



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Administração Pública sob o Princípio da Eficiência

Beatriz de Castro Góes

Rio de Janeiro

2010

**BEATRIZ DE CASTRO GÓES**

Administração Pública sob o Princípio da Eficiência

Artigo Científico apresentado à  
Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro, como  
exigência para a obtenção do  
título de Pós-Graduação.  
Orientadores: Mônica Areal

Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2010

## ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Beatriz de Castro Góes

Graduada na Faculdade de  
Direito Candido Mendes.  
Advogada.

**Resumo:** o presente trabalho visa a analisar a Administração Pública sob a ótica do princípio da eficiência. Tal estudo implica na análise do uso do Direito Privado por parte da Administração Pública e pressupõe a compreensão de institutos dos Direitos Constitucional, Civil e Administrativo.

**Palavras-chave:** Administração Pública, Direito Privado, Direito Público, eficiência.

**Sumário:** Introdução; 1. Gestão Pública *versus* Gestão Privada; 2. A “nova” Administração Pública; 3. Digressão Histórica; 4. A difícil, porém necessária, guinada do Direito Administrativo; 5. A evolução da maneira de administrar; 6. Teoria dos dois níveis; 7. Direito Privado Administrativo; 8. Princípio da Persecução do Interesse Público; 9. Princípio da Legalidade; Conclusão; Referências.

### INTRODUÇÃO

Vive-se uma fase de bastante indefinição no campo da administração pública, sobretudo quanto à organização e dimensão do setor público, às tarefas/funções do Estado lato sensu, às formas, modelos de gestão.

Neste diapasão, o objetivo do trabalho é ponderar acerca da utilização de institutos privados dentro do Direito Administrativo que é, por excelência ramo do Direito Público. Busca-se, assim, implementar o debate por meio de alguns questionamentos e ponderações sobre o tema e contribuir para a construção de um Direito Administrativo moderno e com a mobilidade necessária para acompanhar os tempos de hoje, mas sem precisar socorrer-se do do Direito Privado para tanto.

Ao longo da pesquisa, adota-se o tipo qualitativo, bibliográfico e, parcialmente, exploratório. Serão analisados os seguintes tópicos: a gestão pública versus gestão privada, a teoria dos dois níveis, o chamado Direito Privado Administrativo e a evolução dos princípios mais importantes do Direito Administrativo em meio a toda essa transformação do Direito Público.

Busca-se saber da real necessidade do uso das formas de Direito Privado dentro do Direito Público e suas possíveis consequências, para tanto, refletir-se-á acerca do princípio da eficiência estatal, bem como a ponderação de interesses na gestão pública, fazendo um paralelo da gestão pública com a gestão privada, tendo em vista que já existem renomados administrativistas que defendem estar havendo, mesmo, uma fuga do direito público para o direito privado.

Estarão aqui, por razões de didática, excluídas as atividades política, legislativa e jurisdicional, dado que, em sua essência, não são atividades de administração/gestão.

## **1. GESTÃO PÚBLICA VERSUS GESTÃO PRIVADA**

A expressão gestão pública compreende toda a atividade de administração da coisa pública, seja por pessoas de Direito Público, seja por pessoas de Direito Privado concessionárias de serviços públicos ou atuando em regime de parceria com o Poder Público (as parcerias público-privadas) ou até pelas organizações não governamentais.

Toda atividade de gestão pública deve visar, como já dito, à satisfação de interesses públicos e deve pautar-se por critérios de conformidade com a ordem jurídica, incluindo-se aí a boa gestão – econômica, eficiente e eficaz. Já a atividade de gestão privada tem, precipuamente, fins lucrativos e liberdade quanto aos modelos de gestão.

É por isso que não raro ouve-se inflamados discursos acerca de uma possível importação de modelos de gestão privada para a gestão pública, por ser a primeira muito mais ágil, flexível e racional que a última, usada como exemplo de burocracia, ineficiência e ineficácia. Foi justamente pela importação de alguns desses moldes que a gestão de Aécio Neves no Estado de Minas Gerais ficou tão famosa e acabou representando um marco na administração pública brasileira.

É claro, e nunca é demais lembrar, que tanto na administração pública quanto na privada tem-se inúmeros exemplos de boa e má gestão. Não se pode afirmar que a gestão pública seja sempre má nem que a privada seja sempre boa.

Mister trazer a lume que a gestão pública, por força do ordenamento jurídico, deve pautar-se pelos princípios descritos no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil e, portanto, sofre limitações inerentes à sua natureza, dimensão e complexidade.

Tradicionalmente são consideradas parte da administração pública apenas os entes públicos e as demais entidades privadas, que cada vez mais se substituem em muitos setores ao poder público, ficam apenas como exercentes privadas de funções públicas.

O Direito Administrativo moderno propõe que também as organizações não-governamentais façam parte do que se chama de Administração Pública *lato sensu*, a fim de que as habilidades do Poder Público em satisfazer as necessidades coletivas tornem-se mais eficazes.

## **2. A “NOVA” ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Governadores e prefeitos fazem inúmeras tentativas de “revolucionar” na gestão dos seus Estados e Municípios, respectivamente, na ânsia de fazer de seu mandato um exemplo de gestão eficiente e com o maior atendimento possível ao interesse público.

A “nova” Administração Pública está em toda parte. Ela preocupa-se, essencialmente, com a gestão dos recursos financeiros e com o *marketing* público, cujos objetivos são a qualidade e a racionalidade, entendidas como sinônimos de economia e meios de redução de custos.

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, no atual Estado ele é tratado como consumidor ou cliente de uma Administração gestora dos recursos públicos e garantidora de serviços públicos de qualidade.

## **3. DIGRESSÃO HISTÓRICA**

No Estado Absoluto, havia um desdobramento entre o Estado propriamente dito, dotado de soberania, e o Estado enquanto Fisco, entidade de direito privado e sem soberania. Tal desdobramento era necessário, porque, nessa época, não era admissível qualquer ação judicial contra a Coroa e para dirimir quaisquer litígios que pudessem surgir com os particulares, foi

criada uma entidade de direito privado a quem pudesse ser imputada a responsabilidade pelos eventuais prejuízos causados aos particulares – o Fisco.

A rigor, o Fisco não passava de uma ficção, por meio da qual era possível que o rei, sem perda de soberania, pudesse estabelecer relações jurídico-privadas com os particulares, celebrando contratos, comparecendo em juízo e estando sujeito a que, contra ele, os particulares reivindicassem seus direitos.

Passando para o Estado Liberal, é preciso que se tenha em mente o ambiente liberal e, sobretudo, tenham-se presentes as alterações profundas que a Revolução Francesa provocou na concepção da vida jurídica, em especial no regime jurídico aplicável à Administração Pública.

Com a nova ordem surgida em decorrência da Revolução Francesa pretendia-se, nas palavras de SOARES (1981), “domesticar o Estado”, a fim de assegurar a intangibilidade da sociedade, na convicção de que sem as intromissões do poder, conseguiria-se alcançar o equilíbrio ideal e para isso era necessário, em primeiro lugar, assegurar que a Administração Pública ficasse subordinada às leis e, dessa forma, impedida de interferir nos domínios que a sociedade civil, para ela própria, quisesse reservar, nasce, assim, o princípio da legalidade da Administração Pública.

Chegando ao Estado Social, cuja principal característica é a enorme quantidade de funções da Administração Pública, o indivíduo passa a exigir a intervenção estatal como instrumento de realização da felicidade individual, entretanto, tamanho intervencionismo estatal nem sempre era exequível por meio da organização burocrática tradicional da Administração Pública, de modo que esta precisou recorrer a novos modelos de atuação mais flexíveis e dinâmicos. No entanto, se, primordialmente, a utilização do Direito Civil era muito limitada, reduzindo-se praticamente à aquisição contratual de bens indispensáveis ao funcionamento da Administração e o desenvolvimento de suas atividades, aos poucos cresceu e generalizou-se.

Paulatinamente, a utilização do Direito Privado por parte da Administração Pública passou a ser muito mais ampla. A princípio, sua utilização de dava apenas para fazer frente às exigências da sociedade de guerra, mas posteriormente ela foi alargada para uma imensa quantidade de novas exigências que não somente as da sociedade de guerra.

Uma das consequências fundamentais desse alargamento das tarefas da Administração Pública, no Estado Social, utilizando-se do Direito Privado, é o fato de ela passar a utilizar o meio de atuação mais típico do citado ramo, o contrato, pois tratava-se de uma forma de administração nova, negociada ou contratual, em que o acordo vinha a substituir os tradicionais atos unilaterais de autoridade. Os administrados deixaram de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública para serem partes de um acordo.

Assim, um dos traços mais importantes deste século é a transformação da Administração Pública de pessoa superior (em relação ao particular) em sujeito paritário, refletindo uma total inovação em face da tradicional lógica autoritária do instrumentário administrativo. Havia, então, um Estado que procurava resolver os problemas de planejamento e direção econômica, bem como procurava fomentar a cultura e o bem-estar.

Por fim, nos últimos anos houve um movimento de “privatização” da Administração Pública que tem sido agravado devido à crise do Estado Social a qual veio, sem dúvida, acentuar a referida tendência para o recurso às formas jurídico-privadas de organização e de atuação administrativas.

A supracitada crise do Estado Social se deu devido ao alargamento da atividade administrativa de prestação que sobrecarregou a Administração Pública conduzindo-a a ineficiência, de modo que agora ela busca reencontrar sua eficiência, nomeadamente pelos fenômenos da privatização e reavaliação da sociedade civil. Um exemplo de privatização da Administração Pública foi quando ela deixou de ter o monopólio do serviço de telefonia com as



suas estatais (TELERJ, TELEMIG, TELESP) pulverizando esse serviço no setor privado para várias empresas privadas controladas pela Agência Nacional de Telecomunicações que apenas dá diretrizes para a execução dessa tarefa. Já um exemplo de revalorização da sociedade civil é a importância que vem sendo dada as organizações não governamentais com incentivos fiscais do governo e enorme propaganda, o que vem gerando uma proliferação absurda e descontrolada de tal setor.

A fim de reencontrar a tão sonhada eficiência, a Administração Pública passou, novamente, a utilizar formas de organização e atuação típicas do Direito Privado, mas para compreender exatamente esse fenômeno é preciso lembrar que, tradicionalmente, quando o Direito Administrativo não espelhava o Estado de Direito e não possuía verdadeiras formas jurisdicionais de proteção, a utilização do Direito Privado pela Administração Pública era favorável ao cidadão; hoje, pelo contrário, existe perigo de a Administração, através de uma fuga para o Direito Privado, se libertar das suas vinculações jurídico-públicas.

#### **4. A DIFÍCIL, PORÉM NECESSÁRIA, GUINADA DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

O arsenal teórico do Direito Administrativo liberal havia sido concebido e aperfeiçoado para uma Administração Pública a quem cabia uma tarefa o mais modesta possível, entretanto, no Estado Social ocorre o alargamento das tarefas da Administração Pública, algo que o Direito Público não esperava e, portanto, não tinha qualquer solução para os problemas decorrentes das novas funções assumidas pela Administração Pública.

Assim, se na Primeira Guerra Mundial o Direito Administrativo já tinha formado a sua própria personalidade, as modificações econômicas e sociais ocorridas provocaram-lhe uma grave crise de crescimento. E, se é certo que as enormes modificações verificadas ainda puderam,

durante algum tempo, ter resposta em meras adaptações e remendos, a partir de dada altura tornou-se difícil disfarçar a total inadequação do sistema teórico às novas realidades.

Na concepção clássica, subjacente à teoria liberal do Direito Administrativo, a atividade administrativa era marcada pelo selo da autonomia em relação à atividade dos particulares. Na verdade essa teoria repousava sobre uma clara distinção entre as pessoas públicas e as pessoas privadas, facilmente compreensível à luz da sua inspiração revolucionária e do espírito prevalente de reação contra as tendências do Antigo Regime.

De acordo com o espírito da época, a melhor Administração Pública seria aquela que atuasse o menos possível e as regras do direito administrativo mais eficazes seriam aquelas que melhor protegessem contra a intervenção administrativa. Não admira, assim, que a grande preocupação da doutrina administrativista liberal tenha sido a de criar um sistema de garantias do particular, em relação às manifestações jurídicas da atividade da Administração Pública que exprimissem posições de autoridade.

O Direito Público é, em geral, concebido como um conjunto de regras sobre a estrutura ou a organização e a atuação do Estado. Pode assim dizer-se que o Direito Administrativo é, no seu núcleo, um sistema de formas jurídicas relativas ao exercício imperativo do poder do Estado. Na verdade, no centro da doutrina jurídico-administrativa liberal estava o ato administrativo, concebido como uma forma de atuação a ser tratada através de seus efeitos e de suas conseqüências jurídicas. Uma vez que a proteção do cidadão contra o executivo era a principal preocupação da doutrina, a sua atenção dirigia-se essencialmente para as condições de admissibilidade do recurso jurisdicional e para os vícios suscetíveis de o fundamentar, bem assim como para os pressupostos da responsabilidade administrativa, ou seja, para o controle jurisdicional da Administração Pública.

Para melhor compreensão acerca do esforço da doutrina jurídico-administrativa para proteger os direitos dos particulares, é forçoso que se imagine o quadro da época, que parte do princípio de que o bem estar dos cidadãos depende essencialmente do livre jogo das suas atividades privadas e não da intervenção do Estado. Toda a construção clássica do Direito Administrativo visava regulamentar a ação do velho Estado ao modelo liberal e agora fica difícil, porém necessário, encaixar nesses quadros tradicionais as novas formas de atuação administrativa, de natureza essencialmente econômica do Estado Social.

Aos poucos a intervenção do Estado na sociedade deixou de provocar surpresa. Pelo contrário, gera-se na sociedade atual uma exigência crescente de bem-estar e desaparece a tradicional separação entre o Estado e a Sociedade, que deixam de ser antagônicos entre si. Isso significa que se torna difícil, não só distinguir a atuação do Estado e a atuação da sociedade, como também definir a sua atuação recíproca, que passa a ser uma relação de aproximação e influência recíproca.

Pode-se dizer que um dos sintomas da crise do Direito Administrativo foi o fato de o ato administrativo perder sua posição de protagonista nas relações entre o Estado e os seus cidadãos, o que significa também, inevitavelmente, a inadequação do próprio sistema de justiça construído em torno desse instrumento de atividade administrativa.

Na realidade, a partir de determinado momento, toma-se consciência de que o ato administrativo é apenas um dos instrumentos de atuação da Administração Pública suscetível de lesar o direito dos particulares, uma vez que, provavelmente, com o âmbito cada vez mais alargado da Administração prestadora de bens e serviços, o administrado passa a ser também igualmente prejudicado pela própria inércia da Administração.

Isso significa que se colocam dois tipos de problemas novos que precisam ser resolvidos pela doutrina: de um lado, o problema da própria identificação das formas de atuação

da Administração Pública; de outro, o problema da necessidade de criação de garantias dos particulares, em face dessas novas realidades administrativas.

Assim, segundo SOARES (1981), restou impossível para o Direito Administrativo tradicional reger esses novos setores da atividade administrativa. Tornou-se indispensável assegurar-lhes a maleabilidade de gestão necessária a facilitar a inserção no meio econômico onde passaram a desenvolver a sua atividade. É verdade que anteriormente não se excluía a possibilidade de haver uma submissão de certos atos da Administração a normas jurídico-privadas, mas a verdadeira novidade constituiu em passar a admitir que serviços inteiros podiam ser regulados pelo Direito Privado.

Essa diversidade de formas de atuação coloca também novos tipos de problemas nas relações entre a Administração e os particulares. Em primeiro lugar, o fato de a intervenção do Estado assumir um caráter geral faz com que a via da autoridade não seja sempre utilizável, a não ser que se transforme a Administração em um gigantesca máquina repressiva e que, assim, passem antes a ser adotadas novas vias contratualizadas de atuação administrativa.

Em segundo lugar, no Estado Social os administrados não podiam beneficiar-se da quantidade ou da qualidade de vida julgadas indispensáveis, a não ser através da ação administrativa. O administrado passou a estar numa qualidade nova, em relação à Administração Pública, uma vez que deixa de adotar uma postura meramente defensiva e passa a fazer-lhe exigências crescentes.

## **5. A EVOLUÇÃO DA MANEIRA DE ADMINISTRAR**

De acordo com CANTUCCI (1941), no Estado Liberal, também chamado Estado de Polícia, a Administração Pública, sob o lema *laissez-fair*, limita-se essencialmente a uma função

reguladora, no sentido de assumir sobretudo a tarefa de impor a ordem. No Estado Social, também conhecido como Estado Providência, a Administração Pública, sob o lema *faire elle-même*, assume tarefa de prestação de bens e serviços à coletividade. Finalmente, no Estado Pós-Social, que parece querer assumir-se como Estado-Garante, a Administração Pública, sob o lema *faire-faire*, torna-se essencialmente uma entidade gestora e assume tarefas de planejamento, fomento e controle.

Ainda segundo CANTUCCI (1941), uma das diferenças essenciais entre essa administração de infraestruturas e as duas categorias anteriores é a sua multilateralidade, ou seja, o fato de ela não implicar medidas concretas em relação a pessoas determinadas.

Essa administração infraestrutural passa a ser, de fato, o núcleo central da atual atividade administrativa, de modo que as outras duas formas de administração tradicional passam a ser meros casos de limite/fronteira daquela. Na verdade, para ele é indiscutível a evolução de uma administração essencialmente prestadora e consensual, para finalmente uma administração sobretudo infraestrutural que consideira ser a forma típica da Administração nas sociedades pós-industriais.

## **6. A TEORIA DOS DOIS NÍVEIS**

As preocupações que estiveram na base do aparecimento da teoria dos dois níveis começaram a ser especialmente sentidas após a Segunda Guerra Mundial, quando foi necessário enquadrar juridicamente os empréstimos para o esforço de reconstrução.

Em sentido jurídico, as subvenções são donativos realizados através de prestações e dependentes de requerimentos.

O recurso ao instrumento das subvenções torna-se de tal maneira generalizado que IPSEN (1992), procurando descrever o espírito da época emprega expressões como subvencionismo, mentalidade de subvenção, subvencionite ou absolutismo da subvenção e, tendo consciência de utilização das subvenções como verdadeiros instrumentos de poder, IPSEN (1992) alerta, não só para a realização de uma verdadeira administração através de subvenções, como também para os riscos da existência, por vezes, de sedução através de subvenções.

Há já nessa altura a consciência de que se trata de casos em que a Administração Pública se serve de meios jurídico-privados para a persecução de suas tarefas jurídico-públicas. ZACHER (1990) defende a necessidade de desenvolver tipos autônomos para relações de subvenção, uma vez que nem o Direito Privado nem o Direito Público teriam um sistema por si só adequado e suficiente. A partir daqui, generaliza-se a ideia da existência de formas de atuação administrativa que, numa relação de prestação, ligam atos parcialmente jurídico-públicos e jurídico-privados.

Pode dizer-se que o grande mérito da teoria dos dois níveis, no momento em que apareceu, foi o desempenhar uma função de ponte.

Na verdade, essa teoria queria vencer a, até aí dominante, qualificação de direito privado de tais subvenções, passando a subordinar a decisão de concessão do empréstimo, em si mesma ao Direito Público. Aparece, assim, a ideia de que nesse tipo de relação jurídica tem aplicação, lado a lado, o Direito Público e o Direito Privado, apesar de se tratar de uma relação da vida, unitária. Pode, assim, dizer-se que a teoria dos dois níveis mistura ambos os domínios jurídicos e que, no fundo, afasta a necessidade de escolha prévia entre um e outro.

Segundo essa teoria dos dois níveis, a relação jurídica divide-se num ato administrativo e num negócio jurídico-civil de execução do primeiro.

Basta essa noção para se perceber a complexidade do regime jurídico concebido por essa teoria, que acaba por conduzir a problemas como o de saber que meios de direito administrativo e que meios de direito civil, e em que medida respectiva, pode a administração de subvenção utilizar no âmbito desse procedimento de dois níveis.

No fundo, os autores – por todos SOARES (1981) – que defendem essa teoria partem da intuição de que, em si mesmas, as declarações de vontade e os contratos do Direito Civil não são aplicáveis como formas de atuação da Administração de subvenção. E aquilo que é original e especial nessa teoria é precisamente o fato de afirmar claramente que não há um único estatuto jurídico geral para as subvenções: assim, existem cumulativamente uma decisão prévia qualificada como ato administrativo (e não declaração de vontade jurídico-privada) e um segundo nível reconduzido ao Direito Civil.

Em outros termos, desenvolveu-se a ideia de ligação entre um ato jurídico-público de fundamentação e um negócio jurídico-privado de execução, ou seja, tais relações jurídicas são compostas de duas partes procedimentais: numa primeira decide-se acerca do se e numa segunda acerca do como dessas relações.

Há duas questões fundamentais acerca disso: a primeira parece ter a ver com a própria necessidade ou não de autorização legal para atuar; a segunda consiste no problema de saber se a Administração de subvenção está sujeita aos limites constitucionais aplicáveis à atividade administrativa.

A principal consequência dessa ideia de que as decisões da Administração tem sempre caráter jurídico-público é a sua sujeição às vinculações legais da lei de procedimento, mesmo quando subsequentemente atua sob forma jurídico-privada. Pelo contrário, como aspectos do regime de direito privado podem apontar-se que resultam da aplicação das normas gerais sobre capacidade negocial, falta da vontade, celebração do contrato de meios jurisdicionais.

Ainda há quem vá mais longe e entenda que pode questionar se o interesse público não influencia, nos casos concretos, a própria aplicação das normas de Direito Privado.

Enraíza-se a ideia de que a Administração não está meramente autorizada, ela está sempre obrigada a perseguir os interesses públicos, o que a vincula a critérios objetivos e legais na tomada da sua decisão e acaba por permitir a apreciação dessa decisão pelos tribunais. Essa vinculação legal a tais critérios está em oposição à autonomia privada dos particulares.

Essa construção teórica parte da ideia de que o desenvolvimento da subvenção é precedido de um procedimento prévio jurídico-administrativo que termina com uma decisão positiva ou negativa, a qual é um ato administrativo autônomo.

A segunda fase, da relação jurídico-privada entre a Administração e o particular só pode ser alcançada se a Administração não recusar a primeira decisão. Tem-se mesmo dito que o “não” da Administração marca precisamente o início da proteção jurídica do particular contra a Administração.

A esse propósito, HOERSTER (1992) também admite exemplos de uma atuação administrativa híbrida, nas quais um processo administrativo é dissecado em fases, podendo pertencer a fase de decisão ao direito administrativo enquanto a fase seguinte, de execução (2ª fase) se desenvolve segundo o direito privado. HOERSTER (1992) afirma que o importante é garantir que nesses casos não se corra o risco de descaracterizar o direito privado, nem se possa ilidir o princípio da legalidade. Em última instância, HOERSTER (1992) frisa bem que nunca deve ser esquecido o fato de, apesar de as entidades públicas atuarem na sua veste de particular, elas nunca se tornam pessoas privadas nem podem ser equiparados a estas, uma vez que tem natureza diferente.

Uma primeira crítica que se pode fazer à teoria dos dois níveis é a de a própria delimitação que propõe entre o primeiro e segundo níveis ser muito complicada. Chega-se



mesmo a afirmar que, em última instância, não é possível estabelecer uma clara separação entre esses dois níveis, porque ambos se influenciam mutuamente. Por seu lado, Hoerster conclui que, devido a essas situações de fluidez, nem sequer se torna fácil decidir se uma determinada relação pertence ao Direito Público ou ao Direito Privado.

Problemas graves são, por exemplo, o de saber como se repercutem no segundo nível, as falhas que eventualmente existam no primeiro e também o de saber como reagir em caso de conflito, se através da rescisão do contrato jurídico-privado.

Assim, o entusiasmo que essa teoria suscitou inicialmente começa agora a esmorecer e afirma-se mesmo o seu caráter dispensável.

Nas relações de um só nível, as subvenções passaram hoje a poder ser atribuídas com fundamento em ato administrativo, contrato administrativo ou contrato de direito privado.

Hoje não é mais possível usar o argumento da escassez de formas para justificar a fuga para o Direito Privado e também não há espaço para uma presunção de aplicação do Direito Privado, no âmbito da atuação jurídico-negocial da Administração Pública.

Também há entendimento no sentido de que a aplicação do ato administrativo, em vez de um contrato jurídico-público, tem muitas vantagens. Desde logo, afirma que a proteção do particular acaba por ser menor nos casos de contratos do que em relação aos atos, tendo a Administração maior liberdade no caso de atuação contratual do que quando atua através de um ato administrativo. Assim, em conclusão, defende que, sendo a concessão de subvenções normalmente feitas através de ato administrativo e de contrato jurídico-público, se a lei nada determina, a escolha entre uma ou outra das formas cabe a Administração. A partida parece inclinar-se para o ato administrativo como forma normal das subvenções, pelo que pretende que a Administração deve dizer expressamente o contrário, caso o pretenda. Assim, em princípio, só existirá atuação jurídico-privada ou de dois níveis quando a lei o determine.

Por fim, para STOBBER (1993), a realização contratual das subvenções corresponde melhor aos princípios da Administração prestadora do que a prática de um ato administrativo de sujeição.

## **7. O DIREITO PRIVADO ADMINISTRATIVO**

Tradicionalmente pressupunha-se que o Estado poderia atuar como qualquer particular e que, em especial, valeria para ele o princípio fundamental da liberdade contratual. Ora, BACHOF (1974) afirma peremptoriamente que nada é tão falso quanto isso.

Começa, assim, a divulgar-se a ideia de que a maior liberdade de atuação que o Direito Privado proporcionaria se torna uma mera aparência, à medida que se generaliza a concepção segundo a qual a Administração não se liberta das suas vinculações jurídico-públicas, ao atuar pelo Direito Privado. Então, a liberdade de atuação da Administração no Direito Privado não é maior que no Direito Público.

BACHOF (1974) considera indiscutível que o Estado não pode, através de uma troca voluntária de formas jurídicas, através de uma fuga do Direito Público afastar-se da específica responsabilidade da atividade estatal.

Sempre que possível a atuação jurídico-privada para cumprimento de tarefas administrativas, existem as formas jurídico-privadas, mas não a liberdade e as possibilidades da autonomia privada. Assim, os motivos para a procura do Direito Privado podem ser muitos, mas não a libertação das vinculações jurídico-públicas e da vinculação aos direitos fundamentais.

CANTUCCI (1941) afirma que quando a Administração celebra um negócio de direito privado, os direitos e deveres que nascem deste negócio serão disciplinados pelo Direito Privado, mas, na sua opinião há toda uma parte da relação que é sempre regulada pelo Direito

Público e que resulta das características subjetivas e organizacionais da Administração Pública. Aliás, nem todos os princípios gerais do Direito Administrativo são aplicáveis ao Direito Privado Administrativo, mas apenas os fundamentais.

## **8. PRINCÍPIO DA PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO**

Uma das características que distinguem a atividade de administração pública das diversas atividades de administração privada é o fato de a primeira dever perseguir sempre o interesse público.

Antes de tudo, é fundamental afirmar, sem deixar margem para dúvidas, que o interesse público é indissociável de toda e qualquer atividade administrativa. Não pode haver dúvida acerca do fato de a atividade de direito privado, tal como a de direito público, dentro da administração, deve ser sempre exercida visando à persecução do interesse público.

O primeiro corolário do princípio da persecução do interesse público consiste em só a lei poder definir os interesses públicos a cargo da Administração, não podendo ela defini-los por si própria.

Esse corolário é uma manifestação do princípio da separação de poderes, bem assim como o princípio da legalidade da Administração e pode concluir-se que, em toda e qualquer das suas áreas de atuação, a Administração Pública só pode agir porque, e na medida em que, está a perseguir um interesse público definido pela lei.

O segundo corolário referido por AMARAL (1973) tem a ver com o fato de a lei não definir completa e exhaustivamente o interesse público, em certos casos, competindo aí à Administração interpretar esse interesse público e desenvolvê-lo, dentro dos limites que resultam

da própria lei. SOARES (1981) lembra que é sempre a lei que determina os fins que a Administração deve perseguir, embora isso possa ser feito de uma forma expressa ou implícita.

A determinação do interesse público que está a cargo da Administração pode ser precisa ou imprecisa e é quando ela é imprecisa que a Administração usa o seu poder discricionário.

O uso do poder discricionário é frequente nas áreas da atividade administrativa de direito privado e explica-se em função do terceiro corolário referido por AMARAL (1973), o qual consiste em a própria noção de interesse público ser uma noção de conteúdo variável, não sendo assim possível definir o interesse público de uma forma rígida e inflexível.

O quarto corolário é o de que uma vez definido o interesse público pela lei, sua persecução pela Administração é obrigatória.

A esse propósito, SOARES (1981) fala da existência de um verdadeiro dever de agir por parte da Administração Pública. Assim, afirma que, uma vez que a Administração está sempre subordinada a um interesse público heteronomamente definido, então também não pode aceitar-se que ela se recuse a perseguir os fins que lhe foram impostos.

O quinto corolário do princípio da persecução do interesse público é o chamado princípio da especialidade das pessoas coletivas públicas, segundo o qual é o interesse público que delimita a capacidade jurídica das pessoas coletivas públicas e a competência dos respectivos órgãos.

O sexto corolário prende-se com as consequências de uma eventual não persecução do interesse público, a propósito de uma determinada atuação concreta da Administração. Uma vez que só o interesse público definido em lei pode constituir motivo principalmente determinante das atuações administrativas, quer elas sejam levadas a cabo através de meios jurídico-públicos quer através de meios jurídico-privados, na minha opinião, nesses casos de

persecução de outros interesses por parte da Administração existirá sempre, indiscutivelmente, uma situação de desvio de poder.

Em sétimo lugar, AMARAL (1973) lembra que se houver persecução de verdadeiros interesses privados em vez do tal interesse público a cargo da Administração, existirá uma situação mais grave, qualificada como corrupção.

Finalmente, o último corolário prende-se com o fato de a obrigação de perseguir o interesse público exigir da Administração Pública que adote sempre as melhores soluções possíveis para cada caso concreto, ou seja, do princípio da persecução do interesse público decorre, para a Administração Pública, o chamado de dever de boa administração.

Em conclusão, hoje é absolutamente indiscutível que a Administração Pública existe sempre para perseguir o interesse público e que a ideia de que esse interesse público é o seu norte não pode deixar de aplicar-se em relação a toda e qualquer atuação administrativa, seja ela levada a cabo através de meios jurídico-públicos ou através de formas de organização ou de atuação de direito privado.

## **9. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, o princípio da legalidade sofreu algumas transformações fundamentais.

A primeira dessas novas características traduz-se na ideia da subordinação à lei ter sido substituída pela ideia de subordinação ao Direito, passando a vigorar aquilo que a doutrina francesa tem chamado de *bloc légal*.

Apesar de a Constituição Federal no artigo 37, caput ter subordinado a Administração à Constituição e à lei, tem-se entendido que o princípio da legalidade tem um sentido mais

abrangente, significando, segundo CANOTILHO (1982), um princípio de juridicidade da administração, segundo o qual todo o Direito e, desde logo, todas as regras e princípios da ordem jurídico-constitucional devem ser tomados em conta na atividade da Administração Pública.

O segundo traço fundamental da evolução do princípio da legalidade no Estado Social tem a ver com o fato de, ao contrário do que se verificava anteriormente, se passar a entender que a lei é, não apenas o limite, mas o próprio fundamento da atividade administrativa.

No Estado de Direito Liberal, afirmava-se a sujeição da Administração Pública à lei, no sentido de esta aparecer como um limite da ação administrativa. Tratava-se, assim, do princípio da legalidade na sua primeira configuração, ou seja, sua formulação negativa. Assim, nesse período da monarquia limitada, a Administração Pública, que continuava a depender do Rei, era limitada pela lei de forma negativa, ou seja, poderia fazer tudo aquilo que o Rei entendesse, mas só podia ofender direitos do particulares com fundamento em um lei anterior.

Hoje em dia, pelo contrário, a regra geral não é esse princípio de liberdade, mas sim o princípio da competência, o que significa que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça. Assim, o princípio da legalidade é agora, não apenas um limite da ação administrativa, mas também o seu verdadeiro fundamento, só podendo a Administração Pública agir se e na medida em que a norma jurídica permitir.

Assim, hoje em dia distinguem-se duas perspectivas ou duas dimensões diferentes do princípio da legalidade: o princípio da legalidade negativa, expresso através do princípio da prevalência da lei e o princípio da legalidade positiva, traduzido no princípio da precedência da lei, ou seja, a preferência de lei significa que nenhum ato de categoria inferior à lei a pode contrariar, sob pena de ilegalidade e a reserva de lei significa que nenhum ato de categoria inferior à lei pode ser praticado sem fundamento nela. Assim, o princípio da precedência de lei impede

que a Administração atue contra legem. O da reserva de lei, que a Administração se conduza praeter legem.

Em suma, é esse hoje o sentido do ordenamento jurídico pátrio: o princípio da legalidade deixa de ter uma formulação unicamente negativa (como no período do Estado Liberal), para passar a ter uma formulação positiva, constituindo o fundamento, o critério é o limite de toda a atuação administrativa.

Para compreender essa mudança de atitude, é importante ter presente que todo o chamado quadro clássico correspondente à administração liberal vai ser completamente ultrapassado e vai necessariamente exigir uma adaptação dos esquemas conceituais tradicionais. Como lembra uma adaptação dos esquemas conceituais tradicionais. Já não faz sentido a ideia de que só a Administração agressiva podia comprometer o particular, só em relação a ela sendo, assim, necessários mecanismos de proteção ao particular.

Na verdade, tem-se vindo a chamar a atenção para o fato de também na administração de prestação poderem ocorrer violações dos direitos dos particulares ou dos seus interesses legítimos, por parte da Administração Pública. Na verdade, na administração prestação também não é impensável o exercício de autoridade em relação aos particulares e lembra os casos de recusas de prestações pretendidas pelos administrados, bem como os casos em que a Administração estabelece cláusulas condicionais ou modais em relação às prestações que atribui. Mais do que isso, muitas vezes a Administração vai mesmo mais longe e utiliza o seu poder coercitivo para prestar serviços ao particular, mesmo contra a vontade deste.

Essa situação vai tornar-se tanto mais perigosa, quanto mais frequentes e importantes passam a ser as ocasiões em que a Administração tem a oportunidade de interferir na esfera do cidadão.

São sobejamente conhecidos os diversos fatores que fizeram com que o homem se tornasse cada vez mais dependente do Estado. Aos poucos, a Administração de prestação deixa de desempenhar apenas tarefas marginais que fornecem uma comodidade acessória ao particular e, pelo contrário, torna-se frequentemente o seu instrumento de sobrevivência.

Esse alargamento quantitativo das tarefas desempenhadas pela Administração Pública é acompanhado por uma alteração qualitativa das relações dos particulares.

De um lado, a indispensabilidade da sua atuação, o sentir-se um substituto da providência, desperta na Administração um desejo de eficiência a todo custo, uma patética tecnocrática de devoção aos métodos e intenções das empresas privadas, com a inevitável consequência final de um murchar da dimensão ética da sua atividade; de outro, tudo isso se agrava quando a Administração Pública passa a recorrer a novas formas de atuação, em relação as quais não fazem sentido os limites construídos a pensar nas entidades administrativas tradicionais. Muitas vezes, como vimos, o próprio Estado lança mão de novas formas de organização e de atuação, apenas com o desejo de dispor de uma liberdade de movimentos que os quadros clássicos não lhe permitiam.

Torna-se, assim, absolutamente impensável reinventar as formas de garantia dos particulares, em face de uma Administração Pública que já não corresponde de todo aos quadros liberais tradicionais.

Perante tudo isso, a única conclusão admissível é a de que a fórmula tradicional da reserva de lei não é hoje suficiente para abranger e evitar as novas situações de risco para o particular, em face da moderna Administração Pública.

Por fim, há cada vez mais uma tendência para falar em um princípio da juridicidade, em vez do tradicional princípio da legalidade, para descrever as relações entre a Administração Pública e o Direito. Nesse aspecto, a alteração fundamental verifica-se quando o Direito deixa de



ser um mero limite ou, de todo modo, um pressuposto-condição do poder administrativo, para se tornar no pressuposto-fundamento da sua autoridade e da validade dos seus atos. Isso exprime, aliás, a diversificação de níveis de convivência, de tipos de ligação e de graus de dependência que se verifica nas relações entre a Administração e o Direito.

## **CONCLUSÃO**

Este trabalho buscou demonstrar as várias fases da fuga do Direito Público Administrativo para o Direito Privado, que começou porque o Direito Administrativo era pobre de formas e necessitava do uso das formas de Direito Privado e, depois, continuou, pois a Administração Pública pretendia livrar-se das amarras impostas pelo Direito Público, mas que, como visto, a Administração Pública não podia delas desvencilhar-se, ainda que atuando sob as formas de Direito Privado.

Hoje, o Direito Administrativo, depois de toda a evolução demonstrada já não necessita usar as formas de Direito Privado, pois já é rico de formas. Entretanto, visando recuperar sua eficiência perdida quando do alargamento de suas funções durante a vigência do Estado Social, usa de formas, maneiras de agir e incentivos típicos da administração e do direito privados, porém com a vantagem de saber-se atrelada a todos os princípios e normas do Direito Público, sobretudo à Constituição da República, ainda que atuando através da Administração Indireta e/ou de formas de Direito Privado.

Mesmo com a mudanças do cenário político/social que ocorrem durante a evolução histórica, criando novas situações, as quais o Direito como um todo deve adaptar-se, a fuga para o Direito Privado fará parte da realidade do Direito Público até que a Administração consiga, através de seus próprios meios, reencontrar-se com a eficiência perdida e tão exigida por seus

administrados, de modo que é urgente que o Direito Administrativo evolua para atender às demandas sociais, bem como que a doutrina repense o Direito Público como um todo, para que não haja mais a necessidade de se recorrer ao Direito Privado com todos os ônus daí decorrentes.

**REFERÊNCIAS**

AMARAL, Diogo Freitas do. *A Responsabilidade da Administração no Direito Português*. Coimbra: Almedina. 1973.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As fundações públicas e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

BACHOF, Otto/Hans Wolff. *Verwaltungsrecht*. 9. ed Munique: Beck. 1974.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra. 1982.

CANTUCCI, Michele. *L'Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*. Padova: CEDAM. 1941.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

HOERSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português*. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Almedina. 1992.

IPSEN, Joern/Thorsten Koch. *Oeffentliches und privates Recht – Abgrenzungsprobleme bei der Benutzung oeffentlicher Einrichtungen*. Juristische Schulung. Munique/Frankfurt: C.H. Beck. 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2000.

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*. Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Ano LVII. 1981.

SOLAS RAFECAS, José María. *Contratos Administrativos y Contratos Privados de La Administración*. Madrid: Tecnos. 1990.

STOBER, Rolf. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. Stuttgart/Berlin/Koeln: 8. ed. Kohlhammer. 1993.

ZACHER, Hans. *Verwaltung durch Subventionen*. Berlin: 19. ed. Walter de Gruyter & Co. 1990.