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

²⁹⁵ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Fundações de Apoio – Apresentação**. 2018.

²⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p. 19.

²⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 18-19.

fenômeno da “dupla fila”, em que clientes atendidos mediante remuneração são privilegiados²⁹⁸.

Passando-se à análise dos (ii) contratos de gestão, por estes se entendem os acordos celebrados entre a Administração Pública Direta e entidades da Administração Indireta ou entidades privadas, em especial, as entidades paraestatais²⁹⁹.

Em regra, os contratos de gestão estabelecem metas e controlam resultados das entidades para que estas possam obter benefícios por parte do Poder Público. Assim, especialmente em razão da imprescindibilidade de definição de metas e do controle de resultados do contrato de gestão, pode-se dizer que o seu fim último é a eficiência³⁰⁰.

Um dos grandes exemplos de contratos de gestão são aqueles celebrados entre a Administração e as chamadas Organizações Sociais. Tais organizações foram efetivamente introduzidas em nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 9.637/98³⁰¹ e podem ser compreendidas como “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas pela iniciativa privada sob as formas comuns do direito civil³⁰²”.

Desde que atendam os requisitos fixados em lei, as Organizações Sociais recebem uma qualificação que lhes permite celebrar contratos de gestão com a Administração Pública. Com isso, passam a receber fomento para que prestem serviços públicos sociais. Conseqüentemente, em razão desse repasse de recursos, as Organizações Sociais ficam sujeitas ao regime jurídico administrativo³⁰³.

Certo é que as Organizações Sociais desempenham um importante papel na busca pela eficiência, até porque são criadas para esse fim e, em teoria, estão submetidas ao controle de metas. Contudo, é relevante apontar que existem algumas objeções a esses contratos de gestão, especialmente no que toca à fiscalização da atividade dessas organizações³⁰⁴.

²⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 18-19.

²⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 349-350.

³⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 351.

³⁰¹ BRASIL. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 18 mai. 1998.

³⁰² PINTO, Bruno Luís Amorim. Gestão Privada de Serviços Públicos por Organizações Sociais: Eficiência e Responsabilidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 166.

³⁰³ PINTO, Bruno Luís Amorim. Gestão Privada de Serviços Públicos por Organizações Sociais: Eficiência e Responsabilidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 166-167.

³⁰⁴ PINTO, Bruno Luís Amorim. Gestão Privada de Serviços Públicos por Organizações Sociais: Eficiência e Responsabilidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 167.

O que se vê na prática é que certa frouxidão dos mecanismos de controle “abre espaço para o proliferamento de entidades inautênticas e processos de corrupção cada vez mais complexos e danosos”, o que, como resultado, “acaba por manchar a imagem e suplantar todo um projeto político de eficiência e participação dos cidadãos no atendimento das necessidades sociais³⁰⁵”.

Por fim, quanto ao (iii) termo de parceria, imperioso tratar dessa modalidade de acordo de vontade da Administração a partir das chamadas OSCIPs – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Essa relação se deve justamente ao fato ser o termo de parceria o instrumento que estabelece o vínculo jurídico entre as OSCIPs e o Poder Público³⁰⁶”.

Quanto às OSCIPs, muito semelhante às Organizações Sociais, são pessoas jurídicas de Direito Privado, sem finalidade lucrativa, instituídas por particulares e que podem desempenhar serviços sociais não exclusivos de Estado e receber fomento público a partir de uma qualificação determinada em lei (Lei nº 9.790/99³⁰⁷). Além disso, apesar de serem pessoas jurídicas de Direito Privado, quando da celebração do termo de parceria, passam a sofrer a incidência do Direito Público³⁰⁸.

Entretanto, também no presente caso, o instituto passou a ser utilizado de modo abusivo e ilegal, como, por exemplo, através da celebração de contratos de empreitada sob a forma simulada de termos de parceria para burlar a exigência de processo licitatório e por meio da celebração de contratos de mão-de-obra, igualmente pela forma simulada de termos de parceria, como meio de se esquivar da realização de concurso público³⁰⁹.

Como se viu neste tópico, além dos contratos administrativos de Direito Privado e dos contratos administrativos em sentido restrito, outras formas contratuais estão à disposição do Poder Público: os acordos. Esses acordos são comumente utilizados para estabelecer um vínculo entre Administração e seguimentos do terceiro setor para o desempenho de funções típicas de Estado.

³⁰⁵ PINTO, Bruno Luís Amorim. *Gestão Privada de Serviços Públicos por Organizações Sociais: Eficiência e Responsabilidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 167.

³⁰⁶ JUSTEN FILHO, 2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 474.

³⁰⁷ BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 24 mar. 1999.

³⁰⁸ STORTO, Paula Reccanello. A Incidência do Direito Público sobre as Organizações da Sociedade Civil sem Fins Lucrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 362.

³⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

4.2.4 As Parcerias Público-Privadas e seus pontos de contato com o Direito Privado

Dentre os tipos contratuais passíveis de aplicação pela Administração Pública, figuram as concessões como típicos contratos administrativos em sentido restrito. Logo, via de regra, o regime jurídico aplicável às concessões será o de Direito Público³¹⁰.

No entanto, como já abordado nessa pesquisa, deve-se admitir que, até mesmo em contratos prioritariamente submetidos ao regime jurídico público, influências privarísticas serão eventualmente aplicáveis.

Partindo para as chamadas Parcerias Público-Privadas (PPPs), consistem em típicos contratos de concessão submetidos ao Direito Administrativo. Podem tanto ser concessões patrocinadas, quando há a possibilidade de pagamento de tarifas pelos usuários, além da contraprestação pecuniária do Poder Público, como também assumirem a forma de concessões administrativas, em que a Administração arca com a integralidade do serviço³¹¹.

Contudo, muito embora as PPPs sejam contratos administrativos sujeitos ao Direito Público, o seu sistema de garantia acaba por aproximar tais concessões ao regime jurídico privado. Isso porque as garantias são típicos instrumentos do Direito Privado: têm como finalidade assegurar que as obrigações contraídas em determinada relação jurídica sejam adimplidas³¹².

Certo é que a Administração Pública, em suas relações contratuais, impõe toda sorte de garantias aos particulares. Para ilustrar, nas licitações, exige que o particular comprove que tem condições de cumprir com a proposta feita³¹³.

Por sua vez, usualmente a Administração não é obrigada a prestar garantias ao contratado. Todavia, o recente fenômeno de aproximação entre o Poder Público e as entidades privadas com o intuito de cumprir finalidades públicas tem mudado essa lógica. Como já se

³¹⁰ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 413.

³¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 318-319.

³¹² VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. As garantias ofertadas pela Administração Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 274-275.

³¹³ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. As garantias ofertadas pela Administração Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 275.

viu, a Administração, em muitos casos, tem ocupado uma posição mais próxima e menos vertical em relação ao particular contratado³¹⁴.

Para mais, apesar de as parcerias com a Administração Pública parecerem um bom negócio à primeira vista, os próprios investidores percebem os riscos envolvidos nessas contratações. Afinal, demandam grandes vultos de investimento, envolvem altos riscos e possuem um largo prazo para a concretização das finalidades públicas que são objetos das concessões. Sem contar, ainda, com o fato de que, ao se contratar com o Poder Público, está-se sujeito a rescisões e alterações unilaterais, além de intermináveis prazos de espera para o recebimento de créditos inadimplidos devido à regra dos precatórios³¹⁵.

Uma das alternativas então encontradas pelo legislador para atrair investidores foi a de trazer à Lei das PPPs (Lei nº 11.079/04³¹⁶) a possibilidade de a Administração ofertar garantias ao seu contratado, através do art. 8º do mencionado diploma³¹⁷.

Segundo tal dispositivo, essas garantias se darão através de (i) vinculação de receitas; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; (vi) outros mecanismos admitidos em lei.

Assim, apesar de as PPPs serem prioritariamente reguladas pelo Direito Público, em muito flertam com o Direito Privado, seja por atribuírem a particulares atividades que até então seriam desempenhadas pelo Estado, seja por se apresentarem na forma contratual, seja pela possibilidade de que o Poder Público ofereça garantias aos particulares contratados. E, por esse motivo, reforçam o contratualismo, a consensualidade e a horizontalidade como tendências do novo atuar administrativo.

³¹⁴ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. As garantias ofertadas pela Administração Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 275.

³¹⁵ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. As garantias ofertadas pela Administração Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 275.

³¹⁶ BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 31 dez. 2004.

³¹⁷ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. As garantias ofertadas pela Administração Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 279.

São essas, portanto, algumas das possibilidades, a título exemplificativo, de aproximação da Administração Pública de formas típicas do de Direito Privado, que trazem em seus bojos algumas vantagens, mas também controvérsias ainda não solucionadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto na presente pesquisa, o Direito Administrativo nasceu como um desmembramento do Direito Privado, frente à necessidade de um ramo jurídico próprio para tutelar atuação da Administração Pública. Isso porque, no contexto da queda do Absolutismo, da propagação dos valores deixados pela Revolução Francesa, e da ideia de independência dos poderes, a divisão entre atividades judiciárias e administrativas tornou-se imprescindível.

Arquitetou-se, dessa maneira, um ramo jurídico com normas e princípios próprios, o qual, à primeira vista negava seu contato com o Direito Privado. Os dogmas administrativistas foram então estruturados a partir da dicotomia entre o público e o privado, apoiada na separação entre a Administração Pública e os demais setores da sociedade.

Ocorre que, se não bastasse esse distanciamento entre Administração e administrado, também se construiu a ideia de superioridade administrativa, mormente em razão da necessidade de se atingir a supremacia do interesse público. Essa supremacia funcionou como respaldo jurídico para diversas concepções doutrinárias, as quais reafirmaram a posição de superioridade da Administração e a possibilidade de ela gozar de certas prerrogativas. Os atributos especiais dos atos administrativos e as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos são exemplos que ilustram didaticamente esse raciocínio.

Entretanto, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a Administração viu suas responsabilidades aumentarem sem, contudo, estar provida de estrutura jurídica suficiente para cuidar de todas as atividades que lhe restaram. O distanciamento do Direito Privado já não era mais uma opção, e a reaproximação entre o público e privado era medida que se impunha.

Novas formas de atuação administrativa passaram a ser experimentadas, e a via pelos instrumentos do Direito Privado, ao menos a princípio, tornou-se uma alternativa acertada. Com isso, um novo perfil de Administração Pública começou a ser desenhado.

A consensualidade passou a ser um caminho possível, especialmente devido ao fortalecimento da contratualização nas relações travadas pelo Poder Público; certas funções estatais foram devolvidas à iniciativa privada, deixando a responsabilidade de garantia à cargo da Administração; e o serviço público passou a ter um apelo mais utilitário - o serviço econômico de interesse geral.

Essas tendências podem então ser visualizadas em instrumentos concretos. Para ilustrar, consensualidade está presente na opção pela Arbitragem como meio de resolução de

conflitos em lides que envolvem a Administração, bem como na escolha por instrumentos contratuais ao se estabelecer relações com o setor privado; a função garantidora e os serviços econômicos de interesse geral podem ser visualizados na atribuição de tarefas até então desempenhadas pela Administração ao setor privado, de onde se destacam os acordos travados com o terceiro setor; e, ainda, o sistema de garantias das Parcerias Público-Privadas estampa uma clara opção de um instrumento do Direito Civil em um contrato administrativo.

Entretanto, algumas observações acerca dessa utilização de instrumentos do Direito Privado pela Administração Pública devem ser tecidas. Primeiro a de que a transposição de tais instrumentos para o âmbito administrativo não se dá de modo simples e puro – via de regra, sofrerá derivações do Direito Público – sobretudo porque a Administração desfruta de uma posição institucional e por sua razão de existir ser, justamente, o alcance do interesse público primário.

A propósito, quanto ao interesse público, convém sublinhar a inevitabilidade de sua reformulação. É preciso ter em mente que nem tudo pelo qual se denomina por público deve estar, necessariamente, sob o regime de Direito Público. E nem tudo que parte de um interesse privado está, conseqüentemente, desprovido de interesse público. Assim, não restam dúvidas que o interesse público pode, por certo, ser atingido através da atuação privada e sob o regime jurídico-privado

Por fim, quanto às objeções de ordem prática ao uso de instrumentos privados pela Administração, questiona-se até que ponto seria interessante afastar novas formas de desenvolver a atuação administrativa em razão da capacidade humana de corromper institutos. O abuso das formas jurídicas talvez não seja uma justificativa suficiente para apartar a inovação do atuar administrativo por intermédio do Direito Privado.

Assim como os instrumentos jurídicos se reinventam, meios de deturpá-los também se reciclam. Pesarosamente, essa é uma relação proporcional. Porém, novos métodos não devem seguir, obrigatoriamente, uma trilha linear de: nascimento, vida e morte. Não é porque foram deturpados que precisam ser esquecidos, mas podem ser reformulados e aperfeiçoados. Enfim, o caminho para a experimentação sempre estará aberto.

REFERÊNCIAS

- ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 405-414.
- ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A Distinção entre “Público” e “Privado” Aplicada aos Contratos Celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 236-246
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, mai. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8630/7374>>. Acesso em: 14 Out. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v259.2012.8630>.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 147-166, 1 jan. 2000.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, p.1-30, out. 2001.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 207-225, jan./abr. 2017.
- BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 5 jul. 1965.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 52.181. Brasília, 14 de novembro de 1973. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 nov. 1973
- _____. Constituição, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 5 out. 1988.
- _____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 22 jun. 1993
- _____. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 14 fev. 1995
- _____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 24 set. 1996.
- _____. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos

institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 17 jul. 1997.

_____. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 7 ago. 1997.

_____. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 18 mai. 1998

_____. Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 28 mai. 1998.

_____. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 24 mar. 1999.

_____. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 6 jun. 2001.

_____. Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 16 mar. 2004.

_____. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 31 dez. 2004.

CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. **Contratos Privados da Administração Pública: uma Análise do Regime Jurídico Aplicável**. 2011. 146 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COXO, Ana Raquel. **Direito Administrativo Privado - contributos para a compreensão do direito sui generis**. 2013. 94 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 161, p. 7-28, fev. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44753>>. Acesso em: 14 Out. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v161.1985.44753>.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Elementos de Direito Administrativo**. Revista, ampliada e atualizada. Florianópolis, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014

_____, Maria Sylvia Zanella. Transformações de Direito Administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.185-211, jun./dez. 2016.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 31 jul. 2017

GAROFANO, Rafael Roque. **A consensualidade nos contratos administrativos do regime estatutário para a parceria contratual**. 377f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2017.tde-21082017-130652. Acesso em: 2018-11-18

GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. 7, p.97-128, jan./fev./mar. 2010. Anual.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-26032012-111633. Acesso em: 2018-10-08.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 414 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

HAURIUO, Andre. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 465-473, abr. 1945.

ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8416>>. Acesso em: 14 Out. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v1.1945.8416>.

HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o Uso da Arbitragem pela Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21-49.

HUMERES, Bernardo. **Presunção de Legitimidade e veracidade dos atos administrativos: uma análise sob a ótica do paradigma emergente da Administração Pública Democrática**. 2017. 84 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. v. 1.

_____, Floriano Peixoto de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fev. 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 2018-11-18

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30088>>. Acesso em: 14 Out. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v89.1967.30088>.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Fundações de Apoio – Apresentação**. 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/fundacoes-de-apoio/apresentacao>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia**. Curitiba: EVG, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>>. Acesso em: 2018-11-18. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45823>.

_____, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 2018-11-18

_____, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações os Serviços Públicos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 2018-11-18

_____, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Admnsitrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84-100.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico - Livre iniciativa e proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 285-300, abr. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47769>>. Acesso em: 22 Nov. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v224.2001.47769>.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 241-272, jul. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43372>>. Acesso em: 25 Nov. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43372>.

PINTO, Bruno Luís Amorim. Gestão Privada de Serviços Públicos por Organizações Sociais: Eficiência e Responsabilidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 148-167.

STORTO, Paula Reccanello. A Incidência do Direito Público sobre as Organizações da Sociedade Civil sem Fins Lucrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 362-375.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf>. Acesso em: 2018-11-18.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n link=revista artigos leitura&artigo id=4307>>. Acesso em nov 2018.

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. As garantias ofertadas pela Administração Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 273-288

XAVIER, Emanuella Moreira Pires. Serviço de interesse econômico geral: nova perspectiva do serviço público em um mundo globalizado. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 13, p. 7-35, jan. 2007.