



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 1**

## **TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO**

*COORDENAÇÃO DO TOMO 2*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA PUCSP**  
**TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

DIRETOR  
*Pedro Paulo Teixeira Manus*  
DIRETOR ADJUNTO  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1**

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello

Elizabeth Nazar Carrazza

Fábio Ulhoa Coelho

Fernando Menezes de Almeida

Guilherme Nucci

José Manoel de Arruda Alvim

Luiz Alberto David Araújo

Luiz Edson Fachin

Marco Antonio Marques da Silva

Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques

Paulo de Barros Carvalho

Ronaldo Porto Macedo Júnior

Roque Antonio Carrazza

Rosa Maria de Andrade Nery

Rui da Cunha Martins

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Teresa Celina de Arruda Alvim

Wagner Balera

**TOMO DE TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO | ISBN 978-85-60453-36-8**

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico)

: teoria geral e filosofia do direito / coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro  
Gonzaga, André Luiz Freire - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire,  
André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

*André Luiz Freire*

### *INTRODUÇÃO*

Na teoria jurídica,<sup>1</sup> uma das dicotomias mais antigas e polêmicas é a direito público/direito privado. Ao longo da história das ideias jurídicas, inúmeros autores buscaram diferenciar as duas figuras e há, até mesmo, quem negue a utilidade nessa classificação.

Em verdade, essa distinção não perdeu a sua importância, tampouco sua utilidade. A concepção entre direito público e direito privado é relevante por implicar a aplicação de regimes jurídicos diferentes (o de direito público e o de direito privado). Como consequência, o próprio raciocínio do jurista poderá ser diferente, a depender da realidade jurídica (se de direito público ou de direito privado) com a qual se depare. Isso porque as premissas para a resolução dos casos que se apresentam são diferentes.

O primeiro aspecto a ser enfrentado para discutir o tema reside em indicar o fenômeno a ser descrito. A pergunta é a seguinte: que tipos de atividades esses dois grandes ramos do direito visam a disciplinar? Este é o tema da Seção 1. O segundo ponto a ser tratado reside na identificação dos critérios utilizados pela doutrina ao longo do tempo para diferenciar o direito público e o direito privado. Este é o tema da Seção 2. Isso será importante porque diversas teorias (repetidas até o dia de hoje) acabam utilizando uma determinada concepção como premissa (é o caso da teoria do direito privado administrativo). Na Seção 3, será apresentado o critério que se mostra mais útil para se determinar o campo próprio das duas figuras, tendo como base o direito positivo brasileiro. E, por fim, a Seção 4 tem por objetivo indicar a utilidade da distinção.

---

<sup>1</sup> O presente verbete se aproveita de aspectos já tratados no Capítulo 1 de outra obra deste autor: FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Contudo, o texto foi reestruturado para os propósitos desta Enciclopédia e deste verbete, que são diversos dos buscados naquele trabalho. Além disso, alguns aspectos, aqui, foram aprofundados.

*SUMÁRIO*

Introdução.....	2
1. O fenômeno a ser disciplinado pelo direito público e pelo direito privado .....	3
2. Os critérios utilizados pela doutrina para diferenciar o direito público e o direito privado.....	5
2.1. Critério do interesse.....	5
2.2. Critério do sujeito .....	7
2.3. Critério da subordinação.....	8
2.4. A teoria da imputação (teoria do direito especial material).....	11
2.5. A união de critérios.....	12
2.6. Negativistas.....	13
2.7. Direito público, direito privado e outro ramo.....	14
3. A adoção do critério formal .....	16
3.1. Uma dicotomia ainda útil.....	16
3.2. A distinção entre direito público e direito privado com base no critério formal .....	17
3.2.1. O conceito de função pública.....	21
3.3. Definição de direito público e de direito privado .....	23
4. Conclusão: a utilidade da distinção.....	24
Referências .....	25

***1. O FENÔMENO A SER DISCIPLINADO PELO DIREITO PÚBLICO E PELO DIREITO PRIVADO***

Quando se fala em direito público e em direito privado, quer-se, com isso, indicar campos próprios da realidade cujo regime jurídico será diferente, conforme se trate de um ou outro ramo. Assim, quando o Estado decide, unilateralmente, desapropriar um imóvel

privado (em que há o exercício de um poder público de autoridade), a forma de produção e os efeitos jurídicos daí decorrentes são diferentes daqueles verificados num contrato de compra e venda do mesmo imóvel. Logo, saber que tipos de atos são de direito público e de direito privado é algo extremamente relevante. No primeiro caso, vigora o princípio do interesse público (em suas duas vertentes: a de supremacia e de indisponibilidade). Já no direito privado, o princípio de liberdade, de autonomia privada.

Que atos são esses?

Suponha que duas pessoas jurídicas resolvem se associar para realizar um empreendimento, como, por exemplo, a construção de um edifício comercial. Dentro desse objetivo, elas podem escolher o instrumento jurídico que lhes pareça mais adequado para tanto para a formalizar a associação. Podem fazer um consórcio ou criar uma sociedade de propósito específico, na forma de sociedade limitada, por exemplo. Feita a associação, além de uma parcela pequena de recursos próprios, passam a buscar recursos de terceiros para financiar o projeto. Assim, vão a bancos e celebram contratos de mútuo (contratos de financiamentos). Todos esses atos estão situados no domínio privado, e o direito privado é o regime jurídico aplicável.

Feito isso, passam a buscar as autorizações necessárias para tanto. Buscam a aprovação do projeto no âmbito do Município, que lhes concede uma licença para construir. Esta licença só será concedida se todos os parâmetros urbanísticos fixados em leis e atos administrativos normativos forem observados. Do contrário, os empreendedores terão que alterar o projeto. Agora suponha que, iniciada a construção (após a devida emissão da licença), o empreendedor passa a construir o edifício fora das especificações devidas e os agentes públicos acabam por fiscalizar. Verificada a desconformidade, editam um auto de infração e iniciam um processo administrativo sancionador. Ao final, uma vez concedido o contraditório e a ampla defesa, é aplicada uma sanção de multa. Aqui, não há dúvidas de que os atos do Município citados estão todos situados no âmbito do direito público.

Os limites dos dois campos acabam ficando mais confusos quando, por exemplo, o contrato de financiamento é celebrado entre os empreendedores e o Banco Nacional de Desenvolvimento Nacional – BNDES, que é uma empresa estatal. E mais: quando o edifício está inserido num projeto associado de uma concessão administrativa de

revitalização urbana, que é um contrato administrativo celebrado com o Poder Público. Mais precisamente com uma sociedade de economia mista (uma empresa estatal) que atuará como “Poder Concedente”.

Para que se possa ter clareza desses limites, é preciso eleger um critério de identificação do regime jurídico, se público ou privado. Em suma, *é preciso indicar um critério que se mostre útil*. Convém avaliar os principais critérios utilizados pela doutrina, antes de indicar aquele que se mostra mais adequado.

## **2. OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA DOCTRINA PARA DIFERENCIAR O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO**

A questão relacionada aos critérios de distinção entre o direito público e o direito privado sempre foi muito debatida. Franco Montoro aponta que não existe um critério perfeito, o que se prova pela multiplicidade de critérios insatisfatórios que, ao longo do tempo, vêm sendo propostos. O jurista brasileiro menciona ainda que alguns autores, como Holiger, chegaram a catalogar mais de cem critérios.<sup>2</sup>

De todos os critérios utilizados, três costumam ter mais destaque: o do interesse, do sujeito e da subordinação. Além deles, também será feita menção à teoria da imputação, que não deixa de ser uma derivação da teoria da subordinação. Ao final, serão citados autores que negam a utilidade na distinção e os que defendem haver uma tricotomia.

### **2.1. Critério do interesse**

O interesse dos sujeitos é talvez o critério mais antigo e conhecido. É possível encontrar essa distinção em Ulpiano. “*Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad Tum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*” Essa passagem significa, basicamente, que o estudo do direito possui dois aspectos: o público e o privado. Enquanto o direito público diz respeito às coisas públicas de Roma, isto é, ao Estado, o direito privado se refere à utilidade dos

---

<sup>2</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, p. 468.

indivíduos.<sup>3</sup>

Nessa perspectiva, o direito público se refere aos interesses do Estado (ou da sociedade representada pelo Estado); o direito privado, por sua vez, regula o interesse dos sujeitos privados.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é um dos autores que se filia explicitamente à lição de Ulpiano. O publicista brasileiro assevera que o direito público é o que diz respeito à organização e a ação do Estado-poder, enquanto tal, sendo o direito privado o ramo que disciplina a existência e a atividade dos particulares, no seu recíproco convívio social.<sup>4</sup> Outros publicistas brasileiros também se filiam expressamente à teoria do interesse. É o caso de Hely Lopes Meirelles e Celso Ribeiro Bastos.<sup>5</sup>

Eduardo Espínola, por seu turno, escreve que “são ainda hoje aceitáveis as definições de Ulpiano”.<sup>6</sup> Pontes de Miranda também se filia à teoria do interesse, ao asseverar que o direito privado cuida dos indivíduos e suas relações; porém, quando o interesse geral passa à frente, o direito é público, porque admite a situação de *poder* dos entes coletivos que correspondem àqueles interesses.<sup>7</sup>

A crítica feita a esse critério é o seguinte: nem sempre é possível determinar se o interesse protegido é do Estado ou dos particulares. Franco Montoro sustenta que são inúmeras as regras que visam ao interesse geral, embora pertençam ao direito privado. É o caso do direito de família.<sup>8</sup>

Pietro Perlingieri, por sua vez, aponta que, na sociedade atual, mostra-se difícil individualizar um interesse privado que seja completamente autônomo em relação ao

---

<sup>3</sup> *Apud* MONTORO, André Franco. *Op. cit.*, pp. 467-468.

<sup>4</sup> “O objetivo do direito público é o bem comum a ser alcançado pelo Estado, valendo-se para tanto de processos técnicos apropriados, de manifestação de vontade autoritária, de dar a cada um o que lhe é particularmente devido, mas o que lhe é devido como participante do todo social. Já o objeto do direito privado é o bem de cada um, a ser alcançado pelos indivíduos como partes do todo social, utilizando-se de processos técnicos para isso adequados, de livre acordo de vontades, ou ao menos de livre aquiescência de vontades, dentro dos limites impostos pelo Estado, que, assim, de modo mediato, trabalha, ainda, para o bem comum” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 44).

<sup>5</sup> Ainda, vale mencionar: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, pp. 9-10; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 20.

<sup>6</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*, p. 48.

<sup>7</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. I, p. 72. Em igual sentido, vide também: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 1, pp. 9-11; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, v. 1, pp. 7-9.

<sup>8</sup> MONTORO, André Franco. *Op. cit.*, p. 468.

interesse público. Acrescenta que a dificuldade em se traçar as linhas de fronteira entre o direito público e privado aumenta quando se tem em vista interesses coletivos, de categoria intermediária (como é o caso do interesse sindical).<sup>9</sup>

Luís Fernando Coelho faz crítica semelhante a exposta por Perlingieri e assevera ainda que depende muito mais do ponto de vista pessoal do intérprete a indicação de qual interesse deve ser tutelado na relação jurídica concreta – se público ou se privado – do que do conteúdo da relação jurídica. O autor ressalta que, atualmente, já não é mais possível identificar o interesse da sociedade com o do Estado. Isso porque existem os interesses coletivos e difusos que são e devem ser exercidos contra o Estado, como o direito à preservação ambiental, à proteção do patrimônio artístico e cultural, a luta contra a corrupção, dentre outros. E, por conta dessas deficiências, a doutrina passou a buscar outros critérios.<sup>10</sup>

## 2.2. Critério do sujeito

Há ainda outro critério bastante conhecido: aquele que se funda na natureza dos sujeitos. É a teoria dos sujeitos. Assim, se a relação jurídica tem o Estado como parte, será aplicado o direito público. Em se tratando de relações entre sujeitos privados, incidirá o direito privado. É a posição de Pimenta Bueno, Arnaldo de Valles, Agustín Gordillo, dentre outros.<sup>11</sup>

José Oliveira Ascensão critica esse critério, pois, segundo ele, o Estado e demais entes públicos também podem atuar nos mesmos termos que qualquer outra pessoa, “utilizando as mesmas armas que os particulares”.<sup>12</sup> Aliás, pode-se acrescentar que a doutrina de direito administrativo costuma indicar as atividades administrativas de direito privado, isto é, tarefas realizadas pela Administração submetidas ao direito privado.

De fato, esse critério não se mostra útil. A atuação do BNDES – ao celebrar

---

<sup>9</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 53.

<sup>10</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*, p. 90.

<sup>11</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro*, pp. 8-9; VALLES, Arnaldo de. *Elementi di diritto amministrativo*, p. 7; GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, pp. V-15 e V-16. Vide ainda: COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*, p. 30.

<sup>12</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*, pp. 310-311.



contratos de financiamento – é fundada no direito privado. De igual modo, quando o Estado cria empresas estatais de intervenção no domínio econômico (ex.: Banco do Brasil, Petrobrás, dentre outras), são inúmeros os atos jurídicos privados por elas praticados. Por isso, o critério do sujeito não se mostra útil.

### 2.3. Critério da subordinação

Há ainda teorias fundadas na *relação de dominação* (ou de *subordinação*). De acordo com essa concepção, nas relações de direito público há a presença do *poder público de autoridade*, o *jus imperii* do Estado. Ou seja, o Estado deverá estar na posição jurídica de alterar unilateralmente a situação jurídica de terceiros. É nesse sentido que se diz que o Estado se coloca em posição superior em relação aos entes privados. Por sua vez, quando a relação jurídica for de paridade, de igualdade, está-se diante do direito privado.<sup>13</sup>

Radbruch segue essa linha. Para ele, quando uma obrigação provém da ordem de um terceiro, ela é, usualmente, de direito público. Entretanto, quando a obrigação deriva de uma autossujeição, normalmente está em pauta o direito privado. Em vista disso, Radbruch expõe que as relações de supremacia e sujeição (isto é, entre soberano e súdito) são de direito público, ao passo que, nas relações de direito privado, os sujeitos estão em igual posição. Contudo, alerta o autor que nem todas as relações jurídicas do Estado são de direito público. É o que ocorre nos casos em que o Estado não se apresenta como soberano, mas como “fisco”,<sup>14</sup> relacionando-se com os demais sujeitos em pé de

---

<sup>13</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 138.

<sup>14</sup> Radbruch está, aqui, fazendo menção à *Teoria do Fisco* desenvolvida na Alemanha do Estado de Polícia. Fritz Fleiner explica que, nesse período, havia uma separação entre Justiça e Polícia (Governo), as quais consistiam nos dois polos da atividade do Estado. O Príncipe exercia o seu poder de governar com livre arbítrio; ele emitia ordens de serviços, e não normas jurídicas. Por outro lado, a Justiça decidia conforme o direito. De modo geral, até mesmo por não se submeter à ordem jurídica, havia uma ideia difundida de que em matéria de Polícia, não havia apelação perante os Tribunais Territoriais. Fritz Fleiner explica que, em realidade, em hipóteses específicas, seria possível demandar contra o abuso no exercício dos poderes do Príncipe perante os Tribunais do Império. No entanto, o Príncipe procurava se afastar do controle desses Tribunais. Em vista disso, foi criada a Teoria do Fisco, segundo a qual o patrimônio público não pertence ao Príncipe, mas sim ao Fisco (*Fiskus*). Este consistia numa pessoa jurídica de direito privado. Assim, por estar em causa um direito patrimonial, integrante do direito privado, era possível submeter o Fisco aos Tribunais Civis. Eram diversas as relações que o Fisco travava, como as relações econômicas com seus empregados e as relações contratuais. Fritz Fleiner conclui que a conquista mais importante da Teoria do

igualdade.<sup>15</sup> Quando o Estado não se relaciona munido de seus poderes de autoridade, então a relação será de direito privado.<sup>16</sup> Forsthoff também reputa a teoria da subordinação como a mais adequada para diferenciar o direito público do direito privado, apesar de reconhecer que, em certos casos, o Poder Público também se coloca em relações de coordenação (como no caso da relação entre Municípios).<sup>17</sup> No Brasil, Fernando Andrade de Oliveira também adota essa concepção.<sup>18</sup>

Wolff, Bachof e Stober criticam a teoria da subordinação tal como acima formulada. Para os autores, o Estado constitucional democrático não reconhece uma

---

Fisco residiu na possibilidade de o súdito obter uma proteção jurídica frente ao ato soberano. Isso ocorria reflexamente, pois os Tribunais Territoriais não tinham competência para anular uma decisão ditada pelo Governo em “assuntos governamentais”. Porém, os Tribunais Civis podiam condenar o Fisco a indenizar o súdito cujo direito adquirido havia sido lesionado em função de um ato de autoridade. “*La indemnización por lesión de derechos adquiridos asumió, así, el carácter de una institución de protección en la esfera del Derecho público, que no tenía su fundamento en distinguir si el Estado había obrado legal o ilegalmente*” (FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*, pp. 29-30).

De acordo com Wolff, Bachof e Stober, na atualidade, o *Fiskus* não é mais uma pessoa diferente do Estado ou de outras pessoas de direito público. Aliás, de acordo com esses autores, justamente em razão disso, por vezes se postula o seu completo abandono. Contudo, eles entendem que esse abandono é dispensável, tendo em vista que o direito positivo alemão ainda está vinculado a tal designação. E completam que só é questionável utilizar a expressão na execução de “funções administrativas directamente com o auxílio de meios de direito privado (...). Pelo contrário, tratando-se da prossecução indirecta de funções administrativas, continuam a ser relevantes os interesses ‘fiscais’, no sentido de direitos patrimoniais” (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, p. 306). Sobre o tema, cfr. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, pp. 23-26.

<sup>15</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*, p. 66.

<sup>16</sup> No direito italiano, Renato Alessi (*Principi di diritto amministrativo*, t. I., pp. 18-19) escreve que a diferença entre direito público e direito privado não se funda tanto no âmbito subjetivo de aplicação da norma (Estado e entes públicos, de um lado, sujeitos privados, de outro), mas sim numa profunda e essencial diversidade dos princípios inspiradores dos dois ordenamentos, que é conexas com a essencial diferença de natureza e de posição jurídica dos sujeitos. O direito privado se fundamenta na igualdade jurídica entre os sujeitos, a qual se expressa na igualdade de valores dos interesses desses sujeitos; já o direito público se funda na limitação do poder jurídico que o ordenamento concede ao sujeito público. E conclui que o direito público é voltado essencialmente para a superioridade do sujeito público em relação ao sujeito privado, a qual nada mais traduz do que a superioridade de valores de que os entes públicos são portadores – o interesse público. Embora o autor tenha indicado que a diferença entre direito público e privado tem como base princípios inspiradores distintos, em última análise ele acaba utilizando a teoria da subordinação ao dizer que há uma superioridade do sujeito público em vista do sujeito privado. Aldo Sandulli (*Manuale di diritto amministrativo*, pp. 12-13) também segue a teoria da subordinação. No direito português, há importantes autores que adotam a teoria da subordinação. É o caso de Baptista Machado (*Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 65) e José de Oliveira Ascensão (*O direito: introdução e teoria geral*, p. 311). Já no direito administrativo mexicano, Gabino Fraga (*Derecho administrativo*, pp. 83-84) segue a teoria da subordinação.

<sup>17</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, pp. 159-160. Dentre os administrativistas alemães, também é essa a linha seguida por Fritz Fleiner (*Instituciones de derecho administrativo*, pp. 39-45) e por Schmidt-Assmann (*La teoría general del derecho administrativo como sistema*, pp. 293-298). Na filosofia do direito, cfr. Arthur Kaufmann (*Filosofia do direito*, pp. 154-155).

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*, pp. 142-145.

superioridade jurídica do Estado sobre seus “súditos”. Apontam que o direito privado conhece relações de subordinação, nas quais um sujeito pode impor sua vontade ao outro (como no caso do poder de direção laboral). Ademais, acrescentam que no direito público também há relações de equilíbrio, como a existente entre as pessoas de direito público. Concluem que é uma petição de princípio distinguir o direito público e o direito privado com base no critério da relação de subordinação, pois a sobreordenação jurídica é apenas o efeito do direito público ou das características de um parceiro como titular do poder público.<sup>19</sup>

Com efeito, o direito público não se aplica apenas a situações em que o Estado atua com poderes públicos de autoridade. Além de uma relação de paridade existente entre dois entes públicos numa relação, o direito público também se aplica a casos em que o Poder Público não está exercendo um poder público (a possibilidade alterar a situação jurídica de terceiros), mas sim um direito subjetivo (um direito a prestações). Quando o Estado celebra um contrato de concessão de exploração de um aeroporto, ele passa a ser credor (isto é, é titular do direito a prestações de crédito) em face do concessionário. Este terá que realizar certas obras, não poderá cobrar as tarifas que bem entender etc. Em todos esses casos, o objeto da posição jurídica ativa do Estado é uma conduta a cargo do sujeito passivo; o Estado, na qualidade de Poder Concedente, depende da conduta do sujeito passivo para que o seu direito seja satisfeito. A situação é totalmente diversa de um poder de aplicar uma sanção de multa. Aqui, a mera emissão do ato sancionador já altera a situação jurídica do concessionário, que agora passa a ser devedor do Estado no pagamento de uma quantia.

Ademais, também é verdadeiro afirmar que no direito privado são exercidos poderes (por vezes chamados de “direitos potestativos”<sup>20</sup> ou “direitos formativos”<sup>21</sup>). O

---

<sup>19</sup> WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, pp. 266-267.

<sup>20</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. I, t. I, pp. 170-173; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, pp. 156-157; LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*, pp. 281-282; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. I, pp. 56-63; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, pp. 123-125; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, pp. 174-175; TUHR, A. von. *Tratado de las obligaciones*, pp. 12-14; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, pp. 231-233.

<sup>21</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, nº 57, pp. 74-94; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*, p. 165; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. V, p. 242.

melhor exemplo é a demissão do empregado pelo empregador sem justa causa.

É importante destacar que a teoria da subordinação é ainda bastante utilizada, em especial por autores estrangeiros. Talvez o seu sucesso derive do fato de que o Estado nada mais é do que a instituição social que monopoliza o uso legítimo da força. Aliás, é o uso legítimo da coação que caracteriza o poder político de outros poderes (como o econômico e o ideológico).<sup>22</sup>

#### 2.4. A teoria da imputação (teoria do direito especial material)

Wolff, Bachof e Stober procuram, então, sustentar outra concepção, a teoria da imputação. Segundo os autores alemães, a distinção entre direito público e privado reside numa diferença dos *sujeitos de imputação*, isto é, daqueles sujeitos aos quais são imputados direitos e deveres subjetivos. No entanto, ao contrário das antigas teorias dos sujeitos, isso não significa que fazem parte do direito público as normas que disciplinam apenas o Estado ou qualquer ente público, pois os sujeitos privados (como os concessionários de serviço público) também podem ser titulares de poderes de autoridade. Por sua vez, os entes públicos podem igualmente ser sujeitos de normas jurídico-privadas. Em suma, são de direito público as normas cujo “sujeito de imputação, facultativo ou obrigatório, é **exclusivamente um titular de poder de autoridade**”. Contudo, ressaltam que essa concepção exige um complemento: o titular deverá estar, *nessa qualidade*, autorizado ou obrigado a exercer esse poder. Os juristas alemães anotam que a teoria segundo a qual são de direito público as normas que atribuem um poder de autoridade ao sujeito é denominada de teoria de direito especial formal. Por sua vez, quando se acrescenta que, no exercício desse poder, o seu titular deverá atuar nesta qualidade, “enquanto tal”, trata-se da teoria de direito especial material.<sup>23</sup>

A teoria da imputação também não se mostra útil, já que, em última análise, ela

---

<sup>22</sup> Sobre o tema, vide: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*, pp. 159-177.

<sup>23</sup> WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*, v. 1, pp. 268. Ao que parece, Guido Zanobini (*Corso di diritto amministrativo*, v. I, p. 26) parece se aproximar dessa concepção, ao asseverar que o direito público disciplina as relações do Estado e outros entes públicos como tais, enquanto entes investidos de supremacia e de império. Contudo, o autor italiano alerta que não é necessário, para a incidência do direito público, que a relação seja de supremacia, já que o direito público também conhece relações de igualdade (como aquela existente entre dois sujeitos públicos), desde que tais relações tenham como base a posição de supremacia do sujeito em tais relações.

acaba associando a existência de poderes de autoridade ao direito público, ainda que exercidos por sujeitos privados no exercício de função pública.<sup>24</sup> Logo, ela tem as mesmas fragilidades da teoria da subordinação.

## 2.5. A união de critérios

Um recurso utilizado por alguns autores para diferenciar o direito público do direito privado é muito simples: consiste na união de critérios.

É o caso de Miguel Reale, para quem é necessário unir o critério do conteúdo da relação (que é o aqui chamado critério do interesse) com o elemento formal (a teoria da subordinação). Quando se visa – imediata e de modo prevalecente ao interesse geral – o direito será público; ademais, também será geralmente pública a relação de subordinação.<sup>25</sup>

O italiano Roberto Ruggiero, por seu turno, sustenta que o direito público é “o complexo das normas que regulam a organização e a atividade do Estado e dos outros agregados políticos menores, ou que disciplinam as relações entre os cidadãos e essas organizações políticas”; já o direito privado regula as relações dos particulares entre si ou as relações entre esses e o Estado (e tais agregados menores, como os Municípios), desde que não figurem nessa relação no exercício de funções de poder político e soberano.<sup>26</sup> Também é essa a linha de Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz.<sup>27</sup>

Luís Roberto Barroso também une mais de um critério, ao considerar três fatores verificáveis na relação jurídica: o sujeito, o objeto e a sua natureza. Para ele, nenhum dos três é suficiente em si, sendo necessária uma complementação.<sup>28</sup> A rigor, o autor adota, de forma complementar, as teorias do sujeito, do interesse e da subordinação.

---

<sup>24</sup> Também é essa a observação de Hartmut Maurer, que denomina tal concepção de *teoria da associação*. “Até certo grau essa delimitação constrói também uma ponte para a teoria da subordinação. Ela continua a desenvolver esta, de certo modo, para a atualidade ao ela considerar que hoje o ‘poder soberano’ manifesta-se não só em intervenções estatais, mas também em planejamentos e prestações estatais” (MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 52).

<sup>25</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, pp. 339 e ss.

<sup>26</sup> RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*, v. I, p. 62.

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, pp. 13-14; DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 255.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pp. 75-77.

## 2.6. Negativistas

Como era de se esperar num debate tão antigo, nem todos os autores defendem a existência de um critério de distinção. É possível chamá-los de “negativistas”, pois negam utilidade na distinção.

Kelsen afirmava que tal classificação – enquanto princípio para uma sistematização do direito – era inútil. Para ele, essa distinção varia de significado, conforme se trate do direito administrativo ou do direito penal. No primeiro caso, a diferença consiste no fato de o direito privado regular situações de igualdade entre os sujeitos; já o direito público, situações de superior e inferior. No direito privado, a norma secundária – cuja violação é uma condição da sanção – é criada por meio de uma transação jurídica, correspondendo ao princípio da autonomia, sendo o contrato sua representação típica. Já no direito administrativo, a norma secundária é criada por um ato administrativo “análogo à transação jurídica”, correspondendo ao princípio da heteronomia, pois o indivíduo a ele se submete independentemente de sua vontade. Por outro lado, o critério diferenciador do direito privado e do direito penal é o procedimento: no direito privado, compete à parte cujo interesse foi violado acionar o procedimento que leva à sanção; no direito penal, um órgão do Estado possui essa função. Isso ocorre porque a ordem jurídica não reconhece no direito penal, ao contrário do que ocorre no direito privado, o interesse do indivíduo privado como decisivo, mas sim o interesse da comunidade.<sup>29</sup>

Por sua vez, Juan Carlos Cassagne sustenta o abandono de um critério de distinção uniforme e universal. Para o jurista argentino, não cabe buscar uma classificação *a priori*, mas sim analisar a realidade jurídica e concreta em cada caso e o direito positivo, a fim de verificar se é aplicável o direito público, conforme haja preeminência do interesse do todo social sobre o interesse privado, a situação do sujeito estatal e seus fins. Isso acarretará, como efeito (e não como causa), um regime jurídico exorbitante do direito privado.<sup>30</sup> Como se pode perceber, apesar de defender o afastamento de uma concepção *a priori*, Cassagne acaba por partir da teoria do interesse para diferenciar o direito público

---

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, pp. 289-297.

<sup>30</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. I, pp. 53-54.

do privado.

## 2.7. Direito público, direito privado e outro ramo

Além dos que negam utilidade a qualquer critério, existem ainda os que defendem uma terceira categoria.

É o caso de Arthur Kaufmann, para quem há – além do direito público e do direito privado – o direito social. O autor adota a teoria da subordinação e assevera que o direito social está entre o direito público (em que há o exercício de poder público de autoridade) e o direito privado (em que as partes estão em posição de igualdade). O direito social é um direito misto, público e privado, pois nele existem direitos subjetivos públicos privados.<sup>31</sup>

Luiz Fernando Coelho indica razões de ordem substancial para o abandono da visão tripartite. Para ele, um dos fundamentos da dicotomia é a atribuição do *jus imperii* que o coloca em plano superior ao dos indivíduos. E, nesse sentido, o interesse do Estado se encontra em plano superior ao dos indivíduos, prevalecendo sobre estes. Conforme o âmbito do exercício dos direitos subjetivos é ampliado com a admissão de direitos difusos há a tendência em se restringir o poder público de autoridade do Estado. Logo, é o interesse da coletividade que acaba prevalecendo sobre o interesse do Estado. Como consequência, um dos pressupostos fundamentais do direito público: a separação tripartite dos poderes do Estado. Em vez de independência e ausência de subordinação, há agora cada vez mais integração. E a independência dada ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas, levando a um quarto poder de fiscalização da atuação dos demais Poderes e defesa dos interesses da coletividade, os direitos humanos, dentre outros.

Assim, conclui o autor que o direito público é aquele que envolve o exercício do poder de autoridade do Estado. Já o direito privado é aquele que corresponde exclusivamente às relações privadas. E, por fim, o direito social, o qual abarca as relações que envolvem direitos difusos e interesses comunitários, compreendendo os direitos do trabalho, da previdência e o direito do consumidor.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, pp. 155-156.

<sup>32</sup> Acerca do tema, cfr. COELHO, Luiz Fernando Coelho. *Aulas de introdução ao direito*, pp. 99-100.

Cláudio de Cicco e Alvaro de Azevedo Gonzaga – partindo da teoria do interesse – também sustentam haver uma terceira categoria, que chamam de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para os autores, esses interesses não se enquadram na concepção de interesse público, tendo em vista que não dizem respeito ao confronto entre a autoridade (o Estado) e o indivíduo. O que está em pauta são garantias de qualidade de vida dos indivíduos referentes à dignidade da pessoa humana.<sup>33</sup>

O problema dessa concepção é que os autores citados acabam por confundir o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica, do “interesse público”. Embora exista um conceito lógico-jurídico de interesse público (que consiste no conjunto dos interesses dos indivíduos na sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem), a individualização dos interesses públicos concretos é feita a partir da análise do direito positivo. Ou seja, os diversos interesses públicos se encontram na Constituição e nas leis. Esta é a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, com a qual se concorda. E o autor anota o seguinte:

“Tomem-se alguns exemplos para aclarar o que foi dito. Algumas ou múltiplas pessoas, talvez mesmo a maioria esmagadora, considerarão de interesse público que haja, em dado tempo e lugar, monopólio estatal do petróleo, que se outorgue tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional ou que se reserve a exploração mineral exclusivamente a brasileiros. Outras pessoas, sobretudo se estrangeiras ou mais obsequiosas a interesses alienígenas do que aos nacionais, pensarão exatamente o contrário. Encarada a questão de um ângulo político, sociológico, social ou patriótico, poderá assistir razão aos primeiros e sem-razão completa aos segundos; mas, *do ponto de vista jurídico*, será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior”.<sup>34</sup>

O jurista afirma ainda que a proteção do interesse privado nos termos em que estiver disposto na Constituição é, igualmente, um interesse público. Assim, não é de interesse público que o Estado pague uma indenização injusta em caso de desapropriação.

A rigor, os interesses difusos e coletivos são formas de interesses públicos

---

<sup>33</sup> CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Teoria geral do Estado e ciência política*, pp. 40-41.

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 69.



positivados no direito positivo brasileiro. E o Estado brasileiro irá protegê-los e realizá-los na forma prevista na Constituição e nas leis. Não há, assim, qualquer oposição ou diferença entre interesses difusos e coletivos e interesses públicos.

### 3. A ADOÇÃO DO CRITÉRIO FORMAL

#### 3.1. Uma dicotomia ainda útil

Apesar das insuficiências dos critérios adotados (o que leva alguns a unir mais de um critério, como visto), é um fato de que a dicotomia persiste no discurso jurídico. Os juristas conseguem identificar uma realidade a qual denominam “direito público” e outra chamada “direito privado”. Em alguns tribunais, há “Câmaras de Direito Público”. Nas faculdades de direito, é comum encontrar departamentos de direito público e de direito privado. Isso mostra que a distinção – ainda que sem nitidez e falta de rigor, como assevera Tércio Sampaio Ferraz Júnior – faz parte do cotidiano dos operadores do direito.

Nesse sentido, Pedro Gonçalves sustenta que a dicotomia se mantém, embora defenda a inexistência de uma separação taxativa entre direito público e direito privado. Para o autor português, existem “três eixos” de evolução nesse sentido.<sup>35</sup>

Em *primeiro lugar*, Gonçalves entende que o direito público (e, aqui, faz menção ao direito público administrativo) tem evoluído num sentido consensual, em que as características do “poder” e da “autoridade” se apresentam de modo mais atenuado. O direito administrativo, afirma, procura soluções “concertadas”, em que o modo unilateral de atuação deixa de ser a regra, passando a conviver com outros modelos de interação cooperativa.<sup>36</sup> De outro lado, o direito privado, cada vez mais se apresenta como um

---

<sup>35</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 271. Vide ainda: ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, pp. 152 e ss.

<sup>36</sup> O autor português ressalta que a novidade do consensualismo na área do ato unilateral reside na negociação do conteúdo da decisão administrativa, e não no fato de o ato unilateral depender da vontade, do consentimento ou da adesão do sujeito privado. Mas destaca ainda que o consensualismo demanda, além de previsão legal ou da aceitação da possibilidade do fenômeno, a confirmação na realidade administrativa. “Com efeito, não está excluído que possamos estar diante de uma emanção legislativa casual ou acidental, sem coerência lógica e, sobretudo, sem aderência à realidade” (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, pp. 273-274, em especial notas 525 e 529).

direito regulador de relações de poder (“poderes privados”) – como, v.g., as relações associativas (“poderes associativos”), as relações de emprego (“poderes de comando” e “poderes disciplinares”) e as relações econômicas (“poderes de regulação de mercados”) –, que, em graus variados, limita e condiciona a autonomia privada.<sup>37</sup>

O *segundo ponto* apresentado por Pedro Gonçalves diz respeito à chamada “privatização do direito público” e à “publicização do direito privado”. Ele expõe ser conhecido o fenômeno, no direito administrativo, de “fuga para o direito privado”, ou seja, situações nas quais o Estado se utiliza de formas jurídico-privadas, seja quanto ao modo de atuação das entidades públicas, seja quanto à adoção de formas de organização de direito privado.<sup>38</sup>

Em relação à publicização do direito privado, Gonçalves anota que as relações entre particulares podem assumir contornos autoritários (no domínio dos “poderes privados”). Segundo ele, isso não significa uma expansão do direito administrativo, mas sim a necessidade de transportar para a área do direito privado alguns valores fundamentais do direito público, como objetividade, racionalidade decisória, exigência de fundamentação, dentre outros.<sup>39</sup>

Por fim, Pedro Gonçalves escreve que isso ilustra o fenômeno da interconexão, sobreposição ou mistura de normas de direito público e normas de direito privado nas relações jurídicas. Ele cita, como exemplos, a atividade administrativa de resolução de litígios entre particulares, normas administrativas que efetuam o reenvio para normas privadas (e vice-versa), o direito privado administrativo, dentre outros.<sup>40</sup>

### **3.2. A distinção entre direito público e direito privado com base no critério formal**

---

<sup>37</sup> *Idem*, pp. 271; 276.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 277. Sobre a fuga para o direito privado, além da conhecida obra de Maria João Estorninho (*A fuga para o direito privado*), vide: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre la ‘huida’ del derecho administrativo. *RAP*, nº 140.

<sup>39</sup> GONÇALVES, Pedro. *Op. cit.*, p. 278. Na doutrina brasileira, Romeu Felipe Bacellar Filho (*Direito administrativo e o novo Código Civil*, pp. 66; 73) leciona que o princípio da igualdade, embora ainda seja uma das vigas mestras do direito privado, não é visto mais como mera igualdade formal, mas sim como *igualdade material*, o que leva a criação de institutos destinados a corrigir distorções decorrentes de reais desigualdades. Dessa forma, de acordo com Bacellar Filho, o direito privado incorpora mecanismos para tornar horizontais relações que, de fato, são verticais.

<sup>40</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 279.

A identificação de um critério capaz de diferenciar o direito público do direito privado, como foi possível perceber, não é tarefa simples. No entanto, isso não significa que a solução seja simplesmente negar a dicotomia, ou afirmar que ela está ultrapassada. Essa postura, embora mais cômoda, não oferece àquele que estuda e aplica o direito uma solução útil: mesmo polêmica, a distinção entre direito público e privado é utilizada por advogados, juízes, promotores, cientistas do direito, agentes públicos e até por pessoas que não têm formação jurídica. Entretanto, muito mais do que por uma questão pragmática, isto é, de uso dessas expressões pelos sujeitos, a distinção se justifica porque *o direito público e o direito privado implicam regimes jurídicos distintos*.

Nesse sentido, a distinção entre atividade pública e privada é fundamental. Como bem destacou Carlos Ari Sunfeld, a *atividade pública é o campo de incidência do direito público*, sendo que as normas jurídicas que a disciplinam são o seu *regime jurídico*.<sup>41</sup> Em suma, *o critério capaz de separar as hipóteses de incidência do regime de direito público e as do direito privado consiste na identificação das atividades públicas e privadas, respectivamente*.

Para saber quando uma atividade é pública basta verificar na Constituição e nas leis se a tarefa foi ou não atribuída ao Poder Público como sendo de sua *titularidade*. Há, aqui um *princípio de competência*: se a atividade foi conferida pela ordem jurídica ao Estado, trata-se de atividade pública e, portanto, incide o direito público. Se a atividade não foi juridicamente reservada ao Estado, ela é livre aos sujeitos privados, é de sua titularidade, sendo, pois, aplicável o direito privado. Logo, *será o próprio direito positivo que indicará quando estará em pauta o direito público e o privado*. O critério é, por conseguinte, *formal*. Aliás, em razão disso, o âmbito do direito público poderá ser maior ou menor, conforme seja o direito positivo de cada Estado.

Seria possível argumentar que esse critério, em última análise, nada mais é do que o velho e conhecido critério do sujeito. Mas a isso se pode contrapor que nem todas as atividades públicas são *executadas* pelo Poder Público. O Estado pode delegar o exercício de algumas de suas competências aos sujeitos privados, incidindo aqui o direito público. É o caso dos concessionários de serviço público e dos notários e registradores.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 75.

<sup>42</sup> Ao tratar do tema Giovanni Miele (*Principi di diritto amministrativo*, t. I, pp. 7-8) escreve que, na distinção entre direito público e privado, deve prevalecer o *elemento formal*, resultante da combinação entre

Então, seria possível dizer que tal concepção é idêntica à teoria da imputação, defendida por Wolff, Bachof e Stober. Também aqui não há razão, pois, na lição desses autores, é preciso que o Estado (ou quem lhe faça as vezes) atue com *poderes de autoridade*. Foi frisado acima o equívoco em se identificar o direito público com o exercício de poderes públicos (ou poder público de autoridade). E, neste ponto, é importante fazer duas observações.

A primeira consiste no fato de que *o direito público conhece outras posições jurídicas além do poder de autoridade*. Assim, os entes no exercício de função pública também podem ser titulares de *direitos a algo* (ou *direitos a prestações*, ou *direitos subjetivos em sentido estrito*). É o caso já mencionado da Administração Pública que possui diversos direitos de crédito tributário perante os contribuintes. Ou ainda, quando o Estado possui direitos a prestações no âmbito de contratos administrativos (de concessão ou não). Em todas essas hipóteses, há direitos a algo, direitos a prestações, direitos a um fazer ou não fazer por parte de outro sujeito (o sujeito passivo). *A diferença é que, no direito público, esse direito deverá ser exercido pelo Poder Público*. O Estado – por exercer *função pública* – não poderá simplesmente deixar de satisfazer o seu direito de crédito. Ele deverá buscar os valores que lhe são devidos, adotando a via judicial se for o caso. Apenas a lei poderá – fundada em motivos razoáveis (ex.: os recursos públicos utilizados para a satisfação desse direito de crédito seriam superiores ao próprio valor devido pelo devedor) – determinar ao Estado que se abstenha de buscar a satisfação de tal direito.

Em segundo lugar, não se pode esquecer a importante lição de Leon Duguit, o

---

os critérios concernentes ao sujeito e ao conteúdo a ser regulado. Para o jurista italiano, o direito público pressupõe necessariamente o Estado (ou outro ente público), disciplinando sua organização, seus atos e suas relações. O direito privado, por seu turno, regula indiferentemente as relações entre os demais sujeitos. Note-se que, para Miele, é possível que o Estado atue com base no direito privado, mas isso ocorrerá nas situações em que sua atividade é comum a dos demais sujeitos, não sendo uma atividade estatal específica. Por isso, conclui que o direito público é o que regula as relações em que necessariamente o Estado (ou outros entes públicos) deverá estar presente. No direito privado, as relações em que o Estado é parte são apenas eventuais.

Embora Miele defenda o critério formal, percebe-se que ele é um pouco distinto do aqui defendido. Isso porque a base da concepção de Miele é que o Estado (ou outro ente público) seja necessário na relação. Neste estudo, o fundamento é a atividade pública, seja qual for a natureza jurídica do ente que a executa. Há uma diferença, porquanto embora o Estado seja necessariamente titular da atividade pública, na relação jurídica de prestação da atividade pública (portanto, relação de direito público) poderão ser partes dois sujeitos privados, sendo que um deles estará no exercício de função pública.

qual funda o direito público na ideia de serviço público (e o autor adota um sentido amplo de “serviço público”), isto é, no *dever* dos governantes de atingir o interesse público.<sup>43</sup> Este autor trouxe, com isso, uma enorme contribuição para a ciência jurídica.

Com efeito, *todo direito público se fundamenta na concepção de que o Estado existe para satisfazer o interesse da sociedade, o interesse público*. Note-se que o *interesse público é aquele devidamente previsto na Constituição e nas leis*. A promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), o pagamento de justa indenização em dinheiro no caso de desapropriação (art. 5º, XXIV), a proteção ao ato jurídico perfeito, aos direitos adquiridos e à coisa julgada (art. 5º, XXXV), o estabelecimento de princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (art. 21, XXI) e a proteção de bens de valor histórico, artístico e cultural (art. 23, III) são apenas alguns exemplos de interesses públicos. Portanto, o conteúdo do interesse público não é uma percepção dos diversos sujeitos daquilo que se mostra como de “interesse de todos”; *a identificação dos interesses públicos não é algo subjetivo*. Muito pelo contrário, *o conceito de interesse público é jurídico-positivo* e sua identificação, no sistema, uma *tarefa objetiva*. Um dos equívocos dos defensores da teoria do interesse e dos que a criticam consiste justamente em não saber identificar, *a partir de um critério formal*, o que é interesse público.

De todo modo, diante de um interesse público (devidamente positivado na ordem jurídica), surge para aqueles que exercem as atividades públicas – os agentes públicos – o *dever* de realização dessas tarefas. Alf Ross também já havia notado isso. Segundo tal jurista, o direito público é o que disciplina a posição jurídica das autoridades públicas (o Estado); consiste, pois, em normas de competência e normas de conduta a ela ligadas. E, para Ross, a competência social é conferida à pessoa para a *proteção de interesses da*

---

<sup>43</sup> “Un sistema jurídico no tiene realidad sino en la medida en que pueda establecer y sancionar reglas que aseguren la satisfacción de las necesidades que se imponen a los hombres en una sociedad dada, y en un cierto momento. Este sistema, por otra parte, no es más que el producto de esas necesidades, y si no lo es o no garantiza su satisfacción, será la obra artificial de un legislador o de un jurista, pero sin valor ni fuerza alguna. Ahora bien: un sistema de Derecho público no puede reunir estas condiciones de vitalidad si no establece y sanciona las dos reglas siguientes: 1º Los que tienen el poder no pueden realizar ciertas cosas. 2º Ellos deben hacer ciertas cosas. La conciencia moderna se halla hoy profundamente penetrada de la idea de que el sistema de Derecho público imperialista es impotente para fundar y sancionar esas dos reglas; y lo comprende porque la crítica ha demostrado lo vacío de la doctrina; lo comprende sobre todo porque los hechos han demostrado su impotencia para proteger al individuo contra el despotismo” (DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*, pp. 83-84).

*comunidade*. Trata-se de um *dever*, um *encargo* no sentido mais largo, cuja inobservância leva a sanções e medidas de controle para a correção do exercício incorreto da competência. Por isso, conclui que a competência social difere da competência privada, na medida em que essa é autônoma e aquela, heterônoma.<sup>44</sup>

Em realidade (e esta é uma diferença importante), todas as atividades públicas são *funcionalizadas*, enquanto o mesmo não ocorre nas atividades privadas, em que apenas em certas situações haverá o exercício de função (privada). Ou seja, *as atividades estatais são sempre funções públicas*.<sup>45</sup> É importante aprofundar esse ponto.

### 3.2.1. O conceito de função pública

O conceito de *função* não está restrito a um determinado subdomínio do direito; ele faz parte da *teoria geral do direito*. Isso significa que a noção de função não se encontra apenas no direito público. Institutos tradicionalmente tratados pelo direito privado, como a propriedade e o contrato, estão *funcionalizados*.

Santi Romano explica que as “funções (*officia, munera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”.<sup>46</sup> Na concepção do autor italiano, “poder jurídico”, em seu sentido amplo, abrange não só o poder em sentido estrito, mas também o direito subjetivo.

Dessa forma, dizer que uma atividade é uma função significa que o sujeito exerce suas *posições jurídicas ativas* com o propósito de atingir um *fim de interesse alheio*, isto é, um fim que não foi por ele determinado, porque fora de sua autonomia privada. Por isso, qualquer ato que desvie do fim é inválido. Essa situação ocorre tanto nas atividades públicas como nas atividades privadas. Uma pessoa natural, na qualidade de presidente de uma sociedade anônima, não age por interesse próprio, mas sim no interesse da

---

<sup>44</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 241.

<sup>45</sup> De acordo com Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 108), enquanto no direito público a funcionalização é necessária e integral, no direito privado ela ocorre de modo complementar. “É legítima a realização egoística do interesse do particular e a funcionalização significa a vedação a desvios, abusos ou excessos, que não produzam a satisfação do interesse privado e que inviabilizam a realização dos direitos fundamentais alheios”.

<sup>46</sup> ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 144.

sociedade, cujos fins foram fixados pelos seus acionistas e positivados em seus atos constitutivos. Exerce, pois, função (privada). O mesmo ocorre com os pais em relação aos filhos menores.

No exercício da função pública, apesar de haver outras situações jurídicas ativas (tal como foi mencionado acima), não se pode negar a relevância do *poder* do Estado (ou *poder público de autoridade*), ou seja, o poder de modificar a situação jurídica de terceiros. Assim, o Estado-legislador pode impor aos indivíduos o cumprimento de certas obrigações, independentemente da vontade desses. O Estado-juiz poderá determinar que um sujeito pague a outro dada quantia, sob pena de execução forçada. A Administração, por sua vez, dispõe de meios para desapropriar bens dos particulares, independentemente da vontade desses. É o que se costuma chamar de “prerrogativas estatais”, ou “poder extroverso”.

Porém, essas prerrogativas, embora relevantes na execução das atividades públicas, *só existem e se justificam porque há interesses públicos a serem necessariamente perseguidos*. O Estado, por estar *juridicamente obrigado* a atingir finalidades públicas (devidamente positivadas na ordem jurídica, vale sempre lembrar), somente poderá utilizar seu poder de autoridade na exata medida em que ele for adequado, necessário e proporcional (em sentido estrito) para atingir o fim. Essa é a razão pela qual Ruy Cirne Lima frisou que a relação de administração é aquela que “se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente” e que na “administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”.<sup>47</sup>

Por conseguinte, o “*poder*” não é o núcleo do conceito de função. O exercício do poder (ou de qualquer outra situação jurídica ativa) consiste num verdadeiro *dever jurídico*. Há a obrigação jurídica de prover um interesse alheio; as suas posições jurídicas ativas (e, em especial, o poder) servem apenas para cumprir esse desiderato. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello prefere falar em “dever-poder”, em vez de “poder-dever”.<sup>48</sup>

Então, o núcleo do conceito de função se encontra nas noções de *dever* e

---

<sup>47</sup> A “relação de administração” de Cirne Lima corresponde ao conceito adotado neste estudo de “função”. Tanto que, para Ruy Cirne Lima (*Princípios de direito administrativo*, pp. 51-55), também existe relação de administração no direito privado.

<sup>48</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 73.

*finalidade*. Por isso, fica evidente que *o direito público não tem uma índole autoritária*. Pelo contrário, o direito público procura justamente disciplinar o exercício das *posições jurídicas ativas* do Estado (e, em especial, os poderes unilaterais), a fim de que *os interesses públicos positivados na Constituição, principalmente os direitos fundamentais, sejam realizados*.

Pode-se definir *função* como *o dever jurídico do sujeito de exercer suas situações jurídicas ativas com o objetivo de atingir uma finalidade em prol de um interesse alheio*.<sup>49</sup> Por sua vez, *função estatal (ou pública)* é *o dever do Estado (ou de quem lhe faça as vezes) de exercer suas situações ativas de modo a atingir uma finalidade pública, ou seja, o interesse da coletividade devidamente especificado na ordem jurídica*.

### 3.3. Definição de direito público e de direito privado

Em vista das considerações acima, é possível conceituar o direito público, a partir de um critério formal, como sendo *o conjunto de normas jurídicas que disciplinam o exercício das atividades públicas (ou das funções públicas)*. Já o direito privado pode ser definido como sendo *o conjunto de normas que disciplinam o exercício das atividades privadas*.

Nesse conceito, está implícito: *quem exerce a atividade, como a exerce, qual o seu conteúdo e quais os limites*. Ao direito público caberá disciplinar o *sujeito* que exerce a atividade pública (organização político-administrativa e exercício de funções públicas por entes privados), os *meios técnico-jurídicos* por ele utilizados (leis, atos administrativos, processo etc.), o *conteúdo* dessa atividade (inovação jurídica em caráter originário, resolução de casos concretos com força de definitividade, serviço público etc.) e os seus *limites* (ex.: controle de constitucionalidade).<sup>50</sup> O mesmo vale para o direito

---

<sup>49</sup> Sobre o tema, vide ainda: FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. *RDA*, n° 248, 2008; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 37-40.

<sup>50</sup> A postura aqui adotada é a mesma de Agustín Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. V-2) quando trata da definição de direito administrativo. O autor escreve que o objeto do direito administrativo é o exercício da função administrativa, o que compreende não só “*quién ejerce la función, sino también del cómo y con qué fundamento, con qué medios y fundamentalmente hasta donde, con qué limitaciones se la ejerce*”.



privado no que se refere à atividade privada.

Ressalte-se que o conceito de direito público acima apresentado não leva a uma identidade desse ramo com o exercício de poderes públicos. Em primeiro lugar, porque, como já destacado, o *dever* de realização de *fins públicos* domina o direito público. Em segundo, porque o Estado é *titular de outras posições jurídicas*, como direitos a prestações, sem que isso signifique submissão aos princípios do direito privado. As posições jurídicas ativas, enquanto estruturas, existem tanto num ramo como no outro. A diferença é que, no direito público, todas as situações jurídicas ativas são *funções*; o seu exercício, portanto, é obrigatório.

De igual modo, quando se faz menção a “fins públicos” e “interesse público”, adota-se uma concepção formal. Interesse público – conforme já apontado acima – é aquele devidamente positivado na ordem jurídica a ser perseguido e protegido pelo Poder Público. Os interesses privados são os demais, podendo ter natureza egoística ou não.

#### **4. CONCLUSÃO: A UTILIDADE DA DISTINÇÃO**

Em suma, o direito público é o conjunto de normas jurídicas que se referem às atividades públicas. O direito privado é conjunto de normas jurídicas relativas às atividades privadas. Atividades públicas e privadas são aquelas assim definidas na ordem jurídico-positiva. E *todas as atividades públicas são funcionalizadas*. É por isso que também se mostra possível definir o direito público como aquele incidente sobre as funções públicas (legislativa, jurisdicional, administrativa e de governo).

A principal utilidade nessa distinção reside na diferença de regime. No direito brasileiro, o direito público tem como base os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. O primeiro fundamenta os poderes estatais; o segundo, suas limitações. É por isso que o princípio da supremacia não pode ser aplicado sem levar em consideração a indisponibilidade. Mais do que isso, seria até mesmo possível falar num só princípio, o do interesse público, nas suas vertentes de supremacia e indisponibilidade. Dão compostura jurídico-positiva a esses princípios, as normas do Estado Democrático e Social de Direito, república e federação.

E, além disso, vige aqui um princípio de competência: as atividades públicas são somente aquelas fixadas na ordem jurídica. As demais estão situadas no campo privado e sujeitas ao regime jurídico privado.

O direito privado, por sua vez, tem como fundamento o princípio da autonomia da vontade. No direito brasileiro, as pessoas podem executar as atividades que assim desejarem, desde que não haja lei em sentido contrário (art. 5º, II, da Constituição). As pessoas podem livremente contratar com outras pessoas, determinar o conteúdo do contrato e seus efeitos. Também é possível haver a união de esforços entre as pessoas, seja para se casarem, seja para criar novas pessoas (as pessoas jurídicas). Não havendo na lei nada em contrário, há a permissão. A exceção é a funcionalização, tal como ocorre em relação à propriedade. Assim, as pessoas têm o dever de usar, fruir, gozar e dispor de seus bens em vista da sua função social. Não havendo contraposição com tal função, haverá liberdade. No direito privado, portanto, vige um princípio de liberdade.

A explicitação desse regime jurídico (público e privado) cabe à dogmática do direito público e à dogmática do direito privado. No primeiro caso, o direito constitucional, o direito administrativo, o direito processual (civil, penal e trabalhista), o direito penal e outros. No segundo, o direito civil, o direito comercial, o direito do consumidor e o direito do trabalho.

#### **REFERÊNCIAS**

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1966. Tomo I.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1991.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Volume I.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. Tomos I e II.

COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri: Manole, 2004.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. Volume I. Tomo I.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTO E SILVA, Almiro do. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, v. 27, nº 57. Porto Alegre, 2004.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria geral do Estado e ciência política*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*. Trad. Adolfo Posada e Ramón Jaén. Granada: Libreria General Enrique Prieto Carcía, 1913. Reimpressão fac-sílime por Analecta Editorial.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1938.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. por Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Trad. por Legaz Lacambra, Fernando Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madri: Instituto de Estudios Jurídicos, 1958.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. *Revista de direito administrativo*, nº 248, São Paulo: Atlas: FGV, maio/agosto, 2008.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo I.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre la ‘huida’ del derecho administrativo. *Revista de administración pública*, nº 140, maio/agosto, 1996.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIELE, Giovanni. *Principi di diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 1960. Tomo I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume 1.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. rev., refun. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas*. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Volume I.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1857.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo I.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo V.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. por Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. Volume 1.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. por Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. por Edson Bini. Bauru, 2003.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Trad. por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957. Volume I.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TUHR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. por W. Roces. Granada: Comares, 2007.

VALLES, Arnaldo de. *Elementi di diritto amministrativo*. Pádua: CEDAM, 1951.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. Trad. António F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. Volume 1.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1954. Volume I.