

ARTIGO:

DELINEANDO UMA TEORIA DOS CONTRATOS *PRETERPÚBLICOS* NO DIREITO BRASILEIRO — PARTE I: a questão dos objetos administrados e teoria do negócio jurídico

Outlining a theory of “preterpublic” contracts in Brazilian law – Part I: the question over administrated objects and the theory of legal transactions.



Paul Hugo Weberbauer¹

RESUMO

O presente artigo busca delinear as bases teóricas para ora denominada teoria dos contratos *preterpúblicos*, procurando analisar a questão dos negócios jurídicos que possuem como objeto a prestação de serviços que, no Brasil, eram de monopólio estatal, mas que foram cedidos para a exploração pela iniciativa privada mediante um modelo peculiar de privatização, resultando em contratos privados, mas com um contexto implícito de limites estabelecidos por atos administrativos, resultando em uma categoria de objeto negocial pouco explorada na doutrina civilista brasileira: os objetos administrados. Para realizar esse delineamento inicial, o estudo adota como referencial teórico o conceito germânico de *Daseinsvorsorgung*, conjugando-o com as peculiaridades do processo de concessão de serviços públicos para estabelecer o conceito de Direito privado de serviços públicos essenciais. Delineado esse conceito, o estudo desenvolve os impactos dessa concepção nos negócios jurídicos e as dificuldades que geram para investidores estrangeiros. A metodologia empregada é a inferência dedutiva, estabelecendo como premissa principal a possibilidade de delimitar um conceito privatista de serviço público e compreender as implicações dessa concepção na compreensão dos contratos no Brasil, sendo apoiada na investigação documental e doutrinária sobre o tema.

Palavras-chave: Negócio jurídico. *Daseinsvorsorgung*. Privatização. Contratos *preterpúblicos*.

ABSTRACT

This article seeks to outline the theoretical foundations for what we call the theory of preterpublic contracts, aiming to analyze the issue of legal transactions that have as their object the provision of services that, in Brazil, were state monopolies but were ceded for exploitation by the private sector through a peculiar model of privatization, resulting in private contracts but with an implicit context of limits established by administrative acts, resulting in a category of business object little explored in Brazilian civil law doctrine: administered objects. To carry out this initial outline, the study adopts the German concept of *Daseinsvorsorgung* as its theoretical framework, combining it with the peculiarities of the public service concession process to establish the concept of private law for essential public services. Once this concept is outlined, the study develops the impacts of this conception on legal transactions and the difficulties it creates for foreign investors. The methodology employed is deductive inference, establishing as the main premise the possibility of delineating a privatized concept of public service and understanding the implications of this conception in the comprehension of contracts in Brazil, being supported by documentary and doctrinal investigation on the subject.

Keywords: Legal transactions. *Daseinsvorsorgung*. Privatization. *Preterpublic* contracts.

¹ Doutor em Direito (UFPE). Professor Associado de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito do Recife/CCJ/UFPE. Editor-chefe do periódico MERCATORIA.

1 INTRODUÇÃO

Em tese por mim apresentada e defendida no curso de doutorado no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE em 2011, esbocei a ideia de que, em sede de contratos internacionais, mais precisamente, as relações obrigacionais contratuais que possuísem elementos estrangeiros, enquadrando-as no campo do Direito Internacional Privado, existia um fenômeno no Brasil que passava despercebido pela doutrina e que envolvia certas modalidades de contratos que não se enquadravam *stricto sensu* na concepção de negócio jurídico propagada no Direito Civil, as quais denominei de contratos *preterpúblicos*.

Logo, existem áreas do comércio exterior brasileiro que não há como serem compreendidas juridicamente sem considerar essa particularidade existente no ordenamento jurídico; por exemplo, com a Lei 12.815, de 05 de junho de 2013, as instalações portuárias e atividades dos operadores portuários estão no campo de existência dessa particularidade, pois negócios ali realizados estão sob a *umbrella* do regime de concessão existente.

A proposta do presente estudo é continuar o desenvolvimento dessa modalidade de negócio jurídico com a elaboração de uma teoria dos contratos *preterpúblicos*, versando sobre o problema decorrente daquelas relações fáticas que se revestem de um caráter contratual privado, mas em seus elementos constituintes encontram-se elementos de direito público ou tutelados por externalidades de direito público.

Para consecução dessa proposta, a teoria aqui desenvolvida se alicerça em duas questões problemáticas da modernidade: (1) a questão da existência jurídica do negócio jurídico diante da exploração privada das obrigações categorizadas como *Daseinvorsorgung* e (2) a questão do fenômeno da adesão em ambiente de forte intervenção econômica do Estado. A primeira parte será objeto das presentes reflexões, enquanto a segunda será objeto de reflexões futuras.

Para compreender a questão da existência jurídica do negócio jurídico diante da exploração privada das obrigações categorizadas como *Daseinvorsorgung*, iniciaremos abordando o problema da recepção do negócio jurídico na legislação brasileira e na doutrina, explorando as peculiaridades da doutrina alemã que não foram incorporadas nem introduzidas no debate jurídico brasileiro, resultando em uma concepção *sui generis* de negócio jurídico no Brasil na figura dos negócios jurídicos avolitivos.

Nesse contexto, abrimos espaço para podermos analisar a teoria dos comportamentos sociais típicos, não conforme utilizada no debate jurídico brasileiro, mas nas peculiaridades existentes na doutrina germânica sobre certos grupos típicos que englobam uma forma especial de obrigação, denominada de *Daseinsversorgung*.

O conceito de *Daseinsversorgung* servirá de referencial teórico para elaborarmos a concepção de serviços „públicos“ essenciais como um análogo para essa modalidade de obrigação social básica que existe de forma limitada no ambiente dos negócios jurídicos. Como vetores dessa elaboração, adotamos o peculiar processo de privatização existente no Brasil, o regime de concessão e os preços administrados.

Encerrando a análise, tentaremos articular até que ponto pode-se considerar um negócio jurídico de Direito Civil uma relação jurídica cujo objeto é lícito, determinado, mas controlado por uma entidade externa. Na qual a autonomia privada é limitada de forma *a priori* por regras de intervenção no domínio econômico do Estado?

Para elaboração do presente estudo, adotamos a inferência dedutiva clássica, na qual a validade das premissas apresentadas estabelece a validade da conclusão, possuindo como técnicas de investigação as fontes doutrinárias brasileiras e alemãs sobre a temática e, em menor quantidade, a legislação e jurisprudência que versem sobre o tema.

2 O PROBLEMA DA CONCEPÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO NA DOUTRINA BRASILEIRA: A QUESTÃO DA EXISTÊNCIA JURÍDICA

O início da problemática está na recepção do negócio jurídico pelo Direito brasileiro, na própria concepção do Código Civil de 1916, quando, em seu projeto, o próprio autor, Clóvis Bevilacqua, optou por se afastar da metodologia empregada pelo legislador alemão, na crença de que haveria uma matéria comum entre os contratos e as obrigações, como explica:

A intenção que deu causa a scindir-se por esse modo a theoria dos contractos foi a de reservar para o direito das obrigações o que nas convenções lhe fosse especial, pondo-se na parte geral o que se poderia chamar de materia commun. Render-me-ia, sem reluctancia, a esse modo de ver, si porventura não apresentasse visível cunho de especialidade todo o assumpto dos contractos.(BEVILAQUA, 1906, p. 129)

Por consequência dessa cisão, a metodologia empregada na legislação de 1916 acabou gerando uma estrutura *sui generis*, inspirando-se ora na doutrina germânica, ora na dou-

trina francesa, resultando em um “ornitorrinco” legislativo sem menção alguma sobre negócio jurídico e ignorando aspectos teóricos relevantes na sua concepção e utilização, empregando a expressão “ato jurídico”.

Não nos devemos espantar que o Código Civil de 2002 engordou esse ‘ornitorrinco’ ao promover uma verdadeira salada conceitual ao categorizar os negócios jurídicos dentro do livro referente aos fatos jurídicos, criando a falsa crença de que o negócio jurídico seria uma espécie de fato jurídico ou, pior ainda, uma categoria de ato jurídico — uma modalidade de ato jurídico *stricto sensu* (NERY JR. 2002).

Apesar da aparente coesão lógica dessa classificação, ela é assentada em premissas erradas, pois a dualidade FATO/ATO tem por objeto principal a compreensão das consequências jurídicas de algo que acontece na realidade (*Tatbestand*) e suas consequências jurídicas (*juristischer Tatbestand*), havendo a presença de um agir (conduta) de uma pessoa (ato) ou não (fato).

Enquanto a teoria do negócio jurídico procura conceber o papel do elemento vontade na criação de relações jurídicas, ou, de forma mais dogmática comumente aceita, de se tratar de “uma manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos” (BETTI, 2008, p. 91).

Só que essa definição limitada ignora algumas particularidades envolvendo o estudo do negócio jurídico pela doutrina alemã, pois a manifestação da vontade a produzir efeitos jurídicos não é tão superficial como comumente aparenta.

Trata-se de um conceito que trabalha com a ideia de vontade, sua vinculação e aptidão de criar situações jurídicas ou, de forma mais simples, estabelecer o que é a mera manifestação (*Willenserklärung*) do querer criar uma situação e o que foi efetivamente manifestado — querer, dispor e cumprir.

Essencialmente, aqui surge o que a doutrina germânica estabelece como *Trennungs- und Abstraktionsprinzip* no estudo do negócio jurídico e ignorado na doutrina brasileira — bem como quase que a totalidade da doutrina não germânica.

De forma sucinta, esses dois princípios de análise estabelecem que o negócio jurídico consubstancia dois aspectos da vontade humana: o *querer* e o *dispor*; pois, como observa bem a doutrina germânica: “a exigência de que o cumprimento de uma obrigação envolva também uma transação adicional – uma alienação – não é de forma alguma óbvia” (“*die Erfüllung ei-*

nes Verpflichtungsgeschäfts noch ein weiteres Geschäft – eine Verfügung verlangt wird, ist keineswegs selbstverständlich”). (MEDICUS, 2010, p. 97).

Nesse ponto, o *Trennungsprinzip* existe para possibilitar às partes envolvidas estabelecer os requisitos e condições para cumprimento dos deveres/direitos negociados (obrigações negociadas, por assim dizer), estabelecendo a premissa de que não basta querer uma compra e venda que automaticamente essa ocorrerá, ou melhor, não basta celebrar um negócio de compra e venda que este, automaticamente, será cumprido (MEDICUS, 2010).

Por sua vez, em síntese, o *Abstraktionsprinzip* parte da existência dessa separação entre o querer e o perfazer para estabelecer que existem duas modalidades negociais dentro do negócio jurídico: uma envolvendo o “negócio obrigação” (*Verpflichtungsgeschäft*), o querer de fazer uma obrigação, e outra envolvendo o “negócio disposição” (*Verfügungsgeschäft*), o que efetivamente foi disposto, as situações reais criadas da manifestação no negócio, resultando na máxima de que “as disposições devem produzir efeitos independentemente de haver uma obrigação válida subjacente a elas”. (*„Verfügungen sollen unabhängig davon wirken, ob ihnen eine wirksame Verpflichtung zugrunde liegt.“*) (MEDICUS, 2010, p. 98).

Trata-se de uma construção teórica complexa e extremamente abstrata, qual não por acaso considerada uma das mais difíceis de compreender no estudo do direito civil alemão, possuindo desdobramentos e críticas que não interessam ao nosso presente estudo.

De relevante para o nosso estudo é a constatação de que, ao se afirmar que o contrato é um negócio jurídico bi- ou multilateral, a doutrina germânica afirma que, para o contrato ser válido e eficaz, é preciso que exista um negócio jurídico, ou seja, que a mera existência ontológica (“fática”) não se converte automaticamente em existência jurídica.

Destarte, os requisitos elencados no art. 104 do Código Civil não configuram requisitos de validade para os negócios jurídicos, mas requisitos de existência, pois só existe um negócio jurídico quando os agentes forem capazes, o objeto for lícito e a forma for obedecida quando defesa em lei, ou seja, esses três requisitos são a base para que uma manifestação da vontade possa gerar efeitos/situações jurídicas e, em não sendo cumpridas, aquela manifestação pode ser tudo, mas não um negócio jurídico.

Para facilitar, podemos recorrer à teoria da qualificação internacional existente no Direito Internacional Privado, quando temos de compreender o fato ontológico (aquilo que

ocorreu na realidade) sob a ótica da diversidade legislativa (os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais soberanos existentes).

Para exemplificar o problema da existência jurídica, recorremos ao REsp. 1.628.974-SP, cujo objeto foi a cobrança de instrumentos creditícios decorrentes de dívidas de jogo de azar contraídas em cassinos no Estado de Nevada (EUA), mas ajuizada no Brasil por meio de ação monitória.

Nesse caso temos um fato real (os instrumentos creditícios), mas divergência quanto à sua existência jurídica no ordenamento de Nevada (EUA) e no ordenamento brasileiro: no primeiro, é um título de crédito como qualquer outro; no outro, a dúvida se é uma obrigação jurídica ou uma obrigação natural — abstraindo-se as posições estranhas que surgiram no voto de alguns ministros no caso.

Ocorre que, no julgamento do STJ, invocaram-se as mais diferentes concepções e mais bizarras fundamentações, ora apontando como uma obrigação jurídica (equivalente a um cheque), ora apontando como obrigação natural e, ao fim, decidindo nem por um nem por outro.²

Em síntese, o problema em foco era como se qualifica um fato ocorrido no estrangeiro, que possui um significado no ordenamento do país de origem do fato e outro no ordenamento do país em que foi acionada a prestação jurisdicional. Ou seja, qual a existência jurídica daquela situação ontológica ocorrida em outro país.

Retomando ao nosso ponto, quando elencamos o negócio jurídico como aquele que exige partes capazes; objeto lícito, possível e determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei, estamos determinando que uma situação ontológica (fato ontológico) assume a existência jurídica de negócio jurídico quando preenchidos esses requisitos — validade e eficácia só seriam aplicáveis quando a situação consistisse em um negócio jurídico.

Por consequência, quando o fato ontológico é enquadrado como um negócio jurídico, ocorre a possibilidade de classificá-lo como um contrato; portanto, a concepção de negócio jurídico é pré-requisito para o surgimento do contrato, por isso a opção do legislador alemão em tratar o negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) como o gênero, enquanto o contrato (*Vertrag*) como espécie.

² A respeito: WEBERBAUER, Paul Hugo. **Comentários sobre o direito internacional privado brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 85 - 87

Enquanto que o legislador brasileiro recorreu a uma formulação genérica, criando uma falsa simbiose entre negócio jurídico e ato jurídico, sendo espécies de fatos jurídicos, gerando uma peculiar redação no art. 185. “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.”

Essa opção gera uma mudança de perspectiva, na qual um ponto de vista é procurar entender o elemento volitivo existente em um fato ontológico, outra totalmente diferente é tentar compreender o comportamento humano em um fato ontológico, a ponto de a doutrina germânica ser enfática na existência necessária de, ao menos, uma expressão da vontade para a existência do negócio jurídico (MEDICUS, 2010, p.105).

Enquanto que na doutrina brasileira se entende a existência de negócios jurídicos “heterônimos ou avolitivos, ou que não são puros instrumentos de autonomia privada, quando o direito, em vez da vontade exteriorizada, atribui validade e eficácia negocial a condutas das pessoas que participam do tráfico jurídico massificado, ainda que não tenha expressado intenção de efeitos jurídicos.” (LOBO, 2009, p. 241)

Essa peculiar concepção de negócios jurídicos avolitivos, podemos compreender que existe uma problemática envolvendo o arcabouço teórico de sua origem: a teoria do comportamento socialmente típico e da teoria das relações jurídicas de fato, especialmente seu uso no combate ao excesso de voluntarismo na concepção do negócio jurídico, a ponto de dar vazão ao nascimento de contratos sem base negocial.

A teoria dos comportamentos sociais típicos costuma ter sua origem associada à obra de Günter Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse* de 1941, e à crença de existirem situações fáticas nas quais existe a configuração de um contrato, independentemente da existência de uma oferta e aceitação, elencando três grupos de „fatos típicos“ que gerariam uma relação contratual sem um acordo negocial válido: (1) as decorrentes de contatos sociais; (2) as decorrentes de coletividades fáticas; e (3) as decorrentes de uma obrigação de prestar social. (LARRENZ, 2006, p. 60).

Essa teoria deu início a um debate sobre a predominância do papel do elemento volitivo na teoria do negócio jurídico e, largamente, só se mantém relevante no Brasil a partir de diferentes releituras, as quais nem são oriundas da doutrina germânica, mas da derivação italiana consubstanciada na Teoria das relações de fato, como podemos verificar:

Entretanto, a análise dos comportamentos socialmente típicos, especialmente na perspectiva ascarelliana de atividade contratual sem negócio, não renega

o papel da vontade, limitando-se a considerar secundária, para determinadas atividades socialmente típicas, a vontade negocial, ou seja, a existência de negócio jurídico que inaugure a atividade já existente de fato.

Considerando-se a insuficiência do negócio jurídico – e da vontade presumida – para justificar a presença de atividades admitidas pelo grupo social, que produzem efeitos jurídicos carecedores de qualificação, ainda que desprovidas de negócio fundante, torna-se oportuno revisitar a doutrina dos comportamentos socialmente típicos. (TEPEDINO, 2018, p. 182)

Releituras que não só acabam embasando classificações peculiares da doutrina brasileira, como também demonstram o vazio pragmático existente nos debates jurídicos civilistas, os quais muitas vezes se limitam ao campo conceitual abstrato aplicado a uma realidade hipotética, de pouca aplicabilidade prática, cuja consequência é a pouca inovação na teoria do negócio jurídico e na má compreensão de fenômenos fáticos não novos, mas que se tornam cada vez mais rotineiros na realidade social brasileira.

Mas é em uma releitura da teoria dos comportamentos sociais típicos que podemos criar uma espécie de ponta de lança para a teoria que procuramos esboçar no presente artigo, pois o debate na doutrina germânica, apesar de eliminar de plano um dos grupos típicos (contato social são questões de responsabilidade - *Haft*³), os dois demais grupos típicos abriram a questão: são questões próprias da teoria do negócio jurídico ou se trata de relações obrigacionais *sui generis* por envolverem prestações e organizações de interesses especiais?

Com o advento da Internet, no sentido *world wide web*, ocorreu uma aceleração desse fenômeno, cujos desafios já se demonstravam presentes em doutrina de meados do século XX, quando, na análise crítica da *faktische Vertragsverhältnisse*, se elaborou a concepção de „*faktischen Schuldverhältnisse*“ e na inserção de questões fáticas (*Tatbestand*) que desafiam o conceito de negócio jurídico, as questões envolvendo problemas de contratos de trato sucessivo e subsequentes (*Anschlußvertrages*) envolvendo obrigações sociais elementares (*Daseinsvorsorgen*), as quais não possuíam uma manifestação individual da vontade propriamente dita (*individuelle Gestaltung*) (ESSER, 1958, p. 88).

Destarte, encontramos o referencial teórico ideal para delimitar o problema do objeto do negócio jurídico na realidade jurídica brasileira: *Daseinsvorsorgen*.

³ A respeito ESSER, Josef. *Gedanken zur Dogmatik der „faktischen Schuldverhältnisse“*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 157. Bd., H. 1 (1958/1959), p. 89. Disponível mediante cadastro online em <https://www.jstor.org/stable/40993618>

3 DASEINVORSORGUNG APLICADAS AO DIREITO BRASILEIRO: OS SERVIÇOS „PÚBLICOS“ ESSENCIAIS

Inicialmente é importante destacar que a proposta de utilizar o conceito germânico de *Daseinvorsorgung* para delimitar um objeto peculiar possível nos contratos hodiernos não se confunde com estudos no direito administrativo brasileiro, no qual a expressão é adaptada para uma espécie de obrigação estatal para assegurar o mínimo existencial dos indivíduos⁴.

Aqui, optamos por utilizar o conceito de *Daseinvorsorgung* da doutrina germânica, como modalidade de obrigações e sua inserção na teoria dos negócios jurídicos, mais precisamente a existência de uma modalidade peculiar de obrigação decorrente das peculiaridades do papel do Estado na promoção de serviços básicos e o complicado processo de privatização desses serviços.

Para entender o complexo processo de privatização adotado pelos diferentes governos brasileiros desde o final do século XX, não é uma tarefa simples e toca em diversas questões sensíveis tanto do ponto de vista sociopolítico quanto ideológico.

A forma mais simples de compreender as privatizações no Brasil é compreender que a ordem constitucional brasileira nasce sob um espírito de „socialismo declinante, mas ainda não completamente derrocado“, sendo imbuída de um „velho espírito estatizante“, no qual o Estado assume papel central e fundamental na promoção da atividade econômica (ALMEIDA, 2018, p. 414).

Essa figura do „grande“ Estado na economia pode ser verificada quando a Constituição de 1988 consagra que o mercado interno é parte do patrimônio nacional, na paradoxal redação do „Art. 219. — O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Dispositivo que, se interpretado literalmente, resultaria na conclusão de que o Brasil não faria parte do comércio internacional, pois qualquer investimento estrangeiro no mercado interno resultaria em perda de patrimônio do Estado brasileiro.

⁴ A respeito dessa concepção, GOÑI, ÁLVARO RUSSOMANO. *O princípio constitucional da solidariedade como fundamento do direito social à assistência social, da doutrina da Daseinsvorsorge e do mínimo existencial. Possibilidades e limites em época de pandemia sanitária. Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*, v. 6, n. 2, p. 01-20, jul./dez. 2020, disponível online em <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/6938/pdf> acessado em 29 de dezembro de 2025.

Porém, se essa interpretação literal é estapafúrdia para os tempos atuais de economia globalizada, esse dispositivo alicerça um dos principais problemas decorrentes das privatizações e seus impactos nos contratos feitos no Brasil: a possibilidade de questionarem-se atos considerados lesivos ao mercado interno como passíveis de ação popular e a consequente judicialização de política econômica:

Daí emerge outra consequência inarredável: a necessidade de se repensar o refrão tão ao gosto dos tecnocratas, segundo o qual as questões concernentes à política econômica seriam, em verdade, de interesse extrajurídico, melhor se enquadrando dentre as *political questions*, infensas a controle jurisdicional, por, em princípio, não atingirem direitos individuais. (CAMARGO, 1996, p. 44)

Neste brevíssimo contexto, a Constituição de 1988 foi vítima de uma tentativa de transformação da economia brasileira, de uma “*economia de mercado* em uma *economia de comando*”, e seu Título III – Da Ordem Econômica foi influenciado por um misto de “intervencionismo-cartorialista” e “nacionalismo-obscurantista” (CAMPOS, 2018, p. 111).

Essa situação de nacionalismo, estatismo e intervencionismo começa a ser objeto de mudanças já no primeiro governo eleito pós-Constituição de 1988, com a promulgação da lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, criando o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências, porém é no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC) (1995-1998) que efetivamente ocorre uma intensificação das privatizações, capitaneadas pela medida provisória 841, de janeiro de 1995, e pelas leis n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e n. 9.074, de 7 de julho de 1995, surgiam o Conselho Nacional de Desestatização, a Lei Geral de Concessões e o novo regime de concessões de serviços públicos (RODRIGUES & JURGENFELD, 2019, p. 408 - 409).

Destacamos que essa tríade foi objeto de mudança, não de extinção, pois o processo de privatização que se desenvolveu a partir daí pelos governos brasileiros acabou por se caracterizar em um curioso entrelaçamento do capital público com o capital privado nacional, pois as duas estratégias adotadas, tanto a primeira recorrendo ao BNDES como “entidade central nas privatizações” e atuando “não somente como executor das vendas, mas também como investidor efetivo e financiador dos adquirentes”⁵ (LAZZARINI, 2011, p. 30), quanto a segunda recorrendo aos fundos de pensão, fundos estes divididos em três categorias:

⁵ LAZZARINI, Sérgio G. **Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 30

Os chamados fundos públicos são “patrocinados” por estatais (Banco do Brasil, no caso da Previ, Caixa Econômica Federal, no caso da Funcef, e assim por diante), em contraste com fundos associados a empresas privadas (Itaú, HSBC, IBM, dentre outras) ou que foram privatizadas (Vale, Banespa, empresas de telecomunicações). (LAZZARINI, 2011, p. 31)

Demonstra-se que existe um certo grau da falácia na crença de que as privatizações resultaram na aquisição de “boas” empresas brasileiras por multinacionais/capital estrangeiro, quando a realidade se inclina em uma espécie de „conluio“ entre grupos políticos e grupos empresariais, como explica

Os eventos de reestruturação da década de 1990 colocaram à prova, e suportaram, a hipótese de Raymundo Faoro sobre a persistente centralidade do governo brasileiro. Mais ainda, é notável que esse processo tenha ocorrido sob dois governos — FHC e Lula — que, a princípio, se sustentavam em bases políticas e ideológicas distintas. Mesmo na iminência de mudança, o Estado encontrou meios de se preservar. No governo FHC, as privatizações só conseguiram ser viabilizadas com uma forte presença de entidades ligadas direta ou indiretamente ao Estado. No governo Lula, as estruturas estabelecidas no período anterior serviram de canais de influência no mundo corporativo e se multiplicaram devido à ação mais intensa de entidades públicas como o BNDES. Alguns grupos privados nacionais que entenderam essa dinâmica e se engajaram em extensas alianças com o capital público acabaram, a reboque, preservando ou até mesmo aumentando sua centralidade na economia. (LAZZARINI, 2011, p. 31)

No campo jurídico, desenvolveram-se duas formas de realizar esse processo de privatização: (1) a venda dos ativos estatais para a iniciativa privada; e (2) concessão do serviço público, como explica:

A primeira é quando o mercado, no qual está inserida a empresa a ser privatizada, opera em regime de concorrência. Nesse caso, é o mercado quem define as regras. Por outro lado, há situações em que a empresa opera em um contexto de monopólio. Isso sugere a necessidade de alguns mecanismos de regulação por parte do poder público. Nesse caso, diz-se que mesmo a que, e, a privatização, o governo exerce algum controle, orientado para o objetivo de assegurar e cuidar do funcionamento apropriado da empresa monopolista. Assim, pode-se dizer que o processo de privatização coloca em ordem a divisão de tarefas entre governo e iniciativa privada. No segundo caso, o poder público permite (concede) a exploração do serviço pela iniciativa privada. (MATOS FILHO, 1996, p. 12)

Em brevíssima análise, podemos verificar que a modalidade de privatização na qual ocorre a transferência do ativo público para a iniciativa privada, quando opera em regime de livre concorrência, não apresenta maiores dificuldades jurídicas, pois, em tese, não há mudanças quanto à sua dinâmica contratual relevantes para o nosso estudo, afastando-o da nossa análise.

O problema surge quando verificamos que o ativo público transferido para a iniciativa privada detém o monopólio do serviço em que atua, não havendo livres concorrentes, qui-

çá, não havendo concorrentes naquela área de atuação, modelo que estabelece a necessária presença de agências de regulamentação específica, especialmente quando a transferência envolve empresa estatal que presta serviço público essencial.

A expressão serviço „público“ essencial é, em termos da doutrina administrativa especializada, um pleonismo, pois todo serviço público é essencial, conforme observamos:

1.1.2.1 Serviços públicos: propriamente ditos, são os que a Administração Pública presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública. (MEIRELLES, 2004, p. 321)

Também podemos verificar o recurso a expressões ideológicas vazias juridicamente na associação serviço público-essencialidade (“defesa nacional” e “preservação da saúde pública”); porém, não verificamos na doutrina especializada a criação de qualquer nova categoria conceitual para serviço público que foi objeto de privatização, somente a acomodação desses serviços privatizados na categoria de serviços de utilidade pública, como observamos:

1.1.2.2 Serviços de utilidade pública: são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone. (MEIRELLES, 2004, p. 322)

Essa aparente falta de inovação conceitual diante do fenômeno de privatizações demonstra um certo atraso doutrinário, pois já é consagrado internacionalmente que alguns exemplos listados como serviços de utilidade pública são direitos humanos fundamentais e essenciais para a própria existência da vida, como é o caso do acesso à água potável — consagrado em resolução da ONU (A/RES/64/292 de 2010).

Por outro lado, a utilização da expressão „serviços essenciais“ também não é satisfatória para definir esses serviços públicos privatizados, pois a Constituição Federal de 1988 estabelece que estes são listados em lei quando da regulamentação do direito de greve (art. 9º §1º).

Destarte, para evitar uma confusão conceitual desnecessária, nos socorrendo do art. 22 CDC, estabelecemos o conceito de serviços “públicos” essenciais como aqueles serviços/

atividades que têm ou tinham natureza pública, de fornecimento contínuo e obrigatório, que estão sujeitos a exploração da iniciativa privada mediante ato de concessão.

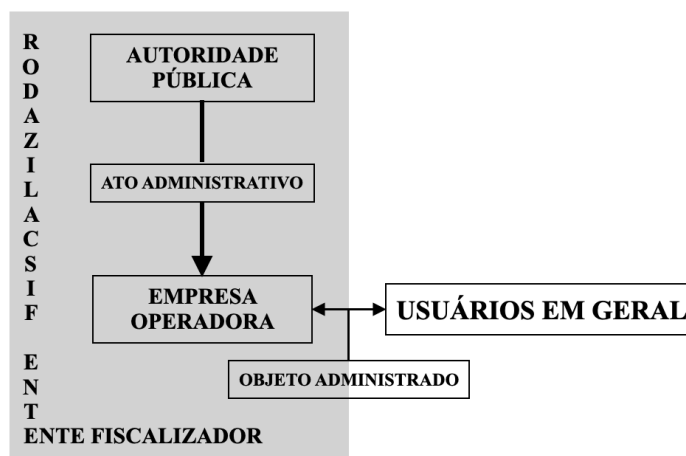
A partir dessa concepção, podemos estabelecer que são serviços „públicos“ essenciais as telecomunicações, o transporte público, a operação de rodovias, o saneamento básico, a distribuição de energia elétrica, a coleta de lixo, a gestão e operação de terminais portuários/aeroportuários e a gestão de resíduos sólidos — ou seja, praticamente uma vastidão de serviços demonstrando o problema do tamanho da atuação do Estado brasileiro na economia.

4 DELINEANDO A TEORIA DOS CONTRATOS PRETERPÚBLICOS A PARTIR DO FENÔMENO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS.

Assentado o conceito de serviço público essencial e a implicação de existirem negócios jurídicos que possuem como objeto serviços que são administrados por autoridade administrativa estatal, podemos estabelecer que um contrato *preterpúblico* tem em seu plano existencial um contexto, um plano constituído por força de ato administrativo que possibilitou à iniciativa privada a exploração comercial daquele serviço daquele objeto negocial.

Nesse sentido, quanto ao seu objeto, o contrato *preterpúblico* é uma derivação no direito privado das consequências do ato administrativo que permitiu/concedeu a exploração pela iniciativa privada de certo serviço, gerando em sua existência uma justaposição entre o negócio jurídico realizado entre o explorador do serviço — particular e a relação concessão pública — explorador do serviço, implicando em restrições pré-estabelecidas na negociação primeira, por causa da relação segunda e do estabelecimento de um ente fiscalizador.

Em uma tentativa de visualização:



Como exemplo dessa estrutura, podemos considerar a cobrança de passagens de ônibus, na qual a sua estipulação não é realizada entre os passageiros e a empresa concessionária; não há negociação quanto ao objeto do contrato de transporte. A negociação ocorre entre o poder concedente e as empresas operadoras, com eventual participação de entidades de controle social. Logo, teoricamente, são duas relações, mas a realidade é que uma relação é derivada diretamente da outra.

Importante ressaltarmos que não se trata do que a doutrina administrativista denomina de atos administrativos negociais, nos quais existe uma complementaridade entre o ato administrativo e os atos privados necessários para a realização do negócio jurídico pretendido pelo particular, sendo atos bifaces (MEIRELLES, 2004).

O contrato *preterpúblico* é um negócio jurídico derivado, não envolvendo a implementação da permissão/concessão estabelecida no ato administrativo, mas sim derivado da exploração dessa implementação, sendo produto da oferta do serviço ao público em geral, possuindo uma estrutura completa de Direito Privado, mas peculiaridades/condições pré-estabelecidas para a sua constituição entre particulares por força de imposição direta da autoridade pública.

Isto significa que, enquanto as partes estão em (aparente) paridade inerente a todo negócio jurídico de Direito Civil, sua liberdade contratual se encontra limitada pelo fato de o negócio estar sendo realizado em decorrência direta de permissivo estatal para sua exploração, permissivo que estabelece critérios e condições para o permissionário, implicando em uma oferta que se encontra limitada por esses critérios e gerando a limitação no alcance quanto ao objeto da estipulação.

É um fenômeno no qual o contexto administrativo originário da relação jurídica civil implica limitações quanto à liberdade de contratação (adesão) e limitações quanto ao que pode ser objeto de negociação (objeto administrado).

Limitando-nos à questão do objeto administrado, essa modalidade de objeto é lícita, possível, determinável, mas é administrada por autoridade pública. A autoridade pública é que estabelece as diretrizes do que pode ou não ser negociado, bem como as condições para a prestação, as quais consistem em parâmetros para a própria fiscalização a que o ofertante está sujeito, mas o aceitante não.

Acrescentamos que esses objetos administrados consistem em prestações de serviços que são essenciais para a prática de uma determinada atividade (ex.: terminal portuário), para dignidade da pessoa (ex.: fornecimento de eletricidade, plano de saúde) ou para a própria existência humana (ex.: fornecimento de água), os quais, certamente, se enquadram no conceito de serviços públicos essenciais, mesmo que negociados entre particulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria dos contratos *preterpúblicos* consiste em desafio teórico que procuramos compreender desde a época do doutorado, especialmente pelas particularidades e dificuldades que investidores e boa parte dos juristas brasileiros têm diante de situações fáticas que fogem da moldura padrão do negócio jurídico civil e da teoria dos atos administrativos negociais.

Objetos administrados são resultado da presença estatal na atividade econômica e a adoção de um modelo impróprio para concessão de serviços públicos pela iniciativa privada, gerando situações em que serviços essenciais, as obrigações sociais do Estado (*Daseinvorsorgungen*) acabam sujeitos a monopólios ou cartéis privados, existindo a necessidade de critérios específicos para sua fiscalização quando explorados.

Encerramos nosso esboço com um esboço de pergunta à indagação estabelecida na introdução: podemos considerar um negócio jurídico de Direito Civil uma relação jurídica contratual que tem por objeto da estipulação um objeto administrado e a autonomia privada é limitada *a priori* por regras de intervenção no domínio econômico do Estado?

Nossa resposta preliminar é que podemos, na medida em que se reformule a teoria geral dos negócios jurídicos e construa-se uma estrutura normativa para essa modalidade específica de objeto negocial, estabelecendo uma categoria própria de compreensão desse tipo de negócio jurídico — por exemplo, o Direito alemão adotou a criação de regras gerais do negócio (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) e incorporação de regras de proteção ao usuário final no campo da teoria geral dos negócios jurídicos (§305 BGB).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *A Constituição brasileira contra o Brasil: uma análise de seus dispositivos econômicos*. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de (org.). **A Constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988**. São Paulo: LVM, 2018.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *O mercado interno, o patrimônio público e o art. 219 da Constituição brasileira de 1988 - bases para sua interpretação*. In: **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**. Brasília, v. 8, n. 4, out./dez. 1996, p. 44, disponível online em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21831/mercado_interno_patrimonio_publico_.pdf

CAMPOS, Roberto. *É proibido sonhar. 07/12/1986*. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de (org.). **A Constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988**. São Paulo: LVM, 2018.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BEVILAQUA, Clóvis. *Em defeza do projecto de código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

ESSER, Josef. *Gedanken zur Dogmatik der „faktischen Schuldverhältnisse“*. **Archiv für die civilistische Praxis**, 157. Bd., H. 1 (1958/1959), p. 88. Disponível mediante cadastro online em <https://www.jstor.org/stable/40993618>

GOÑI, ÁLVARO RUSSOMANO. *O princípio constitucional da solidariedade como fundamento do direito social à assistência social, da doutrina da Daseinsvorsorge e do mínimo existencial. Possibilidades e limites em época de pandemia sanitária*. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 2, p. 01-20, jul./dez. 2020, disponível online em <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/6938/pdf>

LARENZ, Karl. *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956)*. **Revista Direito GV**, vol. 2, n.º 1, jan-jun/2006, disponível online em <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35214>

LAZZARINI, Sérgio G. **Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATOS FILHO, José Coelho & OLIVEIRA, Carlos Wagner de A. *O processo de privatização das empresas brasileiras. Temas para discussão n.º IPEA*, maio de 1996, p. 12. Disponível online em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1836/1/td_0422.pdf

MEDICUS, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**, 10. Aufl. Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**: atualizado até 15.03.2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Carlos Henrique Lopes & JURGENFELD, Vanessa Follmann. *Desnacionalização e financeirização: um estudo sobre as privatizações brasileiras (de Collor ao primeiro governo FHC)*. **Economia e Sociedade**. Campinas, v. 28, n. 2 (66), maio-agosto 2019, p. 408-409, disponível on408-409,: <https://doi.org/10.1590/1982-3533.2019v28n2art05>

TEPEDINO, Gustavo. *O papel da vontade na interpretação dos contratos*. *Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença [S. l.]*, v. 16, n. 1, p. 82, 2018. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/492>.

WEBERBAUER, Paul Hugo. **Comentários sobre o direito internacional privado brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.