

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO 1987
ANO 24 • NÚMERO 96

Esquemas privatísticos no Direito Administrativo

J. CRETELLA JÚNIOR

Professor Titular de Direito Administrativo
na Faculdade de Direito de São Paulo

SUMÁRIO

1. *Direito comum e direito administrativo*. 2. *Dualidade de jurisdição*. 3. *Esquemas de direito privado*. 4. *Plano deste trabalho*. 5. *“Regras jurídicas privatísticas”*. 6. *“Entidades privadas prestando serviços públicos”*. 7. *“Contratos privados celebrados pelo Estado”*. 8. *“Bens do Estado sob regime privado”*. 9. *“O Estado herdeiro, conforme o direito privado”*. 10. *Outros “esquemas privatísticos”*. 11. *Conclusões*.

1. *Direito comum e direito administrativo*

O *direito comum*, expressão com que se designa o direito privado — civil e comercial —, tem sido tomado como referencial para definir o direito administrativo e seus princípios, apontados como “derrogatórios” e exorbitantes do *direito comum*.

Desde Ulpiano, que dividiu o direito em *público e privado*, as divisões e subdivisões subseqüentes deram, como conseqüência, o aparecimento dos vários setores especializados, que apresentam objeto próprio, método específico, princípios informativos e institutos típicos, inconfundíveis com os paralelos, em um e outro ramo.

Nem as diversas áreas da ciência do direito nem “setor” algum dos conhecimentos humanos constitui círculo fechado e estanque de noções. Toda disciplina científica mantém conexões com outros setores do saber, estabelecendo-se uma “relação contínua de dependência recíproca, relação

BIBL. — JEAN WALINE, *L'application du droit privé par le juge administratif*, 1962 (tese); GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, 1962; J. TERCINET, *Les tribunaux judiciaires, juges de l'action administrative*, 1976; nosso *Tratado de direito administrativo*, Rio, 1972, vol. X, pp. 157, 169, nota 26, 171, 198, 199 e 200 (capítulo intitulado *Régime jurídico de direito privado, no direito administrativo*, pp. 174 a 185); ANDRÉ HAURIOU, *L'utilisation, en droit administratif, des règles et principes du droit privé*, publicado, em 1930, no *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény*, tome III, *Les sources des diverses branches du droit*, Paris, 1934, pp. 92-99, edição da Librairie du Recueil Sirey, traduzido para o português por Paulo da Mata Machado, em RDA, 1: 465, sob o título *Utilização, em direito administrativo, das regras e princípios do direito privado*.

esta de reciprocidade e de subordinação característica do saber humano” (cf. nosso *Curso de Filosofia do Direito*, 3.^a ed., 1983, p. 77).

Quando, em 1815, na França, o Barão de Gérando inaugurou, na Faculdade de Direito de Paris, a cátedra de direito administrativo, o novo ramo do direito público começou a dar os primeiros passos, como disciplina jurídica, mas a *autonomia científica* do nosso setor da ciência do direito só ocorreu mais de meio século depois, quando, em 1873, o Conselheiro David, do Tribunal de Conflitos, julgando o caso Blanco, proclamou em voto claro que a *responsabilidade civil do Estado* é diferente da *responsabilidade civil do particular* e que, por isso, deve ser equacionada e resolvida em termos de direito público e nunca à luz do Código Napoleão, súmula do direito privado, e, pois, inaplicável ao direito público.

Aos poucos, o direito administrativo formula regras próprias, princípios informativos próprios, procurando isolar-se do direito privado, mas os resquícios deste aparecem a todo instante naquele, nos diversos capítulos, demonstrando que os setores se separam, mas se interpenetram, porque nenhum deles, como dissemos, constitui compartimento isolado.

Em 1962, na França, JEAN WALINE apresentou e defendeu tese de doutoramento, na Faculdade de Direito de Paris, comparecendo perante banca examinadora, da qual participaram Georges Vedel e Jean Rivero.

A tese, intitulada *L'application du droit privé par le juge administratif*, não publicada, em livro, mas datilografada, conforme exemplar que consultamos na casa do Professor Marcel Waline, ressalva o conceito e o alcance do direito administrativo, ao mesmo tempo que sublinha as hipóteses em que o juiz administrativo aplica, aos litígios que lhe são submetidos, *regras do direito privado*, casos concretos esses muito mais numerosos do que geralmente se imagina, de tal maneira que se torna bastante contestável a colocação tradicional que aí vê “exceções” à autonomia do direito administrativo, repelindo “em bloco” o direito privado (cf. VEDEL, *Droit Administratif*, 5.^a ed., 1973, p. 58).

O que permanece verdadeiro, sem embargo da tese clássica, é que, ao contrário do juiz judiciário, magistrado do direito comum, o juiz administrativo é o único a decidir se os códigos e as leis do direito privado se aplicam a esta ou àquela matéria que caiu sob sua competência. Conforme o caso, cabe ao juiz administrativo estruturar as regras aplicáveis ou considerar inútil a derrogação das regras do direito privado (VEDEL, *Droit Administratif*, 5.^a ed., 1973, pp. 58-59).

2. Dualidade de jurisdição

A partir do caso Blanco, em 1873, o princípio fundamental da delimitação da competência fica inalterável, na França, consistindo em repartir entre o *juiz administrativo* e o *juiz judiciário* os litígios nascidos da ação administrativa, conforme sejam aplicadas *regras do direito administrativo* ou *regras do direito privado*, ou, em duas palavras, a competência é determinada pela natureza das regras jurídicas aplicáveis ao caso.

Este princípio, elucida JEAN RIVERO (cf. *Droit Administratif*, 9.^a ed., 1980, p. 172), admite poucas exceções. Ocorre que o *juiz administrativo*, por ocasião dos litígios, é levado a aplicar certas regras de direito privado. Inversamente, o *juiz judiciário* é, às vezes, conduzido a aplicar o direito administrativo, mas essas hipóteses, menos raras do que se acreditou durante muito tempo, são muito poucas para enfraquecer a regra, conclui o professor da Faculdade de Direito de Paris, depois de citar os trabalhos de JEAN WALINE, *L'application du droit privé par le juge administratif*, 1962 (tese), GOYARD, *La Compétence des Tribunaux Judiciaires en Matière Administrative*, 1962, e J. TERCINET, *Les Tribunaux Judiciaires, Juges de l'Action Administrative*, 1976.

Como se sabe, na França, que admite o instituto do *contencioso administrativo*, há duas ordens judicantes: a *ordem judiciária comum* e a *ordem administrativa*; a primeira a cargo do *magistrado ordinário*, a segunda entregue à competência de *juiz especializado*, que aplica, regra geral, leis e princípios do direito administrativo. Quando há conflitos de competência entre essas duas ordens, quem os resolve é o Tribunal de Conflitos.

3. Esquemas de direito privado

Toda esta introdução teve por finalidade mostrar como os esquemas e regras do direito privado se aplicam nos vários campos do direito administrativo, a principiar pela jurisdição.

Como é que a França, que separa, de modo nítido, duas ordens de jurisdições, desde que criou o *contencioso administrativo*, que é autônomo e independente do Poder Judiciário comum, acaba por permitir que o *juiz administrativo*, em alguns casos, ignorando a colocação extraordinária e derogatória do caso Blanco, deixe de aplicar *regras do direito público* e resolva matéria administrativa, aplicando *regras do direito privado*?

Eis, em algumas palavras, o primeiro esquema do direito privado que passa a funcionar no direito administrativo, mostrando que os dois ramos do direito, o administrativo e o direito comum, não são compartimentos estanques, mas setores que se interpenetram, cruzando-se.

4. Plano deste trabalho

Sabendo-se, por um lado, que “instituto é fato *do mundo* ou ato *do homem* sobre o qual ocorre incidência normativa” e sabendo-se, por outro lado, que a “incidência normativa” se corporifica nas regras jurídicas, que “regem o caso”, cumpre indagar, nas várias áreas do direito administrativo, quais os institutos do direito privado — e suas respectivas regras jurídicas —, quais os esquemas do direito comum, quais as normas privatísticas, que se utilizam, no âmbito do direito público.

ANDRÉ HAURIOU, no artigo intitulado “A utilização, em direito administrativo, das regras e princípios do direito privado”, publicado em tradução brasileira (cf. *RDA*, 1: 465), procura, pela primeira vez, colocar em relevo a penetração de esquemas civilísticos, no campo do direito público.

O trabalho de ANDRÉ HAURIOU foi publicado no *Recueil d'Études sur les Sources du Droit, en l'Honneur de François Gény*, tomo III, "Les sources des diverses branches du droit", editado pela Librairie du Recueil Rirey, Paris, 1934, pp. 92-99, traduzido para o vernáculo por Paulo da Mata Machado.

ANDRÉ HAURIOU principia por dizer que "grande número de preceitos administrativos, de teorias ou de princípios foram tomados do direito privado e, muito especialmente, do direito civil" (cf. *RDA*, p. 465), passando depois a comparar o direito privado com o direito administrativo (cf. *RDA*, pp. 466-467), analisando a seguir a *justiça comutativa*, que seria peculiar ao direito privado, e a *justiça distributiva*, inerente ao direito administrativo (pp. 467-468), concluindo ser "difícil admitir-se que tenha o direito privado podido influir na formação do direito administrativo e fornecer-lhe princípios ou regras para resolver problemas jurídicos que, à primeira vista, se manifestam com caráter tão particular" (cf. *RDA*, p. 468, *in fine*). Fala a seguir sobre "a função supletiva do direito privado, em relação às normas administrativas" (cf. *RDA*, p. 469), aludindo depois às "*transposições*, que nem sempre operam de um só golpe, segundo uma espécie de plano preconcebido, no momento em que se apresenta um problema jurídico para o qual importa achar uma solução" (cf. *RDA*, p. 470), entendendo que "não se deve crer que a utilização do direito privado em direito administrativo seja sempre o resultado de ação consciente e voluntária" (cf. *RDA*, pp. 469-470).

Tratando ainda do *processo de transposição*, enumera três fases:

a) a transferência pura e simples para o direito administrativo de uma teoria ou de uma regra de direito privado,

b) o movimento de reação provocado por uma consciência mais nítida das necessidades administrativas e

c) as adaptações da regra de direito privado, fazendo-a experimentar as transposições necessárias (cf. *RDA*, p. 470).

A seguir, estuda as *delegações*, em direito público, e a teoria do mandato (cf. *RDA*, p. 471), elucidando que, aqui, ocorre também o *método* ou *processo de transposição*.

Conclui ANDRÉ HAURIOU que "outros exemplos de transposição, ao direito administrativo, das regras e princípios do direito privado, poderiam ser dados a propósito, por exemplo, da situação jurídica dos funcionários, dos contratos ou dos quase-contratos administrativos" (cf. *RDA*, p. 473).

Em outros trabalhos (cf. os artigos "Reflexos do direito civil no direito administrativo", na *Revista de Direito Civil*, 1977, ed. da Revista dos Tribunais, dirigida por Limongi França, n.º 22, p. 177, "As categorias jurídicas e o direito público", em *RDA* 85:28, e "Fundações de direito público", em *RDA*, 81:7), assinalando a influência do direito civil, no campo do direito administrativo, reflexo esse que leva ao *método da transposição*

“pura” ou “adaptada”, de institutos milenarmente trabalhados pelo direito civil para o novo ramo do direito. Frisamos, ainda, criticando o *método da transposição* “adaptada”, que o processo de trabalho deve ser outro, porque o direito civil não é “pai”, mas “irmão mais velho” do direito administrativo, pelo que se deve partir da “categoria jurídica”, que paira sobre todos os ramos do direito e, a partir desta, “descer”, para o direito administrativo e para os outros ramos, plasmando o gênero — a “categoria jurídica” — à espécie — o instituto, em cada um dos ramos do direito.

Assim, define-se o “contrato” como *categoria jurídica*, conceitua-se a “fundação” como *categoria jurídica*, identifica-se o “ilícito” como *categoria jurídica* e só, num segundo momento, obtida, numa proposição conceitual, a definição, é que se inclui o instituto, em dado ramo do direito, sem *transposição de esquema*, já trabalhado ou estruturado, em outro ramo.

Em razão destas explicações, fica bem claro o campo que este artigo pretende esclarecer, ou seja, a *utilização, em direito administrativo, de regras, princípios, esquemas e institutos do direito privado*, sem transposição “adaptada”, isto é, o nosso campo vai mostrar a presença, no campo do direito administrativo, de esquemas também utilizados no direito civil e comercial, ou em outros ramos do direito comum.

Trata-se, assim, de “corpos estranhos” ao direito administrativo, utilizados pelos cultores deste ramo do direito, que aplicam ao direito público esquemas do direito privado, “regras jurídicas privatísticas”, “contratos de direito privado”, “pessoas privadas gerindo serviços públicos”, “bens privados do Estado”, “sucessões, conforme regras do direito civil”.

5. “Regras jurídicas privatísticas”

No início deste artigo, citando a tese de JEAN WALINE, intitulada “A aplicação do direito privado pelo juiz administrativo”, pudemos ressaltar “a utilização, em direito administrativo, das regras e princípios do direito privado” (título do artigo de ANDRÉ HAURIOU), mostrando como, na França, onde existe o contencioso administrativo, o “juiz administrativo” se socorre de normas do direito comum para resolver litígios que giram em torno de matéria administrativa.

No Brasil, país de jurisdição una, não existe a figura autônoma do juiz administrativo, a não ser que se queira designar assim o juiz da Fazenda Municipal, da Fazenda Estadual ou o juiz federal, este último, quando versa matéria administrativa.

Em todo caso, quer na França, quer no Brasil, o magistrado, ao decidir matéria administrativa, pode recorrer a regras de direito privado, aplicando, assim, o direito comum para solucionar problemas de direito público.

6. “Entidades privadas prestando serviços públicos”

Como regra, o *serviço privado* é desempenhado por particulares, pessoas físicas e pessoas jurídicas privadas; o *serviço público* é prestado por entidades públicas, quer da Administração direta, pessoas políticas — União,

Estado-Membro, Município, Distrito Federal —, quer pela Administração indireta, pessoas administrativas — autarquias federais, estaduais e municipais.

Aos poucos, ocorre um cruzamento ou quiasma: entidades do Estado passam a executar serviços privados e, vice-versa, entidades privadas passam a desempenhar serviços públicos.

Observam-se, no caso, *esquemas de direito privado*, civil e comercial, operando no campo do direito administrativo, ficando derogado o regime jurídico de direito público, exorbitante do direito comum.

Entende-se que a *autarquia*, que é o próprio serviço público personificado, verdadeira descentralização de serviços irradiados do “centro” para a “periferia”, preste serviços públicos (cf. nosso artigo “Prestação de serviços públicos pela autarquia”, em *RF*, 274:91), pois a entidade autárquica, pessoa jurídica pública administrativa, é o próprio Estado, mas é mais difícil entender como a *empresa pública* e a *sociedade de economia mista*, pessoas jurídicas de direito privado, modelos empresariais, empregadas pelos particulares, passem a executar serviços públicos, concorrendo com as *autarquias*, cuja criação foi precisamente a de alijar do “centro”, da Administração direta, alguns tipos de serviços públicos, petrificados na entidade pública criada.

A *autarquia* é um esquema do direito público, só existente no âmbito do direito administrativo. Submete-se a regime jurídico de direito público, informado por princípios publicísticos, derogatórios e exorbitantes do direito comum.

A *empresa pública* e a *sociedade de economia mista*, ao contrário, são esquemas do direito privado existentes no direito comercial, sujeitas a regime jurídico do direito mercantil, informadas por princípios do direito privado.

Eis aqui, de modo indiscutível, a presença anômala, no âmbito do direito público, de esquema privado concorrendo com o modelo autárquico para a prestação de serviço público.

Na empresa pública, “o epíteto *público* é aplicado mais comumente a uma *empresa*, quando esta é colocada sob o controle do Estado, do Governo ou de um organismo estatal” (NICOLA BALOG, “A organização administrativa das empresas públicas”, em *RDA*, 87:40).

“Por motivo de comodidade, a Administração cria todas as peças do organismo de direito privado que lhe permitam executar sua missão. Ao lado das pessoas autenticamente privadas que colaboram em tarefas de interesse geral, existem também organismos artificialmente privados, que são, na realidade, organismos administrativos, cujo caráter privado é apenas uma fachada. De todas as técnicas do direito privado, a da *sociedade anônima* é certamente uma das mais aperfeiçoadas, sendo, por isso, muitas vezes utilizada pelo poder público, quando este quer exercer atividade de caráter econômico” (PROSPER WEIL, *Le Droit Administratif*, 1964, p. 39).

As características externas da empresa pública revelam-se pelos seguintes traços: adota a forma das empresas comerciais comuns, sociedade por ações, sociedade por responsabilidade limitada, ou recebe estruturação específica, mas a propriedade e a direção são exclusivamente governamentais, sendo a personalidade de direito privado (cf. BILAC PINTO, *O Declínio da Sociedade de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas*, p. 56).

Quanto à forma, a empresa pública, conforme o direito positivo, nunca, porém, na prática, pode assumir qualquer das formas em direito permitidas, ao passo que a sociedade de economia mista assume, tão-só, a forma de sociedade anônima.

Criadas por lei para o desempenho de atividades econômicas, comerciais ou industriais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista acabaram por substituir antigas autarquias e, nesse caso, a desempenhar serviços públicos, os mesmos serviços públicos que a entidade autárquica anterior transformada desempenhava.

Temos aqui exemplo inequívoco de esquema do direito privado, comercial e civil, presente no campo do direito administrativo, concorrendo com a autarquia, usurpando-lhe mesmo as antigas funções, e funcionando sob forma adotada do direito comercial, sob regime de direito privado, mas prestando serviços públicos, como, por exemplo, ocorreu com o Banco Nacional da Habitação (BNH), com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), com a Companhia Brasileira dos Correios e Telégrafos (ECT), antes organismos estatais, funcionando sob regime jurídico de direito público, mas hoje, depois da transformação, sob regime jurídico de direito privado, com alguns “desvios” e “distorções” por causa da presença do Estado na relação jurídica.

7. “Contratos privados celebrados pelo Estado”

Ao contratar, mesmo com particulares, o Estado celebra acordos de direito público e acordos de direito privado.

A presença do Estado, por si só, não significa que o contrato celebrado seja público, pois a relação jurídica pode ser de direito privado.

O que distingue, a nosso ver (cf. nosso artigo “As cláusulas de privilégio, nos contratos administrativos”, na *Revista de Informação Legislativa*, 89:303), o contrato administrativo é a presença, no acordo, de cláusulas especiais, exorbitantes, derogatórias, “de privilégio”, que não podem figurar nos contratos de direito privado, porque, se presentes nestes, atentariam contra a ordem pública.

A presença de contratos de direito civil, no campo do direito administrativo, é outro exemplo patente de esquema do direito privado no âmbito do direito público.

Podendo o Estado celebrar contratos públicos e contratos privados, conforme o caso, há casos em que é obrigado, inexoravelmente, a adotar

o esquema do direito civil e, como consequência, a submeter-se a regras do direito privado, como ocorre, por exemplo, quando o Estado é locador ou locatário de imóvel, ou quando se trata de mera compra de materiais pelo Estado, no caso do fornecimento contínuo ou descontínuo de gêneros alimentícios.

Nos contratos de direito privado, celebrados pelo Estado, observamos a ausência das cláusulas exorbitantes, o que demonstra que a figura jurídica presente é tomada de empréstimo ao direito civil.

8. *"Bens do Estado sob regime privado"*

A dominialidade do Estado é formada por "coisas" ou "bens", que se repartem em três classes: bens de uso comum, bens de uso especial e bens dominicais.

Os dois primeiros tipos estão totalmente fora de nosso estudo, mas os últimos, também denominados bens do "patrimônio privado" do Estado, ou bens do "patrimônio disponível", merecem atenção, pois é possível ver, nesses bens, denominados, no Brasil, de "dominicais" (de "dominus", dono, proprietário), esquemas do direito privado, no setor da dominialidade pública, o que lhes dá regime jurídico diverso — porque "derrogatório".

No início, o patrimônio do Príncipe era confundido com o patrimônio do Estado, havendo entre os bens e o Monarca uma relação de direito privado, ligando a "res" ao "dominus". *Bens dominicais* eram bens do "domínio" do senhor, que sobre eles exercia o senhorio absoluto. Os bens da Coroa confundiam-se, assim, com os bens do Estado, em geral, sendo o titular único das "coisas públicas" o Soberano.

Aos poucos se vai dissociando o patrimônio pessoal do Chefe de Estado do patrimônio geral da Nação.

Os juristas romanos preocuparam-se com a "res" entidade relevante para o direito, suscetível de tornar-se objeto de relação jurídica (cf. nosso *Curso de Direito Romano*, 11.^a ed., 1987, p. 151), ensaiando várias classificações dos bens, e, depois, dos bens públicos, como se depreende da leitura dos textos de Gaio e de Justiniano.

No direito brasileiro, a expressão *bens dominicais*, registrada no Código Civil, abrange bens imóveis e móveis, bens esses de características tão diversas, uns dos outros, que se poderá falar numa escala da "dominicalidade", não só do ponto de vista quantitativo, como sob o ângulo qualitativo.

Os bens da Coroa, por exemplo, eram os integrantes do patrimônio da família imperial, não somente em caráter público, mas ainda os particulares dessa família (cf. Conselheiro A. JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Civil*, vol. II, p. 308, e TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 4.^a ed., 1956, vol. III, p. 403), os primeiros "como tais se consideram os terrenos nacionais, possuídos pelo Senhor Dom Pedro I, fundador do Império e que ficarão sempre pertencendo aos

seus sucessores; e assim mais os adquiridos, e as construções feitas à custa da Nação para a decência e recreio do Imperador e de sua família”.

“Além desses bens públicos, tinha o Imperador e sua família bens particulares, acrescidos sempre com as dotações pagas pelo Tesouro, mas que constituíam, apesar de sua origem, bens de seu patrimônio particular” (cf. TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 4.^a ed., 1956, vol. III, p. 404).

Em nossos dias, depois do advento do Código Civil de 1916, art. 66, III, os “bens dominicais” mais se aproximam, pelo regime jurídico, do direito privado, onde vão encontrar esquemas desta ala do direito, cujos elementos servem para sua caracterização.

Deixando de lado alguns tipos de *bens dominicais*, como os terrenos de marinha, e os acrescidos, assim como os terrenos marginais a rios navegáveis, poderemos observar que “instrumentos e produtos de crime”, “terras devolutas”, bens de associações extintas, bens de ausentes, bens do evento, bens vagos, bens da Coroa são coisas do patrimônio público que mais se aproximam do direito privado do que do direito público, pelo que mereceriam estudo mais aprofundado a fim de que se demonstrasse como o direito civil está presente, em nosso campo, no imenso capítulo dos bens que o próprio Código Civil refere como “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades” (art. 66, III).

9. “O Estado herdeiro, conforme o direito privado”

Em capítulo especial, denominado “Regime jurídico de direito privado, no direito administrativo” (cf. nosso *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 1972, vol. X, pp. 174 a 185), estudamos, além dos aspectos mencionados, nos vários parágrafos deste artigo, a *sucessão*, em direito público (cf. *Tratado*, X: 157, 169, notas 26, 171, 198, 199 e 200), citando, então, extensa bibliografia a respeito (ver: FRITZ FELINER, *Les Principes du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 99, nota 7 e p. 101; ZANOBIANI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 3.^a ed., 1948, vol. IV, pp. 126, 217, 128; VEIGA CABRAL, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1859, p. 116), tratamos do “Estado herdeiro”, o que lhe possibilita receber em certas condições bens do patrimônio privado do *de cujus*.

Falecendo alguém e não se lhe conhecendo *herdeiros*, temos a *hereditas jacens*, a herança jacente. É também *jacente* a herança que não foi ainda aceita pelas pessoas sucessíveis. Se, praticados todos os atos e diligências legais, não forem encontrados herdeiros, os *bens da herança*, até então *jacentes*, são declarados *vacantes*.

Herança vacante é, assim, aquela relativamente à qual não se achou nenhum herdeiro. Eis a origem dos *bens vagos*.

Declarada a *vacância*, depois de decorrido o prazo de tempo, fixado em lei para a habilitação dos herdeiros, o patrimônio do *de cujus* passa a

integrar a categoria dos “bens do patrimônio do Estado”, “bens disponíveis”, “bens dominicais”, classificando-se como “bens vagos”, “bens vacantes”.

O *bem vacante* é deferido ao Estado em caráter provisório, até que decorrido o prazo legal, a incorporação se concretize para sempre (cf. nosso *Tratado*, vol X: 169-170).

Pois bem, o “Estado sucessor”, ou seja, “a sucessão pelo Estado de bens deixados pelo particular”, reflete do modo mais claro possível a presença, no direito administrativo, de “esquemas” ou “regras” do direito privado, que se encontram, sem exceção, no Código Civil (cf. arts. 495, 1.619, 1.593, 1.594), ou em outros diplomas (Decreto-Lei n.º 8.207, de 22 de novembro de 1945, art. 3.º, parágrafo único).

10. Outros “esquemas privatísticos”

Pesquisando-se outros campos do direito administrativo, vamos encontrar “esquemas de direito privado”, do direito civil e do direito comercial, o que demonstra que o direito é bloco maciço, uno, monolítico, apenas dividido em privado e público, a partir de Ulpiano, para efeitos *didáticos* mais do que para fins *científicos*.

A “falência”, por exemplo, instituto ou esquema nítido e exclusivo do campo do direito comercial, é estudada pelos cultores do direito administrativo, quando se trata da *empresa pública* (cf. nosso livro *Administração Indireta Brasileira*, Rio, Forense, 1987, p. 435) e da *sociedade de economia mista* (cf. nosso livro *Administração Indireta Brasileira*, Rio, Forense, 1987, p. 453), entidades de direito privado, mas estatais, prestadoras de serviços essenciais, a primeira, socorrida pelo Estado, em nome da continuidade dos serviços públicos, nem sequer atingida pela quebra, pois o poder público está vigilante; a segunda tendo os bens penhoráveis e executáveis, respondendo subsidiariamente a pessoa jurídica que a controla, no caso de obrigações assumidas e não cumpridas (art. 242 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das Sociedades por Ações).

A “penhora” é, também, outro instituto que se encontra regulado pelo Código Civil (arts. 689, 938, 1.015, III, 1.024, 1.077, 1.361, 1.430), estando presente, nas hipóteses de empresas públicas e de sociedades de economia mista, quando tais entidades não cumprem as obrigações assumidas.

11. Conclusões

“Esquemas e regras do direito privado”, civil e comercial, estão, pois, presentes no campo do direito administrativo, demonstrando que este ramo do direito público não pode ser definido, como pretende Jean Rivero, como o setor cujos institutos derrogam e exorbitam o direito comum, já que, inúmeras vezes, o novo ramo pede emprestado a outros ramos do direito, privado, mais antigos e estruturados, regras e esquemas, aproveitados como técnicas de trabalho e de esclarecimento de seus institutos.