

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Eunice Ferreira Nequete

**FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO
INTERESSE PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Itiberê Rodrigues

Porto Alegre
2005

RESUMO

Trata a presente dissertação dos fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público no Direito Administrativo brasileiro. Ocupa-se de suas origens não só na doutrina administrativista brasileira, mas também na doutrina do Direito Administrativo francês e no Direito medieval, revelando o surgimento de um conceito de interesse público, a partir da obra de Beaumanoir, provavelmente diverso daquele de que cuidava o Direito Romano.

ABSTRACT

The present paper treats of the historical foundations of the principle of supremacy of public interest in Brazilian Administrative Law. It deals with its origins not just in our legal theory, but also in the French legal theory of its Administrative Law and in the Medieval Law, revealing the appearance of public interest conception, since Beaumanoir's work, probably different from that one treated by Roman Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. <i>Sobre o objeto do presente trabalho</i>	6
2. <i>Público e Privado: Antecedentes clássicos</i>	12
3. <i>A dicotomia jurídica: público e privado</i>	23
4. <i>A difícil delimitação do conceito de interesse público</i>	30
I SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA EXPRESSÃO INTERESSE PÚBLICO: A	37
TRILHA FRANCESA E SUA RUPTURA	37
I.1 Idade Média	37
1.1.1 <i>O interesse público como o interesse do rei</i>	37
1.1.2 <i>Beaumanoir: a Origem da Concepção da Supremacia do Interesse Público como Fundamento do Poder Absoluto do Rei</i>	48
I.2 Jean Bodin: O Interesse Público a Serviço do Absolutismo	72
I.3 O nascimento do Direito Administrativo com a instauração do Estado de Direito e a ruptura com a concepção anterior do interesse público	81
II A TRILHA BRASILEIRA DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO	106
II.1 O nascimento do Direito Administrativo brasileiro e os primeiros traços do interesse público na doutrina brasileira	106
II.2 O interesse público na doutrina jus-administrativista da República e o surgimento da afirmação de sua supremacia	120
11.2.1 <i>Primeira República</i>	120
11.2.2 <i>Segunda República</i>	129
11.2.3 <i>O interesse público na doutrina posterior à 1964</i>	152
III A POSSÍVEL INCOERÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	182

III.1 A possível incoerência do princípio da supremacia do interesse público com os fundamentos históricos do Direito Administrativo Brasileiro	182
III.2 Dois Pilares do Direito Administrativo Brasileiro: a doutrina jurídica francesa e a Constituição do Império, de 1824.....	185
<i>III.2.1 Os fundamentos legados pelo Direito Administrativo Francês: o trabalho da doutrina e do Conseil D'État.....</i>	<i>185</i>
III.2.1.1 A doutrina francesa do Direito Administrativo.....	185
III.2.1.2 As possíveis conseqüências da origem jurisprudencial do Direito Administrativo francês	192
<i>III.2.2 O segundo pilar do Direito Administrativo brasileiro: a Constituição do Império de 1824</i>	<i>193</i>
III.2.2.1. O princípio da legalidade.....	193
III.2.2.2 A Constituição do Império	195
III.3 O Direito Administrativo Brasileiro.....	197
III.4 A supremacia posta em debate.....	207
<i>III.4.1 A recente polêmica doutrinária.....</i>	<i>207</i>
<i>III.4.2 Uma provável inadequação terminológica.....</i>	<i>213</i>
III.5 O princípio do interesse público e o Estado Democrático de Direito.....	221
III.6 O Direito Administrativo e a dignidade humana.....	223
IV CONCLUSÃO	226
REFERÊNCIAS.....	232

INTRODUÇÃO

1. Sobre o objeto do presente trabalho

O tema de nossa investigação foi-nos sugerido pela evidente, ou, ao menos, aparente, incongruência existente entre o princípio jurídico, tal como o entende a atual doutrina jurídica estrangeira, como é por exemplo o caso de Robert Alexy¹, e a afirmação, que se encontra recorrentemente na doutrina pátria, de um princípio da "supremacia do interesse público sobre o interesse privado".

Ora, se é certo, como afirma Alexy, que os princípios jurídicos são tão normas jurídicas quanto as regras jurídicas, delas diferindo porém, dentre em outros fatores, por demandarem necessariamente, quando de sua aplicação a casos concretos, sua ponderação com os demais princípios jurídicos, como podemos admitir que um tal princípio jurídico deva ser aplicado ao modo "tudo ou nada", tal como se aplicam as regras jurídicas, na conhecida formulação de Ronald Dworkin²? Ou deveremos admitir, com Luis Roberto Barroso, que, efetivamente, "o interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação"³, sendo ele próprio o parâmetro desta ponderação?

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1999.

³ BARROSO, Luis Roberto. Prefácio In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xv-xvi.

Nossa intenção inicial fôra, portanto, buscar tais respostas nos textos doutrinários atuais. Todavia, na constatação da impossibilidade de obter tal esclarecimento na doutrina que deu início a afirmação do princípio, e, por outro lado, na constatação de que talvez fosse prematuro simplesmente afirmar que não pode vigor um tal princípio, ou, ao contrário, ser de existência necessária, fomos levados a investigar sua origem na doutrina pátria.

A idéia, entretanto, de um princípio jurídico com tal conteúdo, com o retroceder no tempo dos textos doutrinários, vai se esvaindo, dando lugar a uma idéia que, por vezes, vai servir apenas de critério ou fator de distinção entre dois grandes ramos do direito, para, mais atrás, como veremos, retomar a feição de regra (embora sem previsão expressa como tal), conotada de conteúdo político-ideológico, apenas nominalmente próxima de suas origens romanas, mas talvez bastante distante de sua natureza original.

De outra parte, interesse público é conceito que comportaria análise sob os mais diversos ângulos disciplinares. Importa à filosofia política e à filosofia jurídica, à sociologia jurídica e ao direito. Portanto, pela impossibilidade de determinação apriorística de um conteúdo para o conceito, impõe-se considerar que deveria comportar uma noção que o situe como categoria jurídica e, outra, ou outras noções, pelas quais se possibilite a atribuição de conteúdo material próprio, mas mais efetivamente concretizável no âmbito jurídico (na administração pública e no processo judicial). Assim, há que considerar-se que seu substrato possa ser aurido em um âmbito estranho ao da ciência do direito ou do direito positivo, ou no âmbito próprio da ciência do direito, em combinação com o conteúdo que lhe podem emprestar outras áreas do conhecimento e da experiência humanas.

Mas é a partir do moderno pensamento jurídico acerca dos princípios

enquanto normas jurídicas, ainda que desprovidas de hipótese de incidência, e, especialmente, diante da concepção sobre princípios adotada sobretudo por Robert Alexy, que se evidencia a possível impropriedade da indicação de um princípio cujo enunciado denuncia a impossibilidade de ponderação entre fatores que lhe serviriam de conteúdo e outros fatores antagônicos, que comporiam até mesmo o conteúdo de outros princípios.

Com tais constatações julgamos necessário investigar o surgimento, na doutrina brasileira, da idéia ou do conceito que deu lugar à apresentação de tal enunciado, e, dela fomos levados à investigação da doutrina francesa.

Numa pesquisa inicial sobre o tema, levada a efeito, em especial, em autores brasileiros e em alguns autores franceses, nos quais aqueles buscavam apoio a suas idéias, pudemos observar que a idéia da supremacia de um interesse dito *público* sobre outro, ou outros, ditos privados ou particulares, de regra não apontava o critério ou a razão pela qual, independentemente de qualquer ponderação entre os mesmos, devesse o jurista, o administrador ou mesmo o legislador, fazer prevalecer o chamado interesse público sobre todos ou quaisquer dos demais.

Procuramos, a partir de tal constatação, corrigir o rumo da investigação para esclarecer se a idéia de interesse público já conteria em si os indicativos pelos quais a ponderação não seria devida, resolvendo-se qualquer conflito pela dita supremacia.

Pela amplitude que o tema permitiria, tivemos de estabelecer mais alguns limites ao objeto de nosso estudo.

Em primeiro lugar, o tema que nos ocupa é o que refere, ou deve referir especificamente, ao direito administrativo.

Em segundo lugar, o levantamento histórico que procedemos busca nos

aproximar, ao máximo possível, do momento em que a idéia de interesse público foi engendrada ou invocada com o conteúdo mais assemelhado àquele com o qual começou a habitar o contexto jusadministrativo brasileiro.

Em terceiro lugar, optamos por centrar o presente trabalho na investigação histórica do tema a ser procedida, tanto quanto possível, na literatura jurídica na qual pudéssemos perceber a construção da noção de supremacia, pelo que buscaremos apenas os fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público.

Assim, a investigação que aqui se pretende levar a efeito é essencialmente histórica e relativa à doutrina. Não pretendemos, portanto, o desenvolvimento teórico do tema ou a investigação de seu tratamento judicial. Objetivamos, fundamentalmente, situá-lo como concernente à ciência do direito, à doutrina do direito administrativo, e, particularmente, à doutrina do direito administrativo brasileiro. Assim, não nos dedicaremos à análise da praxis judicial, que poderá constituir objeto de uma próxima pesquisa.

Com tal revelação histórica, o presente trabalho visa a contribuir para a identificação da natureza de que se reveste a idéia de “supremacia do interesse público”, enquanto fundamento do direito administrativo e do exercício da função administrativa.

A pesquisa tomou como ponto de partida a literatura jus-administrativista brasileira, com a qual teria surgido a expressão "princípio da supremacia do interesse público", para imediatamente investigar a que a antecedeu, na qual encontraremos as referências que julgamos necessárias ao desenvolvimento da investigação no âmbito da doutrina em que primeiro se esteia a doutrina nacional, ou seja, na doutrina francesa, sobre a qual os doutrinadores brasileiros se teriam apoiado, explícita ou implicitamente.

Como a supremacia do interesse público nem sempre se apresentará ao longo da história do Direito Administrativo brasileiro, limitamos o objetivo do presente trabalho ao esclarecimento da origem histórica da idéia de tal supremacia do interesse público, a partir do tratamento do interesse público, pela doutrina nacional, desde o Império até o momento em que foi cunhada a expressão "supremacia do interesse público", para entender-se a origem de seu tratamento como interesse cuja observância se impõe sobre quaisquer dos demais interesses protegidos pelo Direito e pelo Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, como já se referiu, procedemos à análise, com as limitações impostas pela dificuldade na obtenção de suas obras inaugurais, na doutrina francesa.

Nosso objetivo secundário será servir de suporte para o futuro esclarecimento dos pontos em que a dogmática jurídica eventualmente se encontre inconsistente ou, ao contrário, plenamente consentânea com as tendências mais atuais da hermenêutica jurídica, especialmente da hermenêutica constitucional, tendo em vista os fundamentos da teoria da argumentação jurídica, permitindo-se, assim, a melhor compreensão daquilo que inicialmente poderíamos chamar de "idéia" do interesse público, para identificar-se sua natureza e compreender como, se, e quando, poderá servir de princípio, regra, motivo ou argumento, e como tal suficiente ou carente de fundamentação, enquanto e como motivo e justificação dos atos administrativos, da ação administrativa e mesmo de sua própria avaliação judicial.

Para dar cumprimento ao objetivo perseguido pelo trabalho buscamos o acesso não só aos textos que surgem depois da Idade Média, mas também aos que os antecederam. Relativamente a este último período enfrentamos grande dificuldade de resgate do material: quer por sua raridade, quer pelo fato de terem sido escritos em sua maior parte em latim medieval, quer por terem sido escritos

com caracteres góticos, cuja compreensão demanda uma decodificação também do símbolo gráfico impresso e não apenas da língua em que o texto foi escrito; quer pela péssima conservação dos impressos; quer ainda pelo fato de que seus autores foram ostensivamente omitidos nos textos que se tornaram, no futuro, clássicos, como o dos *Les Six Livres de la Republique* de Jean Bodin⁴.

Em que pese sua evidente erudição, Bodin lança mão de expressões da língua francesa que já haviam sido utilizadas anteriormente em textos jurídicos e históricos do período medieval. E, como as expressões utilizadas nos *Seis Livros da República* não apresentam indicação de suas referências anteriores, buscamos no período medieval algo de sua literatura jurídica (especialmente daquilo que fora escrito em francês e ao que só tivemos acesso em sua tradução para o inglês⁵).

Para melhor contextualização de tais achados, perscrutamos alguns textos históricos, redigidos em latim e posteriormente traduzidos para o francês, bem como a uma preciosa obra, *Pompeius Festus*⁶, o mais antigo dicionário de latim e francês de que tivemos notícia e a que tivemos acesso, para esclarecer ou, tanto quanto possível, aproximarmos-nos do esclarecimento do significado das expressões a partir das quais se chega à de interesse público.

Ora, quando tanto cresce de importância a consideração sobre o conteúdo e o modo de funcionamento dos princípios do direito, a pesquisa se torna ainda mais relevante para esclarecer como - adequadamente e na prática - se há de fazer valer o chamado interesse público, o respeito ao Estado de Direito e aos direitos individuais (e mesmo fundamentais).

⁴ BODIN, Jean. *Les six livres de la Republique*. Lyon: L'Imprimerie de Jean de Tournes, 1579.

⁵ THE COUTUMES de Beauvaisis of Philippe de Beaumanoir. Translated F. R. P. Akehurst, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

⁶ Sexti Pompeii Festi. *De verborum significatione*, 1471.

Todavia, há que salientar que não objetivamos nem a análise do conteúdo do interesse público, enquanto conceito jurídico, nem a sua contestação enquanto princípio reitor do Direito Administrativo. Nosso primordial objetivo é a investigação do desenvolvimento histórico de sua chamada "supremacia", visando à contribuição futura, ou mediata, com o desenvolvimento de uma teoria mais adequada relativamente aos princípios próprios do âmbito do direito ao qual nos dedicamos - o Direito Administrativo, e com a depuração do quanto poderá efetivamente integrar seu conteúdo jurídico.

2. Público e Privado: Antecedentes clássicos

A investigação de um tema tal como o do interesse público nos leva, tentadora e temerariamente, à busca de suas mais remotas e clássicas origens históricas, quer como realidade jurídica, quer mesmo como realidade lingüística, como forma de satisfazer o afã intelectual de afirmar-se o conhecimento a respeito de uma verdade que se põe definitiva, e plena de conteúdo e significado, porque assim se foi construindo, desde o seu nascimento, confirmando-se e robustecendo-se com o passar do tempo.

Nosso trabalho, todavia, não pretende tal caminho investigatório, pena de incursionar fantasiosamente no passado mais classicamente conhecido da humanidade a fim de submetê-lo a uma abordagem, incapaz de se fazer completa com a aplicação de um único critério investigativo – o próprio do jurista -, relativamente a uma realidade que não se construiu exclusivamente no âmbito jurídico, nem exclusivamente no Direito Romano. Ao contrário, surge no contexto

jurídico como resultado de uma vivência histórica humana muito mais ampla, só passível de ser compreendida numa abordagem multidisciplinar.

Grécia e Roma, as primeiras culturas a desenvolverem com maior apuro, teórica e praticamente, a idéia de Estado, nos legaram duas abordagens distintas a respeito do interesse público: uma filosófica e outra jurídica. No entanto, nem em Platão, nem em Aristóteles, encontraremos uma clara, e muito menos explícita, distinção entre o que é público e o que é privado, como afirma Gerhart Niemeyer⁷. Embora haja muitas referências às expressões *público* e *privado*, a preocupação com o *público* é antes reveladora da própria preocupação grega com o Estado e com os fatores que favorecem o aparecimento da comunidade entre os homens. Em Roma, ao contrário, nos deparamos com textos inaugurais da distinção jurídica daquilo que é público em contraste com o que é privado.

Lá já se encontram definições do que é direito público e do que é direito privado, havendo expressas previsões a respeito, até mesmo a determinação de que o que diz respeito ao Estado tem preferência sobre o que diz respeito aos particulares, e definindo o próprio direito público como aquele que pertence ao Estado.

Efetivamente, como observa Théodore Mommsen⁸ (*rectius*: Theodor Mommsen), os juriconsultos romanos já eram possuidores de uma noção de direito público, que designavam *jus publicum*, como aquele concernente ao Estado em oposição ao *jus privatum*, tal como se encontra em Ulpiano:

Duas são as classificações do direito, público e privado. Direito público é o que diz respeito à organização do Estado Romano, privado é o que diz respeito ao bem de cada um: com efeito há certas coisas úteis na vida pública, outras na vida privada⁹.

⁷ NIEMEYER, Gerhart. Public interest and private utility. In: CONTRIBUTORS: *The public interest*. New York: Atherton, 1962, p. 1-13.

⁸ MOMMSEN, Théodore. *Le droit public romain*: Manuel des Antiquités Romaines. Paris: Diffusion de Boccard, 1984. Tome 1, p. 1-2.

⁹ "Huius (Juris) studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei

Conforme Mommsen, o Estado Romano teria tido como nota característica a plena unidade da noção de poder público, como o *imperium* em que se baseia o direito público¹⁰.

Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim." DIGESTO: Livro 1, 1, 1, 2. Disponível em: <<http://www.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>. Acesso em 10 dez. 2004. Em várias outras passagens também encontraremos referências à utilidade pública, como nas seguintes:

CJ.1.40.4: Imperator Constantinus *

Demos-te o poder de punir contra os oficiais dos prefeitos que desonram a carreira pública ou tramam males contra a utilidade pública, de tal modo que informes os prefeitos sobre a culpa deles.

* O imperador Constantino ao presidente Péricles* <23 de outubro de 335> Nicópolis, durante o consulado de Constâncio a Albino. (In officiales praefectorum cursum publicum laniantes vel prava contra utilitatem publicam molientes vindicandi tibi dedimus potestatem, ita ut praefectos de eorum culpa facias certiores. *const. a. ad. Periclem praes. * <a 335 d. x k. nov. nicopoli constantio et albino cons.> CJ 1.40.4: Imperator Constantinus.) "In officiales praefectorum cursum publicum laniantes vel prava contra utilitatem publicam molientes vindicandi tibi dedimus potestatem, ita ut praefectos de eorum culpa facias certiores. * const. a. ad periclem praes. * <a 335 d. x k. nov. nicopoli constantio et albino cons.>" CJ.1.40.4: Imperator Constantinus. Disponível em:

<<http://www.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>. Acesso em 10 dez. 2004.

CJ.1.40.5: Imperatores Valentinianus, Valens *

Seja prestada a devida reverência aos juizes de instância superior pelos (juizes) inferiores. Mas quando se trata da utilidade pública, ainda que o juiz inferior tenha investigado a verdade, nenhuma injúria é cometida contra o juiz superior. Seguramente aquele que exerce os símbolos de sua dignidade para isto, para julgar que devem ser castigados com injúrias indignas aqueles que regulam os deveres com o poder, não evitará os ferrões de nossa indignação.*Os imperadores Valentiniano e Valente a Apropriano Públio(?)* <28 de maio de 364, durante o consulado do divino Joviano, natural de Ancira, e Varroniano>. ⁹ Potioris gradus iudicibus ab inferioribus competens reverentia tribuatur. sed ubi publica tractatur utilitas, etsi minor iudex veritatem investigaverit, nulla maiori inrogatur iniuria. sane qui insignia dignitatis ad hoc exercet, ut indignis iniuriis existimet adficiendos eos, qui officia cum potestate moderantur, non declinabit nostrae indignationis aculeos. * valentin. et valens aa. ad apronianum pu. * <a 364 d. v. k. iun. ancyro divo ioviano et varroniano cons.>”

CJ.1.50.1: Imperator Gordianus *

Na causa que diz respeito à utilidade da coisa pública, não resta dúvida de que aquele que administra em lugar do presidente da província pode conhecê-la. Seguramente se o direito da coisa pública foi investido em alguém, segundo o decreto dos divinos príncipes os defensores da coisa pública (se entretanto julgam que há confiança no negócio) podem pedir o auxílio de restituição.

Imperador Gordiano a Domício (pp?) <3 de novembro de 240, durante o consulado de Sabino (pela segunda vez) e Vencesto. "In causa quae spectat ad utilitatem rei publicae eum qui vice praesidis provinciae administrat potuisse cognoscere in dubium non venit. sane si in aliquo captum est ius rei publicae, iuxta scita divorum principum defensores rei publicae (si modo adessee fiduciam negotio putant) restitutionis auxilium possunt flagitare. * gord. a.Domitio pp. * <a 240 d. iii non. nov. sabino ii et venusto cons.>" CJ.1.50.1: Imperator Gordianus.

(1.3.16

Paulo no único livro sobre o direito singular: Direito singular é o que foi introduzido contra o respeito à razão pela autoridade dos constituintes por causa de alguma utilidade.) Paulus libro singulari de iure singulari ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est." (1.3.16.)

¹⁰ MOMMSEN, *Le droit...*, p. 5-6.

De outra parte, o direito romano ao referir-se aos interesses privados identificava-os com os dos particulares, enquanto que ao referir-se ao interesse público, preferia atribuí-lo às coisas do Estado, como bem salienta Vicente Ráo¹¹.

No entanto, para Clovis Bevilacqua, "a noção que se encontra nas fontes romanas é, como de ordinário, verdadeira, mas imprecisa e, talvez, incompleta"¹². Segue o mesmo autor: "Isto é exato, mas não compreende todo o conjunto de relações, que entram nas duas esferas jurídicas; pois, em muitos casos, o Estado intervém diretamente no ato jurídico, e este é de ordem privada [...]; em outros casos, a matéria é de interesse geral, e no entanto, se mantém dentro da órbita do direito privado".

Jean Gaudemet afirma que o conceito de utilidade comum aparece pela primeira vez na literatura romana, com toda a sua amplitude, em Cícero. A expressão preferencialmente utilizada teria sido *utilitas rei publicae*, depois, *utilis rei publicae*, *utilitas communis*, *utilitas omnium*, e, além de outras, *utilitas populi* e *utilitas publica*. Segundo Gaudemet, *utilitas rei publicae* é a mais seguidamente invocada nos discursos do que nos escritos filosóficos e significaria "l'intérêt de l'Etat au sens le plus élevé du terme, non pas son utilité immediate, mais le bien commun de la collectivité"¹³. E Cícero teria afirmado que resultaria um grande problema para a coletividade quem fizesse prevalecer seu interesse exclusivo e egoísta. O interesse privado, a utilidade privada, seria limitada pela honestidade. E, ao tratar de tal interesse, Cícero não o confrontaria ao do Estado romano. No entanto, quanto ao interesse público, expressão a que Gaudemet atribui o mesmo sentido, Cícero não a

¹¹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, v. 1, t. 2, p. 184.

¹² BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado*. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 67.

¹³ GAUDEMET, Jean. *Utilitas publica*. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, Paris, v. 29, n.

ligaria à noção de honestidade. Este seria determinado pelo que Gaudemet chamou de espírito romano¹⁴. Não haveria como o interesse privado ser outro que não coincidente com o interesse comum, mas se alguma oposição "aparente" surgisse entre ambos este último deveria prevalecer, eis que "l'utilité commune suppose donc la doctrine stoïcienne (et cicéronienne) de la *societas hominum*. C'est l'intérêt de cette collectivité qu'il faut assurer"¹⁵. E Gaudemet afirma que a utilidade comum de Cícero não se confunde com uma utilidade política, que qualifica como estreita e brutal, ligada aos fins mesquinhos da razão de Estado.

No entanto, como bem observa o autor, Cícero não conservou o monopólio de tais expressões e elas seguiram sendo utilizadas de forma descomprometida com o seu pensamento, assumindo a conotação de razão de Estado e servindo de fundamento ao triunfo do absolutismo. O abuso teria sido tal que Gaudemet chega a concordar com Rostovzev (*Histoire économique et sociale de l'Empire romain*), no sentido de que a predominância dos interesses do Estado sobre os dos da população teria sido um dos fatores decisivos da decadência do Império.

Como observa Kempshall¹⁶, além das expressões *utilitas publica* e *utilitas populi*¹⁷ serem encontradas nos textos do direito romano, também lá se encontra um enunciado conciso de uma regra de sua superioridade em relação ao bem privado, como no CJ 12.62.3: "Imperadores Diocleciano e Maximiliano - A utilidade pública deve ser colocada acima dos contratos privados",¹⁸ pelo que o interesse público

8F 232, 1951, p. 468.

¹⁴ GAUDEMET, *Utilitas...*, p. 469.

¹⁵ Ibidem, p. 470.

¹⁶ KEMPSHALL, M.S. *The common good in late medieval political thought*. Oxford: Clarendon, 1999, p. 14.

¹⁷ Utilidade pública e utilidade do povo.

¹⁸ "Imperatores Diocletianus, Maximianus - Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus: et ideo si constiterit fisco satisfactum esse ob causam primipili, poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere, ut satis doti fieri possit".

representado pelas obrigações para com o fisco condicionaria a satisfação dos contratos privados.

Por outro lado, o uso de tais expressões repercutiu no próprio direito canônico, que não só reiterou tais noções como também as desenvolveu, atribuindo-lhes também o conteúdo de *utilitas ecclesiae* e *status ecclesiae*¹⁹ - mas agora afirmando a superioridade do bem comum sobre o bem individual, fazendo mesmo aquele coincidir com o bem de vários para afirmá-lo sempre superior ao bem de um (*plurimorum utilitas unius utilitatis vel voluntati praeferenda est*²⁰, ou seja, a utilidade - bem - de muitos deve ficar acima da utilidade ou vontade de um só).

De outra parte, há que considerar que a língua latina deu margem a traduções de expressões em outras línguas nas quais talvez se tenham plasmado noções que seriam próximas à idéia original, mas não necessária e rigorosamente coincidentes com seu sentido original, até mesmo porque este sentido pode ter sido negado ou desconsiderado no período das conquistas bárbaras, pelas quais novos valores e culturas vieram a se juntar àquela deixada por Roma.

Assim, como vemos, dentre em outros, em Andrew Lintott²¹, *res publica* é traduzida como interesse público, como se vê no seguinte texto, em que trata da seleção de candidatos à eleição:

A manifestação do senador [...] deveria igualmente conter uma apreciação da questão, por exemplo que certos homens teriam bem servido à *res publica* [...] ou que certas ações teriam sido contrárias ao interesse público (*contra rem publicam*)²².

Disponível em <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex12.shtml>>. Acesso em: 12 out. 2003.

¹⁹ "utilidade da igreja e estrutura da igreja" (KEMPSHALL, 1999, p. 14).

²⁰ GRATIAN, Decretum II 7.1.35 (Friedberg, i, col 580). apud KEMPSHALL, *The common...*, nota 37 ao pé da p. 14.

²¹ LINTOTT, Andrew. *The Constitution of the Roman Republic*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 78.

²² "The senator's reply would culminate in a recommendation, which would be expressed by *uti* with the subjunctive following *censeo*, but it might also contain an appreciation of the situation, for example

Lintott também nos chama a atenção para a expressão correntemente utilizada na linguagem jurídica da República Romana "*utei eis e re publica fideque sua videbitur*" ("como lhes parecerá a partir do interesse público e de sua fidelidade"):

[...] províncias romanas governadas por magistrados os quais, ainda que devessem receber instruções especiais e estavam sujeitos na última república às regras definidas em lei ou pelo *senatus consultum*, tinham completa discricção para tomar importantes decisões sem consulta ao senado ou ao povo -- ' se eles julgam estar de acordo com o interesse público ou sua própria boa fé", para usar uma expressão padrão encontrada nos textos legais. [...] Deles se esperava que fizessem o melhor pela *res publica* e, se esta mais tarde fosse considerada inadequada, eles seriam responsabilizados no seu retorno a Roma²³.

Aqui é-nos sugerida a idéia de que os magistrados, que estando distantes de Roma e não podendo reportar-se a ela em questões maiores, deveriam considerar-se dotados de poder discricionário para agir de acordo com o que o autor traduz como o interesse público e sua própria boa fé, sujeitos contudo à revisão de seus atos e à responsabilização por eles se os mesmos se mostrassem inadequados.

Encontramos em Roma, portanto, alguns indicativos de que há um direito próprio do Estado, como um direito público, no qual se qualificariam como públicos os temas que lhe fossem correspondentes, e, assim, possivelmente identificaríamos um interesse público, e, a par de tal interesse público, um que diria respeito não só a este mas também ao da coletividade e pelo qual se legitimaria a atuação dos

that certain men had served the *res publica* well [...] or that certain actions were against the public interest (*contra rein publicam*)." (Ibidem).

²³ "Rome's provinces governed by magistrates who, though they might receive special instructions and were subject in the later Republic to rules defined in law or *senatus consultum*, had full discretion to take major decisions without consultation of the senate or people -- ' as they judge to be in accordance with the public interest and their own good faith', to use a standart phrase found in legal texts. [...] They were expected to do their best for the *res publica* and, if this was afterwards considered inadequate, they were liable to prosecution on their return to Rome." LINTOTT, *The Constitution...*, p. 94

magistrados com poder discricionário.

As expressões *público* e *privado*, todavia, não teriam sido monopolizadas nem pelo direito, nem pela filosofia. Assim, recorrendo ao que teria sido um dicionário latino, editado na *Seconde Série de la Bibliothèque Latine-Française des auters latins depuis Adrien jusqu'a Grégoire de Tours*²⁴, intitulado *De la signification des Mots* (Dos significados das palavras), de Pompeius Festus, encontramos alguns exemplos de sua leiga utilização, nos seguintes verbetes:

PRIVOS PRIVASQUE, antiqui dicebant pro singulis, Ob quam causam et *privata* dicuntur, quae uniuscujusque siat; hinc et *privilegium* et *privatus*; dicimus tamen et *privatum*, cui quid est ademptum.

PRIVI PRIVAEQUE. Les anciens disaient ainsi pour *singuli*[...]. C'est pour cette raison que l'on appelle *privata* [...] les choses qui sont à chacun en particulier; de là aussi les mots *privilegium* [...] et *privatus* [...]; cependant nous disons aussi *privatus* [...] d'un homme à qui quelque chose a été enlevé²⁵.

Donde se vê que, segundo tal dicionário antigo, os antigos diziam "*privi*" e "*privae*" (particulares) em lugar de "*singuli*" (cada um), e que por esta razão também eram ditas *privata* (privadas) as coisas que pertencem a cada um, donde também derivam "privilégio e privado"; todavia também chamavam *privatus* (privado) aquele a quem alguma coisa fora arrebatada.

Em outro verbe revela que sacrifícios públicos eram aqueles feitos pelo povo, enquanto sacrifícios privados, os que eram feitos por cada homem e cada família:

²⁴ "Segunda Série da Biblioteca Latino-Francesa dos autores latinos desde Adrien até Grégoire de Tours."

²⁵ POMPEIUS FESTUS. *De la signification des mots*. 10. ed. Traduit pour la première fois en français par M.A.Savagner. Paris: Panckoucke, 1846, p. 386-387. Uma edição anterior do *Sexti Pompeii Festi De verborum significatione*, dataria de 1471, no entanto, os manuscritos seriam do XI ou XII séculos, conforme prefácio da tradução em referência.

PUBLICA SACRA, quae pro populo fiebant; *privata*, quae pro singulis hominibus familiisque, appellabant.

On nommait sacrifices publics ceux qui se faisaient pour le peuple, et sacrifices privés ceux qui se faisaient pour les individus et pour les familles²⁶.

Nestes trechos, portanto, nos é sugerida uma noção de privado como algo que é singular, particular, próprio de um único homem ou de sua família, enquanto público aquilo que diz respeito à coletividade.

Com a Idade Média, encontraremos ainda algumas referências às expressões público e privado, como na obra de Isidoro de Sevilha, que viveu entre 560 e 636, *Étymologiarum sive Originum*²⁷, na qual definia direito público como aquele que se referia ao sagrado, ao sacerdócio e aos magistrados.

Também há referências a tais termos, até mesmo com mais proximidade à moderna expressão interesse público, nas obras de alguns historiadores como Einhard e Nithard.

Em *Vita Karoli Magni*²⁸, lemos as locuções *utilidade do reino*, dentre outras expressões, e *bem do reino*:

Sic ad palatium, sic ad publicum populi sui conventum, qui annuatim ob **regni utilitatem** celebrabatur, ire, sic domum redire solebat. At regni administrationem et omnia quae vel domi vel foris agenda ac disponenda erant praefectus aulae procurabat.

[...]

[3]... Et Karlomannus quidem post administratum communiter biennio regnum morbo decessit; Karolus autem fratre defuncto consensu omnium Francorum rex constituitur.

[...]

[10] ... Rex, utilitate gentis magis quam animi eius obstinatione considerata, et oblatos sibi obsides suscepit eique, ut ad conspectum venire non cogeretur, pro magno munere concessit; unoque ex filiis, qui minor erat, obsidatus gratia retento, maiorem patri remisit;

²⁶ POMPEIUS FESTUS. *De la signification...*, p. 427.

²⁷ SEVILHA, Isidoro. *Étymologiarum sive originum*: Liber V. Disponível em <http://www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/L/Roman/Texts/Isidore/5*.html>. Acesso em 24 out. 2003.

²⁸ EINHARD, ou Eginhard, ou Einhardus. *Vita karoli magni*. Disponível em <<http://www.thelatinlibrary.com/ein.html>>. Acesso em 12 out. 2003.

legatisque ob sacramenta fidelitatis a Beneventanis exigenda atque suscipienda cum Aragiso dimissis Romam redit, consumptisque ibi in sanctorum veneratione locorum aliquot diebus in Galliam revertitur.

[...]

[30] Extremo vitae tempore, cum iam et morbo et senectute premeretur, evocatum ad se Hludowicum filium, Aquitaniae regem, qui solus filiorum Hildigardae supererat, congregatis sollemniter de toto regno Francorum primoribus, cunctorum consilio consortem sibi totius regni et imperialis nominis heredem constituit, inpositoque capiti eius diademate imperatorem et augustum iussit appellari. Susceptum est hoc eius consilium ab omnibus qui aderant magno cum favore; nam divinitus ei propter **regni utilitatem** videbatur inspiratum. Auxitque maiestatem eius hoc factum et exteris nationibus non minimum terroris incussit.

Seja:

Assim costumava ir ao palácio, à assembléia pública de seu povo, que era realizada anualmente pela utilidade do reino, assim costumava voltar para casa. Mas o prefeito da corte cuidava da administração do reino e de todas as coisas que interna ou externamente deviam ser feitas e organizadas.

[...]

E Carlomano na verdade, após administrar o reino em comum (com ele) durante dois anos, morreu de doença; Carlos, porém, após o falecimento do irmão, pelo consenso de todos é constituído rei dos francos.

[...]

Mais pela **utilidade do povo** do que pela obstinação assinalada de seu espírito, o rei aceitou os reféns que lhe foram oferecidos e permitiu-lhe (a Aragiso), como um grande favor, que não fosse obrigado a vir à sua presença; e retendo um de seus filhos que era mais jovem como garantia de um refém, devolveu ao pai o filho mais velho. (grifamos)

[...]

No fim de sua vida, como já estivesse alquebrado, não só pela doença mas também pela velhice, reunindo solenemente os nobres de todo o reino dos Francos, pela decisão de todos estabeleceu como associado a si em todo o reino e como herdeiro do nome imperial o seu filho Luís, rei da Aquitania, chamado para junto de si, o único dos filhos de Hildegarda que sobreviveu, e impondo-lhe à cabeça o diadema, ordenou que ele fosse chamado imperador e augusto. Esta sua decisão foi acolhida por todos que estavam presentes, com grande favor (entusiasmo); com efeito ela parecia-lhe divinamente inspirada por causa da **utilidade do reino (grifamos)**. Este fato aumentou sua majestade e causou um grande terror às nações estrangeiras.

Em tais trechos evidencia-se que a expressão *utilidade do reino* pretendia indicar a adequação das decisões e ações dos governantes ao atendimento do interesse de seu reino, ou do bem do mesmo.

Também em Nithard²⁹:

1. Karolus bonae memoriae et merito Magnus imperator ab universis nationibus vocatus, [hora videlicet plus minus diei tertia] in senectute bona decedens omnem Europam omni bonitate repletam reliquit, vir quippe omni sapientia et omni virtute humanum genus suo in tempore adeo praecellens, ut omnibus orbem inhabitantibus terribilis, amabilis pariterque et admirabilis videretur, ac per hoc omne imperium omnibus modis, ut cunctis manifeste claruit, honestum et utile effecit. Nam super omne, quod admirabile fateor fore, Francorum barbarorumque ferocia ac ferrea corda, quae nec Romana potentia domare valuit, hic solus moderato terrore ita repressit, ut nihil in imperio moliri, praeter quod **publicae utilitati** congruebat, manifeste auderent. Regnavit feliciter per annos duos et XXX imperiique gubernacula nihilominus cum omni felicitate per annos quattuordecim possedit.

Traduzido por Guizot, nos seguintes termos:

Charles, de belle mémoire, appelé à juste titre par toutes les nations le grand Empereur, étant mort un peu avant la troisième heure du jour, dans une heureuse vieillesse, laissa l'Europe entière remplie de bonheur. Surpassant en sagesse et en toute sorte de vertu tous les hommes de son temps, il paraissait à tous les habitants de la terre à la fois redoutable, aimable et admirable. Il rendit sa domination honnête et utile de toutes les manières, comme tous le virent clairement. Ce que je regarde comme le plus merveilleux, c'est que seul, par la crainte qu'il inspirait, il adoucissait tellement les cœurs durs et féroces des Francs et des Barbares que la puissance romaine n'avait pu dompter, qu'ils n'osaient rien entreprendre dans l'Empire que ce qui convenait à **l'intérêt public**. Comme roi, il régna heureusement pendant trente deux ans, et comme empereur il tint pendant quatorze ans, avec non moins de bonheur, les rênes de l'Etat³⁰. (grifo nosso)

Ou seja:

Carlos, de feliz lembrança e merecidamente chamado de grande imperador por todas as nações [aproximadamente na terceira hora do dia] falecendo numa velhice serena, deixou toda a Europa repleta de toda bondade; homem verdadeiramente dotado de toda a sabedoria e de toda a virtude, excedendo o gênero humano em todo o seu tempo

²⁹ NITHARDUS ou Nithard (ca. 800-845). *Historiarum libri quattuor liber primus*. Disponível em <<http://www.thelatinlibrary.com/nithardus4.html>>. Acesso em: 12 out. 2003.

³⁰ NITHARD. Histoire des dissensions des fils de Louis-le-Débonnaire: livre premier. In: GUIZOT, M. *Collection des mémoires relatifs a l'histoire de France: annales des rois Pepin, Charlemagne et Louis-Le-Debonnaire*. par Éginhard, avec une introduction, des suppléments, des notices et des notes par M. Guizot. Paris: Chez J.L.J.Brière, 1824, p. 434.

de tal modo que parecia, a todos os que habitavam o mundo, terrível, amável e admirável ao mesmo tempo, e por isso tornou todo o império honesto e **útil** de todos os modos, como ficou claramente evidenciado para todos. Com efeito, acima de tudo o que reconheço que seria admirável, ele, sozinho, controlou com um terror moderado os corações ferozes e duros dos Francos e dos bárbaros, os quais nem a força romana conseguiu dominar, de tal modo que nada ousavam empreender abertamente no império, exceto o que era adequado à **utilidade pública**. Reinou prosperamente por trinta e dois anos e conservou o leme do império igualmente com toda a felicidade por quatorze anos. (Grifamos)

Os caminhos percorridos por tais expressões a partir de sua origem latina fizeram com que na França fossem traduzidas como *intérêt publique*, tal como se vê da tradução antes transcrita, e em língua portuguesa, autorizam-nos a afirmar que tanto as expressões interesse público, quanto utilidade pública, pretenderam realizar o significado sugerido originalmente por expressões tais como **publicae utilitati**. De outra parte, o vocábulo *utilitas* parece sugerir a idéia de bem, de adequado, portanto, de interesse, como na expressão **utilitate gentis**.

Portanto, parecem identificadas as expressões utilidade pública e interesse público, e, no âmbito do direito romano, a expressão foi utilizada em uma regra específica para autorizar que a atuação dos governantes fizesse prevalecer tal interesse sobre os interesses privados, como se viu anteriormente. Permitindo concluir que o vocábulo *privado* efetivamente servira para pôr em contraste aquilo que dizia respeito aos particulares, enquanto o vocábulo *público* identificava aquilo que dissesse respeito ao Estado e até mesmo à igreja católica.

3. A dicotomia jurídica: público e privado

Na literatura jurídica, as expressões *público* e *privado* têm servido de fundamento, ou ao menos apoio, à identificação, classificação e agrupamento das

diferentes especializações do Direito.

Os critérios tradicionalmente apresentados pelos doutrinadores do Direito apontam para uma série de características que têm estabelecido uma grande dicotomia do Direito em duas grandes áreas: direito público e direito privado.

Todavia, como bem observa Gustav Radbruch, “os conceitos de direito público e direito privado não são conceitos de direito positivo que possam ser ou deixar de ser utilizados por qualquer ordem jurídica ou sistema jurídico positivo”³¹, mas são conceitos jurídicos *a priori*, que antecedem, por imposição de uma necessidade lógica, o estudo e a experiência das coisas do direito, muito embora nem sempre tivessem sido conhecidos, como não os conheceu o velho direito germânico, que só passou a identificá-los a partir da recepção do direito romano.

De outra parte, nem todos os ordenamentos jurídicos comportariam essa subdivisão, tanto que, de acordo com o mesmo pensador, o socialismo teria absorvido todo o direito privado no público, enquanto o anarquismo, inversamente, faria a absorção do direito público no privado, e, ainda, um que outro ramo do direito positivo seria de difícil enquadramento em uma só de tais províncias.

Ainda assim, tais conceitos jurídicos *a priori* estariam contidos no próprio conceito de direito, enquanto complexo de normas que devem ser postas por uma entidade para disciplinar a vida em comum dos cidadãos e igualmente para vincular a própria entidade da qual emanam as normas. No tocante à vida das relações dos cidadãos entre si, o direito seria privado; quanto à própria vinculação do poder frente a seus destinatários, seria público.

Tais âmbitos seriam assim distinguidos em razão da natureza jurídica das

³¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1979, p. 251.

peças participes das relações jurídicas a serem pelo Direito reguladas. Seria privado o direito que disciplinasse as relações jurídicas havidas entre pessoas privadas; público o direito que disciplinasse as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas jurídicas públicas e particulares, ou mesmo entre pessoas públicas entre si. Mas nada caracterizaria melhor uma determinada ordem jurídica do que a distribuição das diversas relações jurídicas entre estes dois âmbitos da disciplina.

Conforme Radbruch:

a superação do feudalismo coincidiu, como se sabe, com o aparecimento da consciência desta distinção entre direito público e direito privado. Mais tarde, o Estado polícia e o desenvolvimento que o acompanhou tiveram a caracterizá-los a libertação do direito público de todas as impurezas do direito privado. Mais tarde ainda, e inversamente, caracteriza-se a evolução que conduz ao 'Estado de direito' (*Rechtsstaat*) pela libertação do direito privado de todas as limitações e restrições juspublicísticas até aí existentes³².

E, finalmente, ainda segundo o mesmo autor, a última das transformações, caracterizadora de uma época, seria a transição de um direito liberal para um direito social, em que a propriedade e a liberdade contratual, portanto o direito privado, voltaria a sofrer limitações pelo direito público.

³² RADBRUCH, *Filosofia do...*, p. 258. Tal entendimento coincide com o exposto por Julien Freund (*La esencia de lo Político*, trad Sofia Noel, Madrid: Nacional, 1968, p. 350 a 352) no sentido de que a própria dicotomia público e privado é moderna e se inaugura a partir da época liberal. Assim, no entendimento deste autor, nos estados socialistas, a distinção entre público e privado é suprimida, porque tudo é pertinente ao público, enquanto que, ao contrário, na Idade Média, a predominância era do privado, ainda que não se desconhecesse a noção de público, noção que era utilizada para determinar a esfera da autoridade política.

De outra parte, afirma ainda Freund a insuficiência e o equívoco da identificação do público e do privado com categorias econômicas, apesar de ambos os conceitos desempenharem importante papel na economia e no direito, eis que, também na Idade Média, a economia tinha um caráter essencialmente privado, "ainda que as vezes solicitasse a proteção do poder político e fosse fonte de conflitos políticos e de guerras".

Também não seriam categorias jurídicas, porque a distinção que se tornou clássica no Direito, e que vem desde Ulpiano, de que "publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem", serviria tão somente de pressuposto do pensamento didático-jurídico (mas nem mesmo dogmático-jurídico, isto é: para a solução de casos concretos), mas não de pressuposto do pensamento político. Contudo, a coexistência de ambos os âmbitos ou esferas do existir humano e social seriam pressupostos, isto sim, da própria política, dimensão que só se realiza plenamente na vigência daquelas.

Para Gustav Radbruch a divisão do direito em dois âmbitos teria significado fundamentalmente didático e histórico.

Para Hans Kelsen haveria uma identidade entre ambos os direitos. Segundo Kelsen, a “absolutização do contraste entre Direito público e privado” criaria a impressão de que só o domínio do Direito público, ou seja, sobretudo, o Direito constitucional e administrativo, seria o setor de dominação política, dele excluído o Direito privado. E, como observa:

Já [...] mostramos que toda esta oposição entre o *político* e o *privado* não existe no domínio do direito subjetivo, que os direitos privados são direitos políticos no mesmo sentido em que o são aqueles que assim costumam ser designados, porque uns e outros, se bem que por forma diferente, detêm uma comparticipação na chamada formação da vontade estadual – ou seja, afinal, na dominação política.³³

Em tal trecho Kelsen refere à expressão *política* com os dois significados: público e político. O mesmo autor esclarece:

Por meio da distinção de princípio entre uma esfera pública, ou seja, política, e uma esfera privada, quer dizer apolítica, pretende evitar-se o reconhecimento de que o Direito “privado”, criado pela via jurídica negocial do contrato, não é menos palco de atuação da dominação política do que o Direito público, criado pela legislação e pela administração.³⁴

Na doutrina pátria, dizia Clovis Bevilacqua que a distinção entre o direito público e o privado era de importância capital para a “sistematização das idéias, porque as duas ordens de preceitos obedecem a princípios diversos, e ainda, também o é na prática legislativa e forense, porque o direito público domina o privado [...], influenciando sobre ele, delimitando-o, provendo ao seu funcionamento,

³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 313-314.

³⁴ KELSEN, *Teoria pura...*, p. 314.

criando os órgãos, de que ele necessita para se manifestar e aplicar"³⁵ Porém observa que "quando se trata de synthetisar as idéias numa definição, surgem as dificuldades, e sombras se projectam sobre o pensamento"³⁶.

A seu turno, afirma Miguel Reale a possibilidade de distinção entre direito público e direito privado em razão do interesse, ou seja do conteúdo da relação jurídica. Para ele "o conteúdo de toda relação jurídica é sempre um interesse, tomada a palavra na sua acepção genérica, abrangendo tanto os bens de natureza material como os de ordem espiritual"³⁷. Seria, portanto, o predomínio e a imediatidade do interesse envolvido que determinaria o carácter público ou privado de uma dada relação jurídica. Assim, quando o interesse imediato e predominante fosse o interesse geral, o Direito seria público, e, quando o interesse imediato e predominante fosse o particular, o Direito seria privado. No entanto, Miguel Reale também admite a classificação dos ramos do direito quanto à forma da relação jurídica, afirmando que, geralmente, quando a relação fosse de coordenação, trata-se de Direito Privado, enquanto que, se a relação fosse de subordinação, geralmente, se trata de Direito Público.

³⁵ BEVILAQUA, *Código Civil...*, p. 67.

³⁶ A seguir, afirmando imprecisa a noção romana a respeito da distinção entre direito público e direito privado, afirma: "As relações, em que o Estado toma parte, são disciplinadas pelo direito publico; são objecto do direito privado as que se travam entre os indivíduos. Isto é exacto, mas não comprehende todo o conjuncto de relações, que entram nas duas esferas juridicas; pois, em muitos casos, o Estado intervem directamente no acto juridico, e este é de ordem privada, como se elle, effectua uma compra ou realiza qualquer contracto civil; em outros casos, a materia é de ordem publica é de interesse geral, e no emtanto, se mantem dentro da orbita do direito privado. Não podia ter escapado essa observação à mente sagaz do douto Chironi, que resolve a dificuldade, ponderando que, se, muitas vezes, normas de direito privado têm razão de ser no interesse geral, constituem leis de *ordem publica*, diferentes do *direito publico*, *per la condizione delle persone fra cui esistono le relazione governante da quest'ultimo [...]*". (Ibidem, p. 67-68).

³⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 336.

Dos dois critérios sugeridos pelo autor, efetivamente o critério do conteúdo é o que nos importa reter para identificação do tema objeto do presente trabalho. Neste particular, reprisando que, para o autor, o Direito é Público quando o interesse visado é o interesse geral, sem identificá-lo necessariamente com o interesse do Estado. Todavia, considerando-se o critério da forma da relação jurídica, ao admitir que seria de Direito Público aquela em que se verificasse a subordinação de uma das partes, há que admitir-se que o autor cogitava do Estado, no exercício de seu poder de império.

Já segundo Pontes de Miranda, o Direito seria público na dependência da intensidade do interesse do Estado no Direito: "É de mister que a intensidade seja 'bastante' para conferir o caráter de direito público à regra jurídica ou à instituição³⁸."

O Direito seria público e, portanto, o interesse preponderante seria também público, sempre que se estivesse diante de leis postas pelo Estado sobre si mesmo, a que o autor exemplifica:

[...] se o Estado requisita casa para alojar soldados ou funcionários, pratica ato de direito público; se a aluga, submete-se ao direito privado. Ali, ainda que tenha de indenizar, a situação não é igual àquela em que propõe, discute ou aceita a prestação de aluguel³⁹.

No entanto, para esse autor, as expressões "regra de interesse público" e "regra de interesse privado" seriam equivocadas, por não determinarem o grau de tal interesse público. Ao contrário do que ocorre com relação a *direito público* e *direito privado*, as expressões *ius cogens*, *ius dispositivum* e *ius interpretativum*, bem como *regras jurídicas de ordem pública* e *regras jurídicas que não são de ordem pública*, constituiriam noções destinadas a atender a diferenças "exatas de intensidade do

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, v. 1, p. 110.

³⁹ *Ibidem*, p. 110.

interesse público"⁴⁰. Assim, serviriam à compreensão de cada uma das espécies de normas que indicam e à determinação das conseqüências peculiares a cada uma.

Quando o Estado instituísse princípios interpretativos, dispositivos ou cogentes, estaria supondo serem de idêntica natureza os participantes da relação jurídica e, portanto, estaria instituindo Direito Privado. Mas, se ao contrário, ao legislar, o Estado não permitisse a plena igualdade das partes, figurando ele próprio na relação jurídica, o Direito seria Público. A presença do interesse público estaria assim indicada pela própria presença do Estado.

O interesse público, como se vê, teria presidido a própria elaboração da lei e seria aquilatado a partir da presença do próprio Estado na relação jurídica. A presença deste, ao que parece, seria a nota suficiente a caracterizar a existência de tal interesse.

De outra parte, não seria suficiente para caracterizar uma lei como de ordem pública o fato de ser de interesse público, entendendo tais expressões como distintas. Ordem pública seria conceito relativo à conformação de um Estado, pelo que a cada Estado corresponde sua própria ordem pública. Mas Pontes de Miranda afirma ainda que se deve distinguir a noção de *ordem pública* de outro conceito que refere como “parecido”, qual seja, o de *razão de Estado*. Razão de Estado corresponderia ao arbítrio do Príncipe. E, na formulação de Maquiavel, seria o conceito pelo qual o interesse do Estado se põe acima dos interesses do povo, como expressão típica do despotismo.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, *Comentários à...*, p. 111.

Como bem observa Miguel Reale, "foi ao mundo moderno que tocou viver plenamente o drama da justificação do Estado em si mesmo, drama este que pressupõe sempre uma outra instância além do Estado, mas perante a qual se julga poder aduzir Razões de Estado de validade intrínseca e bastantes por si mesmas"⁴¹.

Talvez se deva a este fato o esforço doutrinário no sentido de identificar e justificar a especialização do Direito em Público e Privado e a relevância da compreensão do que seja *interesse público*.

4. A difícil delimitação do conceito de interesse público

Uma tentativa de definição da expressão "interesse público" exposta na Enciclopédia do Direito Saraiva refere que este seria o "interesse pertinente a toda a sociedade, personificada no Estado"⁴², como "interesse à preservação permanente dos valores transcendentais dessa mesma sociedade", não sendo, assim, "o interesse de um ou de alguns; de um grupo ou de uma parcela da comunidade: nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato".⁴³ Portanto, o autor empresta à expressão a acepção de interesse geral da sociedade, como interesse geral e impessoal, que diz respeito a todos diretamente "e não imediatamente só ao Estado como sujeito de direitos e obrigações, voltado para o desempenho das atividades que lhe são peculiares (interesse puramente

⁴¹ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 76.

⁴² SANSEVERINO, Milton. Interesse público: atuação do ministério público no processo civil. In: FRANÇA, Limonge (Coord). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 45, p. 388.

⁴³ *Ibidem*, p. 388.

administrativo ou pessoal)"⁴⁴.

A expressão, portanto, se contrapõe a interesse coletivo, que seria o relativo a um certo grupo de pessoas, opinando Milton Sanseverino no sentido de que não teria cabimento a participação do Ministério Público em processos onde exista mero interesse coletivo, como, por exemplo, nas ações de execução movidas pela Fazenda Pública, já que esta estaria em juízo na defesa de seus interesses específicos. Não haveria aí qualquer interesse genuinamente público. O interesse público poderia ser identificado como um conceito amplo no qual se identificariam duas espécies de interesse público: o interesse coletivo e o interesse geral.

Com significado razoavelmente diverso, encontra-se a expressão interesse público em José Cretella Junior, quando, na mesma Enciclopédia de Direito, discorre sobre o tema enquanto categoria típica do Direito Administrativo:

Atividade de tal modo relevante que o Estado a titulariza, incluindo-a entre os fins que deve, necessária e precipuamente, perseguir. É o *próprio interesse* coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum. A finalidade de toda e qualquer administração é o *interesse público*⁴⁵.

O tratamento dado à matéria nestes dois verbetes é bastante distinto, a ponto de sugerir-se, no último, exatamente que o interesse público é o que pelo primeiro se conclui que não é: interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses e interesse próprio do Estado.

Mais próxima da noção preconizada por Milton Sanseverino é aquela apresentada por Jean Rivero: "o motor da acção administrativa [...] é essencialmente *desinteressado*: é a prossecução do interesse geral, ou ainda da utilidade pública,

⁴⁴ SANSEVERINO, *Interesse...*, p. 388.

⁴⁵ CRETELLA JUNIOR, José. Interesse público: direito administrativo. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, v.45, p. 399.

ou, numa perspectiva mais filosófica, do bem comum.

O interesse geral não é, portanto, o interesse da comunidade considerada como uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles; é muito mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas – aquelas a que o jogo das liberdades não provê de maneira adequada e cuja satisfação, todavia, condiciona a realização dos destinos individuais. A delimitação do que entra no interesse geral varia com as épocas, as formas sociais, os dados psicológicos, as técnicas; mas se o conteúdo varia, o fim continua o mesmo: a acção administrativa tende à satisfação do interesse geral⁴⁶.

Tal interesse geral, portanto, não estaria nem acima, nem abaixo dos demais interesses.

Todavia, além de uma concepção mais genérica, há que considerar também a identificação de suas possíveis subdivisões. E a respeito, especialmente em vista de nosso objetivo histórico, valemo-nos da distinção proposta por Renato Alessi.

Efetivamente, a existência de duas espécies, ou dois níveis diversos, de interesses públicos foi aceita pelo autor em seu *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*⁴⁷, na esteira do quanto já prelecionara Carnelutti⁴⁸ relativamente a interesse coletivo primário e a interesse secundário, considerando haver um interesse público primário e um interesse público secundário.

O tema dentro do qual a questão do interesse foi tratada por Alessi na obra em referência é o da chamada “supremacia jurídica geral” da administração e seus limites. São idéias centrais da sua abordagem as idéias de poder de império, que também refere como poder soberano e a idéia de função administrativa.

Pretendendo identificar o sujeito da função administrativa, afirma que a

⁴⁶ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 15.

⁴⁷ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed nuovamente riveduta rielaborata e ampliata. Milano: Giuffrè, 1960.

⁴⁸ Lezioni, I, p. 15 e seguintes, anotado igualmente por Alessi na obra citada.

primeira particularidade é a de que a administração é normalmente titular do poder soberano, do poder de império com que confronta a todos os demais. No entanto, reconhece que a titularidade de tal poder de forma ilimitada não é mais compatível com o Estado de Direito, que entende fundamentalmente inspirado na necessidade de proteger os indivíduos contra o arbítrio e a opressão por parte dos governantes. Assim, admite a necessidade de estabelecerem-se e identificarem-se limites àquele poder da administração pública de impor coativamente sua vontade. E sugere que o poder de fato, existente até o advento do Estado de Direito em favor dos governantes e das próprias entidades por eles regidas, seja agora um poder não mais de fato, mas um poder jurídico, porque fundado no direito objetivo e exercido nos limites por ele assinalados.

O primeiro de tais limites seria representado pela própria divisão dos Poderes, em decorrência do que não mais se permitiria à administração a emanção de atos de produção jurídica primária, ou seja, de leis, que estariam reservadas ao órgão legislativo. Seus atos de produção jurídica seriam de natureza complementar.

E afirma o entendimento da prevalência dos interesses ditos públicos sobre os interesses privados, contanto que haja previsão legal neste sentido:

Gli organi amministrativi, adunque, possono bensì in concreto imporre coativamente la propria volontà facendola prevalere su quella dei soggetti privati, ma allora soltanto che siffatta prevalenza à stata in astratto disposta, con riferimenti a future applicazioni concrete dell'atto primario astratto, da una norma legislativa; il che significa che l'amministrazione potrà bensì far prevalere coativamente gli interessi pubblici (dei quali essa ha la cura) sugli antitetici interessi individuali, ma soltanto allorchà si tratti di interessi la cui prevalenza sia stata in astratto già preventivamente disposta da un atto primario legislativo la cui applicazione concreta presuponga appunto un futuro atto concreto da parte dell'amministrazione (*principio di legalità*) [...]⁴⁹

⁴⁹ Em apoio ao que afirma, refere em nota de pé de página: Giannini, Lezioni, p. 77 e Laubadère, Tr. Élém., p. 199 e segs.

In caso diverso l'atto dell'organo amministrativo col quale si volesse far prevalere interessi sia pure pubblici, ma dei quali la prevalenza non sia stata in precedenza astrattamente disposta dalla legge, si risolverebbe in un atto primario, diretto, interdetto all'amministrazione dal principio della divisione dei poteri. Ed all'atto di produzione giuridica verrebbe a mancare ogni base giuridica, onde la sua attuazione dovrebbe basarsi semplicemente su di una prevalenza di fatto, su di un rapporto meramente di forza, cosa inammissibile nell'ordinamento costituzionale attuale.⁵⁰

Percebe-se, pois, que Renato Alessi adota dois pressupostos fundamentais a seu esquema teórico do direito administrativo enquanto fundado no interesse público: - o de que o Estado de Direito, inteiramente sujeito ao princípio da legalidade e à separação de poderes, é efetivamente a forma de Estado juridicamente mais perfeita, e - o de que há um interesse público assim identificado pelo próprio ordenamento jurídico e posto à guarda da administração pública que se sobrepõe aos interesses a que identifica como singulares, particulares ou privados antitéticos.

Entende, dessa maneira, que tal primazia do interesse público sobre os dos demais já se encontra substancialmente limitada pelo fato de só poder ser posta em prática mediante atos concretos que encontrem fundamento no direito objetivo preexistente, muito embora tal fundamento possa ser não só explícito e específico, como implícito ou genérico⁵¹.

Logo, para o autor, não é a Administração quem diz quando há interesse público, é a legislação. A Administração apenas age para concretizar esse interesse público previamente determinado na lei.

⁵⁰ ALESSI, *Sistema...*, p. 195.

⁵¹ *Ibidem*, p. 196.

Reconhece alguma fragilidade ao sistema assim concebido para preservação dos indivíduos contra o arbítrio e a opressão, por entender que, em alguns casos, aquela supremacia da administração pública pode ser exercida para a persecução de fins diversos daqueles que estariam legalmente previstos, em desvio de finalidade.

A segunda particularidade da administração pública, segundo Alessi, se liga à noção de função. Função seria o poder concebido para a realização de determinados interesses. E, em se tratando de poder soberano, estaria relacionado com a realização dos interesses públicos, que também identifica como coletivos⁵².

Mas tais interesses públicos, esclarece, não são os interesses da administração em si, mas sim, seriam aqueles que teriam sido chamados de interesses coletivos primários, os quais identifica com o complexo dos *interesses individuais prevalentes* numa determinada organização jurídica de uma coletividade. Já o interesse do próprio aparato administrativo seria um interesse secundário, realizável, contanto que coincidente, e no limite de tal coincidência, com o interesse público primário.

Tal classificação mereceu a aceitação da doutrina dominante sobre a matéria. Tanto que, mesmo entre autores para os quais não é admissível afirmar a supremacia do interesse público, como princípio, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a distinção é adotada. O interesse público compreenderia dois graus: o substantivo, ou material⁵³, que diria respeito aos fins visados pela Administração, e o adjetivo que diria respeito aos meios disponíveis para atingi-lo, sendo indispensável

⁵² “[...] trattandosi del potere sovrano, alla realizzazione di interessi *pubblici, collettivi*.” ALESSI, *Sistema...*, p.197.

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito Administrativo. 14ª edição totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 116.

apenas o interesse público substantivo⁵⁴.

A distinção sugere, portanto, a necessidade de discriminação entre interesses que se podem compreender como públicos e interesses estatais.

Neste sentido Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que a correta noção de interesse público impede que se suponha que o interesse público seja exclusivamente um interesse do Estado, eis que sequer haverá coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de direito público. O Estado, enquanto pessoa jurídica, a par de ser encarregado dos interesses públicos, pode ter interesses que lhe são particulares e que não consubstanciam interesses públicos. Estes corresponderiam à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, aos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade⁵⁵.

A ausência de coincidência dos interesses públicos com interesses estatais é ainda reforçada pelo fato de que, atualmente, sequer a execução de tais interesses é exclusividade do Estado, como refere Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao indicar as formas de execução da administração privada dos interesses públicos, através chamada administração associada, realizada por entes paraestatais e entes extraestatais, através de parcerias ou de colaboração⁵⁶.

No entanto, tais questões, aqui apresentadas tão somente como noções introdutórias ao tema da pesquisa, não serão objeto do presente trabalho, que apenas se há de ater à investigação histórica dos fundamentos do chamado princípio da supremacia do interesse público.

⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. totalmente rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 90.

⁵⁵ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

⁵⁶ MOREIRA NETO, op. cit., p.126 e p. 266-281.

I SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA EXPRESSÃO *INTERESSE PÚBLICO*: A TRILHA FRANCESA E SUA RUPTURA

I.1 Idade Média

I.1.1 O interesse público como o interesse do rei

A literatura produzida pelos juristas franceses do século XIX apresenta importantes obras relativas à história do direito e das instituições francesas, a par daquelas que foram escritas por historiadores. Dentre elas, encontramos a de um dos autores referidos por Alcides Cruz em seu *Direito Administrativo Brasileiro*⁵⁷, Esmein. A obra referida pelo autor brasileiro fora *Éléments de droit constitutionnel*⁵⁸ à qual não tivemos acesso.

Todavia, encontramos outra obra sua que reputamos de grande importância para o desenvolvimento de nosso tema: *Cours Élémentaire d'Histoire du Droit Français - a l'usage des étudiants de première année*⁵⁹.

Relata Esmein que a história das instituições da Gália se inicia com a conquista romana, pela qual teria sido profundamente influenciada. Ainda que tivesse conservado importantes costumes provinciais anteriores, só teria conhecido como direito o direito romano, o qual teria seguido tanto no desenvolvimento de suas

⁵⁷ CRUZ, Alcides. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. cor. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves ; Paris/Lisboa: Aillaud, Alves, 1914.

⁵⁸ *Éléments de droit constitutionnel*, como se vê das informações do catálogo da Biblioteca Nacional da França, foi editado, pela 1ª vez, em 1896 em Paris, pela Librairie du recueil des lois et arrêts e seu autor se chamava Adhemar Esmein.

⁵⁹ ESMEIN, Adhemar. *Cours élémentaire d'histoire du droit français: a l'usage des étudiants de première année*. 11 ed. Paris: Recueil Sirey, L. Larose et L. Tenin, 1912.

instituições públicas, quanto no de suas instituições privadas. O direito romano teria representado para a França, quer para o seu direito público, quer para o seu direito privado, um alto nível de perfeição técnica, e, portanto, um modelo a ser perseguido.

A administração do império romano teria sido admirável, mas, como observa o autor, este grande corpo tão bem organizado aos poucos foi perdendo a vida⁶⁰, com a supressão de todas as liberdades. Todo o poder havia transferido, primeiramente, ao imperador e ao senado, e, no Baixo Império, passou a se concentrar apenas na figura do imperador.

As liberdades locais teriam persistido por mais tempo, tendo sido assegurada aos habitantes de certas circunscrições autonomia administrativa para gerirem os interesses locais. Mais tarde também estas circunscrições perderam sua independência, relativamente à administração imperial da qual se tornariam, todavia, uma mola mestra, sobre a qual recairia a responsabilidade de sustentar a máquina do império, com o pagamento dos tributos que lhe eram impostos.

Efetivamente, como observa Laferrière:

[...] a organização municipal não era mais do que um instrumento para o império receber os tributos cobrados sobre as pessoas e sobre os bens, mesmo levando à ruína os administradores, pessoalmente responsáveis pelos impostos, mas ela se tornou, sobretudo ao sul, um refúgio para os grandes e os ricos que se aliaram aos oficiais do imperador para serem poupados e fizeram recair sobre as classes inferiores todo o peso da cobrança. No seio da opressão nasceu uma espécie de tribuno municipal, o defensor da cidade, que de protetor do povo se tornou *le magistrat* (o administrador). Quando o poder do imperador e de seus delegados diminuiu ante as ondas de invasão e abandonou os municípios da Gália às suas próprias forças, a instituição municipal encontrou um poder organizado dentro de cada cidade ou núcleo populacional;(e) liberada, a partir de então, da tirania dos impostos, sobreviveu por longo tempo à administração imperial.⁶¹

⁶⁰ ESMEIN, *Cours élémentaire*, p. 2.

⁶¹ "[...] l'organisation municipale n'était qu'un moyen pour l'empire de percevoir les tributs levés sur les personnes et sur les biens, même en ruinant les curiales ou décurions, personnellement

Donde provavelmente, ao menos em parte, uma origem da concepção de um interesse local, como algo que não respeita diretamente à organização política hierarquicamente superior, mas sim a sua própria administração interna.

Com a queda do Império Romano, seguiu-se o período feudal, habitado por reis de características peculiares, ao menos aos olhos daqueles que não viveram a experiência histórica da época, como chama a atenção Thierry⁶², referindo-se à palavra *rex*:

Entre as coisas estranhas que deveriam nos espantar e que não nos surpreendem mais, uma das mais singulares, talvez, seja o preconceito que atribui à palavra latina uma significação universal e a idéia absoluta da destruição de toda liberdade pelos homens em cujas leis uma vez se introduziu esta palavra fatal. No entanto, se formos pesquisar o sentido real desta palavra dentro da língua que a criou, veremos que em si mesma e segundo sua destinação primitiva, ela não implica de maneira alguma a idéia de aniquilamento de todas as pessoas em favor de uma só pessoa, e que ela significa simples e vagamente o condutor, aquele que dirige, aquele que vai à frente. É isto que demonstram as locuções latinas *rex gregis*, *rex avium*, *rex sacrorum* [...]. A fim de descobrir, pois, qual era a medida de autoridade destes que, após o desmembramento do império romano, foram chamados *reges* ou *rois*, dentro da Europa ocidental, é necessário deixar de lado a língua latina e recorrer às línguas germânicas. Estas línguas, que não são mais do que diversos dialetos de um só e mesmo idioma, entre vários títulos de comando que lhes são próprios, apresentam um que é comum a todos, talvez como mais expressivo e mais conforme à idéia que faziam estes povos da autoridade social: é a palavra *koning*, ou *koenig*, agora corrompida na alta Alemanha pela palavra *koenig*, e em inglês pela de *king*. Este título, constantemente expresso nas crônicas latinas pela palavra *rex* e traduzido por isto pela palavra *roi*, dentro da nossa língua meio latina, não era nada além do que o nome comum que designava o fato do comando, sem distinção de graus nem de atribuições [...] este nome se aplicava a muitos chefes de diversas

responsable des impôts; mais elle devint, surtout dans le midi, un asile pour les grands et les riches qui s'alliaient avec les officiers de l'empereur pour en être épargnés (poupados), et faisaient porter sur les classes inférieures tout le poids (peso) des exactions. Du sein de l'oppression naquit une sorte de tribun municipal, le défenseur de la cité, qui de protecteur du peuple en devint le magistrat. Quand la puissance de l'empereur et de ses délégués se retira devant les flots (ondas) de l'invasion et abandonna les villes de la Gaule à leurs propres forces, l'institution municipale se trouva un pouvoir organisé dans chaque cité ou chaque centre de population; dégagée désormais (daqui em diante) de la tyrannie des impôts, elle survécut (sobreviveu) long-temps à l'administration impériale." LAFERRIÈRE, Firmin. *Introduction a l'histoire des institutions administratives*. Paris: Revue de Législation et de Juisprudence, 1838, p. 8.

⁶² THIERRY, Augustin. *Dix ans d'études historiques*. Paris: Just Tessier, 1835.

ordens e de diversas funções [...] ⁶³

O argumento de Thierry aqui reproduzido bem ilustra a cautela com que devemos analisar as questões relativas à história das instituições que povoaram a Idade Média e de lá chegaram aos nossos dias. Tanto mais porque a compreensão de tal ambigüidade de sentidos que se poderia flagrar nas palavras então usadas pode ser reveladora também da ainda inconsistente substância de que eram designações, bem como dos movimentos políticos, nos quais poderemos inserir o do trabalho jurídico, que foi empreendido para melhor definir os contornos das instituições de então.

Daí também, talvez, decorra a falta de unanimidade, ao menos entre os autores por nós consultados e por nós selecionados - exatamente por terem participado da construção das idéias que foram trazidas ao Brasil por nossos históricos administrativistas, acerca da natureza das instituições medievais e mesmo do direito que as teria regido.

Assim, encontraremos em Pirenne⁶⁴ mais uma manifestação a respeito das

⁶³ "Parmi les choses bizarres qui devraient nous étonner, et qui ne nous étonnent point, une des plus singulières, peut-être, est le préjugé qui attache au mot latin de roi une signification universelle, et l'idée absolue de la destruction de toute liberté, pour les hommes dans les lois desquels s'est une fois introduit ce mot fatal. Pourtant, si nous allons chercher le sens réel de ce mot dans la langue qui l'a crée, nous trouverons qu'en lui-même, et selon sa destination primitive, il n'implique, en aucune manière, l'idée d'anéantissement de toute personnalité au profit d'une seule personne, et qu'il signifie simplement et vaguement le conducteur, celui qui mène, celui qui va devant. Voilà ce que démontrent les locutions latines de rex gregis, rex avium, rex sacrorum. (...) Afin donc de découvrir quelle était la mesure de l'autorité de ceux qui, après le démembrement de l'empire romain, furent appelés reges ou rois, dans l'Europe occidentale, il faut laisser de côté la langue latine, et recourir aux langues germaniques. Ces langues, qui ne sont guère que les dialectes divers d'un seul et même idiôme, parmi plusieurs titres de commandement qui leur sont propres, en présentent un qui est commun à toutes, peut-être comme plus expressif, et plus conforme à l'idée que se faisaient ces peuples de l'autorité sociale; c'est le mot de koning, ou de koening, maintenant corrompu en haut allemand par le mot de koenig, et en anglais par celui de king. Ce trître, constamment rendu dans les chroniques latines par le mot rex, et traduit à cause de cela par le mot roi, dans notre langue demi-latine, n'était rien de plus que le nom commun qui désignait le fait du commandement, sans distinction de degré ni d'attributs.[...] ce nom s'appliquait à beaucoup de chefs de divers ordres et de fonctions diverses." THIERRY, *Dix ans...*, p. 242-246.

⁶⁴ PIRENNE, Henri. *A history of Europe: from the Invasions to the XVI century*. Translated Bernard Miall from the French of the 8th Editionn. New York: Allen, Unwin, 1956, p. 146-147.

dissenções sobre a matéria, quando nos alerta para o fato de que estaríamos acostumados a dar o nome de "*feudal*" para o sistema político que prevaleceu na Europa depois do desaparecimento da dinastia Carolíngia, quando, no entanto, este hábito teria sido determinado pela Revolução Francesa, em cujo período indiscriminadamente se teria atribuído ao sistema feudal todos os direitos, privilégios, costumes e tradições que seriam inconsistentes com a constituição do Estado moderno e com a sociedade moderna.

"Além do que," escreve Pirenne:

se dermos aos termos seus sentidos exatos, é necessário entender por 'feudal' e 'sistema feudal' apenas as relações jurídicas surgidas do feudo ou do vínculo da vassalagem. [...] Na realidade, o direito feudal era um tipo especial de direito, como o direito comercial, e é um abuso de linguagem estender o significado destes termos para incluir uma ordem política inteira, na qual o elemento feudal era, em última instância, só de secundária importância, e, se é possível assim expressar, mais formal do que substancial. Nós devemos seguir a utilização comum, mas também devemos chamar a atenção para o fato de que o mais significativo do assim chamado sistema feudal foi a desintegração do Estado. Tudo tendia a levar a efeito esta desintegração, uma vez provado ser materialmente impossível, depois dos reinados fundados pelas invasões germânicas, continuar com o Estado Romano. A desintegração já estava acontecendo ao final do período Merovíngio, quando a monarquia, da qual tudo dependia, recuperou sua influência pelo período seguinte, através de suas grandes conquistas e sua aliança com o Papado. Mas estas conquistas e esta influência, retardou só por um momento o processo de desintegração. [...] O rei sozinho poderia manter a organização política do Estado. Teoricamente, o Estado era monárquico e administrativo, mas vimos quão fraco ele era, mesmo sob Carlomagno. Era fraco porque sua constituição política não era compatível com sua natureza econômica. Quando o comércio e as cidades desapareceram o Estado entrou num período em que as grandes propriedades absorveram tanto terras quanto habitantes, colocando a receita das primeiras e os braços dos últimos à disposição da classe dos magnatas. Estes se tornaram mais independentes pelo fato de que sua vida econômica não se sujeitava a perturbação alguma; todo o produto da propriedade era aplicado para a manutenção da propriedade mesma. Não havia nada a temer ou a esperar do Estado. Isto decidiu a sorte da monarquia. Mais cedo ou mais tarde, dependendo se a evolução da sociedade estivesse mais ou menos avançada, ela estaria condenada a permitir que seus direitos e prerrogativas passassem aos magnatas que agora eram praticamente seus únicos súditos, desde que eles se tinham interposto entre a monarquia e o povo, e ela era obrigada a governar

através deles⁶⁵.

No período feudal, os reis parecem se reaproximar da "indefinição" atribuída à palavra rei por Thierry. Enquanto o poder do imperador romano teria sido dominado pela idéia de Estado, sob cujo manto se abrigariam todos, o rei bárbaro, o monarca franco, passaria a considerar o poder real como coisa sua.

Assim, a palavra *público* teria perdido a significação original que lhe era atribuída no Direito Romano. E, como anota Esmein, teria sido Fustel de Coulanges o autor a registrar a alteração da significação da palavra *publicus*, que na linguagem própria do império significava a coisa do Estado e que, na linguagem da monarquia franca, passou a significar a coisa do rei⁶⁶.

E outra noção, ainda, é posta em cheque a respeito do período feudal por Fustel de Coulanges⁶⁷, qual seja a do sistema eletivo dos reis já desde o início da Idade Média, com a qual reforça o entendimento de que os reis efetivamente detinham seus reinos como patrimônio seu e não de qualquer povo.

Apoiado nos textos das *Mémoires de Grégoire de Tours*⁶⁸, Fustel de Coulanges analisa o processo pelo qual se estabelece a realeza merovíngia, e o faz referindo exatamente *royauté* e não dinastia. Na Lei Sállica, que continha todos os direitos do povo franco, não seria encontrada uma única palavra relativa à eleição dos reis, como também não a refeririam a Lei dos *Francs Ripuaires* ou os *Capitulaires de rois mérovingiens*⁶⁹.

⁶⁵ PIRENNE, *A history...*

⁶⁶ ESMEIN, *Cours élémentaire...*, p. 69, nota de rodapé 1.

⁶⁷ COULANGES, Fustel de. *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France: la monarchie franque*. Paris: Librairie Hachette, 1888.

⁶⁸ Segundo F. Guizot, na *Notice sur Gregoire de Tours*, com a qual introduz sua obra *L'Histoire des Francs* que teria sido impressa pela primeira vez em Paris, somente em 1561, Gregoire de Tours teria vivido entre 539 e 593 ou 595, e como bispo de Tours se dedicou a produção de literatura histórica.

⁶⁹ Cf. COULANGES, *Histoire des institutions...*, p. 34: Si nous prenons la Loi Salique, c'est-à-dire le

No entanto, segundo o *écrivain* Grégoire de Tours, Clóvis⁷⁰ teria se tornado rei (ou ao menos assim ele acreditava que Clovis se tivesse tornado rei e assim a tradição referia o evento) pela morte de seu pai Childéric e não por qualquer eleição. Clóvis teria, portanto, sucedido como um filho sucede ao pai. Gregóire de Tours também teria feito referência a um diálogo havido entre Clóvis e o filho do rei Sigebert: "Tu vois, ton père se fait vieux; s'il venait à mourir, le royaume te reviendrait de droit"⁷¹. E apenas quando não havia mais herdeiros a suceder a Sigebert nem e a seu filho é que os francos de Cologne teriam tomado a Clóvis por rei.

Portanto, critica Coulanges os eruditos que, contra tais evidências, acreditaram que a realeza franca havia sido eletiva, imaginando, quem sabe, que o direito de eleição se devesse exercer sempre dentro de uma mesma família⁷². Assim, qualifica tal teoria de engenhosa e opõe-se radicalmente a ela, por não vislumbrar qualquer texto que a apóie e ainda por entendê-la desmentida pelos fatos, porque quando da morte de cada um dos reis ele teria sido sucedido sempre por seu filho, ou por todos os seus filhos, ou, na falta destes, por seu irmão. E uma ordem tão regular de acontecimentos não permitiria pensar que tivesse havido a cada vez uma eleição. Ademais, os muitos registros feitos por Gregóire de Tours testemunham exatamente o contrário. É o quanto se vê no Livro III de sua *Histoire des Francs*:

code du peuple franc, qui semblerait devoir contenir tous les droits de ce peuple, nous n'y trouvons pas un seul mot sur l'élection des rois. Si nous faisons la même recherche dans la Lois de Francs Ripuaires, ou dans les Capitulaires de rois mérovingiens, nous n'y trouvons pas davantage la règle en vertu de laquelle les rois auraient été élus par le peuple franc. Ainsi, les documents officiels et de source franque ne signalent jamais d'élection."

⁷⁰ Rei dos Francos, também conhecido por Clodoveu, que teria se tornado rei em 482.

⁷¹ TOURS, Gregoire de. Livre II, 40. apud COULANGES, *Histoire des institutions...*, p. 35.

⁷² Ibidem, p. 36: "Quelques érudits, ayant dans l'esprit que la royauté franque avait dû être életive, et ne pouvant pas méconnaître qu'elle avait toujours été héréditaire chez les Mérovingiens, ont imaginé que les Francs n'avaient le droit d'élire leurs rois qu'à la condition de les élire toujours dans la même famille".

"Après la mort de Clovis, ses quatre fils, Théodoric, Chlodimir, Childebert et Clotaire, prirent possession de son royaume, et se le partagèrent également"⁷³. E parece assistir razão a Coulanges, eis que aqui se constata que o reino de Clóvis não só passou a seus herdeiros, mas eles o partilharam em partes iguais.

Com tais observações, Fustel de Coulanges, não obstante entender que os "magnatas", os senhores feudais, seriam apenas aqueles que estariam interpostos entre o povo e o rei, atribui igualmente à instituição da realeza o mesmo tratamento de direito de propriedade particular:

Ainsi, durant tout le sixième siècle, on ne voit jamais un peuple franc intervenir par l'élection dans le choix de ses rois. Les érudits modernes, qui ont l'esprit dominé par l'idée préconçue de grandes libertés populaires, peuvent faire toutes les suppositions qu'ils veulent: elles n'ont aucune valeur scientifique. Les textes ne parlent jamais ni d'assemblée réunie pour élire un roi, ni d'un roi qui ait été élu. Toujours la royauté se transmet comme tout autre héritage et suivant les règles du droit privé. [...] La succession est là, trésors et royaume, comme s'il s'agissait d'un domaine.⁷⁴

A idéia de utilidade geral aparece nas crônicas aparentemente porque ela estava no espírito dos homens, ainda que em grau fraco, não que efetivamente houvesse uma identificação clara do que seria essa utilidade geral⁷⁵. E tal idéia, juntamente com outras, se impôs culturalmente, porque com elas todos estavam habituados. Assim, igualmente havia espaço para que as leis imperiais revivessem os chamados crimes de lesa-majestade atribuindo-lhe a mesma penalidade do antigo império romano: morte e confisco dos bens. A sua vez, o chamamento dos

⁷³ TOURS, Grégoire de. Mémoires de Grégoire de Tours: histoire des francs. In: GUIZOT, M. *Collection des mémoires relatifs a l'histoire de France*. Paris: Chez J.L.J.Brière, 1823, p. 112. Em outras passagens há também menção à sucessão regular e divisão de reinos feitas pela sorte entre os filhos do rei morto, como à p. 176.

⁷⁴ COULANGES, *Histoire des institutions...*, p. 42.

⁷⁵ Cf. Ibidem, p. 132. "L'idée de l'utilité générale apparaît dans les chroniques, apparemment parce qu'elle était, ne fût-ce qu'à un faible degré, dans les esprits des hommes"

nobres obedecia à formula: "pour le service du roi et l'intérêt du pays"⁷⁶. Ainda que o serviço do rei estivesse mais afeto ao próprio rei e ao reino, enquanto propriedade sua, do que a qualquer outra razão, e o país fosse, assim, a circunscrição do **interesse do rei**.

Também no ambiente dos reinos fundados pelos burgundos, ostrogodos, visigodos e lombardos o historiador observa a mesma tradição, e vislumbra neles a mesma característica do reino franco. Portanto, quando o rei Godofredo dizia *noster populus* estaria a referir-se aos seus próprios súditos. Ainda que alguns de tais reis estivessem mais propensos a revoltas, outros mais submissos à Igreja, seriam todos, em realidade, e legalmente, monarcas absolutos, tanto que a lei dos visigodos como a *loi ripuaire*⁷⁷ determinavam a todos a obediência a qualquer ordem do rei.

É, assim, neste contexto que Fustel de Coulanges identifica a alteração de significado da palavra *publicus*: "Dans ces États aussi, comme le peuple n'existe pas légalement, le mot *publicus* s'applique à ce qui appartient au roi."⁷⁸ Tanto assim que entre os lombardos o tesouro do rei é chamado de público e seus funcionários também se chamam de públicos.

Os reis germânicos se impõem à população germânica da mesma forma que se impõem aos súditos romanos e ainda que as linhagens se encontrem mais separadas do que no "Estado" merovíngio, nenhuma constitui um corpo político com direitos perante o rei, o qual pode, todavia, contar com o apoio dos nobres e do clero.

O final do período feudal seria preparado pela conjunção de múltiplos fatores

⁷⁶ COULANGES, *Histoire des institutions...*, p. 132.

⁷⁷ Lei dos povos da região dos rios Mosa e Reno.

⁷⁸ "Nestes Estados também, como não existe legalmente o povo, a palavra *publicus* se aplica àquilo que pertence ao rei." COULANGES, op. cit., p. 134.

e esforços, com os quais se visaria reconstituir a unidade nacional, com a anexação dos grandes feudos, para reconstruir-se, especialmente, a soberania em prol da realeza. Esta restauração teria resultado de um grande esforço e, especialmente, de um trabalho político no qual os princípios jurídicos também teriam representado um importante papel. A soberania assim reconstruída não resultaria, pois, pura e simplesmente, da reunião dos poderes feudais.

Outros fatores teriam tido fundamental importância neste processo, ainda que a influência mais antiga e mais amplamente disseminada tivesse sido do próprio direito romano. No decorrer da Idade Média, jamais teria caído em completo esquecimento no mundo ocidental. Seu estudo e seu ensino foram cultivados, mesmo nos séculos IX, X e XI, e até mesmo teria sido preservada a sua prática judiciária em certas regiões.

Na segunda metade do século XI ocorre uma “renaissance vigoureuse”, como observa Esmein⁷⁹, especialmente na França e na Itália, onde foram fundadas as escolas, a começar por Bolonha, para estudar o direito romano. Esta renovação se tornaria um fator de grande influência não só para o direito privado, mas também para o direito público. Ressurgiria assim o direito como uma ciência nova, independente e laica, que se imporia sem contestação no ocidente, mormente tendo em vista o espírito da Idade Média para o qual o argumento de autoridade valeria mais do que todas as razões, a tal ponto que sua influência se teria feito sentir igualmente no direito eclesiástico.

Tal ascendência doutrinária do direito romano teria sido, efetivamente, um importante fator, mas teria sido especialmente elaborada por uma ação política mais

⁷⁹ ESMEIN, *Cours élémentaire...*, p. 381.

direta e mais imediata: a dos *légistes*⁸⁰. Estes teriam se dedicado a tornar o direito romano um direito vivo, a ser posto em prática, tanto em seu direito privado, quanto em seu direito público. Alguns, como os mestres de Bolonha, teriam preconizado que se aplicasse o direito romano tal qual se encontrava, outros, como os romanistas franceses da primeira metade do século XIV (Bartolus de Saxoferrato e sua escola), teriam preferido adaptá-lo. Mas, fundamentalmente, a tendência teria sido a mesma, em larga medida, de prosseguir no culto àquele direito. Por tal razão, especialmente na França, até o pessoal administrativo e governamental teria sido recrutado preferencialmente entre tais *légistes*, donde por consequência se reforçou a grande influência do direito romano na consolidação de seu direito público⁸¹, no qual talvez as palavras tenham sido reproduzidas ou traduzidas, porém com um âmbito de abrangência um tanto alterado pelo contexto medieval.

Em Justiniano teriam buscado a figura da monarquia absoluta e administrativa, na qual não haveria liberdade, mas, de outra parte, também não haveria as violências e a ignorância da sociedade feudal, e onde se encontrava plenamente desenvolvida a noção de Estado⁸².

⁸⁰ “[...] les légistes ont été les auxiliaires les plus actifs du pouvoir royal: or, dans la langue du Moyen âge, le mot légiste, *legistae* désigne précisément ceux qui se sont livrés à l'étude des lois, c'est-à-dire du droit romain”. ESMEIN, *Cours élémentaire...*, p. 381.

⁸¹ No mesmo sentido LUCHAIRE, Achiles. *Manuel des institutions françaises: période des capétiens directs*. Genève: Mégariotis, 1979 (reimpressão da edição de Paris de 1892), p. 463.

⁸² É o que pensa Esmein: “Dans la compilation de Justinien, ils trouvaient l'image d'une monarchie absolue et administrative, d'où la liberté était absente, mais d'où étaient également bannies les violences et la grossièreté de la société féodale, où régnaient l'ordre et la justice et où la notion de l'Etat était pleinement développée avec toutes ses conséquences. Ils y trouvaient la pleine souveraineté dans la personne de l'empereur, qui seul faisait la loi et par elle commandait à tous, levant seul les impôts et les levait sur tous les sujets de l'empire, exerçant seul le droit de rendre la justice par lui-même ou par des magistrats, dominant enfin jusqu'à l'Église, malgré les grands privilèges que celle-ci avait déjà obtenus. Les légistes français s'efforcèrent de faire passer cet idéal dans la vie réelle et de reconstituer la puissance de l'empereur romain au profit du roi”. ESMEIN, *Cours élémentaire...*, p. 383.

Todavia, ainda um outro fator apontado por Esmein parece indicar uma possível razão para o recrudescimento do absolutismo na França: a dúvida gerada em torno do título de seu soberano. Efetivamente, os glosadores de Bolonha, que teriam sido os primeiros a idealizar a restauração do Estado real, teriam interpretado literalmente os textos romanos que referiam tanto o imperador romano quanto o da Alemanha como Chefe do Santo Império romano. Tal interpretação, segundo Esmein, teria gerado a dificuldade de saber se o rei da França estaria ou não submetido àquele imperador. Posta em questão a amplitude de seu poder, e, portanto, sua soberania, teve provavelmente o direito francês que despender maiores esforços para afirmá-la. E entre posições antagônicas, teve o rei da França também seus partidários, que o afirmaram soberano, com fundamento em um decreto de Inocêncio III, que declarara expressamente “rex Franciae superiorem in temporalibus minime recognoscit”⁸³.

Assim, o estudo do direito romano teria sido de grande eficácia para o desenvolvimento do poder real, contribuindo, ao mesmo tempo, para a conformação de um poder absoluto: “l’Empire romain avait été la monarchie la plus absolue qui fut jamais, et l’on s’efforçait de faire la Monarchie française à son image...”⁸⁴.

1.1.2 Beaumanoir: a Origem da Concepção da Supremacia do Interesse Público como Fundamento do Poder Absoluto do Rei

Porém, os doutrinadores que construiriam o novo direito público em oposição aos princípios feudais, paradoxalmente, não invocariam apenas o direito romano,

⁸³ ESMEIN, *Cours élémentaire...*, p. 384.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 385.

mas ainda apelariam a um daqueles princípios do período que pretendiam superar, um princípio superior, que fosse facilmente compreensível, acessível tanto aos ignorantes quanto aos sábios: “a idéia do interesse público, a qual eles dão o rei como representante”⁸⁵.

A propósito refere Esmein as teses de dois autores da época:

Beaumanoir, em sua teoria do poder legislativo do rei não se inspirou somente no direito imperial, ele invocou sobretudo o 'interesse comum do reino'. Na mesma época, Durantis fundou sobre o mesmo princípio uma importante tese, que deveria restringir bastante as guerras privadas. Se em nome do direito romano ele condenava a guerra que um senhor fizesse a seu rei [...], em nome do interesse público ele declarava que todos os homens do feudo deveriam se atender ao chamamento do rei que os convocasse para a defesa da pátria, mesmo quando seu senhor imediato os houvesse requisitado ao mesmo tempo para uma guerra privada [...] Dentro da segunda metade do século XIII, o autor do Grand Coutumier de Normandie já extraía uma das aplicações mais fecundas do princípio. Ele considerava soberano (no caso o Duque de Normandie) como o representante e o guardião da paz pública e em consequência concluía que toda violência que perturbasse esta paz era um ataque contra o soberano...⁸⁶

Como noticia Akehurst⁸⁷, a obra de Beaumanoir, que terminou de ser escrita em 1283, teve apenas três edições impressas do texto original, em francês antigo: uma em 1690, outra em 1842, outra em 1899-1900, que foi reimpressa em 1970. Não admira, portanto, que em nossa cidade não se encontrem os *Costumes de Bauvaisis*, ou *Bauvoisis*. Pela importância, todavia, de Beaumanoir para a

⁸⁵ ESMEIN, *Cours élémentaire...*, p. 385.

⁸⁶ “Beaumanoir, dans sa théorie du pouvoir législatif de la royauté, ne s’inspirait pas seulement du droit impérial, il invoquait surtout le ‘commun profit du royaume’. A la même époque, Durantis fondait sur le même principe une thèse importante, qui devait restreindre beaucoup les guerres privées. Si au nom du droit romain il condamnait la guerre qu’un seigneur ferait à son roi [...], au nom de l’intérêt public il déclarait que tous les hommes de fief devaient se rendre à l’appel du roi qui les convoquait pour la défense de la patrie, quand même leur seigneur direct les eût requis en même temps pour une guerre privée [...] Dans la seconde moitié du XIII siècle, l’auteur du Grand Coutumier de Normandie dégagait déjà l’une des applications les plus fécondes de ce principe. Il considérait le souverain (dans l’espèce, le duc de Normandie) comme le représentant et le gardien de la paix publique, et il en tirait cette conséquence, que toute violence, troublant cette paix, était une attaque contre le souverain..” (Ibidem, p. 385-386).

⁸⁷ BEAUMANOIR, Philippe. *The coutumes de Beauvaisis of Philippe de Beaumanoir*. Translation F. R. P. Akehurst, Philadelphia: University of Pennsylvania, 1992, p. XII.

compreensão da construção ou do desenvolvimento da idéia de interesse público, como de resto de todo o direito original da França e, via de conseqüência, para o nosso próprio direito, decidimos por fazer uso da versão em inglês.

Beaumanoir, em seus *Coutumes de Bauvaisis*⁸⁸, no capítulo 45 - *Aveus*, traduzido por *Avowals*, e relativo às obrigações de vassallos e servos -, ensinava que apesar de os homens poderem pertencer às mais diversas condições, originalmente teriam sido todos livres e gozado da mesma liberdade. Como todos deveriam saber, todos teriam descendido do mesmo pai e da mesma mãe. "Mas quando começou a aumentar o número de pessoas e as guerras e as doenças começaram, pelo orgulho e pela inveja, a comunidade, aqueles que queriam viver em paz, viram que não alcançariam se todos pensassem que poderiam ser senhores tão poderosos quanto os demais"⁸⁹, assim, teriam decidido escolher um rei para fazê-lo senhor sobre eles, atribuindo-lhe o poder de puni-los a todos por suas faltas, de dar-lhes ordens e de fazer as leis, de sorte a protegê-los contra seus inimigos e dos maus administradores. Para tanto teriam escolhido os mais belos, mais fortes e mais sábios para comandá-los, para que pudessem permanecer em paz, e, por sua vez, pudessem ajudar o rei, tornando-se seus vassallos. Daqueles teriam descendido os nobres e dos outros teriam descendido os homens livres, não nobres, enquanto os servos teriam adquirido sua condição ou por terem sido vencidos em alguma guerra,

⁸⁸ A obra neste trabalho referida consta da tradução americana adiante citada, e não no original como pretendíamos, por não termos tido acesso a nenhum exemplar em francês, como BEAUMANOIR, Philippe de. *Les coutumes du Beauvoisis*. Paris: J. Renouard, 1842, Beugnot, Comte. Éditeur scientifique; ou: BEAUMANOIR, Philippe. *Coutumes de Beauvaisis*, Texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique par Am. [Amédée] Salmon, Paris : A. et J. Picard, 1970, Reproduction en fac-similé de l'édition faite à Paris par A. Picard et fils, en 1899-1900. Salmon, Amédée . Éditeur scientifique; ou: BEAUMANOIR, Philippe de (1250?-1296) *Les coutumes du Beauvoisis*. Edition: Nouv. éd. / publ. par le comte Beugnot, Paris: J. Renouard, 1842, texte en français ancien, avec une introd. en français, Beugnot, Auguste-Arthur (1797-1865), Éditeur scientifique, Commentaire historique et juridique par Georges Hubrecht, Paris : A. et J. Picard, 1974, que se encontram na Biblioteca Nacional da França, dentre outros.

⁸⁹ BEAUMANOIR, op. cit., p. 518.

ou por terem-na aceito por eles mesmos, para não serem presos, daí determinando a condição de seus descendentes, além de outras hipóteses às quais Beaumanoir dá tratamento de hipóteses *jurídicas*⁹⁰.

De acordo com Luchaire, o *légiste* Beaumanoir atribuiu ao rei o poder legislativo em toda a sua plenitude a ponto de afirmar que o que quer que quisesse o rei deveria ser tido por lei. Mas o dogma do poder absoluto do rei, assim construído, não seria mais erigido em nome do direito divino ou da suprema justiça. Os legistas param de invocar a Deus como fundamento de tal poder para substituí-lo pelo "commun profit, l'intérêt général, l'utilité publique"⁹¹, como o teria feito Beaumanoir em *Coutumes de Beauvaisis*, que determinaria a necessidade dos homens de "elegerem" um rei, para fazê-lo seu senhor, com poderes de estabelecer-se sobre eles para os comandar e punir. E como assinala Luchaire, ainda que tal parte do argumento de Beaumanoir, relativo a uma possível opção dos homens, possa não

⁹⁰ BEAUMANOIR, *The coutumes...*, p. 518-519: "1,453. Although there are several conditions of men now, it is true that in the beginning they were all free and with the same freedom, for everyone knows we are all descended from one father and mother. But when the people began to grow in numbers, and wars and ill will began to arise through pride and envy, which was greater then than it should be and still is, the community of people, those who wanted to live in peace, saw that they could not live in peace if each one thought he was as great a lord as everyone else, and they chose a king and made him lord over them and gave him the power to punish them for their offenses, to give them orders and make laws; and so that he could protect the people from their enemies, and bad administrators, they sought out among themselves those who were the most beautiful, the strongest, and the wisest, and gave them lordship over themselves to help them to remain in peace and to help the king, and they would be his vassals to help him protect them. And from these people have descended those who are called gentlemen, and from the others who chose them those who are called free but not gentle. And serfs have acquired their servility in many ways. For some have become so by being captured in a war; and they accepted serfdom for themselves and their heirs as ransom or in order to be let out of prison; and others have become serfs by selling themselves, out of either poverty or desire for gain; and other serfs were made when the king had affairs of state and he went to fight foreign people, and he ordered all those who could bear arms to go and help him, and if anyone remained behind, he and his heirs would be of servile condition; and some have been made serfs because they fled from battles; and some have become serfs because they gave themselves to the saints out of devotion when the Christian religion began to grow; and others became serfs because they could not defend themselves against lords who wrongfully and by force placed them in servitude."

⁹¹ LUCHAIRE, *Manuel des institutions...*, p. 463.

ter agradado por completo a Felipe, o Belo, este adotaria a tese dos legistas por representar a garantia da onipotência e da infalibilidade, que marcará a monarquia francesa a partir de então.

Para Beaumanoir, o interesse público parece estar no fundamento da regra de que os débitos para com o rei, ou para com o condado se não saldados, determinam a prisão do devedor e o confisco de sua propriedade, contrariamente ao que ocorre com relação aos débitos para com quaisquer outros particulares.

É o que afirma em seu parágrafo 696:

De acordo com o costume nenhum homem é preso por dívida, exceto pelas dívidas devidas ao conde ou ao rei, a menos que tenha concordado por escrito que pudesse ser detido e preso. Mas para aqueles dois tipos de débito se pode prender a pessoa e confiscar sua propriedade, e nenhuma ordem para pagar é requerida, nem em sete dias nem em quinze; porque o príncipe tem direito de tomar providências contra tais devedores, tão logo a data devida tenha passado, prendendo-os e confiscando sua propriedade.⁹²

A seguir selecionamos na obra de Beaumanoir⁹³ as passagens nas quais entendemos que o autor revela sua concepção de interesse público como sendo a própria materialização do bem comum, a ser determinado pelo soberano:⁹⁴

No capítulo 1º, relativo aos Juízes, afirma que as leis, as quais (necessariamente) o Rei faz para o bem comum, devem ser observadas pelos *baillis*⁹⁵:

⁹² According to custom no man is imprisoned for debt, except for debts owed to the count or the king, unless he has agreed in writing that he may be arrested and imprisoned. But for those two kinds of debt you can arrest the person and attach his property, and no order to pay is required, neither in seven days nor in fifteen; for the prince has his right to take action against such debtors, as soon as the due date has passed, by arresting them and attaching their property.

⁹³ BEAUMANOIR, *The coutumes...*, p. 696.

⁹⁴ As passagens estão sempre precedidas pelo título do capítulo em que se inserem, e, sempre que coincidente ou nele inserido, o número do parágrafo correspondente.

⁹⁵ Do francês *bailli*. "Governador com funções administrativas e judiciais; homem de confiança." Nota ao verbete "bailio". (BAILIO. In: DICIONÁRIO de língua portuguesa da infopédia. [s.l.]: Porto, 2003-2004. Disponível em <www.infopedia.pt>. Acesso em: 18 nov. 2004)

51. As leis [establisement]⁹⁶ que o rei faz para o bem comum têm que ser rigorosamente aplicadas pelos baillis; e entre outros eles devem ser cuidadosos para observar a lei que foi feita contra o falso juramento. Porque esta é a lei pela qual aqueles que jurem falsamente por Deus e N^a Senhora devem ser colocados no topo de uma escada por uma hora na presença do povo comum para ser submetido ao vexame e depois disso ele deve ter uma multa por ter desrespeitado a lei [...]; e sua multa só será fixada pela vontade do rei, de acordo com o juramento e de acordo com o patrimônio da pessoa que jurou falsamente.⁹⁷

No capítulo 2^o, relativo às Intimações, afirma Beaumanoir que *a guerra do reino, ou as batalhas pelo bem comum do reino, preferem* à guerra privada, apontando para a supremacia do interesse do *reino* sobre os demais interesses, ainda num tempo em que o reino não corporificava o Estado:

87. Quando alguém é intimado a defender seu senhor ou a ir à batalha pelo bem comum do reino, ele deveria cuidar de fazer a sua parte; porque se ele fugir ele perdeu sua honra e tudo que ele tem como um feudo, e ele não poderá depois ser ouvido para dar testemunho em corte nem apelar contra outrem, a menos que ele tenha causa razoável para sua fuga: tal como se tantos outros estivessem fugindo antes dele, que, ficando, ele não pudesse ter feito bem algum. Em tal caso o primeiro a desertar deveria ser culpado por eles ficarem enfraquecidos e os outros ficarem, por sua causa, em perigo maior de morte e humilhação, e, algumas vezes, apesar de os outros serem fortes e vigorosos, eles se perdem pela deserção [mauvestié] daqueles que deveriam ajudá-los. E muitos homens foram assim mortos e subjugados e muitas terras foram perdidas e muitas cidades demolidas e arrasadas; e aqueles que prosseguem em tais empreendimentos sabem que aqueles que desertam ficam em maior perigo do aqueles que atacam ou se defendem rigorosamente. E em todos os casos [besoignes] sobre os quais temos ouvido falar, mais daqueles que desertaram foram mortos do que aqueles que permaneceram. Pois um homem que abandona o lugar onde deveria estar combatendo seu inimigo dá a este grande coragem; e há muito se tem dito que a pessoa que foge encontra muitos para persegui-la"⁹⁸.

⁹⁶ Chaves introduzidas pelo tradutor para indicar a palavra utilizada no original.

⁹⁷ "51. The laws [establisement] which the king makes for the common good must be strictly kept through the precautions of the baillis; and among others they must be careful to keep the law which was made against blasphemous oaths. 6 For it is the law that those who swear falsely by God and Our Lady should be put on the ladder for an hour in the presence of the common people so that he will be shamed and after this he still owes a fine because he has broken the law {Beaumanoir's change of number}; and the fine is not fixed except at the sovereign's will, according to the oath and according to the wealth of the person who swore blasphemously." (BEAUMANOIR, *The coutumes...*, p. 30).

⁹⁸ Ibidem, p. 40. "87. When someone is summoned to defend his lord or to go to battle for the common good of the kingdom, he should take care to do his part; for if he flees he has lost his honor and

De outra parte, preleciona o *légiste* que o costume pode ser suspenso pelo Senhor (Conde, ou Rei, qualquer que seja ele, um senhor dotado de soberania), no caso de ser contrário ao *bem comum*, pois só ao soberano caberia dizer se o costume é contrário ao bem comum:

Se é notório que algum senhor odeia um de seus pobres súditos e que, para persegui-lo, o chama a comparecer no tribunal nos dias em que deveria estar trabalhando e fazendo sua tarefa, se esta situação for conhecida pelo conde, ele não deveria permiti-la, mas, ao contrário, (deveria) requerer que seu homem ouvisse imediatamente seu pobre súdito e em data em que ele não perca seu tempo de trabalho. Contudo você pode intimar seu súdito plebeu para qualquer dia que queira entre um dia e o próximo. Mas um senhor investido diretamente pelo rei, quando ele vê que um de seus homens quer aplicar este costume tão cruelmente contra seus próprios pobres súditos pode, pelo poder de seu ofício, suspender este costume e ver a reclamação que seu homem tem contra seu súdito; e, a menos que ele veja que a reclamação é boa, ele pode por seu poder proibi-lo de manter o processo. Pois quando os costumes começam a ser observados, as pessoas começam a observá-los pelo bem comum, e não para agir dura e cruelmente. Contudo, em casos de crime não deveria haver indulgência, mas se deveria agir como o caso requer e o costume permite, salvo nos casos em que for razoável ser misericordioso. e quais são aqueles casos está explicado no capítulo que trata dos casos em que piedade e misericórdia são adequados.⁹⁹

everything that he holds as a fief; and he should not afterwards be heard to give testimony in court nor to appeal against another unless he had reasonable cause for his flight: such as if so many others were fleeing before him that by staying he could have done no good. In such a case the first to flee should be blamed, for they are wicked and the others are, because of them, in greater danger of death or shame; and sometimes, however strong and vigorous the others are, they lose heart from the defection [mauvestié] of those who should be helping them. And many men have thus been killed and vanquished and many lands have been lost and many a town demolished and razed; and those who go on such business {battles} know that those who flee are in greater danger than those who attack or defend themselves vigorously. And in all the skirmishes [besoignes] that we have heard spoken of, more of those who fled were killed than of those who stayed. For a man who abandons the place where he should be fighting his enemy gives great courage to him; and it has long been said that a person who flees finds plenty of people to pursue him." (Ibidem, p. 40-41).

⁹⁹ "If it is apparent that some lord hates one of his poor subjects and that in order to harass him he calls him to a court appearance on the days when he should be working and doing his work, if this situation is made known to the count he should not permit it, but instead require his man to give an immediate hearing to his poor subject and on a day when he will not lose work time. Nevertheless you can summon your commoner-subject any day you want from one day to the next. But a lord holding directly from the king, when he sees that one of his men wants to enforce this custom too cruelly against his poor subjects can by the power of his office suspend [restraintre] this custom and take a look at the complaint that his man has against his subject; and unless he sees the complaint is good he can by his power forbid him to maintain the suit. For when customs began to be observed, people began to keep to them for the common good, and not to act harshly and cruelly. Nevertheless in cases of crime there should be no indulgence, but you should act as the case requires and custom permits, except in cases where it is reasonable to be merciful. And what those cases are is explained in the chapter which speaks of cases where pity and mercy are appropriate."

No capítulo 10º, tratando da jurisdição superior e da jurisdição eclesiástica, identifica na Justiça algo que serve ao bem comum de todos, e, como já ressaltado por Esmein, as expressões que utiliza para designar o bem comum e o interesse público são por ele utilizadas como sinônimos (*commun profit, intérêt public*):

354. Eu não recomendo aos juizes leigos que eles devam rapidamente dar ouvido para um homem que tenham preso numa veste paisana e que invoca ser um padre ou não e se ele pode provar-se ser um clérigo ou não, ou depois que ele tenha sido requisitado pela Sagrada Igreja como um clérigo. Pois se ele fosse julgado depois que a queluisição fosse feita, ou depois que ele tivesse declarado: "Eu sou um clérigo," e depois ficasse comprovado pela Santa Igreja ser ele um padre, aqueles que o tivessem julgado seriam sumariamente excomungados sem possibilidade de salvação pelo para. Mas se ele foi preso em vestes paisanas, e ele não disse: Eu sou um clérigo," e nenhum aviso foi recebido da Santa Igreja, e ele foi punido em um julgamento pela sua ofensa, a Santa Igreja não poderia ter mais reclamações sobre a justiça leiga, mesmo que a Santa Igreja quisesse provar depois que a pessoa condenada era um clérigo. Pois se a Santa Igreja pudesse prender as autoridades leigas neste caso, nenhuma justiça seria feita nesses casos, e nenhuma justiça seria feita de forma alguma, o que ninguém deseja que aconteça, pois a justiça é para o bem comum de todos. E se as autoridades leigas não se atreveram a prendê-los mortos ou vivos quando eles estão se defendendo, mesmo se não há clérigos entre eles e eram todos civis, os oficiais poderiam temer que houvesse ali um clérigo e por causa deste medo tantos ofensores poderiam escapar. E por esta razão é para o bem comum de todos as autoridades leigas estarem aptas a prender clérigos e civis por crimes, e matá-los se eles defenderem-se, preferível a deixá-los escapar.¹⁰⁰

BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p. 44-45.

¹⁰⁰ "354. I do not recommend to secular judges that they should quickly give a hearing to a man they have arrested in a secular dress and who claims to be a clerk, until they know the truth of whether he is a clerk or not, and if he can prove himself to be a clerk or not, or after he has been requested by Holy Church as a clerk. For if he were tried after the claim was made, or after he had said: "I am a clerk," and he was later proved to be a clerk by Holy Church, those who had tried him would be strictly excommunicated with no absolution save from the pope. But if he was arrested in secular clothes, and he did not say: "I am a clerk," and no warning was received concerning Holy Church, and he was punished by a judgment for his offense, Holy Church would have no further complaint to make concerning secular justice, even if Holy Church wanted to prove afterwards that the person condemned had been a clerk. For if Holy Church could arrest the secular authorities in such a case, no sure justice would ever be done in such cases, and much justice would not be done at all, which no one should wish to happen, because justice is for the common good of all. And if the secular authorities did not dare to arrest them dead or alive when they defended themselves, even if there was no clerk among them and they were all laymen, the arresting officers would be afraid there was a clerk, so that many offenders could escape because of this fear. And for this reason it is for the common good of all for the secular authorities to be able to arrest clerks and laymen for crimes, and kill them if they defend themselves, rather than let them escape.

No capítulo 21 o autor trata das várias espécies de sociedades que se podem estabelecer entre as pessoas, tais como as que formam uma cidade ou uma vila, cuja razão de ser parece se encontrar naqueles bens que as mesmas utilizam em comum e por cujos custos devem ser arcados por todos pelo bem comum de todos, pois que a não existência de tais bens ou a falta de sua manutenção implicaria em perda. Assim, a conservação das igrejas e das estradas que deveriam ser rateados entre todos. E ninguém deveria deixar de fazer algo para o bem de uma comunidade sob a alegação de não há consenso unânime sobre o que se pretende fazer. Em tais casos Beaumanoir entende que basta haver acordo da maioria, com o que ninguém poderia desautorizar ou danificar o que fosse feito pelo bem comum. Tanto mais que as parcerias pelas quais se estabelece uma comunidade não são de uma natureza tal que possam ser dissolvidas ou separadas, ao contrário, devem durar quer os seus membros queiram ou não, especialmente quando estabelecidas sob a forma de *commune*, através de uma carta específica do rei ou do senhor. Em tais casos a retirada de um dos parceiros deveria se dar de acordo com as regras estabelecidas por aquela carta, passando a viver fora da propriedade da *commune*.

Tratando das corporações, no capítulo 22, Beaumanoir afirma que há questões de interesse público, relativas ao bem comum, que autorizam o senhor a intervir numa sociedade particular, para substituir-se ao sócio faltoso, assim como o soberano, superior ao senhor, pode se substituir ao senhor que não esteja aplicando devidamente a justiça entre seus súditos, porque a soberania do rei é superior à de todos e pode se impor sobre todos:

663. Se existem diversos sócios donos de uma propriedade, e os sócios sofreram uma perda por causa da ação de um deles, - por exemplo, se eles tem tarefas divididas em um moinho e um deles não cumpre seu dever para seu senhor, de forma que o senhor tire a roda [fers] de triturar do moinho pois não vai moer farinha, resultando em uma perda para os sócios, - neste caso os sócios devem recuperar suas perdas so sócio que causou a remoção das rodas de triturar. Ou se ele é pobre ou está fora do distrito, ou em algum lugar em que não haja jurisdição sobre ele, os sócios na propriedade podem tomar outro caminho: eles podem pedir para que o senhor que removeu as rodas de triturar coloque-as de volta, de forma que o moinho funcione, e quando os lucros do moinho chegarem, o senhor deve tomar a parte da pessoa que não cumpriu seus deveres com ele. E um senhor solicitado para fazer isso deve fazê-lo, por duas razões: a primeira é que os sócios não devem sofrer perdas por causa da violação de seu sócio; a segunda razão é porque é para o bem comum do senhor e do distrito e dos sócios que a propriedade deva ser explorada de acordo com sua natureza. E se o senhor não conceder este pedido e os sócios apelarem para o soberano, o soberano pode fazer a coisa; isso significa que o chamado vai primeiramente para o senhor do senhor que não quis conceder o pedido, e de senhor para senhor direto para o rei, se os outros não entrarem em ação.¹⁰¹

Ensinando sobre os costumes, o autor se refere a alguns direitos e a alguns bens de interesse público que devem ser reconhecidos em favor de todos, como o

¹⁰¹ "663. If there are several partners who own some property, and the partners are caused a loss because of the action of one of them, -- for example if they have their shares in a mill and one of them does not do his duty towards his lord, so that the lord takes the grinding wheels [fers] out of the mill so that it will not grind flour, with the result that the partners suffer a loss, -- in such a case the partners should recover their loss from the partner because of whom the grinding wheels were removed. Or if he is poor or out of the district, or somewhere where there is no jurisdiction over him, the partners in the property can take another approach: for they can ask the lord who removed the grinding wheels to have them put back, so that the mill will work, and when the profits from the mill are to be given out, the lord should take the share of the person who did not do his duty towards him. And a lord requested to do this should do so, for two reasons: the first is that the partners should not suffer loss because of the offense of their partner; the second reason is because it is for the common good of the lord and the district and the partners that property should be exploited according to its nature. And if the lord will not grant this request and the partners appeal to the sovereign, the sovereign should have the thing done; that means the appeal goes first of all to the lord of the lord who did not want to grant the request, and from lord to lord up to the king, if the others will not take action.

664. Many jurisdiction partnerships have not worked well because several lords were partners in the jurisdiction (in many towns the jurisdiction is shared by two or three or four or more lords). And it happens that one or two have a great desire to administer justice well, and the others have not; or sometimes one of them likes a person who is to be tried better than the others do; or sometimes one of them wants to help the accused because he is asked or paid to do so, or for some other bad reason. And for this reason the king or those who hold directly from him, and from whom the partners hold their jurisdiction, must be very aware of how they administer justice in their jurisdictions, so that if justice is not done, the jurisdiction of the person failing to administer justice can be taken away from him and justice done by the sovereign." BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p. 240-241.

direito de ir e vir e, portanto, de utilizar as estradas e outros lugares públicos, bem como o direito à água:

698. Existem diversos privilégios que são tão comuns a todos que não podem ser retidos, mesmo que nem impostos, aluguéis ou obrigações sejam dados por eles: por exemplo, ir e vir nas estradas públicas, ninguém tem qualquer obrigação para este privilégio, desde que todos tenham o direito a isso, e também pegar água de um rio público ou poço; estes privilégios não podem e devem ser proibidos a qualquer um; e também a igreja é disponível a todos, para fazer suas preces em lugar e horários convenientes, exceto aqueles excomungados, que não devem ir lá a menos que sejam permitidos pela graça da Santa Igreja; e também os córregos para dar de beber aos animais; e também muitas facilidades públicas [aisement commun] que estão situadas em lugares públicos e que estão lá por um longo tempo não devem ser proibidas a ninguém. E visto que todos estes privilégios são comuns a todos, é quase certo que quando despesas devem ser pagas para mantê-los, todos que têm o benefício de usufruir as coisas devem contribuir com sua parte. E na nossa opinião, ninguém deve ser excluído, mesmo que alguns de nossos cavalheiros não queiram concordar; nós não vemos porque seus assuntos devem ser feitos para manter tais facilidades públicas para cavalheiros, desde que os cavalheiros façam mais do que sua justa parte de uso delas comparado com os comuns.¹⁰²

Ao tratar, no capítulo 25, das estradas, Beaumanoir esclarece que elas são propriedade privada dos proprietários das terras que as margeiam, mas a despeito de tal natureza, seus proprietários devem preservá-las para que sirvam ao uso de todos os passantes. Por outro lado, também deixa evidente sua preocupação com o interesse público como uma preocupação que se sobrepõe às próprias concepções

¹⁰² "698. There are various privileges which are so common to all that they cannot be withheld, even though no taxes, rents, or obligations are given for them: for example, coming and going on the public highways, for no one owes any obligations for this privilege, since everyone has a right to it, and also taking water from a public river or well; such privileges cannot and must be forbidden to anyone; and also the church is available to all, to make their prayers at a convenient place and time, except those who are excommunicated, who should not go there until they are allowed to by the grace of Holy Church; and also the fords to water animals; and also many public amenities [aisement commun] which are situated in public places and have been there for a long time should not be forbidden to anyone. And because all such privileges are common to all, it is quite right that when expenses have to be paid to maintain them, all who have the benefit of the enjoyment [aisement] of the things should contribute their fair share. And in our opinion, no one should be exempted, even though some of our gentlemen do not wish to agree; for we do not see why their subjects should be made to maintain such public amenities for gentlemen, since the gentlemen make more than their fair share of use of them compared to commoners." BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p. 254.

juridicas por ele mesmo expressas, quando, por exemplo, refere que o costume antigo deve prevalecer sobre o costume mais recente, se for melhor para o bem comum:

Nós falamos da classificação das estradas porque vemos que elas estão todas muito decadentes pela avareza daqueles cujas terras as margeiam e pela ignorância dos senhores que deveriam mantê-las na adequada largura e desta forma quando houver uma disputa a respeito da largura da estrada, você vai se perguntar se ela deveria ser um atalho, ou uma estrada, ou uma auto-estrada, ou a mais larga de todas que é chamada de estrada real [chemin royal]; e de acordo com o que pode ser descoberto sobre seu tempo de existência, deve ser trazida de volta para a largura descrita acima; e nenhuma forma de uso contrária que tem sido habitual pode ser válida, pois um uso que é feito contra o bem comum não deve impedir a coisa de ser restituída a seu estado anterior.

De acordo com a *common law* todas as estradas, mesmo aquelas de dezesseis ou trinta e dois ou sessenta e quatro pés de largura, pertencem de todas as maneiras ao senhor que possui a terra diretamente do rei, se as estradas passam pelas suas terras pessoais ou de seus vassallos, e eles têm jurisdição e domínio sobre as estradas. Mas a respeito das estradas, nós temos um diferente costume em Beauvais, o costume geral em Beauvais é que se eu possuir a terra nos dois lados da estrada, em uma terra que eu tenha jurisdição e domínio, eu tenho jurisdição e domínio sobre a estrada no trecho que cruza minhas terras; e se eu tenho terras em somente um lado da estrada e outro alguém tem a terra do outro lado, metade da estrada pertence a mim e metade à pessoa do outro lado, de forma que se houver uma briga no meu lado da estrada, eu exijo todas as multas pela transgressão, e se for do outro lado, a pessoa cujas terras margeiam a estrada no outro lado faz jus às multas; e se a briga é no meio da estrada, de forma que você não possa dizer de qual lado é mais próximo, a transgressão deve ser julgada juntamente pelos dois senhores cujas terras margeiam a estrada.

Existem pessoas que vão contra este costume: isto é para dizer que em Beauvais existem pessoas que têm jurisdição sobre estradas que cruzam suas terras, e estradas que cruzam terras de outros, e estas pessoas são as que possuem jurisdição [voierie] sobre a auto-estrada, que elas guardam como um feudo fazendo homenagem ao senhor. E esta jurisdição de auto-estradas estende-se por uma certa área, e todos os processos que ocorrerem na área de jurisdição da auto-estrada devem ser guiados pelo senhor que possui a jurisdição da auto-estrada. E se ninguém provar por um documento ou por um incontestado hábito que ele possui a jurisdição em outras terras que não sua própria, a jurisdição pertence àquele cujas terras margeiam a estrada, como explicado acima.¹⁰³

¹⁰³ "We have spoken of the classification of roads because we see that they are all pretty much downgraded by the greed of those whose lands border them and by the ignorance of the lords who should maintain them at the proper width; and so that when there is a dispute concerning road

Mesmo sendo particulares, o autor aconselha o rei a intervir na questão das estradas quando suas condições não atendem à sua finalidade e ao bem comum, e os responsáveis não as mantêm adequadamente ou até as deterioram ou as estreitam¹⁰⁴. Assim, o *bem comum* legitima o rei a interferir sobre os bens privados.

Ao tratar dos crimes, no capítulo 30, Beaumanoir afirma que conspirações contra o soberano (rei ou conde) ou contra o bem comum devem ser severamente

width, you will inquire whether it should be a path, or a road, or a highway, or the widest of all which is called a royal road [chemin royal]; and according to what can be found out about what it was of old, it should be brought back up to the width described above; and no long habit of use which has been made to the contrary should be valid, for a use which is made against the common good should not prevent the thing from being restored to its former state.

According to common law all roads, even those of sixteen or thirty-two or sixty-four feet in width, belong in all ways to the lord who holds the land directly from the king, whether the roads pass through their personal lands or the lands of their subjects, and they have jurisdiction and lordship over the roads. But with respect to roads, we have a different custom in Beauvais, for the general custom in Beauvais is that if I hold the land on both sides of the road, in which land I have jurisdiction and lordship, I have jurisdiction over the road as far as it runs through my lands; and if I have land on only one side of the road and someone else has the land on the other side, half of the road belongs to me and half to the person on the other side, so that if there is a fight on my side of the road, I exact all the fines for the offense, and if it is on the other side, the person whose lands border the road on the other side gets the fines; and if the fight is in the middle of the road, so that you cannot tell which side it was more nearly on, the offense should be jointly judged by the two lords whose lands border the road.

There are some persons who go against this custom: that is to say that in Beauvais there are people who have jurisdiction over roads passing through their land, and roads passing through other people's land, and these people are those who have highway jurisdiction [voierie], which they hold as a fief by doing homage to the lord. And these highway jurisdictions extend over a certain area, and all suits which occur within the highway jurisdiction area must be handled by the lord who owns the highway jurisdiction. And if no one can prove by a charter or by unchallenged habitual usage that he has highway jurisdiction on lands other than his own, the jurisdiction belongs to those whose land borders the road, as is explained above." (BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p. 263-264).

¹⁰⁴ Although by the common law of Beauvais all roads belong to the person whose land borders them, nevertheless the holders cannot make them narrower or destroy them, for everything is held from the count; and the count should make them maintain the roads at their proper width for the common good, and the count should not permit the great roads of sixteen feet or more in width to be rerouted to other places and thus made worse. Therefore any one wanting to reroute roads must get leave from the count, and if the count sees that it is for the benefit of the district and the improvement of the road, he should allow it to be diverted. And if the count wanted to permit the deterioration of the roads, the king should not permit it; instead, at the request of the district or of some people who complained, without bringing a lawsuit, the king can command the count to have the roads in his lands kept up at their proper width. [...] When you see that a road is narrowed [corrompus] in various places and you want to put it right, where should you measure the proper width? You should not measure the width at the fros, 4 or at the entrances to the towns, for in many places at the entrances to a town the roads are wider than they should be in the open fields, for the convenience of the towns, such as for sending animals out into the fields, or to make repairs [amendement], or to go out for recreation [aler jouer]. Instead you should make the measurement out in the fields in a place where it is easier to see because of old markers which are found or old ditches which are discovered, and that is where the width should be measured." (BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p. 266)

punidas, dando como exemplo de tal espécie a conspiração de trabalhadores que contratassem, concordassem ou promettessem não trabalhar pelo preço mais baixo antes praticado, aumentando o preço por sua própria conta, ameaçando e punindo os demais trabalhadores que não se unissem a eles.¹⁰⁵ Consumada a conspiração pela elevação do preço, a pena deveria ser de morte.¹⁰⁶

Para o autor, soberano seria todo aquele detentor de alguma soberania derivada diretamente do rei, além do próprio rei, o qual seria soberano sobre todos no reino inteiro. Por isto ele poderia ditar as leis que quisesse pelo bem comum e o que ele determinasse deveria ser observado. A soberania do rei se impõe a todos. Abaixo dele não haveria ninguém que não pudesse ser levado sob vara a uma corte do rei, pelo descumprimento, ou cumprimento errôneo, ou em qualquer outro caso em que houvesse interesse do rei:

¹⁰⁵ "And among the other offenses of which we have spoken above, one of the greatest and which the lord should punish the most severely, is conspiracy [aliances] against the lord or the common good. 884. Conspiracy against the common good is when some kind of workers promise or agree or contract that they will not work for as low wages as they used to, but they increase the price on their own authority and agree that they will not work for less, and impose threats and punishments [peine] on their fellows who will not join their conspiracy. And if they were permitted to do this, it would be against the common law, and good deals for labor would never be struck, for those of each trade would try to obtain greater pay than reason and the common good [li communs] allow the work to be done for. And for this reason, as soon as the lord or other lords detect such conspiracies, they should arrest all those who have assented to such conspiracies, and keep them in strict confinement for a long term; and when they have suffered a long time in prison, each person can be fined sixty sous.

885. Another kind of conspiracy has been seen many times, by which many towns have been destroyed and many lords shamed and despoiled, for example, when the common people of some town or several towns conspire against their lord by using force against him, or by taking his property by force, or by raising their hands wickedly [vilainement] against their lord or his men. Therefore as soon as the lord notices that such a conspiracy has begun, he should arrest them by force; and if he arrests them soon enough that nothing has occurred except the conspiracy, he should punish all those who went along with it by long prison terms and should fine them all at his discretion according to their wealth; and when he can discover the chiefs who organized the conspiracy, if he hangs them he does them no injustice, for it was not their fault that the lord was not shamed by their handiwork [par leur pourchas], and therefore the lord can say that they..." (BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p. 314).

¹⁰⁶ "Were traitors¹³ towards him. And when the lord arrests them after the thing they conspired to do has been done, all those who went along with it and took part in the action are subject to the death penalty if their lord wishes, and have lost all their possessions, for it is clear they are traitors to their lord. Nevertheless, if there are no deaths, the lord can, if he pleases, content himself with taking their property at his discretion and keeping them in prison for a long term: and it is right for him to do enough to make the others who see refrain {from such things}." (Ibidem, p. 315).

Por falarmos em diversos lugares deste livro de soberania e do que podemos e devemos fazer, algumas pessoas podem pensar que porque nós não mencionamos um conde ou um duque que este é o rei; mas em qualquer lugar em que nós não mencionamos o rei estamos nos referindo àqueles que têm soberania derivada diretamente dele [tientent en baronie], pois cada barão é soberano em sua baronia. É verdade que o rei é soberano sobre todos e legitimamente tem todo seu reino sobre seu controle; de forma que ele possa fazer as leis que quiser para o bem comum, e o que ele legislar deve ser observado. E abaixo dele não há ninguém tão grande que não possa ser levado sob vara a uma corte do rei pelo descumprimento ou cumprimento errôneo ou em qualquer outro caso em que haja interesse do rei. E porque ele é soberano sobre todos, nós o mencionamos quando falamos de alguma soberania que pertença a ele.¹⁰⁷

Ao tratar da *subinfeudation*, capítulo 47, mais uma vez afirma Beaumanoir que quando a lei é feita pelo rei em caráter geral diz respeito ao bem comum. No que toca à aquisição de propriedade feudal, entende, por consequência, que é do **bem comum não beneficiar a propriedade dos plebeus:**

499. Nenhum cavaleiro abaixo do rei pode mais permitir a um homem da cidade comprar um feudo, pois isto seria contra a lei do rei feita por ele para benefício dos cavaleiros em geral por todo o reino.¹⁰⁸

Ao tratar da *freehold* (propriedade livre, desembaraçada), sugere novamente a presunção de interesse público das leis de caráter geral ditadas pelo Rei: "Mas quando a lei é geral, ela é aplicada no reino inteiro, e nós devemos acreditar que tais leis são feitas depois de muita consulta [par tres grant conseil] e para o bem

¹⁰⁷ "1,043. Because we speak in several places in this book of the sovereign and what he can and should do, some people might think that because we do not mention a count or a duke that this is the king; but anywhere we do not mention the king we are referring to those who hold directly from him [tientent en baronie], for each baron is sovereign in his barony. It is true that the king is sovereign over all and lawfully has his whole kingdom in his general care; so that he can make what laws he likes for the common good, and what he legislates must be observed. And below him there is none so great that he cannot be haled into the king's court for default of judgment or false judgment, and in any other case where the king's interest is involved. And because he is the sovereign over all, we mention him when we are speaking of some sovereignty which belongs to him." (BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p. 368-369).

¹⁰⁸ "499. No gentleman lower than the king can any longer permit a townsman to buy a fief, for it would be against the king's law made by the king for the advantage of gentlemen in general throughout the kingdom." (Ibidem, p. 530).

comum"¹⁰⁹.

O caráter geral da lei é dado pelo critério da sua obrigatória observância por todos os súditos de um dado reino.

No Capítulo 49, Beaumanoir cuida dos *Estados de necessidade ou emergências*. Os casos de necessidade excusariam do cumprimento dos costumes, como por exemplo, nos casos de guerra ou de temor de uma guerra. Assim, em tempos de paz todos poderiam fazer o que quisessem com os seus pertences, mas em tempos de guerra novas leis poderiam ser feitas pelo bem comum. Assim, as propriedades, os trabalhos e os serviços com as armas poderiam ser requisitados de qualquer um, nobre ou comum. O rei poderia impor a todos tais leis e, ainda, outras que lhe parecessem corretas. E os barões poderiam fazer o mesmo em suas terras, desde que não o fizessem contra o rei.¹¹⁰

¹⁰⁹ "But when the law is general, it is applicable in the whole kingdom, and we should believe that such laws are made after much consultation [par tres grant conseil] and for the common good." (BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p.536).

¹¹⁰ "Here begins the forty-ninth chapter of this book which speaks of laws [establissemens] and the times when a custom should not be observed for reasons of necessity. 1,510. There are exceptional times when you cannot and should not do what has been lawful [pour droit] by long custom and practice, for example anyone can know there are two kinds of times: war and peace. And it is reasonable for peace time to be dealt with according to the usage and custom which has been habitual and developed [usees et acoustumees] over a long period for life in peacetime; for instance, in such a time anyone can do what he wants with his own things, -- for example give or sell or spend them, -- as several chapters of this book explain. But in times of war or fear of war, kings and princes, lords who hold directly from the king [barons] and lower ones, have to do many things which, if they were done in times of peace, would be wrongs towards their subjects; but the emergency [tans de necessité] excuses them, so that the king can make new laws for the common good of his kingdom: for example, when he thinks he will have to defend his land or attack someone who has wronged him, he is accustomed to order that gentlemen who are squires be all made knights, and that rich men and poor should be furnished with armor, each according to his position, and that the towns should repair their fortifications [services] and their fortresses, and that everyone will be ready to move when the king gives the order. The king can give all such laws and others which seem right to him and his counsel in time of war, or fear of war to come; and the barons can do the same in their lands, provided it is not in order to take arms [emprenré] against the king. 1,511. And there are other times when you have to do things other than what custom allows even in times of peace, for example, in times of famine when some things needed to feed the common people are in short supply, for example when there is a shortage of wheat and wine. In such times you can restrict people from doing what they like with things in short supply; for if the rich were permitted to buy up these things to store them in granaries, and then keep them without selling them so that they would increase in price, it would be insufferable [ce ne seroit pas a souffrir]. Therefore, when such a time arrives, the lords of the land can order their subjects to store up only enough of the scarce things to get them and their household through the year, and to put the rest on sale at the

Embora o autor emita suas próprias opiniões sobre o que se deva considerar interesse comum, retorna sempre à idéia de que o poder de legislar do rei é efetivamente sempre exercido pelo bem comum, embora não seja sempre exclusivo:

1.512. Ninguém pode fazer uma nova lei [établissement] que vai obrigar por direito [pour droit], ou um novo mercado, ou novas taxas, exceto o rei no reino da França, salvo em tempos de necessidade [nécessité], pois nestes tempos cada barão pode forçar a venda dos

fair price which things are worth on the open market, for it is better to do things for the common good than according to the wish of those who want to profit from bad times [le tans enchierir].

1,512. No one can make a new law [établissement] which will be enforced as such [pour droit], or a new market, or new customs, except the king in the kingdom of France, save in times of emergency [nécessité], for in those times every baron can force the sale of his subjects' goods, as we have said above; but they cannot make new markets, nor new customs [coustumes] 1 without the king's permission. But the king can do this when he likes, and when he sees it is for the common good, for example, we see the king giving new customs every day to certain towns which are his own or to certain lords among his subjects, for example to repair bridges, or roads, or churches, or various other public works (obras públicas) [aaisemens communs]; in such cases the king can act, but not others.

1,513. You should know that if the king makes some new law for the common good, it does not affect things done in the past, nor things which will happen in the future, until observance of the law has been ordered. But as soon as it is promulgated [peupliés], it should be strictly enforced in the manner ordered, either for ever or for a set time. And whoever goes against the law is to pay the penalty established by the king or his counsel; for when he gives laws, he also sets the penalty for those who go against the law. And all the barons and those who have jurisdictional power [la justice] in their lands receive the fines paid by their subjects who break the laws, according to what was fixed by the king; but this presupposes that they enforce the king's law in their lands, for if they are disobedient [rebelle] or negligent {in enforcing it} and the king, because of their failure, takes a hand, he can collect the penalties.

1,514. What we have said about emergencies that arise because of famine we extend to other times of necessity: for example, if you happen to need to undertake public projects [communs ouvrages], for example churches, or roads, or wells, or fortifications because of the fear of war; in all such cases and others like them no one should be exempted from contributing according to his position, for no one should have to be the only one to pay for what is to the common advantage of all his neighbors as well as himself. And because we have seen various gentlemen who resisted and said they should not pay the city tax [estre taillié] along with commoners, it is right for the lord who has them in his jurisdiction to warn them to make a sufficient voluntary contribution; and if they will not, he can forbid them to use or take advantage of anything done when they would not contribute. And they can also be put under reasonable pressure to contribute, for they cannot do without public facilities. And if it is clerks who do not want to contribute, and they make use of the public facilities, they must be obliged by their ecclesiastical judge to contribute sufficiently, for no one should be exempted.

1,515. Although the king can make new laws, he must take great care to make them for reasonable causes and for the common good, and after much consultation [par grant conseil], and especially they must not be made against God or against morality [bonnes meurs]; for if he did (which will never happen, with God's help), his subjects should not permit it, for each person should above all things love and fear God with all his heart and for the honor of Holy Church, and after that his earthly lord. And everyone should obey the commandments of Our Lord in the hope of the reward of heavenly treasures [des biens celestiaus], and after that obey his earthly lord according to what you should do for your temporal goods [les possessions temporeus].

Here ends the chapter on laws and times of emergency. Note Note that customs, which normally come about over time and from the bottom up as it were, can be created from the top down by the king, or so it appears from this section. (BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p.540-542)

bens dos seus vassallos, como mencionamos acima; mas eles não podem fazer novos mercados, ou novas taxas [coustumes] sem a permissão do rei. Mas o rei pode fazer isso quando ele quiser, e quando ele vê que isto é para o bem comum, por exemplo, nós vemos o rei dando novos costumes todos os dias a certas cidades que são suas ou para certos lordes entre seus vassallos, por exemplo, para reparar pontes, ou estradas, ou igrejas, ou vários outros lugares públicos [aisemens communs]; nestes casos o rei pode agir, mas não os outros.¹¹¹

De outra parte, coerentemente com sua imensa fé (católica), recomenda Beaumanoir que a lei do rei seja feita pelo bem comum e nunca contra Deus ou os bons costumes (bonnes meurs):

1.515. Apesar do rei poder fazer novas leis, ele deve tomar muito cuidado para fazê-las por razões razoáveis e para o bem comum, e depois de muita consulta, e especialmente elas não podem ser feitas contra Deus ou contra os bons costumes [bonnes meurs]; se ele fizer isso (o que nunca vai acontecer, com a ajuda de Deus, seus vassallos não devem permitir, pois cada pessoa deve acima de todas as coisas amar e temer a Deus com todo seu coração e para a honra da Santa Igreja, e depois seu senhor na terra. E todos devem obedecer os mandamentos de Nosso Senhor na esperança da recompensa dos tesouros celestiais [des biens celestiaus], e, depois disso, obedecer seu senhor na terra de acordo com o que deve fazer para seus bens temporais [les possessions temporeus].¹¹²

Todas as inovações são proibidas, salvo para o rei:

1.517. No reino da França ninguém exceto o rei pode transformar

¹¹¹ "1,512. No one can make a new law [établissement] which will be enforced as such [pour droit], or a new market, or new customs, except the king in the kingdom of France, save in times of emergency [nécessité], for in those times every baron can force the sale of his subjects' goods, as we have said above; but they cannot make new markets, nor new customs [coustumes] without the king's permission. But the king can do this when he likes, and when he sees it is for the common good, for example, we see the king giving new customs every day to certain towns which are his own or to certain lords among his subjects, for example to repair bridges, or roads, or churches, or various other public works [aisemens communs]; in such cases the king can act, but not others. (BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p. 541).

¹¹² "1,515. Although the king can make new laws, he must take great care to make them for reasonable causes and for the common good, and after much consultation [par grant conseil], and especially they must not be made against God or against morality [bonnes meurs]; for if he did (which will never happen, with God's help), his subjects should not permit it, for each person should above all things love and fear God with all his heart and for the honor of Holy Church, and after that his earthly lord. And everyone should obey the commandments of Our Lord in the hope of the reward of heavenly treasures [des biens celestiaus], and after that obey his earthly lord according to what you should do for your temporal goods [les possessions temporeus]." (Ibidem, p. 542).

uma vila em uma comuna¹¹³ pela primeira vez, porque todas as inovações são proibidas. E se o rei quer fazer algumas {comunhas}, ou tiver feito alguma, deve estar contido na carta de liberdades [franchises] que ele dá a eles, que os direitos de casas religiosas e lordes [chevaliers] estão preservados, pois ele não pode e não deve {criar comunhas} como meio de estragar casas religiosas ou de reduzir os direitos dos lordes.¹¹⁴

A preservação dos direitos dos lordes, portanto, é um dos fatores passíveis de integrar a sua noção, não explícita, de bem comum.

O Capítulo 51 trata dos *Seizures*, confiscos impostos pelo bem dos súditos, nos seguintes termos:

Aqui começa o quinquagésimo primeiro capítulo deste livro que fala sobre as razões pelas quais Senhores podem fazer apreensões e tomar posse de propriedades, e como eles devem agir para o bem de seus vassallos enquanto mantém seus direitos.

1.533. É uma boa coisa para senhores saberem como e por quais razões eles podem fazer apreensões de propriedades de outras pessoas e por quais razões eles podem manter em sua posse propriedades (ganhadas ou arrendadas) das quais seus vassallos tenham desistido da posse. E nós vamos falar brevemente neste capítulo.

1.534. Você deve saber que as razões pelas quais senhores podem fazer apreensões das propriedades de seus vassallos incluem suspeitas de todos os casos de crimes sérios.¹¹⁵

Podem ser feitas requisições e apropriações por parte do rei, ou do conde, em caso de guerra, para recolher os prisioneiros, abrigar as tropas ou para o *bem*

¹¹³ Cidades medievais.

¹¹⁴ "1,517. In the kingdom of France no one except the king can make a town into a commune for the first time, because all innovations are forbidden. And if the king wants to make some {communes}, or has made some, it must be contained in the charter of freedoms [franchises] that he gives them, that the rights of religious houses and lords [chevaliers] are preserved, for he cannot and should not {create communes} by doing harm to religious houses or reducing the rights of lords. " (BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p. 543).

¹¹⁵ "Here begins the fifty-first chapter of this book which speaks of the reasons why lords may make seizures and take possession of property, and how they should act for the good of their subjects while maintaining their rights.

1,533. It is a good thing for lords to know how and for what reasons they may make seizures of other people's property and for what reasons they may keep in their possession property (owned or leased) of which their subjects have given up possession. And we will speak briefly of this in this chapter.

1,534. You should know that the reasons why lords can make seizures of their subjects' property include suspicion for all cases of serious crimes; " (Ibidem, p.551).

comum do distrito:

1.662. O conde e todos aqueles vassallos do rei têm, enquanto soberanos, direito de apropriar-se das fortalezas de seus homens se necessidarem delas para guerra, ou para abrigar seus prisioneiros ou suas tropas [garnisons], ou para proteger a si mesmos, ou para o bem público do distrito.¹¹⁶

E o bem comum é definido pela vontade daquele que detém o mais elevado *status*, numa espécie de expropriação, compensada por permuta:

1.666. Ainda existem outras maneiras pelas quais um homem que é vassallo direto do rei tem direitos [seignouries] sobre seu homem, que este não possui sobre o primeiro, pois se o conde de Clermont tem um homem que possui a posse de um pedaço de terra, que é muito prejudicial para sua casa ou sua fortaleza, ou para o bem público, o homem não pode recusar-se a fazer uma troca adequada se o conde quiser; é verdade que ele não pode ser obrigado a vender a terra, a menos que ele queria, mas ele não pode recusar uma troca adequada.¹¹⁷

Há ainda doações não executáveis por razões de interesse público:

Todos devem saber que doações que são feitas contra Deus, ou contra a Santa Igreja, ou contra o interesse público, ou contra a moral, ou que deserde alguém, não podem ser impostas; ao invés disso elas devem ser desfeitas e anuladas como sendo inválidas; e também dizemos que nada prometido por alguma das razões acima deve ser cumprido¹¹⁸.

A partir de Beaumanoir e sua tese de que o rei é o titular do interesse público, o bem comum, o mesmo interesse público não é visto como o que se impõe a todos

¹¹⁶ "1,662. The count and all those holding directly from the king have, as sovereigns, right to appropriate their men's fortresses if they need them for war, or to house their prisoners or their troops [garnisons], or to protect themselves, or for the public good of the district." (BEAUMANOIR, *The Coutumes...*, p.606-607).

¹¹⁷ "1,666. There are yet other ways in which a man who holds directly from the king has rights [seignouries] over his man which the man does not have toward him, for if the count of Clermont has a man who holds a piece of land, which is very detrimental to his house or his fortress, or to the public good, the man cannot refuse to take an adequate exchange for it if the count wants; it is true that he may not be compelled to sell it, unless he wants, but he cannot refuse an adequate exchange." (Ibidem, p.608).

¹¹⁸ "Everyone should know that gifts which are made against God, or against Holy Church, or against the public interest, or against morality, or which disinherit someone, are not to be enforced; instead they must be undone and nullified as being invalid; and we also say that anything promised for any of the above reasons should not be paid." (Ibidem, p. 720).

como coisa de todos, mas o que se impõe a tantos quantos se possa impor por força da decisão legislativa do rei. Porque suas concepções foram utilizadas exatamente para a restauração das monarquias, com características que mais as aproximavam dos reinos feudais do que do Estado romano. O direito romano pretensamente resgatado por tais *légistes* não se aplicou à realidade de um Estado, mas a uma instituição que queria deixar de ser tão fragmentada quanto o fora no período feudal, e que ainda não reunia predicados para considerar-se uma república, nos moldes, mais tarde preconizados por Bodin.

A idéia de interesse público esboçada por Beaumanoir, a par de envolver a pretensão de justificar e fundamentar a necessidade da organização de um reino em torno da autoridade de um rei, ainda que em convívio com soberanos menores, vem visivelmente combinada com aquilo que acredita e pretende que acreditem ser bom para todos, bom para as pessoas, bom para os leprosos, bom para os saudáveis, bom para o reino, bom para o condado, devendo, de qualquer sorte, **o bem de cada um ceder, ou ser restringido, ou mesmo suprimido em prol do bem do reino**. E o titular do direito de dizer o que é este bem comum é o rei.

O interesse público, que em Roma parecia mais claramente indicar a pertinência às coisas do Estado, em Beaumanoir é usado para justificar a presença, a existência de um novo reino, ainda não perfeitamente delineado como Estado, que só poderá prosperar com um soberano que reine sobre todos no seu reino, para comandar, punir, e ditar as leis, como único meio para a realização do bem comum. O interesse público assume a conotação de *bem comum* e como tal, na visão do ilustre *légiste*, só pode ser definido e redefinido pelo próprio rei, especialmente por seu poder de legislar e revogar o direito costumeiro.

Enfim, como conclui Esmein, efetivamente os juristas socorrem-se dos

próprios princípios do direito feudal para favorecer a figura do rei e se contrapõem ao feudalismo.

Interesse público seria, pois, idéia originária do direito medieval, que se teria desenvolvido paralelamente à idéia de interesse local, tendo sido retomada a partir da restauração como fundadora da própria soberania do governante, agora detentor de um poder absoluto, fundado não mais na divindade, mas neste *bem comum*.

Se a centralização do poder não existia no período feudal, existiria em prol dos senhores feudais uma verdadeira soberania, com as características fundamentais que haveriam de se transferir à soberania real. Assim, suas prerrogativas passaram ao rei, além de outros de seus direitos¹¹⁹.

O trabalho dos doutos ter-se-ia consubstanciado na desnaturação das relações feudais, de sorte a permitir ao rei se sobrepor aos senhores feudais com relação aos seus súditos. Exemplo de tal processo se encontraria na história do imposto real, que inicialmente caberia ao rei apenas em certos casos, mas sem direito de determinar a elevação dos impostos dos súditos de seus vassallos, e que se foi evoluindo pela sistemática de o rei impor elevações a seus vassallos, que só poderiam ser suportadas se repassadas a seus súditos.

As idéias de Beaumanoir, todavia, não influenciariam apenas a monarquia francesa, mas também as outras monarquias européias, entre as quais a portuguesa. Seus reflexos podem ser lidos nos textos de suas ordenações, que bem ilustram o poder legislativo dos reis e a evolução de seu conteúdo para além do que sugerira aquele autor, limitado apenas quanto à forma legal. É o que se vê, por exemplo, nas Ordenações Filipinas, as últimas a nos regerem, e em grande parte

¹¹⁹ cf. ESMEIN, *Cours élémentaire...*, p. 386.

reeditando regras anteriores, quando estatuíam, *in verbis*:

Título XXVI. Dos Direitos Reaes.

Direito real é poder crear Capitães na terra e no mar.

[...]

4. Direito Real he lançar EIRei pedido ao tempo de seu casamento, ou de suas filhas.

5. E bem assi servil-o o povo em tempo de guerra pessoalmente, e levar mantimentos ao Arraial, assi em carros, como em bestas, barcas, navios, ou per qualquer outra maneira, que necessario for.

6. Item lançar pedidos, e pòr imposições no tempo de guerra, ou de qualquer outra semelhante necessidade.

7. Direito Real he poder o Principe tomar os carros, bestas e, navios de seus subditos e naturaes, cada vez que cumprir a seu serviço: E assi fazerem-lhes pontes para passar, e levar suas cousas de uma parte para outra, a todo o tempo que lhe for necessario.

8. E as stradas e ruas publicas, antigamente usadas, e os rios navegaveis, e os de que se fazem os navegaveis, se são caudaes, que corram em todo o tempo. E posto que o uso das satradas e ruas publicas, e os rios seja igualmente commum a toda a gente, e ainda a todos os animaes, sempre a propriedade dellas fica no Patrimonio Real.

9. Item os portos de mar, onde os navios costumam ancorar, e as rendas e direitos, que de tempo antigo se costumaram pagar das mercadorias, que a elles são trazidas.

10. Item as ilhas adjacentes mais chegadas ao Reino.

11. Outrosi os Paços do Concelho, deputados em qualquer Cidade, ou Villa, para se fazer justiça.

12. Item os direitos, que se pagam pelos passageiros, atravessando os rios caudaes de huma parte para outra.

13. As portagens e outros quaesquer direitos, que se pagam segundo Direito, ou costume da terra, das mercadorias, que se trazem para a terra, ou levam fóra della.

14. As rendas das pescarias, que os Reis, por uso de longo tempo, costumavam haver, e levar, assi das que se fazem no mar, como nos rios.

15. As rendas, que antigamente costumaram levar das Marinhas, em que se faz o sal no mar, ou em qualquer outra parte.

16. Item, os veeiros e minas de ouro, ou prata, ou qualquer outro metal.

17. E todos os bens vagos, a que não he achado senhor certo.

18. Item, os bens de raiz e moveis, em que os malfeitores são condemnados polos maleficios, que commetteram, que não forem julgados para alguma parte, ou uso, aindaque as penas sejam postas simplesmente, sem serem applicadas expressamente ao Fisco.

19. Item, todas as cousas, de que alguns, segundo Direito, são privados, por não serem dignos de as poderem haver per nossas Ordenações, ou direito commum, salvo naquelles casos, em que specialmente as Leis permittem, que as possam haver, sem embargo de seu desmerecimento, ou sejam relevados per graça geral, ou special nossa.

20. Item todas as cousas, que cairem em commisso por descaminhadas. E por consequinte as penas, em que por isso se

incorre, ficam Direito Real por esse mesmo feito, sem outra sentença.

21. Item, os bens daquelles, que commettem crime de heresia, ou de lesa Magestade.

22. Item, os bens dos que casam, ou hão ajuntamento carnal com suas parentas, ou affins, ascendentes, ou descendentes, em qualquer grao que seja, ou com suas parentes, affins, ou cunhadas transversaes até o segundo gráo *inclusive*, contado segundo Direito Canonico: E isto, não havendo descendentes lidimos l4i de legitimo matrimonio. E o mesmo haverá lugar nas femeas.

23. Item, toda a cousa, que he deixada em testamento, codicillo, ou ultima vontade a algum herdeiro, testamenteiro, legatario, ou fideicommissario, e elle he rogado tacitamente pelo testador de a entregar depois de sua morte a alguma pessoa incapaz, porque em tal caso aquillo, que assi he deixado tacitamente, por fraudar a Lei, he applicado ao Fisco, e he feito Direito Real.

24. E bem assi os bens do Procurador del Rei, que prevaricou seu feito, e por cuja causa perdeu El Rei seu Direito.

25. E o preço de toda a cousa litigiosa, que he vendida, ou emalheada, segundo diremos no quarto Livro, no Título 10; *Das vendas e alheações que se fazem de cousas litigiosas.*

26. Item, todos os bens de raiz, que algum Official temporal del Rei compra em o tempo, que assi he Official, se o Officio he com alguma administração: porque em tal caso logo são confiscados, e feitos Direito Real, nos casos e Officiaes, que diremos no Livro quarto, no Titulo 15: *Que os Corregedores das Comarcas e outros Officiaes temporaes não comprem bens de raiz.*

27. Item, se algum comprasse algumas casas para as desfazer, com tenção de vender pedra e madeira, e as outras cousas, que dellas sairem, ou as negociar em qualquer outra maneira, em tal caso, o vendedor perde o preço per que o vendeu, e o comprador outro tanto: e todo he applicado ao Fisco, e feito Direito Real, salvo se as ditas casas forem vendidas para bem e uso da Republica, porque então he a venda licita.

28. Os bens dos condenados no caso, onde perdeu a vida, ou o stado, ou liberdade das pessoas, e por sua morte, ou condenação não ficou algum seu ascendente ou descendente até o terceiro gráo.

29. Outrosi, em todo o caso de condenação, onde o condenado não perde a vida, stado, ou liberdade, e por Direito commum deve perder expressamente os bens, se ao tempo da condenação não tinha algum descendente lidimo em qualquer gráo.

30. Em todo o caso, onde por Lei do Reino algum deva perder os bens, não per via de condenação, mas por a Lei expressamente dizer, que os perca; porque tanto que for condenado, serão seus bens confiscados, segundo fórmula da dita Lei, por assi a traspassar, e nossos mandados, postoque tenha ascendentes, ou descendentes: salvo se a dita Lei outra cousa ácerca dos ditos bens dispozer.

31. E bem assi os bens dos que por causa de seus crimes se absentaram, e em sua ausencia forem anotados: E por não virem dentro do anno e dia se livrar, foram julgados para Nós, segundo se contém no Livro quinto, no Titulo 127: *Como se procederá annotação de bens.*

32. E se algum fosse preso, ou accusado por tal crime, que, se

provado fosse, e por elle condemnado, perderia para Nós seus bens, e elle se matasse com medo da pena, que poderia haver pelo dito crime, por que he preso e accusado, perderá seus bens para Nós, posto que o crime inda não fosse provado, assi, e na maneira que os perderia, se pelo dito crime, sendo provado, fosse condemnado. Porém se se matar por sanha, doudice, ou nojo, não perderá os bens ou outra cousa alguma para Nós.

33. E geralmente todo encargo assi real, como pessoal, ou mixto, que seja imposto per Lei, ou per costume longamente aprovado. (Grifamos)

A utilização da expressão Nós sugere melhor ainda o quanto os ditos direitos reais funcionavam como direitos do Rei. Demais disso, como se vê do texto do parágrafo 30, ainda que não houvesse previsão de caráter geral para a hipótese de perda da propriedade, alguém poderia ser dela privado se o monarca assim o determinasse por lei.

O alegado interesse público a que referia Beaumanoir efetivamente pareceu se traduzir pelo interesse do próprio soberano, que presumidamente sempre atenderia ao *bem comum*.

I.2 Jean Bodin: O Interesse Público a Serviço do Absolutismo

Efetivamente, como afirma Dieter Wyduckel, os elementos da concepção de soberania de Bodin já apareciam no pensamento sobre o Estado e o Direito do período medieval:

De fato os elementos constantes da concepção de soberania de Bodin já aparecem no pensamento sobre Estado e o Direito do período medieval. Eles são encontráveis tanto na Canonística e na Legística, onde eles aparecem acima de tudo sob o conceito de absolutas potestas, bem como na filosofia escolástica do Estado e do Direito, onde sua carga explosiva se retirava da comparação entre a força de dominação secular e a omnipotentia Dei. Além disso formase na Publicística, que acompanhou a ascensão do Estado pré-moderno, uma argumentação especificamente juspublicista, que aborda a temática da soberania e que se coloca como arma jurídica

no conflito político e que se dirige acima de tudo contra o Papa, Imperadores e Império.

Não é por acaso que esse direito é reclamado exatamente pela monarquia francesa, que se estabiliza relativamente cedo e está plenamente consciente de seu poder, confrontando-se [com o mesmo direito] o qual até então era usado pelo Papa e Imperador em nome da república christiana. Já na virada do século XIII para o XIV o rei francês vem descrito em uma anônima, provavelmente escrita por um legista, "Disputatio inter clericum et militem" como a mais alta instância [de poder] ("qui est summus"). Pierre Dubois ilumina esse aspecto também por essa mesma época de um modo terminologicamente mais específico, no momento em que ele se baseia no conceito de "summa potestas regiae majestatis", que seria típico do rei da França. Que, ao lado disso, se trata não somente de exercício e execução do poder mais superior em relação ao exterior [Estados estrangeiros] mas também em relação ao âmbito interno [do Estado], havia já na década de 80 do séc. XIII o conselheiro real Philippe de Beaumanoir esclarecido, no momento em que ele denominava o rei, perante seus barões, como "souverains par dessus tout".¹²⁰

Na esteira do quanto propugnou Beaumanoir, a idéia de interesse público imantar-se-ia à idéia de soberania, que lá seria atributo de um monarca, para passar a ser objeto de marcantes obras doutrinárias que pretendiam fundamentar a reconstrução do Estado.

Mas a grande obra a marcar a passagem do feudalismo para o absolutismo foi a de Jean Bodin, especialmente *Les six livres de la republique*¹²¹, na qual define a República¹²² como o governo corretamente ordenado sobre determinado número de famílias e daquilo que elas têm em comum, com poder soberano¹²³.

¹²⁰ WYDUCKEL, Dieter. *Jus publicum: Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*. Berlin: Duncker, Humblot, 1984, p. 120-121.

¹²¹ BODIN, *Les six livres...*

¹²² O termo república é aqui empregado não no sentido moderno de uma das tipologias das formas de Estado, que se contrapõe à monarquia, mas com o conteúdo mais aproximado ao que lhe foi emprestado por Cícero, como coisa pública, em que se observa um interesse comum e uma lei comum, como aquilo que se opõe aos governos injustos. A propósito afirma Nicola Matteucci: "Com efeito, Bodin emprega république para designar a monarquia, a aristocracia e a monarquia, quando possuidoras de um droit gouvernement, contrapondo-se assim aos regimes baseados na violência ou na anarquia". REPÚBLICA. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, v. 2, p.1110.

¹²³ "République est un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine." (BODIN, *Les six livres...*, Livre I, Chap.1 p 1).

Dentre as idéias professadas por Bodin, especialmente em seu elogio à Esparta, revela-se sua concepção de interesse público (que vai se confundir com o próprio Estado). Para ele a grande qualidade dos espartanos fora a de serem corajosos e altruístas no que tocasse ao interesse público, ao bem público, ainda que quanto ao mais pudessem ter sido injustos e pérfidos. Lá o grande propósito das leis, costumes e instituições teria sido formar homens bravos, capazes de superar as dificuldades, as dores e de abdicar dos prazeres, para se dedicarem totalmente ao Estado. O Estado era, pois, a personificação do interesse público. Mas ainda melhor do que Esparta teria sido o Estado romano, por sua justiça¹²⁴.

Todavia, além de um poder soberano, na república deveria haver algo em comum entre as pessoas governadas, como o domínio público, o tesouro público, as construções utilizadas pela comunidade (estradas, praças, igrejas e mercados) além de costumes, leis, tribunais, punições e prêmios que seriam efetivamente partilhados em comum, ou pertinentes ao interesse público. Uma república não seria possível se não houvesse um interesse comum¹²⁵. Porém não entendia desejável que todas as

¹²⁴ "tout ainsi qu'il y a plusieurs degrés de félicité és hōmes, aussi ont les Républiques leurs degrés de félicité, les unes plus, les autres moins, selon le but que chacune se propose pour imiter ; comme l'on disoit des Lacedemoniens, qu'ils estoient courageux, & magnanimes, & au reste de leurs actions, iniustes & perfides, quand il estoit question du bien public ; parce que leur institution, leurs loix, & coutumes n'avoient autre but devant des yeux, que rendre les hommes courageux, & invencibles aux labeurs & douleurs, mesprisans les plaisirs e delices ; & faire tout ce qu'ils pourroyent pour l'accroissement de leur estat. Mais la Republique des Romains a fleuri en iustice, & surpassé celle de Lacedemone, par ce que les Romains n'avoient pas seulement la magnanimité, ains aussi la vraye iustice leur estoit comme un subiect, auquel ils a addressoyent toutes leurs actions. Il faut dons s'efforcer de trouver les moyens de parvenir, ou approcher le plus pres qu'il sera possible, de la félicité, que nous avons dit, & à la definition de la Rpublique, que nous avons posee. " (BODIN, *Les six livres...*, p. 7).

¹²⁵ "Mais outre la souveraineté, il faut qu'il y ayt quelque chose de commun, & de public : comme le domaine public, le thresor public, le pourpris de la cité, les rues, les murailles, les places, les temples, les marchés, les usages, les loix, les coutumes, la iustice, les loyers, les peines, & autres choses semblables, qui sont ou communes, ou publiques, ou l'un & l'autre ensemble : car ce nest pas Republique s'il ny a rien de public. Il se peut faire aussi que la plupart des heritages soyent communs à tous en general, & la moindre partie propre à chacun en particulier, comme en la division du territoire, que Romule occupa au tour de la ville de Rome quil avoit fondee, tout le plat país n'avoit en pourpris que dixhuit mil journaux de terre, qu'il divisa en trois parties egales : assignant un tiers pour les frais des sacrifices, l'autre pour le domaine de la Republique, le reste

coisas fossem possuídas em comum pela comunidade, como por exemplo, crianças e mulheres, como teria preconizado Platão na primeira República, porque nada seria adequadamente compreendido como público se não houvesse nada mais para contrastá-lo como privado. Optara, assim, por fazer contrários complementares: público e privado. Só seria possível distinguir o que é comum quando houvesse o que ser possuído privadamente. Qualificar tudo como público seria como qualificar todos os cidadãos como reis e quando todos os cidadãos fossem reis não haveria rei algum e a república não corresponderia ao seu ideal. Para o autor, uma república de tal tipo seria contrária tanto às leis de Deus quanto às da natureza, porque a lei de Deus proibiria o incesto, o adultério e o parricídio, que decorreriam do fato de as mulheres serem havidas em comum, bem como proibiria o furto e a até mesmo a mera cobiça dos bens privados de outros, donde se imporia concluir que haver bens privados e respeitá-los como tais era um mandamento divino, o que, portanto,

sut parti à trois mil citoyens, ramassés de toutes pieces, à chacun deux iournaux : lequel partage demeura long temps en quelque contrepoids d'equalité : car mesme le dictateur Cincinnat, deux cens soixante as apres, n'avoit que deux iournaux que luy mesme labouroit. Mais en quelque sorte qu'on divise les terres, il ne se peut faire que tous les biens soyent communs, comme Platon vouloit en sa premiere Republique, iusques aux femmes & enfants, à fin de bannir de sa cité ces deux mots Tien & Mien, qui estoient, à son aduis, cause de tous des maux & ruïnes qui adviennent aux Republicques. Or il ne iugeoit pas qui si cela avoit lieu, la seule marque de Republique seroit perdue : car il n'y a point de chose publique, s'il n'y a quelque chose de propre : & ne se peut imaginer qu'il y ayt rien commun, s'il n'y a rien particulier, non plus que si tous le citoyens estoient Rois, il n'y auroit point de Roy : ny d'harmonie aucune, si les accords divers, doucement entremeslés, qui rendent l'harmonie plaisante, estoient reduits à mesme son. Combient que telle Republique, seroit directement contraire à la loy de Dieu & de nature, qui deteste non seulement les incestes, adulteres, & parricides inevitables, si les femmes estoient communes : ains aussi de ravir (roubar), ny mesmes de convoiter (cobiçar) rien qui soit dau truy : où il appert evidemment, que les Republicques sont aussi ordonees de Dieu, pour rendre à la Republique ce qui est public, & à chacú ce qui luy est propre : ioinct aussi que telle communauté de toutes choses est impossible, & incompatible avec le droit des familles : car si la famille & la cité, le propre & le commun, le public & le particulier son confus, il n'y a ny Republique, ny famille. Aussi Platon excellent en toute autre chose, apres avoir veu les inconvenients & absurdités notables, que tiroit apres soy telle communauté, s'en est sagement departi : renonçant raisiblement à la premiere Republique, pour donner lieu à la seconde. [...]Tout ainsi donc la Republique est un droit gouvernement de plusieurs familles, & de ce qui leur est comun, avec puissance souveraine : aussi la famille est un droit gouvernement de plusieurs subiect sous l'obeïssance d'un chef de famille, & de ce qui luy est propre, & en cela gist (reside) la vraye difference de la Republique & de l famille, car les chefs de famille ont le gouvernement de ce qui leur est propre : encores que chacune famille soit bien souvent, & quasi par tout obligee, d'apporter, & contribuer quelque chose de particulier en commun, soit par forme de

reforçaria sua crença na necessária discriminação entre bem público e bem privado.

As repúblicas, de outra parte, também teriam sido ordenadas por Deus para que os homens pudessem dar à comunidade o que fosse exigido pelo interesse público, bem como a cada indivíduo o que lhe pertencesse. Porém, da mesma forma que havia preconizado para com os governos das casas, das famílias, assim também nas repúblicas seria necessário que houvesse sempre um único senhor, um único detentor do poder de mando em sua totalidade.

No Capítulo VI, do Livro I de seus *Seis Livros da República*, tratando dos cidadãos¹²⁶, afirma que a razão e o senso comum nos levariam a concluir que a origem e o fundamento das repúblicas teria sido a força e a violência, conclusão que poderia ser confirmada pelos testemunhos de historiadores tais como Tucídides, Plutarco, César e mesmo pelas leis de Solon. Os homens primitivos não teriam sido dotados de sentimentos honrados, mas, ao contrário, seus impulsos mais desenvolvidos teriam sido os de matar, torturar, roubar e escravizar seus companheiros. Daí por que se devesse definir um cidadão como aquele sujeito livre que depende de, e se sujeita à, soberania de outro. Assim, seria a república a forma mais desenvolvida e civilizada de organização política de uma comunidade, em que a par do caráter de sujeição dos integrantes da comunidade ao mando de alguém soberano, reunir-se-iam ainda outras características, das quais se ocupa ao longo de seus seis livros.

No entanto, afirma sua crença na necessidade da existência de um interesse comum, de uma idéia de bem comum, de bens comuns, como coisas partícipes de uma natureza pública. De outra parte, crê que os bens havidos em comunhão

taille, ou de peages, ou d'imposts extraordinaires. (BODIN, *Les six livres...*, p. 10-11).
¹²⁶ Ibidem, p 47 et seq.

acabariam sempre por gerar discórdia. E aquilo que fosse propriedade pública, coletiva, pertencente aos indivíduos da comunidade em conjunto, seria normalmente negligenciado. Seria sempre necessário distinguir entre o que pertenceria a cada um e o que pertenceria a todos, o bem comum¹²⁷. Só a preservação de uma esfera privada, à qual faz referência pela utilização de uma linguagem mais própria do âmbito doméstico, poderia assegurar que se pudesse impor àqueles que, enquanto egressos de seus lares, passavam a ser identificados como cidadãos, a observância e a prestação do que quer que fosse exigido pelo interesse público.

Quando o chefe de família deixasse sua casa para reunir-se aos outros chefes de família deixaria de lado seus interesses privados, e seria titular de um *status* que o qualificaria para tratar do interesse comum¹²⁸, das coisas públicas (cf. cap. VI e VII, sobre o cidadão). Assim, este seria o sentido de tornarem-se cidadãos, e enquanto e por que tais, sujeitos ao poder de seu soberano, ainda que nem todos os súditos pudessem ser cidadãos, como os escravos e os estrangeiros.

Se a República era, portanto, o governo bem ordenado sob um poder soberano, a soberania seria um poder absoluto e perpétuo (cf. Cap. VIII) e o verdadeiro soberano seria sempre senhor do seu poder, não sendo detentor de verdadeira soberania quem exercesse algum poder derivado de outro. O verdadeiro soberano, o detentor da verdadeira soberania, sob a qual se organizaria o Estado, só poderia ser o soberano absoluto, aquele que, sob Deus, ostenta sozinho a sua

¹²⁷ V. nota 119.

¹²⁸ [...] quand le chef de famille vient à Fortir de Fa maison où il cōmande, pour traiter & negocier avec les autres chefs de famille, de ce q leur touche à tous en general, alors il depouille le titre de maiftre, de chef, de feigneur, pour efre compaignon, pair & affocié avec les autres: laiffant fa famille, pour entrer en la cité: & les affaires domftiques, pour traiter les publiques: & au lieu de Feigneur, il s'appelle citoyen: qui n'eft autre chofe en propres termes, que le franc fubiect tenant de la fouveraineté d'autruy.(BODIN, *Les six livres...*, p. 47)

espada.¹²⁹ Acima dele só Deus, muito embora pudesse haver abaixo dele vários níveis de poder dependentes de sua soberania, como, por exemplo, num primeiro nível, o de um príncipe que lhe devesse o pagamento de tributos. O soberano seria um mandatário do poder divino. A obediência ao soberano seria a própria obediência a Deus.¹³⁰

O primeiro e o maior atributo de um soberano seria o poder de legislar, obrigando a todos os seus súditos em geral e a cada um em particular. Em verdade, entende Bodin, todos os demais atributos serão derivados deste ou compreendidos dentro deste mesmo poder. A legislação, o direito posto pelo soberano, não poderia depender do consentimento de quem quer que fosse, nem superior, nem igual, nem inferior a ele, porque a necessidade de consentimento retiraria o caráter soberano de seu poder¹³¹. E as leis de um soberano concernem tanto aos interesses públicos, como aos interesses privados, como a ambos ao mesmo tempo.

O direito é exatamente o que é posto coercitivamente pelo soberano sobre todos que lhe devem obediência, ao contrário do costume que se estabeleceria imperceptivelmente e independentemente de qualquer coerção. Assim, a lei é aquilo

¹²⁹ "Nous avons dit cy devant que celui est absolument souverain, qui ne tient rien, apres Dieu, que de l'espee (l'épée). S'il tient d'autrui il n'est plus souverain." (BODIN, *Les six livres...*, p. 112-113).

¹³⁰ "Puis qu'il n'y a rien plus grand en terre apres Dieu, que les Princes souverains, & qu'ils sont establis de luy comme ses lieutenans, pour commander aux autres hommes, il est besoin de prendre garde à leur qualité, à fin de respecter & reverer leur maiesté en toute obeissance, sentir & parler d'eux en tout honneur; car qui mesprise (méprise) son Prince souverain, il mesprise Dieu, duquel est l'image en terre. C'est pourquoy Dieu parlant à Samuel, auquel le peuple avoit demandé un autre Prince: C'est moy, dit-il, à qui ils ont fait iniure. Or à fin qu'on puisse congnoistre celui qui est tel, c'est à dire, Prince souverain, il faut sçavoir ses marques, qui ne soyent point communes aux autres subiects; car si elles estoient communes, il n'y auroit (aurait) point de Prince souverain; & neantmoins ceux qui en ont mieux escrit n'ont pas esclairci ce poinct comme il meritoit, soit par flatterie soit par crainte, soit par haine, soit par oublience." (Ibidem, p. 147).

¹³¹ "Et par ainsi nous conclurons que la premiere marque du Prince souverain, c'est la puissance de donner loy à tous en general, & à chacun en particulier; mais ce n'est pas assez, car il faut adiuster (ajouter), sans le consentement de plus grand, ny de pareil, ny de moindre que soy; car si le Prince est obligé de ne faire loy sans le consentement d'un plus grand que soy, il est vray subiect: si d'un pareil, il aura compaignon; si des subiects, soit du Senat, ou du peuple, il n'est pas souverain." (Ibidem, p. 154).

que a autoridade impõe¹³², ainda que contrariando os desejos dos comandados.

E o poder de pôr a lei, incluiria, evidentemente, o poder de desfazer a lei. Este poder poderia ser identificado como o próprio poder soberano: "Sous ceste mesme puissance de donner & casser la loy, sont compris tous les autres droits & marques de souveraineté; de sorte qu'à parler proprement on peut dire qu'il n'y a que ceste seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en cestuy-là (celui-là)."¹³³

Mas Bodin não deixa de referir expressamente os demais poderes e direitos que considera íncitos neste mesmo poder de ditar a lei, como o de fazer a guerra e a paz, julgar os recursos interpostos das sentenças de suas cortes, nomear e demitir os altos funcionários do Estado, tributar ou instituir isenções tributárias, valorizar ou desvalorizar a moeda, receber os juramentos de fidelidade de súditos e vassallos, e de quem quer que lhe devesse fidelidade e obediência¹³⁴.

Porém, de todos estes poderes e direitos da soberania, sem dúvida o que considera o mais importante seria o de fazer a guerra e a paz, eis que este poderia determinar a ruína ou a salvação do Estado, ou seja de sua própria República. Nenhum representante do soberano em negociações de paz ou de alianças poderia

¹³² "[...] la coustume prend sa force peu à peu, & par longues annees d'un commun consentement de tous, ou de la plus part; mais la loy sort en un moment, & prend sa vigueur de celui qui a puissance de commander à tous: la coustume se coule doucement, & sans force; la loy est commandee & publiee par puissance, & bien souvent contre le gré des subiects; & pour ceste cause Dion Chrysostome comparoit la coustume au Roy, & la loy au tyran; davantage la loy peut casser les coustumes, & la coustume ne peut déroger à la loy, que tousiours le magistrat, & ceux qui ont la charge de faire garder les loix, ne puissent quand bon leur semblera, les faire executer: la coustume ne porte loyer ny peine; la loy emporte tousiours loyer ou peine [...] Et par ainsi toute la force des loix civiles & coustumes, gist (gît) au pouvoir du Prince souverain. Voila donc quant à la premiere marque de souveraineté, qui est le pouvoir de donner loy ou commander à tous en general, & à chacun en particulier; qui est incommunicable aux subiects [...]" (BODIN, *Les six livres...*, p. 154-155).

¹³³ Ibidem, p. 155.

¹³⁴ Ibidem, p. 155 et seq.

estar autorizado a concluí-las sem seu expresse consentimento¹³⁵. É, portanto, o soberano quem diz o interesse da república, ou seja, o interesse público.

O direito à fidelidade e à obediência é, por conseguinte, um dos mais importantes atributos da soberania, tanto assim que, ao tratar dos magistrados, Bodin vai fazê-los sujeitos também a este dever de obediência e fidelidade, ainda que o cumprimento da ordem do soberano signifique o descumprimento de uma sentença, muito embora e exatamente porque, os magistrados não poderiam eles mesmos revisarem seus próprios julgamentos.

Ser soberano seria ser alguém a quem a obediência é devida sem quaisquer exceções e não importa que concessões fizesse de terras ou jurisdição, os seus direitos estariam sempre reservados, porque assim como as terras comuns (públicas) não poderiam ser adquiridas pela prescrição, também não o poderiam os direitos e atributos reais, eis que, como já dissera Themístocles ao povo de Atenas, não poderiam os homens adquirir por prescrição quaisquer direitos contra Deus, nem poderiam os cidadãos adquiri-los contra a República¹³⁶.

República é, portanto, o que concerne ao soberano, titular de tudo quanto seja do interesse público.

¹³⁵ "Autrement, s'il était permis aux Capitaines de traiter la paix sans mandement, ou ratification expresse, ils pourraient obliger et les peuples, et les Princes souverains au plaisir et appétit des ennemis, et à telles conditions qu'ils voudraient: chose absurde, vu qu'un procureur serait désavoué s'il avait transigé de la moindre chose d'autrui, sans charge expresse." (BODIN, *Les six livres...*, p. 164).

¹³⁶ Et quelque don que fasse le Prince souverain de terre ou seigneurie, toujours les droits Royaux propres à la majesté sont réservés, [quoiqu'ils] ne fussent disertement exprimés, ce qui a été jugé pour les apanages de France, par un ancien arrêt de la Cour et ne peuvent par trait de temps, quel qu'il soit, être prescrits ni usurpés. Car si le domaine de la République ne peut être acquis par prescription, comment pourrait-on acquérir les droits et marques de la majesté? Or il est certain par les édits et ordonnances du domaine qu'il est inaliénable, et qu'il ne se peut acquérir par trait de temps, [ce] qui n'est point un droit nouveau car il y a plus de deux mille ans que Témistocle, faisant saisir le domaine usurpé des particuliers, dit en la harangue qu'il fit au peuple d'Athènes, que les hommes ne peuvent rien prescrire contre Dieu, ni les particuliers contre la République. (Ibidem, p. 178).

I.3 O nascimento do Direito Administrativo com a instauração do Estado de Direito e a ruptura com a concepção anterior do interesse público

A noção de um interesse público como aquele que contrasta com o privado seguiu perpassando a construção da ciência do Direito, especialmente, no âmbito do Direito Público, tornando-se indetectável, todavia, com os interesses da própria sociedade organizada sob a forma de Estado de Direito. Neste sentido já se manifestava Antonio Joaquim Ribas ao afirmar que há certos interesses de tão grande importância que não podem deixar de ser reconhecidos e, por outro lado, que seus pontos de contato com os direitos privados devem ser precisados para evitarem-se indevidas invasões.¹³⁷

No entanto, ainda que desde as civilizações helênica e romana se pudessem identificar interesses coletivos e interesses do próprio Estado, a busca por princípios racionais sobre os quais assentar a nova disciplina iniciou bem mais recentemente, como resultado das tendências filosóficas da revolução francesa de 1789.

A separação dos poderes e a sujeição de todos à lei, inaugurou um novo Estado e um novo sistema jurídico, que visou, inicial e fundamentalmente, garantir os cidadãos contra o arbítrio. A seguir, fez surgir, a partir da França, uma nova especialização dentro do direito público - o direito administrativo -, visando fundamentalmente à disciplina da atividade de administração do Estado, a ser levada a efeito, precipuamente, pelo Poder Executivo. De outro lado, porém, esse direito administrativo, por motivações políticas que remontam à própria Revolução de 1789, foi um direito subtraído do controle judicial: é que mesmo depois da

¹³⁷ RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. [s.l.]: Ministério da Justiça: Serviço de Documentação, 1968, p. 23.

Revolução os juízes ainda eram aqueles que foram nomeados pelo *Antigo Regime*.

Dadas as conjunções históricas vividas por aquele país, o direito administrativo se funda, em França, como disciplina jurídica, a partir das obras de autores tais como Macarel (*Éléments de jurisprudence administrative*, de 1818), Cormenin (*Questions de droit administratif*, de 1822) e, em especial, da do Barão de Gérando, de 1829, *Institutes du Droit Administratif Français*. A Escola Francesa, a que deu início, também conhecida como Escola Legalista, entendia que o direito administrativo seria o direito positivo, ou, como enunciou Macarel, o conjunto das leis administrativas. Tal concepção reflete, assim, a importância que a partir de então assumiu o princípio da legalidade, que de agora em diante parecia definitivamente comprometido com o da separação dos poderes.

Todavia, segundo Macarel, no Estado emergido após a Revolução francesa uma *puissance* especial se fazia necessária para pôr em execução as leis: "A quoi serviraient, en effet, à un peuple, les plus belles lois du monde, si elles n'étaient fidèlement exécutées!"¹³⁸ E, seguro de que toda a execução deveria caber a um poder, incumbiu-a ao poder executivo, em sentido amplo, e o subdividiu em duas espécies: "l'une, qui prend le nom de pouvoir administratif, et qui est le *pouvoir exécutif*, proprement dit; l'autre, qui prend le nom de *pouvoir judiciaire*"¹³⁹. E as relações a se estabelecerem entre os cidadãos e o Estado se dariam sempre através do Poder Executivo.

A seu turno, num próximo momento da história francesa, sob a égide de uma nova Carta constitucional, Laferrière publica a quarta edição de seu *Cours de Droit*

¹³⁸ MACAREL, M.L.A. *Éléments de droit politique*. Paris: Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1833, p. 31.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 32.

*Public et Administratif*¹⁴⁰. Ao início da obra revela o que entende da influência do cristianismo na concepção filosófica do direito:

Le christianisme a scellé profondément l'union du droit et du devoir et c'est sous son inspirations qu'il faut appeler incessamment, dans la science et dans les faits, à côté du droit individuel la *loi du devoir*, principe éminemment social. L'idée du droit individuel prise exclusivement, engendre l'*individualisme*; et le fruit de l'*individualisme*, c'est l'extinction du devoir, c'est l'égoïsme, c'est l'isolement: or, a trèsbien dit Benjamin Constant, "quand il n'y a que des individus, il n'y a que de la poussière, et quand l'orage vient, la poussière est de la fange [...]."¹⁴¹

Critica, por outra parte, o direito público romano, por entender que neste se teria feito uma inversão indevida, fazendo com que seus princípios se subordinassem às instituições:

La base rationnelle et immuable, qui existait pour le droit civil, n'existait donc pas, chez les Romains de l'empire, pour le droit administratif. Les institutions dominaient; les principes étaient subordonnés. Les institutions venant à périr, tout tombait, à moins que l'Église ne conservât pour elle certaines institutions empruntées à l'État, comme le divisions des diocèses par cités et par metropoles. Aussi, quand les formes de l'organisation romaine furent détruites par l'invasion germanique, les lois d'administration furent des lois mortes; au contraire, le droit civil se maintint, et devint même, sous plusieurs rapports, la loi du vainqueur.¹⁴²

Na história da França, o autor destaca as reformas de Luis XIV, que entende positivas:

[...] il sentait l'imperieux besoin de l'unité administrative, et il s'appuya sur une grande institution, le Conseil d'État, et sur un grande ministre, Colbert, pour realiser sur plusieurs points cette pensée de son règne. L'ordonnance de 1413 avait fait d'inutiles tentatives au XVe siècle pour empêcher les empiétements de l'administration sur la justice; plus tard, les parlements avaient grandi, et, aux XVIe et XVII siècles, la justice empiétait sur l'administration. L'arrêt du Conseil, du 8 juillet

¹⁴⁰ LAFERRIÈRE, M. F. *Cours de Droit Public et Administratif*. 4. ed. augmentée d'un Supplément et d'un Appendice relatifs aux lois et Décrets rendus depuis 1854 jusqu'en 1858. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil D'État, 1854-58.

¹⁴¹ Ibidem, p. XIX.

¹⁴² Ibidem, p. XXII.

1661, donna au Conseil du roi une suprématie qui força les parlements à se renfermer dans le cercle de leurs attributions judiciaires [...]. Colbert en appliquant au commerce, à l'industrie de la France, à l'ordre intérieur des finances, à des travaux d'intérêt public, le génie administratif que Sully avait appliqué au développement de l'agriculture, prépara la plus belle période du règne de Louis XIV.¹⁴³

Segundo o autor, o direito administrativo teria surgido em razão da unidade administrativa que se produziu, nos mesmos moldes em que a antiga monarquia havia produzido a unidade política, bem como de princípios racionais da administração dominantes, dos quais as instituições seriam instrumentos de realização. E, no relato de sua história, vai deixando transparecer sua concepção acerca dos interesses:

Les théories d'administration et d'économie politique avaient fortement occupé les esprits dans la seconde moitié du XVIIIe siècle; et en 1789 les idées de réforme avaient acquis la puissance qui fait les révolutions sociales. L'Assemblée constituante se donna la grande mission d'établir des principes conformes à la philosophie politique, et de créer des institutions pour la mise en action de ces mêmes principes. Le respect des institutions du passé n'existait plus: un esprit profondément régénérateur ou novateur surgissait des besoins et des idées de l'époque. Ce n'était plus ni le système communal des XIIe et XIIIe siècles, ni les états généraux du XIVe, ni le système des états provinciaux et des parlements de XVe et XVIe siècles que réclamaient l'opinion publique et la civilisation française. **L'intérêt général de la nation résumait et dominait tous les autres.** La Révolution de 1789 aspirait à constituer complètement l'unité nationale, l'unité politique, l'unité administrative, l'unité de la loi civile. La grande pensée de l'Assemblée constituante fut de réaliser sur tous les points l'unité et la liberté; **mais la faute que l'histoire lui reproche avec justice, c'est, dans l'ordre social, d'avoir protégé les droits de l'homme plus que les droits de la société,** et d'avoir méconnu ou timidement établi l'union fondamentale et nécessaire du Droit et du Devoir; c'est, dans l'ordre religieux, d'avoir rejeté la tradition et brisé la hiérarchie; c'est, dans l'ordre politique, d'avoir anéanti le droit d'initiative et l'indépendance nécessaire du pouvoir exécutif; c'est, dans l'ordre administratif, d'avoir enchaîné l'unité d'action dans des directoires collectifs, **et d'avoir supprimé le Conseil d'État et la Chambre des comptes qui devaient régulariser l'action et la juridiction administratives,** comme la Cour de cassation l'action judiciaire et l'unité de jurisprudence. Après dix ans de convulsions révolutionnaires, le génie du premier

¹⁴³ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, p. XXXV.

Consul comprit admirablement que sa mission intérieure, à lui, était réorganiser la société nationale. L'Assemblée constituante avait mis la liberté en première ligne et le pouvoir dans l'ombre. Bonaparte a fait le contraire; il a mis le pouvoir sur le premier plan, et la liberté politique à l'écart. Il n'a vu l'ordre et l'unité possibles, à cette époque, [p. XL} que dans la force du pouvoir; et tous les ressorts de la centralisation administrative, tendus par son génie organisateur, ont ramené les intérêts généraux et locaux à l'impulsion d'une volonté unique. - Il a reconstruit le conseil d'État sur une base tellement large et profonde comme institution de législation, de politique et d'administration, que le conseil d'État restera dans les souvenirs de l'histoire, dans les actes et les monuments, comme la grande institution du Consulat et de l'Empire.

La Charte de 1814 et la Restauration ont rendu aux citoyens l'exercice des droits politiques dans une certaine mesure et fondé, par la législation de 1819, la liberté de la presse qui les réclame ou les défend. Le conseil d'état, privé alors de ses prérogatives les plus éclatantes, a conservé, du moins, et augmenté ses attributions administratives de consultation, de contrôle, de juridiction...[p. XLI]

La Restauration de 1814 et la Révolution de 1830 ont maintenu le principe rationnel comme base du Droit administratif, et l'unité d'action comme base de l'autorité administrative; mais de plus, sous l'influence des institutions constitutionnelles de la Restauration, la jurisprudence du conseil d'État a fait de grands progrès pour la garantie respective des citoyens et de l'administration; et la Révolution de juillet a réalisé, dans l'organisation administrative des départements et des communes, l'union de la liberté et du pouvoir qui s'étaient réciproquement exclus dans les époques précédentes. Aïnse donc, principe rationnel comme fondement du droit et de la jurisprudence administrative; unité comme fondement de l'action; alliance des droits du pouvoir et de la liberté dans les formes d'organisation: tels sont les caractères qui ont élevé de Droit administratif à l'état de science possible. - Ce ne sont plus dès lors les institutions qui prédominent; ce sont les principes qui appellent et qui s'assimilent les institutions."¹⁴⁴ (grifamos)

Quase ao final da introdução desta quarta edição, observa Lafferrière:

Deux révolutions politiques ont passé sur la France depuis les dernières éditions.

L'une a emporté la monarchie constitutionnelle et les libertés publiques, garanties par les chartes de 1814 et de 1830, pour y substituer à l'improviste une république démocratique, fondée sur le suffrage universel et direct.

L'autre, au 2 décembre 1851, a renversé la république minée par des divisions intestines, et menacée par le socialisme déjà maître, en espérance, des destinées du pays. La France, par un élan de volonté souveraine et ce besoin de conservation qui est une loi de la divine Providence, a répudié la forme républicaine et rétabli l'Empire comme

¹⁴⁴ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, p. XXXIX-XLIII.

SYMBOLE DE FORCE, DE GRANDEUR ET DE JUSTICE [...].¹⁴⁵

Apesar de tais opiniões, o autor, refletindo as ambivalências resultantes das tensões políticas vividas à época, condena todo tipo de soberania absoluta:

La société emporte nécessairement avec elle l'idée de *souveraineté*, de *pouvoir*.

La souveraineté des rois, des corps aristocratiques ou du peuple, considérée comme absolue, conduirait logiquement à la négation de toute vérité, de toute justice, et à la destruction de toute société. Par cela même qu'elle ne reconnaîtrait aucune limite, aucune barrière, et qu'elle se proclamerait *absolue*, la justice et la vérité n'auraient aucun droit sur elle [...]: or, une souveraineté, indépendante de l'idée de justice, n'est autre chose que l'empire de la force; mais la force n'est pas un droit; séparée de l'idée du droit, elle n'est qu'un effet purement physique. Vainement tout un peuple se réunirait pour décréter qu'en toute occasion l'homme peut tuer son semblable ou le dépouiller de sa propriété, comme le fit la loi portée en faveur du dictateur Sylla.¹⁴⁶

Define o Direito Público positivo como aquele que se aplica a cada Estado:

§ 7º...

Le Droit public positif s'applique à chaque État en particulier, *ad statum rei publicae spectat*.

Il comprend le *gouvernement* et *l'administration*.

Le Droit public romain les confondait; - le Droit public français les distingue:

Le gouvernement a pour objet l'ordre politique du pays et sa direction dans la voie générale de la conservation et du progrès de la société.

L'administration s'applique, en chaque partie du territoire, aux intérêts de l'ordre moral et matériel; elle réalise par les détails et l'application les dispositions générales conçues et ordonnées par le gouvernement.

Il y a par conséquent une division naturelle du Droit public français en deux grandes parties: le Droit public, proprement dit, et le Droit administratif...

Le Droit public *proprement dit* est considéré, dans un sens restreint, comme identique au Droit constitutionnel, ou au Droit politique appliqué à l'organisation de l'État.¹⁴⁷

Depois de definir, pela alusão à expressão romana, o direito público como aquele que diz respeito às coisas do Estado, define o direito administrativo em função das relações jurídicas estabelecidas entre Administração e administrados:

¹⁴⁵ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, p. LI.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 8-9.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 47-48.

III. Le Droit administratif est celui qui règle l'action et la compétence de l'administration centrale, des administrations locales et de la juridiction administrative.

Il a pour but l'exécution des lois, des ordonnances ou décrets, et des arrêtés qui ont été rendus dans l'intérêt général de l'État, dans l'intérêt local des centres partiels de population, ou dans l'intérêt collectif de l'agriculture, du commerce et de l'industrie.

Cette exécution se fait ou par voie d'application générale, et alors l'administration est *active*; ou par voie d'application particulière aux individus qui ont opposé à l'action administrative leurs droits ou leurs intérêts préexistants, et alors l'administration est *contentieuse*.

IV. On ne doit pas confondre la science administrative avec le droit administratif: la première comprend à la fois la partie réglementaire et technique de l'administration et le droit administratif lui-même, [...] - le second, beaucoup plus limité dans son objet, comprend les droits respectifs et les obligations mutuelles de l'administration et des administrés.

[...]

Cela bien reconnu, nous dirons, pour déterminer la matière et l'étendu de ce droit:

Toutes les lois ou dispositions, en tant qu'elles peuvent servir de base aux rapports respectifs de l'autorité administrative et des administrés, sont la matière du Droit administratif et feraient partie de son code, si sa législation était jamais codifiée.¹⁴⁸

A referência ao interesse geral do Estado e aos interesses locais relacionam-se antes com as regras de competência das autoridades respectivas, ou com a sua territorialidade, do que com o caráter de critério fundante e determinante da natureza de uma matéria administrativista. Neste contexto, a expressão interesse coletivo da agricultura, do comércio e da indústria não parece guardar nenhuma correlação lógica com aqueles outros.

O conceito fundamental para a caracterização deste direito administrativo é o das relações jurídicas havidas entre Administração e administrados. No entanto, o critério do interesse será lembrado no tocante a outros temas.

Assim, comentando sobre a expropriação, Laferrière afirma a prevalência do que chama de *causa de utilidade social* sobre todas as outras:

¹⁴⁸ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, v. 2, p. 378-380.

Les propriétés des mineurs, des interdits, des absents, les biens dotaux, ceux compris dans une substitution ou un ancien majorat, les biens des communes, des établissements publics, des départements, les biens de l'Etat, quelle que soit leur origine, peuvent être soumis à l'expropriation: la cause d'utilité sociale l'emporte sur toutes les autres.¹⁴⁹

Versando sobre a Justiça Administrativa, afirma:

Le principe sur lequel repose notre ordre politique depuis 1789, c'est la séparation des pouvoirs. L'Assemblée nationale avait proclamé, par le décret du 16 août 1790, l'indépendance respective des corps administratifs et des tribunaux. - La séparation profonde des pouvoirs judiciaire et administratif est encore l'une des bases de la Constitution de 1852.

De la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire dérive naturellement l'institution de la JUSTICE ADMINISTRATIVE.[grifamos]

En effet, administrer, c'est assurer l'exécution des lois dans l'intérêt général et local, ou prendre des mesures utiles en vue des intérêts collectifs de l'agriculture, du commerce et de l'industrie. Mais, pour assurer [p. 733] cette exécution, il faut donner au pouvoir exécutif le droit d'écarter les obstacles ou de statuer sur les réclamations; autrement l'administration serait impossible ou dépendante. Entravée par des difficultés sans cesse renaissantes, elle deviendrait *impossible*; ou forcée de se soumettre au pouvoir qui aurait le droit de prononcer entre elle et les citoyens, elle serait *dépendante*. Un pouvoir supérieur anéantirait, par la force des choses, l'indépendance de l'autorité administrative; or, sans liberté d'action, il n'y aurait plus d'action administrative. Administrer, c'est donc non-seulement faire exécuter les lois et décrets, ce qui est la fonction de l'administration *active*, mais décider les difficultés d'exécution et juger les réclamations que l'exécution provoque, ce qui est la fonction de l'administration *contentieuse*. - Le pouvoir d'administrer, considéré dans le sens le plus étendu, comporte ainsi logiquement le pouvoir de juger administrativement, c'est-à-dire la *juridiction* ou la justice administrative.

[...]

La loi et la justice civiles règlent, en général, les rapports privés entre les citoyens; elles ne règlent pas nécessairement tous ces rapports, selon la doctrine enseignée par M. Henrion de Pansey(1){Esta nota tem o teor seguinte: *De l'autorité judiciaire en France*, t. II, p. 361. - L'illustre magistrat se rapportant à la loi de 11 septembre 1790, dit "que la contestation est judiciaire toutes les fois qu'il est question de statuer sur les rapports des citoyens entre eux, et qu'elle n'est administrative que lorsqu'il s'agit de prononcer entre des particuliers et le gouvernement, agissant non comme propriétaire, mais comme gouvernement." C'est en supposant que le gouvernement est *partie nécessaire* au procès que cette doctrine est trop absolue.]; car les

¹⁴⁹ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, p. 13.

rapports qui existent entre particuliers, à l'occasion d'actes administratifs, sont des rapports privés; mais ils touchent aussi par quelque point à l'intérêt de l'administration générale et au droit de l'administration publique, **dont les actes doivent être interprétés et exécutés conformément au but que l'administration s'est proposé.**¹⁵⁰ (Grifamos)

Assim, os princípios e as regras relativas à competência serão reveladores dos princípios relativos ao Direito Administrativo:

Bien des efforts ont été tentés, dans le Droit administratif, pour établir des principes qui puissent servir de base définitive à *la compétence* de la juridiction administrative. Malgré le mérite de ces efforts et tous les services rendus à cette branche du droit, nous ne croyons pas cependant que les résultats en soient encore assez précis pour fournir les éléments de formules vraiment scientifiques, c'est-à-dire de formules simples, applicables à tous les faits particuliers, accessibles à toutes les intelligences.

Nous allons offrir dans ce chapitre le résumé de nos réflexions sur cette matière difficile, en ne perdant jamais de vue la théorie et les applications pratiques.

La *juridiction* est le droit de juger; le *contentieux* administratif est la matière à juger; la *compétence* administrative est l'application du droit de juger dans ses véritables limites.

Les *contentieux administratif* a sa nature propre, il est *sui generis*. Les conditions élémentaires du contentieux administratif sont au nombre de trois: dans chaque affaire, il faut leur réunion; autrement les réclamations des citoyens ne pourraient suivre la *voie contentieuse*.

Il faut:

- 1^o Qu'il y ait un acte ou un fait particulier de l'administration;
- 2^o Que la réclamation contre cet acte soit fondée sur un *droit acquis*;
- 3^o Que la réclamation se rapporte à un *intérêt de l'ordre administratif*.¹⁵¹

Ou seja, para que se caracterizasse uma hipótese de competência do contencioso administrativo, seria necessário que a reclamação fundada num direito adquirido fosse exercida contra um ato ou fato da Administração e, mais, que estivesse relacionada a um interesse de ordem administrativa.¹⁵²

O direito adquirido seria aquele ao qual corresponderia uma obrigação da

¹⁵⁰ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, v. 2, p. 733-735.

¹⁵¹ Ibidem, v. 2, p. 762 -763.

¹⁵² Ibidem, v.2, p. 763-764.

Administração e tanto poderia ser derivado de uma lei, como de outro ato regulamentar, contanto que irrevogável, “mais les actes de *pure faculté*, comme ceux de *pur commandement*, ne tombent pas sous la judidiction”¹⁵³. Atos de império estariam fora, portanto, de qualquer jurisdição.

A seguir, elenca o autor as hipóteses em que não há competência contenciosa:

Ainsi, ne sont pas soumis au recours par la *voie contencieuse*:

1° Les traités du gouvernement avec les puissances étrangères, et les questions qui se rattachent aux conventions diplomatiques [...];

2° Les ordonnances ou arrêtés réglementaires, qui prescrivent des mesures d'administration publique, de police, et d'*organisation* ou *division* administrative;

3° Les *règlements* qui concernent les intérêts collectifs de l'agriculture, de l'industrie, du commerce, comme ceux, par exemple, sur l'*usage des cours d'eau*;

4° Les actes du pouvoir discrétionnaire de l'administration, qui peuvent blesser des intérêts sans léser des *droits acquis*, comme les actes de *concession d'usines*, ou les décisions du préfet, approuvées par le ministre, qui règlent la hauteur des écluses de moulins, non dans l'intérêt *particulier* de ceux propriétaires, mais dans un intérêt *collectif* d'agriculture et d'industrie[...].¹⁵⁴

E, além dessas, ainda outras hipóteses, em que eventualmente algum direito fosse desrespeitado, não se sujeitariam ao contencioso administrativo, mas sim à justiça civil. Estas, Laferrière, à página 765 do segundo volume da mesma obra, exemplifica com o desrespeito a um direito de propriedade, representado por algum ato que não se compreenda dentro das atribuições legais da administração.

Finalmente, conclui que se deve reunir às condições precedentes uma terceira que é a que chama de *interesse de ordem administrativa*:

¹⁵³ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, v. 2, p. 764.

¹⁵⁴ *Ibidem*, v. 2, p. 764.

C'est un principe général, dans toute organisation judiciaire, que LA COMPÉTENCE EST DÉTERMINÉE PAR LA NATURE DES INTÉRÊTS A JUGER: ce principe est celui sur lequel doit reposer la compétence de la justice administrative.

Les intérêts, dans leur rapport possible avec les actes de l'administration, sont de plusieurs espèces, et doivent être distribués en six classes:

- 1^o Intérêts nés des circonstances politiques de la Révolution de 1789;
- 2^o Intérêts de nature administrative ou d'ordre purement administratif;
- 3^o Intérêts de l'*ordre réel* ou concernant la propriété, les droits réels et la possession;
- 4^o Intérêts de simples jouissances ou de revenus;
- 5^o Intérêts mixtes;
- 6^o Intérêts de l'ordre constitutionnel, civil et pénal. ¹⁵⁵ (Grifamos)

Apenas os dois primeiros caracterizariam tal ordem administrativa:

Les deux premières classes d'intérêts formeront généralement le *contentieux administratif*. Les dernières classes appartiendront à la juridiction des *tribunaux civils*, sauf quelques exceptions et sauf les matières de l'ordre constitutionnel et pénal. Les affaires *administratives*, qui seraient relatives à quelques-unes des dernières classes, rentreront dans nos règles générales et constitutives du contentieux. ¹⁵⁶

Mas, como se vê do tratamento que dá às diferentes classes de interesses e à classificação dos interesses da ordem administrativa, a *natureza* dos mesmos só pode ser conhecida a partir de um detalhado exame do direito positivo, eis que alguns atendem exclusivamente a critérios políticos, como os que insere numa primeira classe:

Des différentes classes d'intérêts.

§ 1^o - PREMIÈRE CLASSE - INTÉRÊTS NÉS DES CIRCONSTANCES POLITIQUES DE LA REVOLUTION DE 1789.

Cette première classe comprend les questions qui concernent les *biens nationaux*, vendus publiquement en vertu des lois révolutionnaires.

Toutes les questions qui concernent:

- 1^o La validité des adjudications, et, par conséquent, du titre même de la propriété;
- 2^o Les effets des clauses et énonciations, soit des adjudications, soit des procès-verbaux préparatoires;

¹⁵⁵ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...* v. 2, p. 766.

¹⁵⁶ *Ibidem* v. 2, p. 766 -767.

3º La nature des objets vendus;

4º La contenance et la délimitation de ces objets.

Toutes ces questions, dison-nous, sont attribuées à la juridiction des conseils de préfecture, sauf recours au conseil d'Etat.

C'est une compétence déterminée par l'intérêt politique et national qui demandait, comme nécessité, le maintien des adjudications faites au nom des lois de l'époque, et, comme garantie, l'intervention spéciale de l'autorité administrative pour l'entière sécurité des adjudicataires. Quand le motif politique et déterminant de cette attribution n'aurait plus d'application possible, quand les questions n'intéressent plus l'adjudication ni ses effets directs, mais doivent se résoudre par des titres, des moyens, des preuves du *droit commun*, l'attribution cesse: les difficultés et les litiges retournent à la juridiction des tribunaux civils.¹⁵⁷

A segunda classe de interesses que determinam a competência da jurisdição administrativa é a que denomina de *natureza administrativa* ou de *ordem puramente administrativa*. A esta categoria pertenceriam as questões relativas ao domínio público, como usurpação e degradação de estradas nacionais e departamentais, e, entre outros:

IV. L'interprétation *des actes administratifs* produits dans un litige porté devant d'autres juridictions, quand des doutes *sérieux* sont élevés sur le sens de leurs clauses: il est de l'intérêt d'une bonne administration, que ses actes soient appliqués selon la pensée qui les a fait naître. S'il s'agit des actes de l'administration inférieure, l'interprétation appartient aux conseils de préfecture dans le ressort desquels les actes ont été faits, sauf recours au conseil d'Etat; s'il s'agit d'actes revêtus de la forma d'arrêtés consulaires, de décrets de l'empire et de la République ou d'ordonnances royales, l'interprétation appartient au conseil d'Etat, au premier et au second degré.¹⁵⁸

O interesse de ordem administrativa parece atender antes a circunstâncias políticas das quais teriam resultado as previsões legais da competência administrativa.

Em Auguste Vivien encontramos a afirmação com a qual parece pretender justificar a necessidade de poder discricionário: "régler les intérêts publics, et tout en

¹⁵⁷ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, v. 2, p. 767-768.

¹⁵⁸ Ibidem, v. 2, p. 770.

les faisant prevaloir sur les intérêts privés, concilier leurs exigences respectives, autant que le comportent les circonstances et les nécessités sociales; telle est la mission de l'administration. Pour remplir cette mission l'administration a besoin d'air, et d'espace, la liberté est sa vie"¹⁵⁹.

Apesar de declarar tal entendimento, que poderia levar o leitor a concluir pela superioridade do interesse público, reconhecia que o fracionamento do poder, operado a partir da Revolução francesa, atendeu à necessidade de proteger os bens mais preciosos dos cidadãos: suas propriedades, sua liberdade e suas vidas. Segundo o mesmo autor, o poder executivo se dividiria em duas espécies: a política, "isto é a direção moral dos interesses gerais da nação, e a administração [...]"¹⁶⁰

Protegendo-se das críticas de publicistas, que não chega a indicar quais seriam, entretanto, na oportunidade em que tratou do contencioso administrativo, negou-se a eleger o critério do interesse do Estado como definidor da competência daquele, muito embora em algumas passagens tenha utilizado o critério do interesse privado para identificar o direito civil. Ao contrário, afirmou:

On n' avait pas même le triste prétexte d' invoquer l' intérêt de l' état, argument toujours dangereux et trop souvent employé pour pallier l' injustice. En effet, il n' y a pas plus de profit pour l' état que pour les citoyens, à ce que le contentieux administratif soit enlevé à une juridiction, pour passer dans la sphère du pouvoir discrétionnaire.¹⁶¹

O contencioso administrativo seria composto daquelas reclamações acerca do descumprimento, por parte da Administração, das obrigações que lhe fossem impostas pela Lei, pelos regulamentos ou pelos contratos¹⁶².

¹⁵⁹ VIVIEN, Auguste. *Etudes administratives*. Paris: ENALF, 1961, p. 124-125.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 4.

¹⁶¹ Ibidem, p. 139.

¹⁶² Ibidem, p. 127-128.

Assim, apesar de afirmar a necessidade da Administração fazer prevalecer o interesse público sobre todos os demais, entende que o sistema francês bem soube equilibrar tal necessidade de espaço de ação com as exigências típicas do princípio da legalidade:

Quand la loi l' enferme dans des liens étroits qui gênent tous ses mouvements et la privent d' essor, il peut y avoir encore des agents qui se décorent du titre d' administrateurs, mais il n' y a plus d' administration. Ce système, comme nous l' avons vu, grâce au bon sens du pays, n' a pas prévalu en France. L' administration y jouit d' une latitude, non pas excessive, ainsi que le prétendent quelques publicistes, mais étendue et qui lui laisse un certain champ à parcourir. Nos législateurs en ont fait un serviteur intelligent et doué d' indépendance, et non un esclave garrotté par des prescriptions inflexibles ; mais ils ont pris leurs sûretés et ne lui ont concédé aucun droit sans y ajouter une condition, aucune liberté sans en marquer la limite. Tantôt la loi désigne l' autorité qui devra prononcer sur les questions qu' elle défère à l' administration ; ainsi, elle exige que la décision soit rendue par un arrêté de préfet ou de ministre, par un acte du chef de l' état ; en déléguant le pouvoir, elle nomme l' autorité qu' elle en rend dépositaire. Tantôt elle exige que l' instruction des affaires soit entourée de certaines garanties. Ainsi, elle ordonne des expertises, impose l' obligation de prendre l' avis d' un conseil qu' elle indique ; prescrit la communication des pièces aux parties intéressées, exige que celles-ci soient entendues et les autorise à se défendre. Tantôt enfin elle ne remet à l' administration qu' un pouvoir limité.¹⁶³

A seu turno, afirmava Batbie que a expressão *direito público* tinha uma de suas acepções como a legislação relativa ao *interesse geral* da cidade, “ou, como dissera a lei romana, *quod ad statum Reipublicae spectat*.”¹⁶⁴, sendo então empregada em oposição a *direito privado*. Compreenderia, assim, o direito constitucional e o direito administrativo e teria por objeto o estudo “des droits primordiaux garantis aux citoyens et des conditions auxquelles ils en ont la

¹⁶³ VIVIEN, *Études...*, p. 125-126.

¹⁶⁴ BATBIE, A. *Introduction générale au droit public et administratif*. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil D'État, 1861, p. 27.

jouissance et l'exercice"¹⁶⁵ bem como da organização dos poderes do Estado e as relações estabelecidas entre os mesmos pela Constituição.

Com efeito. Como afirma Prosper Weil "é entre a Revolução de 1789 e o fim do Segundo Império que o direito administrativo emerge lentamente do nada e se esboçam os traços dominantes daquilo que Hauriou virá a chamar mais tarde o *regime administrativo*: a existência de uma jurisdição administrativa especializada e a sujeição da administração a regras diferentes das do direito privado"¹⁶⁶.

Todavia, a Constituinte aprovou a Lei de 16-24 de agosto de 1790, que afirmava a separação das funções judiciais e das funções administrativas, e por força da qual ficava vedada ao Poder Judiciário a apreciação da matéria administrativa, nos seguintes termos:

As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juizes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, seja de que modo for, as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores por motivo de suas funções.¹⁶⁷

Como observa Prosper Weil, a partir desta Lei e do Decreto de 16 do Frutidor do ano III, o poder judiciário ficou enfraquecido e diminuído. Destarte, paradoxalmente, a tão almejada garantia de limitação dos poderes corria o risco de superestimar mais uma vez o Poder Executivo.

Como salientava Hauriou, todavia, a possibilidade de produção de leis não seria suficiente para trazer a estabilidade e a certeza que os cidadãos franceses almejavam com a Revolução. Algum outro mecanismo teria de ser buscado para

¹⁶⁵ BATBIE, *Introduction...*, p. 27.

¹⁶⁶ WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Tradução portuguesa Maria da Glória Ferreira Pinto, revisão e notas: A.J. Pinto Loureiro, a partir da edição francesa de 1964. Coimbra: Almedina, 1977, p. 11.

¹⁶⁷ A medida, no entanto, vem a ser reprisada pelo decreto de 16 do Frutidor do ano III que expressamente proibiu aos tribunais conhecerem dos atos da administração.

substituir-se ao princípio da autoridade que a tradição da monarquia e mesmo dos costumes garantia, ou o Estado viveria o caos das constantes alterações legislativas. A solução encontrada foi o regime constitucional, pelo qual a lei escrita, alcançaria, artificialmente, as mesmas garantias. Uma lei superior, de maior solenidade, e que consagraria as instituições do Estado.

Na introdução a sua obra *Principes de Droit Public*, Hauriou deixa clara sua posição quanto ao fim e ao fundamento do que chama de 'régime d'État':

Le régime d'État est une métamorphose qui se produit à un moment de l'histoire d'une nation pour la centraliser et l'incorporer, c'est-à-dire, pour instaurer le régime civil à l'intérieur d'un être corporatif dont les ressources seront capitalisées et les fonctions différenciées sous la direction d'une puissance de la nation et, en même temps, fait d'elle un milieu d'existence plus pénétré de liberté et de justice, mais le but d'accroissement de la puissance organisée doit rester subordonné au but d'accroissement de la liberté e de la justice.¹⁶⁸

Ou seja, fundado no poder da nação, o fim do incremento do poder do Estado deve ficar subordinado ao fim de fortalecer a liberdade e a justiça.

De outra parte, ele critica Rousseau por entender que, ao contrário do que este supunha, a lei não seria expressão da vontade geral, mas sim uma espécie de vontade do príncipe, uma maioria parlamentar e eleita atua fazendo as vezes deste.

Ao início da obra, Hauriou chama a atenção para o fato da construção do direito administrativo ter-se dado a partir da metodologia do direito privado. Aplicada a partir do século XVIII, na França e na Alemanha, teve como princípio de classificação a personalidade jurídica do Estado. Assim, atribui ao autor alemão Gerber, em 1865, a iniciativa de reorganizar o direito público, introduzindo-lhe um

¹⁶⁸ HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public a l'usage des étudiants en Licence (3^o année) et en doctorat es sciences politiques*. 10. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1916, p. XV.

princípio único de classificação, de acordo com a teoria da personalidade jurídica. O Estado seria, na concepção de Gerber, o sujeito dos direitos de dominação sobre os homens livres, como o refere Hauriou, "l'être moral qui peut exercer sur les hommes libres des droits de domination conçus comme des rapports juridiques, de domination d'un côté, de sujétion de l'autre"¹⁶⁹. Assim todavia, Gerber teria sido vítima de um erro de ótica. A partir da consideração das relações jurídicas como ponto dominante no direito privado, teria concluído que também seriam elas dominantes no direito público. No entanto, tal ótica desconsidera o fato de que, se houve uma separação do direito público e do direito privado, esta se deve ter dado por suas diferenças e não por tais semelhanças. Não haveria no âmbito do direito público apenas a concentração da coação jurídica em poderes de dominação, mas também por sua transformação em ofícios, funções e serviços públicos, no interesse dos homens livres sobre os quais exerceriam aquela dominação. O meio de manter 'la contrainte juridique' concentrada e distinguida dos poderes privados seria fazê-la mover-se apenas pelos interesses gerais:

Le moyens qu'a la puissance d'État de maintenir la contrainte juridique concentrée et séparée des pouvoirs privés, c'est de ne la mettre en mouvement, en principe, que pour des intérêts généraux [...] Ainsi, la conception de la puissance publique entraîne logiquement celle de l'intérêt général posé en contradiction avec les intérêts communs à tous les membres de l'état ou, du moins, à un grand nombre d'entre eux...Le caractère commun de l'intérêt dépend, soit du nombre des intéressés, soit du fait qu'ils sont tous habitants du même territoire ou d'une même circonscription [...] ¹⁷⁰

Esta identificação seria fundamental para a separação da vida pública e da vida privada.

¹⁶⁹ HAURIOU, *Principes de droit...*, p. 3.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 396.

À sua vez, o regime administrativo seria um prolongamento e uma modalidade do regime civil:

[...] il consiste en ce que *la Puissance publique du gouvernement central assume la police du régime civil de la nation, en organisant des services publics sur la base desquels la vie civile s'établit.*

Ainsi, le régime administratif constitue une nouvelle étape de la centralisations de la nation par le gouvernement de l'État, après la centralisation politique et la centralisation juridique, la centralisation administrative qui est pour une forte part une centralisation économique [...]¹⁷¹

Como observa Duguit, o poder soberano para Hauriou não é mais o elemento essencial do direito público, muito embora não tenha adotado o serviço público como fundamento, nem do Direito Administrativo, nem do próprio Estado como teria pretendido sugerir aquele:

[...] pour le savant publiciste la puissance souveraine n'est plus l'élément essentiel du droit public. La personnalité de l'État a un domaine très limité qui se réduit au commerce juridique. Le pouvoir de domination existe bien toujours; mais ce n'est plus un droit subjectif dont l'État personne juridique serait titulaire; c'est avant tout une fonction sociale. Cette fonction sociale, c'est au fond le service public; et ainsi M. Hauriou est bien près de reconnaître que le service public est le seul et véritable fondement du système moderne.¹⁷²

Mas Duguit não só em Hauriou vai buscar identificação com sua nova proposta de fundar o próprio Estado na causa do serviço público, ele também a persegue em Berthélemy:

La même tendance apparaît aussi dans l'oeuvre de M. Berthélemy. Comme M. Hauriou, il réduit la personnalité de l'État à une personnalité exclusivement patrimoniale. La puissance publique existe sans doute; mais d'après l'auteur il n'y a point de sujet de droit qui en soit le titulaire.¹⁷³

¹⁷¹ HAURIU, *Principes de droit...*, p. 571.

¹⁷² DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 39.

¹⁷³ Ibidem, p. 39.

Berthélemy, efetivamente, nega a existência da personalidade jurídica do Estado, afirmando-a uma concepção perigosa e contrária à necessidade de limitação do exercício do poder:

C'est une conception fausse: l'idée de *personnalité* n'est indispensable que quand il s'agit de représenter l'État comme sujet de droits; les personnes seules, en effet, ont des droits. C'est une grave erreur de voir dans l'usage de la puissance un exercice de droits. Les fonctionnaires qui commandent n'exercent pas les droits du souverain; ils exercent sa *fonction*.

C'est une conception dangereuse: quand on regarde la puissance comme l'exercice d'un droit, on est fatalement conduit à diminuer les droits certains des individus au profit des droits prétendus de la collectivité.¹⁷⁴

Nenhuma supremacia do interesse público assim vem por estes autores professada. A própria noção do interesse público, que na Idade Média fora apresentada como fundamento da centralização da soberania no monarca e posteriormente do próprio Estado absolutista, não só se perde, como vai sendo descartada, até mesmo por autores tais como Esmein¹⁷⁵, que propugnavam pela personalidade soberana do Estado.

Ao contrário, importantes doutrinadores questionavam a validade da salvaguarda dos interesses ditos públicos, apontando a inadequação do conceito já desde o direito romano, como o fez Jean Gaudemet.

Em seu artigo *Utilitas Publica*, de 1951, Gaudemet afirmava a dificuldade e a necessidade de conciliação de interesses públicos e privados:

Se la sauvegarde des intérêts publics est pour tout homme d'Etat une nécessité première, leur conciliation avec les intérêts légitimes des particuliers figure aussi parmi seus devoirs majeurs. *Utilitas publica, utilitas singulorum* [...], deux exigences aussi pressantes et trop

¹⁷⁴ BERTHÉLEMY. Henri. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5 ed. Paris: A. Rousseau, 1908, p. 44.

¹⁷⁵ cf. ESMEIN. *Droit constitutionnel*. 5^a ed. 1909, p 6 apud DUGUIT, *Les transformations...*, p. 23.

souvent difficiles à concilier.¹⁷⁶

E isto não teria sido estranho ao Direito Romano, porque o respeito ao cidadão e a garantia de seus direitos essenciais teriam sido máximas fundamentais da República. No entanto, o absolutismo imperial se teria valido de tal *utilité publique*, uma das pedras angulares da doutrina política romana.

Tais observações críticas feitas pelo romanista não eram ignoradas pela doutrina francesa em geral, e, especialmente, pela doutrina publicística, como se pode ver daquela referida relativamente à história pregressa do direito francês, em Esmein.

A sua vez Marcel Waline, em 1951, define o direito administrativo:

[...] droit administratif, qui n'est autre que l'ensemble des règles qui gouvernent l'activité des agents publics autres que les législateurs et les juges, précisent l'étendue et les limites de leurs pouvoirs, soit à l'égard des administrés, soit à l'égard les uns des autres. On peut encore le définir *l'ensemble des règles qui précisent dans quelles conditions les personnes administratives acquièrent des droits et imposent des obligations aux administrés, par l'organe de leurs agents, dans l'intérêt de la satisfaction des besoins publics.*¹⁷⁷

O livro terceiro, iniciado à página 271, é intitulado *L'Objet du Droit Administratif: La Gestion des Intérêts Publics par L'Administration* e nele o autor trata da teoria geral das polícias, das obras ou empresas privadas de interesse público e dos serviços públicos. No entanto, não afirma a prevalência dos interesses públicos sobre os interesses privados.

Como observa Prosper Weil, as exigências impostas pelo desenvolvimento dos serviços públicos fizeram com que o direito administrativo se estruturasse de uma forma nova, pela qual duas forças aparentemente antagônicas se deveriam

¹⁷⁶ GAUDEMET, *Utilitas...*, p. 465.

¹⁷⁷ WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6^e ed augmentée d'un supplément. Paris: Recueil Sirey, 1952, p. 9.

compatibilizar. Não mais seria razoável a redução do maior e mais forte poder do Estado à mera execução da lei, mas mais poder se lhe deveria reconhecer para possibilitar-lhe uma mais efetiva prestação de tais serviços:

Se o direito administrativo se desenvolveu e cresceu depois de 1920, não renegou nunca os princípios fundamentais estabelecidos no decurso destes quarenta e cinco anos que separam o fim da guerra de 1870 do princípio da de 1914. Mas, mais do que princípios e soluções, são os próprios dogmas sobre os quais se desenvolveu que constituem a herança deste período fausto.¹⁷⁸

Prosper Weil identifica dois dogmas:

A) O primeiro é de ordem política: primado do indivíduo face ao Estado e afirmação de "direitos naturais e imprescritíveis do homem". Entre a liberdade e a autoridade, escolhe sem hesitar a primeira como dado primordial, só podendo a liberdade ser restringida quando a lei o permita.

[...]

B) O segundo dos dogmas forjados entre 1870 e 1914 é o do serviço público. ... É a época em que a administração procura estabelecer a infra-estrutura rodoviária, fluvial e ferroviária, em que se desenvolvem o gás e, mais tarde, a eletricidade, em que a assistência e a higiene se tornam missões de interesse geral.¹⁷⁹

Citando Duguit, afirma que se produziu uma "transformação formidável": "O que aparece em primeiro plano, já não é o poder de ordenar mas a obrigação de agir na prática"¹⁸⁰. E surge a noção de prerrogativas de direito público ou, como também refere Weil, de meios exorbitantes do direito comum.

Ademais de tais tensões entre a necessidade de limitar o poder executivo, impondo-lhe o respeito aos direitos e garantias individuais, e de reforçar-lhe o poder pela concessão de privilégios e prerrogativas, ainda outro paradoxo é vivido pela história do direito administrativo francês. Nascido ao tempo da vitória do princípio da legalidade e do princípio da separação dos poderes, pelo qual nenhuma lesão de

¹⁷⁸ WEIL, *Direito...*, p. 17.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 17-21.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 21.

direito poderia ser subtraída ao Judiciário, o Direito Administrativo francês vai-se formando à semelhança de um direito jurisprudencial, que será emanado do próprio poder executivo. Este traço, por sua vez, se mantém tanto como um fator representativo de uma força revolucionária (pela total imposição da separação dos poderes executivo e judiciário), quanto de outra, conservadora, pela qual mantém a favor do Executivo a imunidade de mesma natureza daquela antes atribuída à monarquia. E, de outra parte, com a jurisdição administrativa ou contenciosa também encontrará o meio mais propício ao reconhecimento de um regime privilegiado ou exorbitante do direito comum em favor da Administração, o qual representará, a partir do incremento dos serviços públicos, mais uma garantia da obtenção de tal reforço.

E, neste sentido, verificou-se o desempenho do *Conseil d'État*, como bem observa Prosper Weil:

Determinando a regra de direito ao mesmo tempo que a aplica, o *Conseil d'État* foi levado a exercer uma permanente arbitragem entre as necessidades da acção administrativa e as de sua limitação. Procurando assegurar ao cidadão uma protecção contra o poder, o *Conseil d'État* não podia esquecer que igualmente lhe incumbia assegurar à administração os meios de acção necessários e pô-la ao abrigo de exigências susceptíveis de comprometer os interesses gerais que estavam a seu cargo.

[...]

A razão profunda destes métodos um pouco desconcertantes reside na ambiguidade fundamental de uma disciplina que se quer seja ao mesmo tempo instrumento de liberalismo e garante da actividade administrativa, protecção do cidadão contra o executivo e meio de realização da vontade do executivo.¹⁸¹

E, segundo o autor, o *Conseil d'État* teria conseguido solucionar a ambiguidade "da menos má das maneiras possíveis"¹⁸².

¹⁸¹ WEIL, *Direito...*, p. 24-26.

¹⁸² *Ibidem*, p. 26.

No entanto, o autor conclui:

Para ser inteiramente satisfatório, um sistema jurídico deve ser, ao mesmo tempo, inteligível e eficaz. No seu estado actual, o direito administrativo não preenche plenamente nenhuma destas condições. De momento, baseia-se ainda frequentemente em idéias vagas, em noções ambíguas, em fundamentos contraditórios. Sem dúvida que se pode dizer que o direito administrativo é o conjunto das regras que regem a actividade administrativa, sendo esta definida pela sua finalidade e abrangendo como "nucleo denso" qualquer actiidade dos órgãos relacionados com o poder executivo e, a título de "nebulosa", certas actividades de órgãos não executivos. Mas é preciso reconhecer que os elementos desta definição não estão eles próprios ao abrigo de certa indeterminação e que a concepção proposta não toma em conta a distinção feita pelo direito positivo entre os regimes de direito público e de direito privado, por um lado, e as competências administrativa e judiciária, por outro. ... Mas, ao fim e ao cabo, a experiência prova que as instituições humanas não necessitam de lógica pra viverem e subsistirem: basta que as regras de direito possam ser conhecidas e correspondam aos seus fins; não é necessário que sejam perfeitamente coerentes.¹⁸³

A ambivalência da doutrina relativamente à superioridade do interesse público, ou, ao menos, do interesse de ordem administrativa, sobre os interesses privados, não se mantém com a mesma intensidade no século XX. O critério do interesse público resiste, mas não se afirma como pertencente a grau superior, capaz de determinar, *per se*, sua prevalência sobre os interesses privados.

Assim, veremos em Jean Rivero, na 6^a edição de seu *Droit Administratif*¹⁸⁴:

Le but de l'administration: l'intérêt public.
Ces nécessités auxquelles l'initiative privée ne peut répondre, et qui sont vitales pour la communauté toute entière et pour chacun de ses membres, constituent le domaine propre de l'administration; c'est la sphère de *l'intérêt public*.
Le moteur de l'action administrative, au contraire, est essentiellement *désintéressé*: c'est la poursuite de l'intérêt général, ou encore de l'utilité publique, ou dans une perspective plus philosophique, du bien commun.
L'intérêt général n'est donc pas l'intérêt de la Communauté, considérée comme une entité distincte de ceux qui la composent et

¹⁸³ WEIL, *Direito...*, p. 169-170.

¹⁸⁴ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 6^e ed. Paris: Dalloz, 1973.

supérieure à eux...¹⁸⁵

Não há que considerá-lo, portanto, superior.

E o autor, na edição de 1975, traduzida para o português em 1981¹⁸⁶, já acrescenta referências a artigos críticos a respeito do interesse geral, como o de Jacques Chevallier.¹⁸⁷

Ao versar sobre o Direito Administrativo, Rivero o define como "l'ensemble des règles juridiques dérogatoires au droit commun qui régissent l'activité administrative des personnes publiques"¹⁸⁸, reconhecendo, todavia, que tal conjunto de regras não disciplinam a totalidade da ação administrativa.

Analisando a busca de uma noção-chave para a identificação do Direito Administrativo, Rivero trata do declínio da noção de serviço público e atribui àquele direito objeto mais amplo que este. Entre as soluções que chama de substituição desta idéia-chave, aponta a noção de interesse geral e sobre ela manifesta:

Cette idée, un moment mise en avant par M. Waline, qui l'a abandonnée depuis, se heurte à des objections très graves. Il est vrai que la notion d'intérêt général commande toute l'action administrative; mais, précisément, elle la commande quels que soient les procédés juridiques par lesquels cette action s'exerce: c'est l'intérêt général qui dicte la soumission au droit privé des services industriels et commerciaux. La notion d'intérêt général ne peut donc servir à caractériser le droit administratif.¹⁸⁹

Portanto, a noção só serviria para caracterizar a finalidade da ação administrativa, mas não o direito que a devesse reger.

Ao final de sua introdução, afirma não ser necessário sistematizar o direito

¹⁸⁵ RIVERO, *Droit...*, p. 10.

¹⁸⁶ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, nota 1 p. 14.

¹⁸⁷ CHEVALIER, Jacques. *Reflexions sur l'ideologie de l'intérêt général, In Variations autour de l'ideologie de l'intérêt général*. Paris: Presses Universitaires, 1978, t. 1, p. 11-45.

¹⁸⁸ RIVERO, op. cit., p. 20.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 33.

administrativo a partir de uma noção única, eis que em nenhum outro ramo do direito se teria tentado essa redução à unidade. No Direito Administrativo esta tentativa reducionista encontraria explicação na confusão feita em torno do problema prático representado pela identificação da competência do juiz administrativo, porque o encontro de tal critério teria facilitado a tarefa dos recorrentes. E em momento algum de sua obra faz referência à supremacia do interesse público. Depois, mesmo quando essa noção de interesse público vem referida na doutrina minoritária, como no exemplo acima transcrito de Marcel Waline, trata-se de persecução do interesse público como finalidade da ação administrativa - jamais de supremacia ou preponderância do interesse público sobre o privado. É que uma tal norma geral de ação fatalmente levaria à destruição prática da noção de direitos e liberdades individuais.

II A TRILHA BRASILEIRA DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

II.1 O nascimento do Direito Administrativo brasileiro e os primeiros traços do interesse público na doutrina brasileira

O Direito Administrativo brasileiro começa a ser desenvolvido já desde o Império. Surgiram, neste período, dentre outros, os trabalhos de Vicente Pereira do Rêgo, *Elementos de direito Administrativo Brasileiro* (1857); Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral, *Direito Administrativo Brasileiro* (1859); Visconde do Uruguay, *Ensaio sobre o Direito Administrativo* (1862) e Antonio Joaquim Ribas, *Direito Administrativo Brasileiro* (1866). Além destes, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello registra outros autores a cujas obras não tivemos acesso (Francisco Maria de Sousa Furtado de Mendonça, *Excerto de Direito Administrativo Pátrio*, de 1865; José Rubino de Oliveira, *Epítome do Direito Administrativo Brasileiro*, de 1884, e José Higinio Duarte Pereira, *Lições de Direito Administrativo*).¹⁹⁰

Nossa doutrina começa a ser escrita sob a influência da doutrina francesa posterior à Revolução Francesa de 1789, mas muito mais marcada pela concepção de que o Direito positivo é a lei escrita do que pela concepção do direito administrativo francês quanto à completa separação entre os poderes executivo e judiciário, que acabava propiciando o surgimento de um direito forjado pelas decisões da jurisprudência administrativa e independente de previsão legal específica sobre determinadas questões.

¹⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Como já mencionado, é de 1857 a primeira obra brasileira de Direito Administrativo e seu autor, Vicente Pereira do Rego, que, em 1877, lançou a terceira edição de seu *Compendio ou Repetições Escriptas sobre os Elementos de Direito Administrativo para uso das Faculdades de Direito do Império*.

Já desde então, o Direito Administrativo Brasileiro revelava sua preocupação com o “respeito ao direito”, como se vê da assertiva de que “o Estado é um ente *moral*, porque deve dirigir-se em todas as suas acções pelo respeito ao direito; isto é, ao util, justo e honesto.

[...]

O dever do Governo é, pois, autorisar com a sua sancção na vida social os principios da moral, e prestar força e auxilio a todos os interesses moraes da sociedade. [...]. Terá o direito legal de obrigar os cidadãos á observancia dos preceitos de moral universal em que se funda a propria existencia da sociedade, e que formam a base commum da civilisação adquirida.

[...]

III – O Estado é um ente *intelligente*, porque tem uma necessidade directa de luzes para realizar os seus fins. O dever directo do Governo é, pois, promover e favorecer o desenvolvimento das luzes a bem do interesse collectivo da sociedade. Elle preencherá esta missão, fundando instituições scientificas, litterarias e artisticas, e indemnizando realmente os autores e inventores dos sacrificios que tiverem feito para dotar a sociedade de trabalhos serios.¹⁹¹

Nenhuma prevalência sugere do interesse público sobre o particular, recomendando, ao contrário, a compensação deste quando tenha cedido o passo àquele.

No segundo parágrafo da seção seguinte, identificada como § 4º, em que trata da Administração e sua responsabilidade, afirma que "o zelo dos agentes administrativos não deve afastar-se da lei; é, pois, mister haver jurisdições

¹⁹¹ REGO, Vicente Pereira do. *Compendio ou repetições escriptas sobre os elementos de direito administrativo para uso das faculdades de direito do imperio*. 3. ed augm. e correcta. Recife: D.F. das Neves Guimarães, 1877, p. 2.

instituídas para assegurarem o respeito aos direitos privados." ¹⁹²

Em idêntico sentido, se manifesta relativamente à autoridade dotada de superioridade hierárquica:

A autoridade, que é o ponto de partida da impulsão, não póde ordenar senão nos limites da lei, e o subalterno, collocado entre o seu interesse e a sua consciencia, conserva a liberdade de escolha. ¹⁹³

Portanto, elege como princípio fundamental do Direito Administrativo o princípio da legalidade.

De outra parte, ao tratar do princípio da centralização sugere não haver forma de fazer prevalecer o interesse público sobre o do particular, senão nos termos da lei, apesar de não admitir que a Administração seja julgada pelo Poder Judiciário ¹⁹⁴. E neste mesmo tópico, mais uma vez sugere não haver forma de fazer prevalecer o interesse público sobre o particular, fora das hipóteses legalmente previstas:

Um agente unico para a execução, um conselho collocado ao seu lado para esclarecê-lo, uma inspecção continua e geral e jurisdicções para assegurarem o respeito á lei e aos direitos particulares: taes são, pois, as bases fundamentaes da organização administrativa. ¹⁹⁵

No entanto, sob nítida inspiração francesa, não admite que a Administração seja julgada pelo Poder Judiciário, eis que "um poder superior aniquilaria necessariamente a independencia da autoridade administrativa" ¹⁹⁶.

E, ao lado de um critério orgânico, funda a competência contenciosa no interesse da administração ¹⁹⁷. Mesmo assim, a matéria administrativa que delimita

¹⁹² REGO, *Compendio...*, p. 5-6.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 6.

¹⁹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 11.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 8-9.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 11.

¹⁹⁷ Cf. *Ibidem*, p. 11-13.

tal competência, e caracteriza os atos praticados pela administração como tais, não esgota toda a gama de atos que podem ser praticados pelo Poder Executivo. É o que se depreende de outro trecho da obra, em que o autor estabelece os princípios gerais da administração contenciosa¹⁹⁸, em que afirma haver atos, que classifica como de império, praticados em nome do interesse público, que podem eventualmente subordinar os chamados *interesses simples*, os quais não seriam passíveis de reclamação sequer no âmbito do contencioso administrativo.

Assim, enquanto Governo, portanto, os atos do Poder Executivo podem fazer com que os interesses privados se subordinem ao interesse público, especialmente por não se tratarem de direitos. E exemplifica o simples interesse com a hipótese de demissão de empregado que possa ser nomeado e demitido *ad nutum*¹⁹⁹. O conflito de interesses de que cogita é efetivamente tão somente de interesses, e, exclusivamente, para tal hipótese, admite a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse particular.

Ao tratar da divisão geral das matérias do contencioso administrativo, o autor versa sobre as suas condições, nos mesmos termos em que as estabelecera a doutrina francesa²⁰⁰.

Finalmente, tratando do instituto da expropriação, refere a um princípio pelo qual o interesse particular cede à utilidade geral:

¹⁹⁸ REGO, *Compêndio...*, p. 136-137.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 137-138.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 149: As condições elementares do contencioso administrativo são tres, como já temos visto; e que é necessaria a sua reunião em cada negocio: aliás não podem as partes seguir o meio contencioso. Assim, pois, é mister: 1º Que haja um acto especial, ou facto particular da administração; 2º Que a reclamação contra esse acto seja fundada n'um direito adquirido; 3º Que a reclamação se refira a um interesse da ordem administrativa.

Os principios em que assenta a theoria da expropriação são, em resumo, os seguintes: - O interesse particular cede á utilidade geral; logo a expopriação é permittida, quando a exigem as necessidades publicas. Mas a propriedade é sagrada e inviolavel; logo a indemnisação deve preceder á expropriação.[...]

Assim o direito de propriedade não soffre a menor quebra pelo facto da expropriação; e se realmente a soffresse, a expropriação seria, sem duvida, odiosa, injusta e inadmissivel, ainda quando houvesse toda a conveniencia em decretá-la. Mas não é assim; a propriedade particular está essencialmente subordinada ao interesse social, depende d'elle, e é este principio um dos elementos conservadores da sociedade, sem os quaes correria ella o perigo de dissolver-se.

[...]

Se a propriedade individual for indispensavel á sociedade, deve esta ter o direito de apropriar-se d'ella a bem do interesse geral. Mas, como seria altamente injusto que o bem publico nullificasse o interesse particular, para logo ergue-se a favor d'este o principio da indemnisação prévia do *valor* da propriedade expropriada.²⁰¹

E, ainda sobre a expropriação, ensina o autor que o direito de propriedade está assegurado na primeira parte do § 22 do artigo 179 da Constituição, tanto quanto a segunda parte do mesmo estabelece “a limitação e a excepção da regra”²⁰², donde se conclui que o autor reconhece que para estabelecer limites ou excepcionar a garantia do direito de propriedade haja um direito do Estado positiva e constitucionalmente previsto.

Em 1857 José Antonio Pimenta Bueno publicou seu *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*²⁰³. Tal obra, apesar de não ser de Direito Administrativo, dedica-se ao tratamento de temas que lhe são fundamentais.

Em título preliminar – denominado Do Direito, Das Leis, e Bibliografia do Direito Público -, subdividido em Capítulos e seções, no Capítulo I, Seção 1, depois de tratar em § primeiro do Direito em Geral, no § 2º trata “dos dois grandes interêsses que formam sua divisão:

²⁰¹ REGO, *Compêndio...*, p. 211-212.

²⁰² *Ibidem*, p. 215.

²⁰³ PIMENTA BUENO, José antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. [s.l.]: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de documentação, 1958. (Republicado).

As relações dos homens, desde que se reúnem, ou se acham reunidos em sociedade, têm uma grande divisão não só natural, mas fundamental, divisão que deve ser bem fixada e definida, mórmente nos governos livres: que jamais deve ser confundida porque dela resultam conseqüências de suma importância, e tais que estabelecem duas ordens de coisas diversas, e de competências distintas. Esta divisão é a do interesse geral, coletivo ou comum, e do interesse particular ou individual.²⁰⁴

Afirma que é preciso que a sociedade goze

de segurança, de ordem, de meios para seu progresso; e que êle [o homem] deve concorrer para a felicidade da comunidade social de que faz parte: êsse é o interesse geral. Entretanto, quando se associa, o homem não renuncia às suas liberdades, aos seus direitos individuais, não se destina, resigna ou sacrifica a ir ser uma máquina, a viver ou trabalhar só para o serviço social, nem isso é necessário ao Estado; reserva a sua inteligência e faculdades, o direito de suas relações privadas, o arbítrio supremo de seus negócios, dos meios naturalmente lícitos de procurar o seu bem ser; êsse é o interesse ou seu direito particular; e para garantir o gôzo dêle é que o homem se associa.²⁰⁵

No parágrafo seguinte refere que, havendo contrariedade entre o interesse particular e o interesse público, aquele deverá ceder o passo a este:

Sendo fácil de prever, como de fato foi, desde o bêrço da civilização, que êsses dois interesses podiam mais de uma vez achar-se em conflito com grave prejuízo recíproco. A razão e a ciência de todos os países civilizados procuraram distinguir e separar as relações, em que o interesse individual poderia contrariar direta ou indiretamente o interesse público, e em que por isso mesmo deveria ceder o passo a êste, e aquelas em que por não afetá-lo, ou sòmente afetar mediata ou secundariamente, deveria ser independente, livre, entregue à inteligência e vontade do indivíduo.

Daí nasceram, desde o tempo dos Romanos, as duas ordens de coisas sociais, a ordem pública e a ordem privada, e conseqüentemente a competência e domínio do Direito Público ou Administrativo e do Direito Particular ou Privado.²⁰⁶

²⁰⁴ PIMENTA BUENO, *Direito público...*, p. 5.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 5-6.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 6.

A seguir, o § 3º distingue Direito Público e Direito Particular, referindo o Direito Público primeiramente:

O Direito Público, *Jus Publicum, quod ad statum reipublicae spectat*, tem por domínio as relações do cidadão para com o Estado, relações de interesse geral, e que por isso mesmo não pertencem à ordem privada. Ele organiza as condições do bem ser comum; seu norte é o *salus publica suprema lex*; atende e protege especialmente o interesse coletivo, *bene esse civitatis*, e por amor dêle despreza o interesse individual nos casos em que lhe é subordinado, pois que fora dêsses casos deve respeitá-lo como um direito reconhecido e independente.²⁰⁷

Determinar a preferência de um interesse sobre outro é, portanto, na visão do autor, matéria de direito público. Vale dizer, é matéria de direito. No entanto, volta novamente a observar:

Estes dois direitos ou interesses, estas duas sociedades política e civil, são ambos filhos da razão esclarecida e da complexa natureza social, ambos êles têm igual e o mesmo fim, a felicidade de todos e de cada um. A diferença está somente em proceder-se, segundo a refletida natureza de cada um deles, do todo para os indivíduos ou dos indivíduos para o todo. É certamente necessário não só que a comunidade, mas também que cada indivíduo seja feliz; é o bem ser destes que compõem o bem ser geral. Se se fôsse sacrificar irrefletidamente os interesses individuais ao só bem ser geral, findar-se-ia pelo sacrifício de grande ou da maior parte da sociedade, e dêsse mesmo pretendido bem ser geral.²⁰⁸

De tal “natureza de cada um deles” decorreriam as competências diversas e “a dupla existência do poder administrativo e do poder judicial, e com ela a separação profunda de suas atribuições, que não devem jamais ser confundidas.”²⁰⁹

E, neste § 4º, que trata de algumas conseqüências desta divisão, afirma a seguir que somente **a lei é quem estabelece o predomínio do interesse coletivo:**

²⁰⁷ PIMENTA BUENO,, *Direito público...*, p. 6.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 7.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 7.

Com efeito, é desde logo manifesto que a gerência das relações do cidadão com o Estado, daquelas em que a lei deu o predomínio ao interesse coletivo, em que colocou êste debaixo da alçada e proteção do direito Público ou Administrativo, que é ramo seu: é manifesto, dizíamos, que essa gerência deve pertencer ao poder executivo ou administrativo, pois que é o encarregado de zelar por êsse domínio.²¹⁰

E, no próximo parágrafo do mesmo texto, volta a expressar sua preocupação com o respeito ao interesse particular ou individual e à necessidade de identificação deste e do interesse geral pela própria lei:

Semelhante e conseqüentemente, o que respeita às relações dos cidadãos entre si, a seus interesses, o que é administração da justiça, deve pertencer a outro poder distinto, aos tribunais judiciários; aliás não haverá liberdades ou direitos civis possíveis, pois que à pretexto da ordem, ou interesse geral, o poder administrativo escravizaria tôdas elas, que vacilariam incertas e pendentes de seu arbítrio o de seus erros.

Convêm sem dúvida que as leis de cada Estado, antes de classificar na coleção de sua legislação administrativa, ou em seu código civil ou comercial, os interesses sociais, reflita bem a qual dessas duas competências deve cada assunto ser subordinado; feita porém a classificação, cumpre ser coerente e respeitá-la; e tanto mais que a lei pode fazer uma ou outra exceção nos princípios filosóficos, quando reconhecida necessidade assim o demandar.²¹¹

Por fim, no título sexto – Do Poder Executivo -, define a natureza deste:

310. O poder executivo é a delegação da soberania nacional encarregada não só da execução das leis de interesse coletivo da sociedade, mas também da deliberação e implusão, da segurança e gestão da alta administração do Estado.

Tem pois uma dupla natureza, uma dupla competência, duas ordens de atribuições que se ligam estreitamente, mas que nem por isso deixam de ser distintas.

Como encarregado e fiscal da execução das leis sua competência compreende, salvas as exceções expressas, tôdas as leis de interesse geral, tanto políticas como administrativas, isto é, tôdas as leis do Estado, à exceção das que por sua natureza pertencem à ordem judiciária, por isso que respeitam não ao interesse social coletivo, sim aos interesses individuais entre si, ou das que, embora de interesse genérico, estão expressamente incorporadas à ordem judiciária, como as leis penais.²¹²

²¹⁰ PIMENTA BUENO, *Direito público...*, p. 7.

²¹¹ *Ibidem*, p. 7.

²¹² *Ibidem*, p. 223.

Ainda no mesmo Título, ao versar sobre os diferentes caracteres da autoridade executiva, contrasta atos discricionários e atos vinculados (sem obviamente utilizar esta nomenclatura), para afirmar, de forma indireta, a impossibilidade de fazer prevalecer o interesse da administração sobre algum direito:

Podemos figurar o caso na demissão de um emprêgo, a respeito do qual o poder executivo tenha o direito de prover ou demitir *ad nutum*: qualquer que seja o prejuízo ou interêsse do demitido, êle não pode contestar a legitimidade de um ato tal de mero império; e se êstes atos pudessem ser contestados por via contenciosa, a ação administrativa seria enervada, tornar-se-ia incapaz de preencher sua alta missão, não teria a faculdade que lhe foi conferida.²¹³

Na hipótese em tela não teria havido desrespeito à lei com a demissão por inexistir em prol do empregado direito ao emprego. No entanto, se houvesse direito individual desrespeitado o ofendido contaria com um procedimento adequado para apresentar a sua reclamação²¹⁴.

Para o autor, portanto, o direito administrativo é inteiramente submetido ao princípio da legalidade, cabendo à própria lei prever as hipóteses de predomínio do interesse coletivo.

Obra específica de Direito Administrativo do Império foi publicada em 1859 por Veiga Cabral²¹⁵.

Nela se encontra, em nota de rodapé 1, à página 13, a afirmação:

O Direito Administrativo differe essencialmente do direito privado em que aquelle considera sempre a sociedade para lhe conceder uma vantagem, ou impôr-lhe um encargo, emquanto que o direito privado civil ou penal, nunca rege a sociedade, salvo se esta se apresenta como simples particular, usando dos mesmos titulos, em virtude das

²¹³ PIMENTA BUENO, *Direito público...*, p. 226.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 226-227.

²¹⁵ VEIGA CABRAL. *Direito administrativo brasileiro*. Rio: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

mesmas leis; além disso o direito Administrativo também difere do Direito privado, em que o primeiro pronuncia em geral sobre interesses de ordem pública, e o segundo sobre títulos, convenções, e testemunhos autênticos; o primeiro presta-se às considerações de equidade, o segundo não atende senão as regras positivas da justiça, o primeiro equilibra e concilia pretensões de ordens diversas, o segundo reconhece, e consagra direitos rigorosos, e absolutos; Gandillot, e J. M. Boileux *Manuel de Droit Administratif*.²¹⁶

Mais adiante, apresentando o plano de sua obra afirma ser o princípio essencial “e o mais vital da Administração” a Centralização:

devendo subordinar a este princípio a exposição do Direito Administrativo, assim como indicar as relações da Administração com os Poderes prepostos com ella aos interesses sociais, cumpre considerar em primeiro lugar a acção administrativa em seus limites legais, e nos obstáculos que lhe podem oppôr os interesses, e direitos dos individuos sob a relação da competência, e do contencioso, compreendendo os conflictos de jurisdição, e os grãos de Jerarchia administrativa, para depois tratar do Direito Administrativo nas suas relações com a conservação, e defesa social, do direito Administrativo nas suas relações com o fim da sociedade, sob o ponto de vista de Administração geral, e Administração local [...]²¹⁷

Tratando do fim da sociedade, afirma que é: “1º, garantir o exercício dos direitos, e o cumprimento das obrigações; 2º, auxiliar o progresso intellectual, e moral, e o desenvolvimento da riqueza pública.”²¹⁸

Donde nenhuma prevalência sobressai de qualquer interesse público sobre o interesse privado. Atribui à lei, portanto, o condão de conformar e tipificar a acção administrativa. E, coerentemente com tal posição, trata, mais adiante, do instituto da desapropriação, em parágrafos integralmente dedicados à análise do conteúdo da Lei de 9 de setembro de 1826²¹⁹. E nem aí se vê qualquer invocação de prevalência, *per se*, do interesse público sobre o do cidadão.

²¹⁶ PIMENTA BUENO, *Direito público...*, p. 13.

²¹⁷ VEIGA CABRAL, *Direito administrativo...*, p. 18-19.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 295-296.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 402.

A seu turno, o Visconde do Uruguay²²⁰, em obra publicada em 1862, se fazia valer da noção de interesse público como critério de distinção entre ramos do Direito.

Define o Direito Administrativo como a ciência da ação e da competência do Poder Executivo, das administrações “gerais, e locais, e dos Conselhos administrativos, em suas relações com os *interesses* ou *direitos* dos administrados, ou com o *interesse geral do Estado*”²²¹.(grifos originais)

Em uma última tentativa de definição, mais uma vez indica o critério do interesse visado pelo Direito Administrativo:

o direito administrativo, como observão Dalloz e outros, entra nos pormenores e nas numerosas aplicações dos princípios estabelecidos pelo Direito constitucional ou político, ao qual he subodinado; occupa-se do **interesse geral**, e applica-o aos casos especiaes; regula e assegura a boa execução dos serviços publicos, como por exemplo: provendo á justa repartição e cobrança dos impostos; fiscalizando as despezas publicas; protegendo e fiscalizando certas corporações, e estabelecimentos de beneficencia e soccorros publicos; tomando medidas de policia administrativa e preventiva, que tendão a assegurar aos cidadãos os benefícios da ordem, segurança e salubridade pública; provê á segurança do paiz, e decide as questões contenciosas que surgem das medidas administrativas²²².

Mais adiante, pondo em contraste o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, afirma o autor do *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, que este refere mais propriamente à autoridade administrativa e à administração, supondo uma organização política “a qual se acomoda, e que ele não regula”, e tendo por fim principal a aplicação das “leis de ordem pública” e “a gerência e direção de *interesses que não são meramente políticos*”²²³. (grifamos)

²²⁰ URUGUAY, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, v. 1.

²²¹ Ibidem, p. 7.

²²² Ibidem, p. 10.

²²³ Ibidem, p.16.

Os interesses que refere como *meramente políticos* têm sua natureza sugerida quando o autor discorre sobre a distinção entre governo e administração:

A ação governamental do Poder Executivo deve ser livre, e o seu poder mais ou menos discricionário, sujeito somente às leis (em cuja confecção intervém), à opinião e à Representação Nacional.

A ação administrativa do Poder Executivo, como Poder administrativo, somente é discricionária enquanto graciosa. Como contenciosa não. Pelo menos não o deve ser .

[...]

As funções do Poder Executivo, como governo, são mais propriamente de iniciativa, de apreciação e direção geral, de conselho. Cabe-lhe imprimir na administração o seu espírito geral, e o seu pensamento.

O Poder administrativo é portanto secundário e subordinado ao Poder político. Organiza o pensamento deste e o põe por obra²²⁴.

Donde conclui que a autoridade administrativa é o principal instrumento do Poder Executivo governamental.

Tratando de distinguir entre Justiça e Administração, mais uma vez refere o critério do interesse: “A Justiça tem por fim o direito privado. A administração a conveniência e interesse geral”²²⁵.

Distinguindo, ainda, entre o Poder Judiciário e a Administração, afirma que aquele não tem poder discricionário, ao passo que esta tem sua lei suprema no interesse público. E reconhece, assim, o acerto de tal separação entre ambos, eis que, “se a administração pertencesse à justiça tenderia a subordinar os direitos privados a considerações de interesse publico, a desconhecer, tendo em vista o bem geral, a propriedade, e a liberdade individual, substituindo o Direito pelo arbítrio”²²⁶.

A seu turno, em prefácio ao seu *Direito Administrativo Brasileiro*, em 1866, Antonio Joaquim Ribas escreve que “a administração trata dos interesses de todos e

²²⁴ URUGUAY, *Ensaio sobre...*, p. 18.

²²⁵ Ibidem, p. 32.

²²⁶ Ibidem, 34-35.

responde pelos seus actos²²⁷, para justificar que todos devem poder julgar estes atos e conhecer a extensão de seus direitos e deveres para com a administração.

Como já referimos, ao tratar do surgimento do Direito Administrativo na França, o autor afirmava haver certos interesses gerais ou coletivos que devem ser como tais reconhecidos e definidos em lei, exatamente para evitar “os funestos resultados das recíprocas invasões dessas órbitas” (interesses públicos e direitos privados). No entanto, tal intento só teria sido levado a efeito após a Revolução Francesa de 1789.

Seguimos aqui com o relato do autor, o qual, a par de referir o curso histórico do Direito Administrativo, revela igualmente o tenso convívio que desde o início se instalou entre sua doutrina, seu desenvolvimento e a vida política:

A reacção que nesse paiz então se operava contra as idéas da revolução, fez que cedo fosse suprimida esta cadeira. O governo conheceu que a luz da sciencia, penetrando nos mysteriosos adytos da administração, iria pôr pêas ao arbitrio dos funcionarios, e dar novas armas ao elemento democratico. Nove annos, porém, mais tarde teve de ceder de novo à pressão da opinião publica, e de restaurar a cadeira supprimida, confiando ainda o seu regimen ao illustre installador.[...]

Para preencher sua ardua missão o eminente professor teve de compulsar volumosas colecções, reunir e coordenar mais de 80.000 textos de leis e regulamentos, e com methodo admiravel extrahir delles uma theoria **philosophica**²²⁸. (grifamos)

Como menciona, ainda, Ribas, quando da criação dos cursos superiores de Ciências Sociais e Jurídicas em São Paulo (pela Lei 2ª de 11 de agosto de 1827), o Direito Administrativo ainda não constava de seu currículo, enquanto, coincidentemente, ainda permanecia suprimido na França. No entanto, afirma que "a experiencia afinal mostrou quanto era necessaria a cultura desta sciencia, tanto para os que se dedicão á carreira da politica e da administração, como para os que se

²²⁷ RIBAS, *Direito...*, p. XI.

²²⁸ *Ibidem*, p. 4-10.

votão á vida menos brilhante, porém não menos honrosa, do fôro"²²⁹. E assim, a cadeira veio a ser prevista, juntamente com a de Direito Romano, e o governo autorizado a baixar novos estatutos para as academias, a partir de 16 de agosto de 1851 (Decreto 608), o que veio a ocorrer com o Decreto n. 1386, de 28 de abril de 1854, dando-se sua implementação em 1855 na Faculdade de Direito de São Paulo, com o Conselheiro Ribas como professor.

O Brasil Império assimilava as tendências jurídicas liberais trazidas da França, originadas na Revolução de 1789, e, pelas lições de seus autores, chegavam-nos as lições dos doutrinadores franceses como De Gerando, Laferrière, Pradier-Foderé e Macarel, dentre outros.

Assim, através das palavras de Antonio Joaquim Ribas nos chegavam as lições daqueles autores sobre o Direito Administrativo:

Segundo De Gerando elle tem por objecto, as regras que regem as relações recíprocas da administração com os administrados. Os autores dos *Elementos de Direito Administrativo na Belgica*, adoptando e desenvolvendo as idéas de De Gerando, dizem: 'Por um lado o Direito Administrativo fixa a natureza das funcções administrativas, faz conhecer o seu fim; estabelece a organização administrativa, isto é, a hyerarchia dos funcçionarios que exercem as funcções administrativas; fixa a competencia de cada um, bem como as attribuições de cada funcção. O Direito Administrativo marca a extensão do domínio administrativo, dá as regras do processo, isto é, as fórmulas que se devem seguir nas relações entre os administrados e a administração, ou entre os diversos agentes; assim se percebe que seguranças são offerecidas a uns e outros. Por outro lado o Direito Administrativo determina a natureza das relações que ligão a autoridade civil á força publica, autoriza certo direito de padroado e tutela sobre certos estabelecimentos publicos ou privados, ou comunidades civis ou religiosas. Autoriza a administração, **com um fim de utilidade publica**, a tomar certas medidas para a sustentação da ordem, salubridade, viabilidade, segurança individual, moral publica, etc.²³⁰ (grifamos)

É, portanto, o fim de utilidade pública o fator ou critério que dá fundamento

²²⁹ RIBAS, *Direito...*, p. 11.

²³⁰ *Ibidem*, p. 13-14.

para que os administradores tomem o que chamaram de "certas medidas para a sustentação da ordem".

E, de outra parte, identifica o interesse geral com o interesse do Estado, como se esta noção-chave devesse valer integralmente no direito brasileiro. No entanto, os textos nos quais se embasava pareciam ter buscado a identificação de um interesse geral do Estado, para atender à necessidade de identificação da competência do contencioso administrativo, como se viu acima.

O interesse público, entendido como lei suprema do Direito Administrativo não poderia, ainda assim, promover o arbítrio, assim considerado a subordinação dos direitos privados.

O Direito Administrativo brasileiro nasceu, assim, enraizado na doutrina francesa, inspirada no princípio da legalidade e em modelo especial de jurisdição contenciosa, muito embora devesse pertencer a um país recém fundado sob a égide da Constituição Imperial de 1824.

II.2 O interesse público na doutrina jus-administrativista da República e o surgimento da afirmação de sua supremacia

II.2.1 Primeira República

Neste período, o Direito Administrativo começa a refletir mais criticamente sobre o critério do interesse nele envolvido, tomando consciência de que, nos termos em que o mesmo fora proposto em França, não seria perfeitamente identificado, nem do ponto de vista teórico, nem do ponto de vista da *praxis*

francesa, na qual deveria indicar a competência do contencioso administrativo.

Assim, em 1906, é publicado o *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo* de Augusto Olympio Viveiros de Castro (Rio de Janeiro: Imprensa Nacional), o qual ao tratar da distinção entre Direito Público e Direito Privado, invocando a concordância de Posada, afirma a insuficiência do critério do interesse público na caracterização do direito administrativo, eis que, segundo seu entendimento, haveria direito público também não relativo ao Estado²³¹. Ademais, nega, expressamente, a superioridade de um interesse público sobre outro privado, através da negação da superioridade do Estado, enquanto sujeito de uma relação jurídica, relativamente ao particular, ao afirmar que o Estado não é superior, com o

²³¹ Afirma o autor: " Este conceito se inspira evidentemente na distincção de Ulpiano: "Publicum est quod ad statum rei romani spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem."

Posada, porém, sustenta a conveniencia de ser rectificadada a indicada genesis juridica do Direito Administrativo, rompendo-se absolutamente, neste ponto, com a tradição romana da distincção do direito em publico e privado; e apresenta, em apoio da sua maneira de pensar, as seguintes razões philosophicas e de conveniencia juridica;

1ª A distincção geralmente admitida é puramente historica, não corresponde a exigencias universaes e permanentes, e nem offerece um criterio accomodado a todas as circumstancias, implicando uma differença essencial do conceito do direito.

Explica-se a sua producção como consequencia da affirmacção dentro do Estado do elemento privado com o seu proprio direito protector e regulador dos seus interesses; mas a evolução não se deteve no desdobramento da vida em publica e privada, o direito publico continuou a se desintegrar, constituindo as variadissimas espheras da actividade social, fóra e independentemente do Estado.

O direito publico, no sentido romano, corresponde actualmente ao politico.

2ª O publico e o privado não exprimem duas espheras juridicas, definidas e substancialmente distinctas: o individuo, a familia teem vida publica, são elementos componentes do Estado politico nacional, e sujeitos de relações juridico-publicas; pelo seu lado, o Estado tem a sua vida privada, que ostensivamente se revela no direito Administrativo mais do que qualquer outro ramo juridico.

3ª Tal divisão, no conceito actual, se origina no falso pressuposto de ser o direito a obra objectiva do Estado, como Governo, ao qual os individuos devem submeter-se.

O Estado é orgão do direito dentro da sua esphera e abrange toda a sua actividade; fóra delle, porém, existem, com identicos fundamentos, todas as outras espheras de Direito particular das diferentes personalidades autonomas, em maior ou menor gráu, segundo as condições impostas pela historia – a Igreja, a Universidade livre, os Estados do typo norte-americano, os cantões suissos, as diferentes Corporações locaes, a familia e o individuo.

4ª A alludida distincção põe frente à frente dois termos, que não devem ser os unicos nas relações juridicas transitivas, e que tão pouco devem estar collocados em aberta opposição: taes termos são o individuo e o todo social constituído no Estado.

As relações entre o individuo e o Estado não devem ser de opposição, e sim de cooperação, sendo, além disso, impossivel negar a existencia de infinitos centros de vida pessoal collectiva, distincta da vida individual e da do Estado, e que são outros tantos sujeitos de possiveis relações juridicas, nem publicas nem privadas, ou ambas as cousas conjuntamente." (Grifamos)

interesse público, relativamente ao particular, com seu interesse privado²³². Não há, portanto, qualquer sugestão de supremacia nem dos interesses do Estado, nem do chamado interesse público. E segue o autor:

Ha um sujeito, que é a pessoa, a qual no Direito, como sujeito da relação jurídica, é sempre identica: póde ser individual e social, e, nesse ultimo caso, póde ainda ser politica, domestica e religiosa; de primeiro, segundo ou ultteriores grãos.

[...]

6ª O carater de *publico*, applicado em seu significado tradicional ao direito do Estado, em opposição ao direito privado dos particulares, produz uma suggestão muito perniciosa, tanto no direito politico, como no administrativo.

Devido a esta suggestão, os tratadistas e os politicos conceituam o direito publico como especial, como o direito do *todo*, do *Estado*, do soberano, que requer e se reveste de fórmas, forças e meios auctoritarios particularissimos.

A natureza privilegiada que, em muitos paizes, teem, apesar do direito constitucional, a relação juridico-publica, os actos da auctoridade, os actos administrativos de mando, as manifestações potentes do Poder Publico, como Parlamento, como Executivo, ou como Administração publica, provém, sem duvida, do influxo dessa suggestão.²³³ (Grifamos)

Condena, portanto, a identificação do *público* como direito do todo, do Estado ou do soberano, onde se poderia fazer uso da força e de outros meios autoritários, apresentando, a seguir, a própria negação da superioridade do que chama de 'interesse supremo':

O funcionario publico, quando age nesse caracer, se reputa, na maioria dos casos, como o orgão immediato do interesse supremo – *publico quod ad statum rei romani spectat; salus populi*; acto de *imperio*, sendo assim indiscutivel e irresistivel em seus mandatos, olvidando:

1º, que o funcionario não é mais do que um representante do Estado; 2º, e que a relação que o Estado inicia mediante o funcionario como relação jurídica, está absolutamente submettida á lei, e, quando se trata de actos *discrecionarios*, de *auctoridade*, ao *Direito*, como principio universal.²³⁴

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de sciencia da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906, p. 88-89.

²³² Cf. VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de sciencia...*, p. 89.

²³³ *Ibidem*, p. 89-90.

²³⁴ *Ibidem*, p. 90.

Portanto, afirma a sujeição integral ao princípio da legalidade que ali refere tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo.

No Capítulo VIII trata de conceituar o Direito Administrativo, criticando:

Os tratadistas que, na exposição do direito administrativo, prescindem de definir previamente a – *administração* –, [...], se revelam faltos de logica, [...] levados a considerar o direito administrativo como *mera reunião de leis positivas, segundo as quaes deve mover-se a acção administrativa* [...].

[...]

A Administração, [...], corresponde á idéa do poder executivo, emquanto este, por intermedio da acção, prosegue na execução das leis e no serviço dos interesses publicos.²³⁵

Mais adiante, no Capítulo XI dedicado a hierarquia, funcionários e empregados públicos, e, entre outros tópicos, sobre a responsabilidade do Estado pelos atos de seus empregados, afirma a existência desta:

O Estado moderno tem uma função eminentemente ethica, representando a justa tutela de todos os interesses legitimos, que não podem ser prejudicados sem que elle intervenha immediatamente para promover a reparação do direito offendido, pouco importando ao caso que o auctor do acto injusto seja uma pessoa publica ou privada.

A soberania da Lei é uma conquista do direito publico, e o Poder não se deshonra, pelo contrario se nobilita quando é o primeiro a dar o exemplo de obediencia às disposições legaes que garantem e protegem a liberdade e a propriedade individuaes.²³⁶

Atribui ao Estado o dever de respeitar os interesses privados como decorrência necessária de sua sujeição ao princípio da legalidade. E, no trecho seguinte, nega explicitamente haver superioridade de interesses públicos, que hoje, se poderiam classificar como públicos secundários:

Não me parece digna de demorada refutação a theoria que funda a irresponsabilidade do Estado na consideração de não ser justo que todos os contribuintes supportem as consequencias de um abuso de poder commettido por um funcionario; e de que não seria possivel

²³⁵ VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de sciencia...*, p. 287-288.

²³⁶ *Ibidem*, p. 461.

admittir o principio da indemnização sem grave perigo para o orçamento, e, conseqüentemente, para a prosperidade geral. Quando as condemnações pronunciadas contra o Estado, em virtude de actos dos seus empregados, [...], se tornarem tão frequentes que possam comprometer o patrimonio publico, esse facto indicará profunda desorganização no corpo administrativo; e o unico remedio efficaz contra tal desorganização seria justamente forçar o Estado, por uma applicação severa da regra da responsabilidade, a escolher agentes mais esclarecidos e dedicados ao interesse publico.²³⁷

Tratando, no próximo item, sobre as teorias que diz intermédias, critica a que considera a mais conhecida delas, a da dupla personalidade do Estado, pela qual o Estado teria uma personalidade política e outra administrativa, exercendo duas orden de funções: de soberania e de gestão. Não admite como correta a solução de tal teoria no sentido de que, na prática de atos de soberania, os agentes públicos não seriam passíveis de responsabilização.²³⁸ Assim, quanto à teoria pela qual se distinguem entre atos de soberania e atos de gestão afirma-a superada²³⁹. Na mesma linha, em nota de pé de página, contesta a afirmação de Nèzard, segundo quem a dualidade dos atos da administração, enquanto de poder e de gestão, conseqüentes à consideração do Estado como poder público ou pessoa moral, representaria o grau mais alto de desenvolvimento do direito administrativo, não alcançado por nenhum outro país²⁴⁰.

Segundo Viveiros de Castro, não haveria critério suficiente para distinguir uns e outros atos:

Tão pouco serve para discernir com segurança a indole do acto, a suggestão encaminhada a observar qual seja, não o seu fim *ultimo*, que é sempre o interesse publico, e sim o fim *proximo*; advertindo, 'si o acto em questão somente pelo Estado deve ser cumprido, ou si a

²³⁷ VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de sciencia...*, p. 461-462.

²³⁸ *Ibidem*, p. 463.

²³⁹ " Esta distincção entre actos de soberania e actos de gestão representou no passado um progresso sensível e relevantissimo na historia do direito, porque, reagindo contra o aphorismo, por tanto tempo dominante – ex Deo rex, ex rege lex – em virtude do qual a auctoridade publica era sempre considerada absoluta e perennemente irresponsavel, firmou a efficacia da lei, e, em parte, garantiu os direitos individuaes contra a omnipotencia feudal ou monarchica. " (*Ibidem*, p. 464).

²⁴⁰ Cf. *Ibidem*, p. 464.

execução pode ser confiada aos particulares’.

[...]

Por outro lado, tal investigação não poderia ser de utilidade, porque si o Estado pratica um acto que poderia ser executado pelos particulares, isto não quer dizer que elle não tenha procedido como Estado, sendo predominante a consideração do interesse publico.

E, finalmente, distinguir um fim *proximo* de um fim *remoto* é um procedimento pouco logico, porque considerar que em todo o acto do Estado existe um fim *remoto*, isto é, o interesse geral, já importa em admitir a causa capital que se oppõe ao desdobraimento da entidade do Estado em *politica* e *juridica*, e equivale contradizer a doutrina no seu proprio fundamento.²⁴¹

Criticando o Contencioso Administrativo, afirma que a idéia de um poder que reúna as funções de administrar e julgar é fruto de um processo empírico, porque reflete a realidade histórica dos Estados primitivos, “de civilização incompleta, quando a sociedade ainda é simples, a soberania reside em um só ou em poucos, e todas as funções politicas não são discriminadas e distinctas [...]”²⁴²

Referindo ao desenvolvimento histórico dos sistemas de jurisdição, encontra traços comuns em Roma e na França posterior à Revolução de 1789, que, por razões políticas teriam determinado o carácter de suas instituições jurídicas:

É exacto que em Roma a jurisdição tinha um órgão proprio – o pretor; muitos magistrados, porém, que poderiam ser considerados administrativos, como o prefeito da cidade, o *questor*, o *edil*, o *procurator Caesaris* tinham jurisdição nas mesmas materias que administravam.

As funções se discriminavam idealmente; o jurisconsulto distinguia o *imperium* e a *gestio* da *jurisdictio*, mas a distincção nem sempre se realizava em órgãos diversos.

A separação dos poderes tambem não podia existir nos Estados patrimoniaes e feudaes da média idade; nas *communas* a justiça tinha um órgão independente – o *podestade* -, mas não exclusivo.

Com o aparecimento das grandes monarchias e o progresso da civilização, a *jurisdictio* se separou da administração, e teve a sua independencia normalmente garantida; o poder, porém, intervinha no judiciário, creando tribunaes e jurisdições privilegiadas, especiaes ou extraordinarias.

Por sua vez o judiciario frequentemente invadia o campo administrativo, como acontecia na Italia e na França

Por sua vez o judiciario frequentemente invadia o campo

²⁴¹ VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de sciencia...*, p. 465-466.

²⁴² *Ibidem*, p. 479.

administrativo, como acontecia na Italia e na França, cujos Parlamentos, Côrtes e Senados tinham não sómente jurisdição como também attribuições de ordem legislativa, como a de registrar as ordenanças do Rei, formalidade indispensavel á execução das mesmas.

Abolidos os privilegios dos Parlamentos, e as jurisdições especiaes, a constituinte franceza consagrou o principio de serem as auctoridades administrativas e judiciárias completamente independentes umas das outras; mas no espirito dos francezes permaneceu a reminiscencia dos antigos abusos, e uma certa desconfiança do poder, novamente constituido, quanto á magistratura judicante.

Alem dessas considerações de ordem geral, havia a necessidade de reforçar, com facultades etraordinarias, o poder publico a braços com a guerra estrangeira e com as revoltas internas; e havia também motivos de ordem financeira [...].

Dahi a criação do contencioso administrativo, pelas leis de 22 frimaire e 28 pluviouse do anno VIII, em dous grãos - conselho de prefeitura e conselho de Estado.²⁴³

Afirma, de outra parte, que os argumentos expendidos pela doutrina para identificar um critério pelo qual se haveria de estabelecer a competência do contencioso, não têm “valor real”²⁴⁴.

²⁴³ VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de sciencia...*, p. 480-481.

²⁴⁴ Elenca os seguintes motivos para refutá-los: "1º O primeiro argumento baseado na pretensa superioridade do Estado, que não lhe permite ser parte em um pleito judicial, encerra, no dizer de Orlando, um gravissimo e perigoso sophisma. A administração publica não é todo o Estado, e sim apenas uma parte delle, cujas funções são principalmente activas, e susceptiveis de lesar o direito individual. E quando os juizes interveem para reintegrar o direito violado, não se collocam acima do Estado, pelo contrario impõem à propria administração o respeito da lei, que é a expressão da vontade do Estado, sendo, portanto, soberana. Tendo cada ramo do poder publico uma esphera propria de acção, desenvolvendo-se dentro de limites legalmente traçados, nenhum delles pôde ficar em posição humilhante e subalterna. A propria expressão – poder administrativo sujeito à lide – não é certamente exacta, observa Orlando – Principii di Dirito Amministrativo. Um poder publico, noção completamente abstracta, não pôde ser objecto de um processo judicial. O direito hypotheticamente violado presuppõe sempre no caso concreto um funcionario que é o auctor da violação. O dizer-se que todo funcionario representa a administração não passa de uma phrase; quando se trata de factos anti-juridicos, elle não pôde represental-a porque não é admissivel que o poder administrativo, cuja missão principal é conservar o direito, possa violal-o e ao mesmo tempo ficar na propria orbita juridica. 2º Firmar o direito é o fim que se tem em vista em toda decisão sobre um litigio, quer se trate do direito privado, quer do direito publico. As leis concernentes à administração, ensina Ussing – *Le Contentieux Administratif et la juridiction administrative*, trad. Franc de Dareste, são tão obrigatorias e teem o mesmo valor absoluto que as que regem o direito privado; tanto num dominio como no outro, trata-se de applicar o direito existente. Não é verdadeira a affirmação de Bluntschli, de que a interpretação das leis administrativas deve ser feita differentemente segundo as circumstancias; ella deve, pelo contrario, seguir necessariamente os mesmos principios que determinam a interpretação das regras do direito privado. Os casos e condições impostas pela lei ao exercicio da acção administrativa estão completamente determinados, de fórma a excluir toda a apreciação arbitraria. A necessidade de conhecimentos especiaes, technicos, não tem como consequencia necessaria que a jurisdição administrativa seja collocada fóra da organização judicial." (Ibidem, p. 484-486).

Para o autor, a necessidade de conhecimentos específicos poderia, quando muito, determinar a criação de especializações dos magistrados em razão da matéria e conclui que "somente o poder judiciário deve julgar – *una lex una jurisdictio*"²⁴⁵. Assim julga o sistema do contencioso francês equivocado e ensina que, no Brasil, o sistema não tem aplicação²⁴⁶.

Sobre o regime vigente ao tempo de sua obra, afirma que teria consagrado a unidade do poder de julgar, de acordo com o art. 60 da Constituição Federal, atribuindo aos Tribunais Federais a competência para processar e julgar (item b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o Governo. Não haveria, pois, mais nenhum contencioso administrativo, capaz de subtrair quaisquer feitos ao conhecimento do judiciário.

E, pelo disposto no artigo 13 da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, vê-se que a competência da Justiça Federal se estabeleceu pelo critério orgânico, fundamentalmente, sem qualquer referência ao interesse público:

Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

§ 1º As ações desta natureza somente poderão ser propostas pelas pessoas ofendidas em seus direitos ou por seus representantes ou sucessores.

§ 2º A autoridade administrativa, de quem emanou a medida impugnada, será representada no processo pelo ministério público.

Poderão tomar parte no pleito os terceiros que tiverem um interesse jurídico na decisão da causa.

[...]

§ 5º A ação poderá ser desprezada in limine se for manifestamente infundada, se não estiver devidamente instruída, se a parte for ilegítima, ou se houver decorrido um ano da data da intimação ou

²⁴⁵ VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de sciencia...*, p. 486.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 500-502.

publicação da medida que for objeto do pleito.

O conteúdo da expressão interesse público, todavia, parece ganhar maior definição pela doutrina quando esta se dedicava a analisar o instituto da desapropriação, como se vê com Alcides Cruz, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*²⁴⁷.

Em sua introdução o autor define: “3.—A administração publica é o conjunto de serviços que têm por objeto atender as necessidades e os interesses coletivos do Estado.”²⁴⁸ Tal afirmação não apresenta com clareza sua concepção a respeito do que seja o interesse do Estado, uma vez que refere ser do âmbito da Administração Pública o atendimento de necessidades e interesses que reputa *coletivos* do Estado, permitindo concluir tanto que os interesses coletivos possam ser interesses do Estado, quanto que os interesses do Estado sejam os da própria entidade estatal.

A seu turno, as noções de necessidades e interesses coletivos, identificáveis como aqueles a que deve dar atendimento o Estado, são encontradas no Capítulo IV, B, que trata das limitações à propriedade individual:

A expropriação, quer por utilidade pública, quer por necessidade pública, é um ato unilateral pelo qual o Estado obriga o proprietário particular a ceder a sua propriedade em proveito de algum empreendimento público, mediante uma justa indenização.

[...]

Pretendiam as antigas teorias que o direito de expropriação derivava de um poder especial e direto, que o Estado gozaria sobre todas as coisas pertencentes à propriedade privada, consubstanciado na famosa figura do domínio eminente.

Outro, porém, é o fundamento do direito de expropriação reconhecido modernamente. O Estado no desempenho da sua missão de assegurar o manutenção do conjunto dos direitos da coletividade, vê-se obrigado a impor limitações não só à liberdade do indivíduo, como também à sua propriedade, isto é, ao próprio direito privado do súdito. Portanto esse direito do Estado, é um verdadeiro direito público e uma manifestação do direito da soberania geral.

No conceito ora exposto, encerra-se pois a necessidade social de subtrair ao domínio privado a propriedade particular; mas tal

²⁴⁷ CRUZ, *Direito administrativo...*, 1914.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 19.

subtração é temperada por uma indenização, a qual equivale ao reconhecimento expresso do devido respeito àquela propriedade, sem o que a expropriação seria simplesmente um esbulho, uma confiscação.

Dessa teoria decorrem os seguintes princípios:

1º Nenhuma expropriação terá lugar sem uma lei que a determine;

2º Nenhuma expropriação poderá ter lugar sem que haja sido previamente julgada a necessidade, ou a utilidade do interesse público;

3º Nenhuma expropriação terá lugar sem que o expropriado receba uma justa indenização;

4º A vontade contrária do titular do direito a expropriar, não é obstáculo a esse ato.

[...]

121. – O direito de recorrer à expropriação pertence exclusivamente ao poder público, e é peculiar a qualquer das três unidades administrativas, União, Estados-membros e Municípios, que são portanto sujeitos ativos do direito de expropriação. Estes três sujeitos podem, contudo, permitir que qualquer empresa ou indivíduo a quem tenha sido concedida a execução de alguma obra reconhecida de utilidade pública, exerça o direito de expropriação.²⁴⁹

Para o autor, a desapropriação não deriva diretamente de um princípio de superioridade do interesse público sobre o direito do particular, mas da previsão legal, pela qual se confere à Administração um direito de expropriação.

II.2.2 Segunda República

Neste período, o critério do interesse público não parece ser determinante nem da matéria administrativista, nem da competência jurisdicional especializada. Contextos nos quais, aos critérios mais recentes, tal expressão pudesse estar presente, apresentam locuções tais como *utilidade pública*, ou, algumas vezes, seguindo a esteira da doutrina francesa, como *interesse geral*.

Efetivamente, como ensina Ruy Cirne Lima²⁵⁰ encontram-se no Direito

²⁴⁹ CRUZ, *Direito administrativo...*, p. 215-221.

²⁵⁰ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Administrativo materiais tirados de outros ramos do direito, de âmbito mais geral, mas enfocados de tal forma que os faz imprimir aquilo que chama de “um princípio fundamental novo”, que faz do Direito Administrativo um direito especial e ao mesmo tempo disciplina autônoma, qual seja, “o princípio da utilidade pública”²⁵¹, definindo utilidade pública como a finalidade própria da administração pública, e invocando a lição de Pereira do Rêgo, pela qual lhe comete prover a “segurança do Estado, à manutenção da ordem pública e à satisfação de todas as necessidades da sociedade”²⁵².

Utilidade pública seria, pois, a finalidade da administração pública, dentro da qual compreende a segurança do Estado, a ordem pública e a satisfação de todas as necessidades da sociedade:

Não tem, todavia, o princípio de utilidade pública conteúdo jurídico. Certo, a sua realização poderá, algumas vezes, supor ou reclamar a realização concomitantemente de princípios jurídicos. Assim, se diz, no Alvará de 18 de outubro de 1752, que a utilidade pública consiste na pronta execução das sentenças, e, no Alvará de 10 de abril de 1776, que se estabelece na boa observância das leis [...]. Isso não lhe confere, porém, conteúdo jurídico; bem ao contrário, às ciências não-jurídicas que, como a Sociologia e a Política e a Ciência da Administração, prestam subsídio à obra da lei e do governo, cabe a determinação do largo e variável conteúdo desse princípio fundamental do Direito Administrativo.²⁵³

Assevera adiante Cirne Lima:

Produz o princípio de utilidade pública a formação do Direito Administrativo, como qualquer acidente do terreno pode causar a formação de um cômodo nas praias do mar. É suficiente que uma saliência mínima enrugue o chão liso. Sobre ela, batidas pelo vento, logo as areias se acumulam e já o acúmulo das primeiras suplanta a saliência primitiva para fazer-lhe as vezes e deter e acumular as novas areias que o vento tange. [...] Forma-se o Direito Administrativo do acúmulo de regras de direito sobre o princípio de utilidade pública. Logo, porém, é suplantado o princípio básico pelas normas jurídicas que já sobre êle se

²⁵¹ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito...*, p. 15.

²⁵² *Ibidem*, p. 16.

²⁵³ *Ibidem*, p. 16.

amontoam, relativas ao Estado, em cuja atividade encontra a utilidade pública, por excelência, o veículo de sua realização.²⁵⁴

De outra parte, tratando de caracterizar a atividade de administração, afirma que representa a palavra **administração** conceito antagônico ao de propriedade:

Propriedade «lato sensu» pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em tôdas as suas relações. Opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir. [...]

Em direito público, designa, também, a palavra **administração** a atividade do que não é senhor absoluto.

[...]

Como acontece ao administrador privado, não possui, também, o Poder Executivo, acêrca dos negócios públicos, atribuições irrestritas, porém, essencialmente atribuições de administração. Estão os negócios públicos vinculados, por essa forma, - não ao arbítrio do Executivo, - mas, à finalidade impessoal, no caso, pública, que êste deve procurar realizar. Incumbe ao próprio Poder Executivo, as mais das vêzes, a determinação dessa finalidade mesma, tendo em vista, aquêle, a utilidade pública, como o tutor a utilidade particular do menor.

[...]

Traço característico da atividade assim designada é estar **vinculada, - não a uma vontade livremente determinada, - porém, a um fim alheio à pessoa e aos interêsses particulares do agente ou órgão que a exercita.**²⁵⁵ (grifamos)

Fundamenta a administração no **fim** que a deve nortear: “O fim, - e não a vontade, - domina tôdas as formas de administração”.²⁵⁶ E, o fim da atividade administrativa na lei:

[...] Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito.²⁵⁷

Ao versar sobre a Polícia, logo após referir ao capítulo da Constituição

²⁵⁴ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios*, p. 17.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 20- 21.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 22.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 22.

Federal relativo aos Direitos e Garantias Individuais, o mestre salienta:

O que devemos, entretanto, assinalar é que, na idéia de garantia de um direito, vai implícita a possibilidade de limitação desse direito ou do respectivo exercício. São, realmente, os direitos individuais suscetíveis de limitação em seu exercício. [...] A lei garante, nessa medida, os direitos individuais contra o próprio indivíduo; a Constituição garante-os contra o poder público.²⁵⁸

Mais adiante indica o fim a ser alcançado pela polícia:

No presente, entende-se por essa palavra toda restrição ou limitação coercitivamente posta pelo Estado à atividade ou propriedade privada, para o efeito de tornar possível, dentro da ordem, o concorrente exercício de todas as propriedades privadas. [...] Promove, destarte, a polícia o bem individual e o bem social e, ainda, a própria utilidade pública, porque, sob esse aspecto, a proteção ao indivíduo e ao agregado é essencial à existência da sociedade, bem em si mesma.²⁵⁹

E nenhum argumento expendido sugere que o autor entenda que tal atividade coercitiva tenha seu fundamento na superioridade do interesse público sobre os interesses privados. Ao contrário, propõe que a atividade de polícia sirva a conciliar o exercício concorrente dos direitos dos indivíduos.

Finalmente, ensina precisamente que a polícia se sujeita ao direito:

Não sendo a força, não é, também, a polícia o arbítrio. No direito antigo, polícia significa arbítrio. “Basta serem crimes de polícia – adverte Lobão, acerca dos deveres dos comissários do Intendente Geral da Polícia – para deverem condenar arbitrariamente [...] Não o comporta, ao revés, o conceito moderno de polícia: - admite-se às autoridades administrativas, nesse terreno, maior ou menor discreção; recusa-se-lhes, no entanto, todo e qualquer arbítrio. O arbítrio desconhece e desafia o direito; a discreção, ao contrário, se exerce e move, dentro do direito [...]. Ora, na administração do Estado moderno, tudo se move dentro do direito; toda atividade administrativa se encontra a um fim impessoal tutelado pelo direito [...]. Ainda os mesmos atos materiais da administração pública são juridicamente relevantes; a ordem jurídica protege a finalidade a que eles tendem e, por isso mesmo, lhes delega a regulamentação às ciências técnicas competentes, fora e acima do arbítrio dos agentes. Não é raro, com efeito, que a lei ou o regulamento suponham ou imponham a observância de preceitos técnicos, numa verdadeira

²⁵⁸ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios*, p. 105.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 107.

remissão da lei jurídica à leic científica [...].²⁶⁰

Em momento algum de seus *Princípios*, nem mesmo ao tratar sobre a desapropriação, refere a prevalência do interesse público sobre interesses privados ou sobre direitos privados.

Contemporâneo de Ruy Cirne Lima, Themistocles Brandão Cavalcanti edita em 1936 suas *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*²⁶¹, talvez a obra que mais oportunidades oferece à apreciação de um possível contraste entre interesses individuais e interesse público.

Neste autor, como em outros, nota-se a preocupação com a valorização das questões de Estado, identificadas como as questões sociais de maior importância. Também parece haver um esforço para valorizar o Direito Público, como um direito de valor teórico tão consistente quanto o chamado Direito Civil, mas ainda não com a mesma ênfase que se encontrará mais tarde em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que praticamente reescreve uma teoria geral do direito específica para o Direito Administrativo.

Muito embora em certas passagens afirme que o interesse coletivo se sobrepõe ao particular, como forma de resolver eventuais conflitos de tais interesses, Cavalcanti não faz expressa referência à supremacia do interesse público, e identifica, não raro, o interesse público com o interesse do Estado.

Em Cavalcanti, o reforço que pretende ao Direito Administrativo, enquanto ramo do Direito Público, parece prender-se a suas preocupações filosóficas quanto ao modelo de Estado que pretende ver implementado, bem como com sua sintonia com a evolução de tais teorias. O Estado de polícia não satisfaria mais, no entanto,

²⁶⁰ CIRNE LIMA, *Princípios de direito...*, p. 110-111.

²⁶¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

o estudo do desenvolvimento do Estado demonstraria que suas funções se ampliam no sentido da intervenção não só no regime de propriedade, mas também dos meios de produção²⁶².

A seguir analisa os diferentes “movimentos”, citando em primeiro lugar um que se teria originado na escola mercantilista, “que tinha como principio fundamental a supremacia do poder do Estado”²⁶³. Nesta corrente, Cavalcanti situa, entre outros, Bodin. Ressalte-se que, ao tempo de tal “movimento”, os autores, especialmente Bodin, como se viu anteriormente, defendiam a supremacia do poder do Estado, por entendê-la necessária à própria construção do Estado em torno a uma autoridade soberana, idéia que havia sucumbido no período feudal.

Em segundo lugar, Cavalcanti cita a reação liberal contra a intervenção do Estado com o “sistema da liberdade natural” de Adam Smith e seus precursores “os physiocratas F. Quesnay, De Gournay com a sua formula ‘Laissez faire, laissez passer”, Dupont De Nemours, Mercier De La Rivière, o Marquez De Mirabeau, Turgot, Charles Frederic, Richard Cantillon [...]”²⁶⁴

Em terceiro lugar refere a nova reação contra o individualismo, representada especialmente pelas teorias socialistas²⁶⁵.

Finalmente, no período que trata como contemporâneo, afirma que "a doutrina liberal, anti-intervencionista, não tem mais oportunidade, dadas as condições do mundo e a crise consequente á aggravação de toda a economia pelo fracasso das doutrinas liberaes" Compreende assim que "só o Estado pode, em nome do interesse colectivo, lutar contra taes organizações, que especulam graças ao seu

²⁶² CAVALCANTI, *Instituições...*, p. 72.

²⁶³ Ibidem, p. 73.

²⁶⁴ Ibidem, p. 74-75.

²⁶⁵ Ibidem, p. 72.

poder, em beneficio proprio.

Dahi as novas tendencias politicas:

1º - O communismo, pela intervenção completa do Estado; pela absorpção do individuo pelo Estado ou melhor pela integração e confusão do individuo com o Estado.

2º - O fascismo, e outras organizações politicas identicas, de forma syndical ou não, mas onde a economia é dirigida pelo Estado ou pelas corporações.

3º - A forma americana, do New Deal, francamente intervencionista, sendo a economia contrólada pelo Estado.

4º - O socialismo reformista ou outras formulas universalmente applicadas de economia dirigida, dentro do systema constitucional.²⁶⁶

A seguir, ao tratar do direito administrativo, afirma, na esteira de Duguit e Jèze, que "o direito administrativo é o conjunto de principios e normas juridicas que presidem á organização e funccionamento dos serviços publicos"²⁶⁷. Sua definição, portanto, não se prende ao critério do interesse regulado, o qual, criticará mais adiante, senão filia-se ele à escola francesa do serviço público.

Quanto à dicotomia público e privado, afirma que tanto o critério da utilidade que seria o proposto pelo direito romano, quanto o da natureza do interesse predominante seriam equivocados, porque a intervenção do Estado teria quebrado a "tão decantada autonomia do direito privado", estabelecendo-se um regime de predominância do poder público²⁶⁸.

Tratando, no Título II - *Dos actos administrativos* e em seu respectivo Capítulo II, da separação dos poderes, afirma:

O direito administrativo, segundo a doutrina corrente, está intimamente ligado ao Poder Executivo, a quem cabe mais directamente provêr ao funccionamento do serviço publico.

Esta competencia attribuida ao Poder Execuivo decorre do facto de ainda se admittir como dogma politico o principio da separação dos poderes. A confusão e a intromissão de um na esfera do outro, ainda constitue preocupação dos doutrinadores, que procuram construir um regimen de contrôle que mantenha o perfeito funccionamento dos

²⁶⁶ CAVALCANTI, *Instituições...*, p. 76.

²⁶⁷ Ibidem, p. 80.

²⁶⁸ Ibidem, p. 87.

diversos órgãos de Governo.²⁶⁹

No Capítulo III, sobre o Poder Executivo, afirma que “nos regimes constitucionaes, o fortalecimento do executivo é uma tendência irreprimível, quer nos paizes presidencialistas, quer mesmo nos parlamentaristas”²⁷⁰, eis que o Executivo ter-se-ia constituído como o órgão por excelencia da administração, e o Estado seria, antes de tudo, uma grande organização administrativa²⁷¹.

No capítulo IV relativo aos atos administrativos, a propósito dos contratos administrativos, afirma que o Estado equipara-se aos particulares. No entanto, ao assumir tais obrigações ficariam subentendidas certas restrições de ordem pública que não poderiam ser desconhecidas pelo particular, inerentes à própria natureza da pessoa de direito público²⁷².

Ao tratar dos atos discricionários afirma a incompetência do Poder Judiciário para julgá-los no mérito, ante a necessidade de o Estado cumprir com sua finalidade de zelo dos interesses coletivos que se sobreporiam a todos: "e isto impõe-se para que o Estado possa realizar a sua finalidade, que é de zelar, não só pelo interesse individual, mas principalmente pelos interesses collectivos, que se sobrepõem a todos os demais."²⁷³

E assim entende que deva ser porque do poder executivo depende o funcionamento dos serviços públicos, da saúde, da ordem e da segurança coletivas, da vida, da subsistencia, do bem estar social de todos os cidadãos²⁷⁴.

Como reforço à idéia de que o Poder Executivo não deve ter sua atividade

²⁶⁹ CAVALCANTI, *Instituições...*, p. 153.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 157.

²⁷¹ *Ibidem*, p 158-159.

²⁷² *Ibidem*, p 182-183.

²⁷³ *Ibidem*, p 204.

²⁷⁴ *Ibidem*, p 204.

sujeita ao Poder Judiciário, apóia-se em Fritz Fleiner para quem o ato administrativo é ato de autoridade, afirmando, ainda:

Os privilégios que lhe têm sido conferidos não podem ser considerados excessivos, porque correspondem aos graves onus que sobre elle pesam, na defeza e protecção dos interesses collectivos, e as mais das vezes, constituem imperiosa necessidade, para que possa o poder publico realizar os seus fins.²⁷⁵

Admite, portanto, que a natureza e gravidade dos interesses coletivos determinam a concessão de privilégios aos Poderes Públicos, especialmente ao Poder Executivo. Mas não admite que a autoridade necessária aos Poderes Públicos seja tal que lhes retire toda a atividade da apreciação judicial quanto ao aspecto da sua legalidade. Somente estaria fora de tal apreciação a autoridade relativa aos aspectos atinentes ao mérito. Uma única espécie de atos que não se submeteria ao crivo do judiciário é admitida: a dos atos políticos, discricionários ou de governo, e estes não estariam sujeitos sequer à jurisdição administrativa.

A respeito do Poder de Polícia afirma:

Nesta expressão, compreendida em sentido amplo, entende-se o exercicio do poder sobre as pessoas e as cousas, para attender ao interesse publico.

[...]

Todas as restrições impostas pelo poder público aos indivíduos em benefício do interesse colectivo, saúde, ordem pública, segurança, e ainda mais, os interesses economicos e sociais.²⁷⁶

Coloca, portanto, o fundamento do Poder de Polícia em termos diversos dos que foram esposados por Ruy Cirne Lima. E, invocando Bielsa, afirma que o poder de polícia do Estado visa à proteção integral da vida e ao bem estar geral, constituindo-se em um conjuncto de limitações impostas ao indivíduo e à propriedade para assegurar os fins gerais da sociedade, como a segurança, a

²⁷⁵ CAVALCANTI, *Instituições...*, p. 204-205.

²⁷⁶ *Ibidem*, p 215.

saúde, o conforto e a prosperidade."²⁷⁷

Após tratar dos serviços públicos e dos contratos administrativos, no Capítulo IV, quanto à revisão destes, refere Jèze e o entendimento de que a administração tem o direito de impor as suas soluções, "porque o princípio é de ordem pública, e a administração não tem a faculdade de renunciar à essa faculdade inerente à sua própria condição tutelar do interesse publico."²⁷⁸. Portanto, afirma a indisponibilidade deste.

E, mais adiante, tratando do possível contraste entre interesses privados e públicos, opta pela solução legal do conflito, ao afirmar que a limitação dos lucros "é imposta pelo interesse publico e por isso torna-se legitima. A conciliação dos interesses das empresas com os do publico é assumpto melindroso e só pode ser atingido dentro de um criterio geral a ser fixado pela lei federal"²⁷⁹.

No Capítulo X do Título IV, sobre a Desapropriação, disserta sobre o direito de propriedade e seus limites, citando a obra de Pisanelli, de 1864, que fundaria o instituto na prevalência do interesse público sobre o privado²⁸⁰. No entanto, ensina que "sòmente por utilidade ou necessidade publica é licito ao Estado desapropriar a propriedade individual"²⁸¹, dando tratamento ao tema com a análise das legislações brasileiras a respeito, inclusive com as hipóteses de utilidade pública e necessidade pública e concluindo:

A apreciação da necessidade publica constitue hoje faculdade discricionária da administração, e nada pode contrariar a imposição da necessidade publica, cujo conceito varia de accordo com as peculiaridades de cada caso, e a intervenção do Estado na ordem privada representa uma tendencia contra a qual não se podez[m]

²⁷⁷ CAVALCANTI, *Instituições...*, p 215.

²⁷⁸ JÈZE, Gaston. *Les contrats administratif*, II, p. 244. apud *Ibidem*, p 283-284.

²⁷⁹ *Ibidem*, p 289.

²⁸⁰ *Ibidem*, p 447-448.

²⁸¹ *Ibidem*, p 450.

insurgir doutrinas e interesses individuais.²⁸²

Portanto, não admite a prevalência do interesse público como um princípio a reger as hipóteses de desapropriação, mas como um princípio que se extrai do tratamento que a lei dá à matéria.

No capítulo sobre *A Administração julgando os seus próprios actos* afirma a superioridade do "novo regimen"²⁸³, pelo qual cabe sempre recurso à autoridade judiciária contra qualquer ato administrativo lesivo a direitos individuais²⁸⁴.

A seguir discorre sobre o que chama de tribunal administrativo do art. 79 da Constituição, que entende como pertencente ao Poder Judiciário, como uma justiça especializada, cuja criação reputa "imprescindível, não só ao bom funcionamento dos serviços publicos, como ainda ao desenvolvimento e à autonomia do nosso direito administrativo."²⁸⁵ Sua competência abrangeria todas as causas em que a União fosse interessada. Portanto, a justiça assim especializada o seria em razão da natureza pública de uma das partes e não em razão da natureza da matéria ou do interesse envolvido.

Ao tratar do sistema judicial, em que enquadra o Brasil, refere a opinião de Ruy Barbosa em seus Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. IV, p. 429, de que o contencioso administrativo foi positivamente abolido pelos artigos 59 e 60

²⁸² CAVALCANTI, *Instituições...*, p 452-453. Afirma o autor: "Como quer que seja, a verdade dominante é que, absoluto ou relativo o seu conceito, ella, ou melhor, o seu uso, se acha limitado por um princípio que zomba de todas as discussões doutrinarias, qual seja o de que o Estado della se pode utilizar e se apoderar em beneficio do interesse publico.

Relatando a lei de desapropriação, dizia Pisanelli, em 1864:

A faculdade de occupar a propriedade privada para execução de obras destinadas a vantagens publicas, decorre de um principio tão antigo quanto a propria sociedade: que o interesse publico deve prevalecer sobre o privado. A communhão social não seria possivel sem a obrigação do individuo de sacrificar o seu interesse privado em beneficio do bem commum. Como os deveres entre os homens são correlativos e a communhão social é uma condição de aperfeiçoamento do individuo, assim, o direito individual termina onde começa o da sociedade'. [...]. "Ibidem, p 447-448.

²⁸³ Ibidem, p 475..

²⁸⁴ Ibidem, p 476.

²⁸⁵ Ibidem, p 477.

da nova Carta Política. E arrola os remédios judiciais específicos que podem ser opostos contra os atos da administração pública, como o *habeas corpus*, a ação sumária especial, tendente à rápida reparação de danos sofridos pelos indivíduos, o mandado de segurança, além dos "executivos fiscais", que se destinariam à rápida cobrança das dívidas de natureza fiscal.

Das ações judiciais acima referidas, a maior parte delas visava a garantia do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, mas ao menos uma, ao contrário, privilegiaria a Administração na cobrança de dívidas fiscais. E, além destas, sem qualquer menção a um fundamento identificado expressamente com o interesse público, elenca outros institutos que seriam mais favoráveis à Administração, como os chamados privilégios creditórios e a prescrição²⁸⁶.

Em 1943 Tito Prates da Fonseca publica *Lições de Direito Administrativo*²⁸⁷. O autor não mais centra o Direito Administrativo nos serviços públicos, como o fizera Themístocles Brandão Cavalcanti, mas nas relações jurídicas entre órgãos de governo ou administrativos e os indivíduos.

Apesar de admitir a precedência do interesse público afirma ser este um princípio mal trabalhado e procura resolvê-lo com a compreensão das diversas

²⁸⁶ CAVALCANTI, *Instituições...*, p 498. Em seqüência, observa o autor: "E, embora o referido Regimento determinasse a prescrição apenas das "tenças, assentamentos e mantimentos, que se dão ordenadamente cada anno na nossa Fazenda por nossos officiaes", como observara LUCIANO PEREIRA, consultor jurídico do Ministério da Agricultura, na prática se deu efeito mais amplo a Lei de 1841.

A seguir, o decreto 857, de 12 de novembro de 1851 poderia ser considerado como origem da prescrição geral de cinco anos em favor da Fazenda Pública. A Lei 1939, de 28 de agosto de 1908, veio determinar, em seu art. 9º:

"A prescrição quinquenal, de que gosa a Fazenda Federal, se applica a todo e qualquer direito ou acção que alguém tenha contra a dita Fazenda, e o prazo de prescrição corre do acto ou facto, do qual se originar o mesmo direito ou acção, salvo a interrupção pelos meios legaes". (Ibidem, p. 498-499) O Código Civil teria adotado solução quase idêntica. A seguir a Lei n. 5761, de 25 de junho de 1930 alterou a legislação vigente anteriormente e o Decreto de 6 de janeiro de 1932 fixou as normas vigentes ao tempo da obra de Cavalcanti.

²⁸⁷ FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Riode Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

categorias de direitos e interesses, segundo a teoria do direito condicionado. Portanto, mesmo quando a pessoa pública recebesse um tratamento privilegiado, este lhe seria necessariamente conferido pela lei.

No primeiro capítulo – *Conceito Orgânico do Direito Administrativo* -, Tito Prates da Fonseca enfrenta noções tais como Estado, Organismo social, Nação, Povo, Pátria, Soberania, até a questão da separação dos poderes afirmando que a questão fundamental da teoria da separação dos Poderes de Montesquieu estaria na preservação da liberdade política dos indivíduos²⁸⁸. E, para evitar o desequilíbrio entre o poder e o indivíduo conclui, ser necessário que as coisas se disponham de modo que o poder detenha o poder²⁸⁹, evidenciando que não pretende afirmar qualquer necessidade de reforço à posição de supremacia do Poder Público.

De outra parte define o Direito Administrativo como a disciplina jurídica reguladora da atividade do Estado, salvo quanto aos atos legislativos e judiciários e desaconselha sua definição pelo critério dos serviços públicos, por entender que a expressão não seria bem delimitada²⁹⁰. Para o autor, a primeira nota do conceito do serviço público seria seu objetivo, o fim da atividade. E tal finalidade seria caracterizada por sua destinação ao público, para o bem geral e proveito da utilidade comum. Em segundo lugar, o serviço seria caracterizado por "quem" o presta; administração ou Estado, direta ou indiretamente²⁹¹.

A seu turno, o conceito de utilidade pública não seria o conceito fundamental do direito administrativo, como o fôra para Ruy Cirne Lima, mas uma expressão consagrada a identificar uma determinada classe de serviços destinados ao público,

²⁸⁸ FONSECA, *Lições de direito...*, p. 22.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 23.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 29-30.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 32-33.

pelo que a julga, no momento, inadequada.

Em seu terceiro capítulo – *A Lei e outras Normas* -, afirma que Quando a lei afeta mais de perto o interesse geral, diz-se de direito público. Se o interesse diretamente atingido ou considerado é particular, nas relações entre os indivíduos ou grupos de indivíduos, o direito é privado²⁹².

No Capítulo XIV em que versa sobre revogação e nulidade dos atos administrativos, apresenta a distinção entre direito subjetivo e interesse e a questão da prevalência do interesse público sobre o interesse privado:

194 – Não é possível continuar na exposição do direito administrativo sem atender à distinção comum na doutrina italiana, e estudada também na alemã, entre *direito subjetivo e interesse*. [...]

Se dermos[...] à palavra *interesse* largo sentido, libertando-a do conceito econômico e nos adivermos ao que é útil ao nosso estudo, a distinção se apresenta relativamente simples e rica de consequências.

Por deixar de parte essa distinção, é que algumas exposições do direito administrativo se apresentam um tanto inseguras e, mesmo, confusas. Se a ela nos apegarmos demasiadamente, correremos o risco de desnacionalizar o nosso direito ou gerar confusões danosas, neste momento de construção.

A precedência do interesse público sobre o privado é princípio verdadeiro; mal trabalhado, no entanto, pode conduzir à lesão de direitos individuais ou à contorsão de direitos da Administração pública.

O direito subjetivo individual perde, às vezes, a proteção jurídica peculiar, quando posto em contraste com o interesse público. A norma de direito privado visa ordinariamente a proteção jurídica de um indivíduo ou pessoa em relação a outro, constituindo, de uma parte, um direito subjetivo, e, de outra, certa obrigação, cuja execução pode ser exigida por meio de coação. A relação de direito assegura ao sujeito ativo a prestação que o interessa.

Em direito público, a proteção dos interesses apresenta diversos graus e figuras, das quais o direito subjetivo é a mais perfeita. Ao direito subjetivo outorga-se tutela jurídica completa; aos interesses de inferior graduação, assiste proteção diferente, menos perfeita e eficaz.

Esse enfraquecimento da tutela jurídica dos interesses individuais em face do interesse público intercedente é ponto basilar do direito administrativo moderno. Em direito público, que sempre se refere ao interesse geral ou social, as faculdades individuais defrontam-se com

²⁹² FONSECA, *Lições de direito...*, p. 50-51.

o interesse no qual se devem incluir, sem, entretanto, anular-se.²⁹³
(Grifamos)

Parece admitir, portanto, uma superioridade do interesse público sobre o privado, quando ambos se possam conflitar. Porém, não parece admitir que pela só presença do interesse público, e por uma absoluta superioridade deste, sejam limitados, desrespeitados, ou suprimidos direitos. No tópico seguinte – *Direitos condicionados* – afirma, ao contrário, que a regra geral não é a da superioridade e a prevalência do interesse público, mas da convergência e compatibilidade dos direitos individuais subjetivos com o interesse público, referindo as disposições constitucionais relativas aos direitos e garantias individuais e à qualidade de direito condicionado do de propriedade somente frente ao Estado, em razão da possibilidade de desapropriação²⁹⁴.

A seguir distingue entre estes interesses ocasionalmente protegidos e os chamados interesses simples, afirmando que estes são os de todos os cidadãos na boa execução das normas de interesse público. E que, quando a proteção legal ao interesse individual é incondicionada, tem-se direitos subjetivos dos cidadãos²⁹⁵.

Aponta, ainda, a existência de outra categoria de interesses, os interesses legítimos, que seriam aqueles interesses individuais a serem satisfeitos pela Administração, discricionariamente, condicionados ao interesse público e ao juízo da autoridade. Frente aos demais cidadãos seriam direitos, frente à Administração interesses legítimos, exemplificando-os com as autorizações para inslação de

²⁹³ FONSECA, *Lições de direito...*, p. 327-329.

²⁹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 329-330. À época o país era regido pela Constituição de 1937, cujo artigo 123 rezava: "A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades de defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição".

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 332-333.

quiosquis²⁹⁶.

Apresentadas tais categorias de interesses, Tito Prates da Fonseca passa a discorrer sobre as possibilidades de interferência do interesse público e do interesse particular nas relações de direito administrativo, deixando implicitamente à lei a solução das mesmas²⁹⁷. E, ao tratar da revogação dos atos administrativos, mais uma vez assinala a necessidade de respeito às situações de interesse, em suas várias espécies, e às de direito:

Por força do interesse público residente no ato administrativo, reconhece-se, no direito moderno, à Administração pública o poder de revogar em dadas condições e em certas circunstâncias o ato praticado.

A faculdade de revogar um ato administrativo *válido e eficaz* não pode ser ilimitada, sem que desapareça a segurança do direito adquirido; nem pode ser ampla, a bem da estabilidade das relações de direito.

A regra geral, neste assunto, é que não pode ser revogado unilateralmente o ato administrativo, do qual emanem direitos subjetivos em favor de outros sujeitos.

Se o ato impôs a outra pessoa de direito, que não a Administração do qual emanou, tão somente obrigações, ou lhe suprimiu faculdades, preceituou certa proibição, não ha dúvida de que possa ser revogado. A Administração, revogando tais atos, desobriga a parte, restitue-lhe uma faculdade. Não será revogável o ato administrativo, embora importe somente em obrigação para outrem, quando, com essa revogação, se atinjam direitos de que o Estado não pode abrir mão, aos quais não possa renunciar, como seja o direito ao imposto.

Se, pois, do ato administrativo dimana direito subjetivo perfeito para

²⁹⁶ FONSECA, *Lições de direito...*, p. 333.

²⁹⁷ "A distinção entre interesse e direito é fundamental em direito administrativo moderno. Podemos delinear a sua classificação no direito brasileiro, de modo a esclarecer-lhe os preceitos, resumindo-a assim:

Quando, nas relações de direito administrativo, interferirem o interesse público e o particular, podem aparecer uma destas situações:

a) o indivíduo é titular de um direito subjetivo perfeito; b) tem o indivíduo um direito subjetivo condicionado – como seja o de propriedade sujeito à desapropriação. Nestes dois casos, só a lei pode alterar, modificar ou extinguir tais direitos, respeitando o direito adquirido, ou compensando o interesse privado, em seus precalços em face do interesse público. c) o indivíduo pode ter, apenas, interesse na realização do serviço público, como componente da comunidade administrativa – interesse simples. d) o seu interesse pode ser protegido, em virtude da situação especial em que se encontra, em relação ao serviço regulado pela norma, cujo objetivo é o interesse público - interesse ocasionalmente protegido. e) o indivíduo tem direitos, em relação aos demais sujeitos administrativos; não contudo, em face da Administração pública, a cujo critério fica alterar ou modificar a sua situação, quando interferiram o interesse público e o do indivíduo - interesses legítimos." (Ibidem, p. 334-335).

terceiros, não se revoga, a não ser que esse direito seja condicionado e a condição que o assegura, o requisito venham a falhar. [...].

Quando, ao invés, o ato administrativo crêa um interesse, apenas, para o indivíduo, poderá ser revogado pela Administração, em vista do interesse público.²⁹⁸

Em 1949, Meirelles Teixeira publica seus *Estudos de Direito Administrativo*²⁹⁹, e, em parecer sobre limitações ao direito de propriedade pelo poder municipal, não refere expressamente a prevalência de um interesse público sobre um interesse particular, mas a deixa subentendida: “relativamente ao direito de construir, manifesta-se o interesse público através de limitações, restrições e exigências em benefício da coletividade, geralmente relativas à segurança, higiene e estética das edificações.”³⁰⁰

Entretanto, mais adiante, afirma não somente que o limite da propriedade somente pode ser estabelecido pela lei, mas também que essa lei não pode restringir ou limitar essa propriedade de modo desproporcional ou arbitrário. Logo, nem mesmo a lei poderia ser instrumento de limitação ou restrição excessiva ou abusiva:

Resta-nos examinar o difícil problema dos **limites** às restrições ao direito de propriedade, isto é, da exata determinação da linha fronteira entre a sua regulamentação, no interesse público, e as faculdades do respectivo titular, inderrogáveis por lei ordinária.

Procurar nas próprias leis tal limite, observe-se desde logo, seria trabalho vão. O interesse público, a paz social, o bem estar e a segurança da coletividade justificam plenamente tais restrições, desde que a lei, ou o regulamento, não contravenham disposição legal superior.

É que a propriedade, segundo observação de Otto Mayer, em nosso sistema estatal e jurídico não é reconhecida, em princípio, senão sob a condição de ceder, numa certa medida, aos interesses da atividade irresistível da Administração.³⁰¹

²⁹⁸ FONSECA, *Lições de direito...*, p. 335-337.

²⁹⁹ TEIXEIRA, M. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura do Município Procuradoria Administrativa, 1949, v. 1.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 266.

³⁰¹ FONSECA, *op. cit.*, p. 270-271.

A seguir, invocando Santi Romano, em seus *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, afirma que não há um limite exato para tais restrições, "donde poderem elas ir até ao ponto em que o permita a própria existência do direito de propriedade [...]"³⁰²

Portanto, se de um lado admite que a prevalência do interesse público será observada na regulação do direito individual de propriedade, por outro lado essa prevalência somente pode-se dar de acordo com a lei.

Versando sobre outro tema típico do Direito Administrativo que abriria oportunidade ao tratamento da questão do interesse público, em 1952, Caio Tácito publicou o artigo *O Poder de Polícia e seus limites*³⁰³. Neste autor encontraremos a afirmação da supremacia dos interesses da coletividade, sem valer-se da expressão *supremacia do interesse público*, nem referi-lo como princípio.

Para o autor, após a revolução liberal o Estado passara a representar um papel de equilíbrio, para superar a desigualdade entre os indivíduos, decorrente do abuso do poder econômico, pelo que a ação repressiva estatal evoluía no sentido do crescente intervencionismo, aproximando-se do pensamento de Themístocles, no aspecto. A autoridade deveria agir, em função do interesse público, para restringir e condicionar o exercício de direitos e liberdades pelos indivíduos. Neste sentido, o poder de polícia, que entende o principal instrumento do Estado na disciplina e continência dos interesses individuais, teria evoluído ascencionalmente, de simples meio de manutenção da ordem pública para o controle e ação coercitiva sobre uma larga porção da iniciativa privada³⁰⁴.

³⁰² ROMANO, Santi. *Principii di diritto amministrativo italiano*. 1906, p. 501-502. apud *Ibidem*, v. 1, p. 271.

³⁰³ TÁCITO, Caio. *O poder de polícia e seus limites*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro n. 27, p. 1-11, jan./mar. 1952.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 2.

Contudo, entende curioso o fato de que "a doutrina francesa se mantém, via de regra, dentro do limitado conteúdo de defesa da ordem pública, da segurança e da salubridade"³⁰⁵. E acredita que isto encontraria explicação pelo fato de haver texto expresso de lei na França, o art. 97 da Lei de 5 de abril de 1884 (Code Administratif Dalloz, p. 135), definindo a competência da autoridade municipal em matéria de polícia para "assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques"³⁰⁶. Tendo a doutrina se mantido conservadora mesmo com a ampliação feita pela própria lei de tais poderes, criando as chamadas polícias especiais³⁰⁷ e com "a teoria dos poderes de guerra elaborada pelo Conselho de Estado, a propósito do conflito de 1914-1918 e revivida, recentemente, em torno à última conflagração mundial, admite agravações excepcionais do poder de polícia, mesmo sem prévia autorização legal"³⁰⁸.

Já no Direito Americano o *police power* seria reconhecido em favor do Poder Legislativo, sendo matéria fundamentalmente constitucional. Ao historiar o surgimento da expressão naquele direito, refere que o poder de polícia passou a corresponder à competência legislativa estadual "para regular os direitos privados em benefício dos interesses coletivos"³⁰⁹, visando não só segurança, moralidade e salubridade públicas, "mas todas as iniciativas visando à conveniência pública ou à prosperidade geral, às grandes necessidades públicas"³¹⁰. E invoca a opinião de John Mabry Mathews, em *The American Constitutional System* (1940), para quem o poder de polícia seria a expressão máxima do abandono da filosofia individualista e

³⁰⁵ TÁCITO, *O poder...*, p. 4..

³⁰⁶ Ibidem, p. 4.

³⁰⁷ A propósito remete à WALINE, *Traité élémentaire...*, p. 256.

³⁰⁸ TÁCITO, op. cit. p. 4.

³⁰⁹ Ibidem, p. 5.

³¹⁰ Ibidem p. 5. O autor referido em nota de pé de página (17 e 18) é Willoughby: *Principles of the Constitutional Law of the United States*. 2a ed. 1935, p. 763 e 766.

da aproximação do coletivismo.

Nos EEUU, todavia, no entendimento de Caio Tácito, teria havido grande retrocesso do poder de polícia, por ação dos "grandes interesses econômicos de âmbito interestadual e nacional"³¹¹, que teriam se servido da *interstate commerce clause*, da *contract clause* e do *due process of law* para combater a aplicação do poder de polícia. Da mesma forma, a teoria dos direitos adquiridos (*vested rights*) também serviria a este propósito.

Para Caio Tácito, o *due process of law* ter-se-ia tornado expressão antinômica a *state police power* e resguardaria, essencialmente, interesses econômicos privados. No entanto, com a salvaguarda do princípio da legalidade, propõe a seguinte definição e o seguinte conteúdo para o poder de polícia:

O poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno. [nota 29 sugere ver a respeito Seabra Fagundes, Direito públicos subjetivos do indivíduo e sua proteção jurisdicional. Revista Forense, vol 96, p. 35] Todos se submetem, com maior ou menor intensidade à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais.³¹²

Tal poder discricionário, segundo Caio Tácito, não se confunde com "arbítrio irresponsável"³¹³, porque a autodeterminação só se exerce no tocante a determinados elementos do ato administrativo, num "sistema de liberdade vigiada"³¹⁴, eis que, como teria estabelecido Seabra Fagundes em voto na apelação cível 1422, publicado na Revista de Direito Administrativo, vol 14, p. 58, "no que

³¹¹ TÁCITO, *O poder...*, p. 6.

³¹² *Ibidem*, p. 8.

³¹³ *Ibidem*, p. 8.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 8-9.

concerne à competência, à finalidade e à forma o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro".

Portanto, em que pese ser da "própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade", por dependerem estes últimos para sua defesa da prática de atos administrativos, estarão submetidos à legalidade, devendo respeito ao fim expresso ou implícito na regra de competência, pressupondo autorização legal expressa ou implícita para o seu exercício e limitação igualmente quanto aos meios ou objeto, porque, como bem ponderaria Roger Bonnard "la fin ne justifie pas tout moyen".³¹⁵

Salienta, ainda, Caio Tácito que "importando, via de regra, o poder de polícia em restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, de modo a não configurar um abuso de poder [...]"³¹⁶ E, assim, recomenda:

Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesses públicos é, assim, um pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo.³¹⁷

O texto, portanto, apesar de utilizar a noção de supremacia dos interesses coletivos em apoio à legitimidade dos atos de polícia administrativa revela uma preocupação maior em defender-lhe a legalidade. E, parece ter sido expressamente apoiado neste autor o entendimento que se verá, mais adiante, adotado por Celso

³¹⁵ BONNARD, Roger. apud TÁCITO, O poder..., p. 9.

³¹⁶ Ibidem, p. 10. [Na nota 34 aqui colocada refere: Roger Bonnard, op cit, p. 321; Alibert. *Le controle juridictionnel de l'Administration*, p. 247; Waline, op cit, p. 267; Marcelo Caetano. *Manual de Direito Administrativo*, p. 390; Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol III, p. 23]

³¹⁷ TÁCITO, op. cit., p.10.

Antonio Bandeira de Mello, como se verá adiante.

Em 1956 Mendes de Almeida³¹⁸, com suas *Noções de Direito Administrativo*, é outro autor que afirma a prevalência do interesse coletivo à semelhança do que fizera Tito Prates da Fonseca. Ao tratar das relações de direito administrativo, o autor introduz o tema, tratando de uma questão relativamente alheia ao contexto histórico do nosso direito administrativo³¹⁹, qual seja a distinção entre *interesse* e *direito*: "interêsse é o que nosso desejo tem em mira realizar; direito, que também envolve a idéia de interêsse, difere dêste apenas em que, se não realizado, seu titular pode compelir à realização quem quer que esteja no dever de fazê-lo."³²⁰

A ação, a seu turno, apareceria como a "faculdade de defender o direito e como efetivo exercício dessa faculdade conferida em lei."³²¹

Implicitamente admitindo a possibilidade de colisão de interesse público e privado, estabelece uma gradação de caráter jurídico nos interesses, relativa a sua maior ou menor proteção, especialmente em face do interesse coletivo, à semelhança da solução doutrinária sugerida por Tito Prates da Fonseca.

E, no trecho a seguir, refere expressamente a solução da colisão do interesse privado com o interesse coletivo:

Se, como se disse acima, os interêsses no campo do direito têm proteção gradativa, indo desde a nenhuma proteção à categoria de direitos subjetivos, é preciso ver que há *interêsses* que, originariamente, havidos como direitos através de contornos próprios que a lei reconhece como bastantes para tal forma de proteção subjetiva, perdem, na sucessão, tal segurança, porque não se subordinam a interêsses mais consideráveis que êles. **O essencial na idéia de proteção jurídica não é apenas a providência do legislador de dar ação ao interêsse ou não a dar. O essencial é que, além de êle ser protegido por ação, quando em face do**

³¹⁸ MENDES DE ALMEIDA, Fernando H. *Noções de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1956.

³¹⁹ Tendo suas origens no direito público francês, coerentemente deveria adotar tão somente a figura do interesse legitimamente protegido, reservando a categoria dos direitos subjetivos tão somente ao direito privado, influenciado que foi este pelo Direito Alemão, onde foi concebido o conceito.

³²⁰ *Ibidem*, p. 80.

³²¹ *Ibidem*, p. 81.

interêsse coletivo, a êste se subordine e com êste não colida, pois, caso contrário, se lhe debilita a proteção, prevalecendo o interêsse coletivo. Daí vem a lição de que a lei não protege apenas interêsses assegurados por ações, mas também aqueles que se sobrepõem a estes, como a universalidade que é o todo e cada uma das partes individualmente. A doutrina tem falado, então, em interêsse legítimo, em oposição a interêsse simples, ou, preferido utilizar as expressões 'direitos condicionados' ou 'direitos debilitados' (*affievoliti*), o que não interessa pròpriamente à essência da teoria em aprêço.³²²

Logo depois de contrastar interesse simples e interesse legítimo, conceito que sugere ser coincidente com o de direito condicionado ou direito debilitado, continua Mendes de Almeida a identificá-los, apresentando ainda os interesses ocasionalmente protegidos, dos quais também se ocupará, posteriormente, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

[...] são regulados e reconhecidos no campo do direito administrativo:
 1º) interêsses individuais exclusivos dos administrados e tutelados através do reconhecimento da vontade dêles. São os direitos subjetivos. Êstes, entretanto, surgem em duas modalidades, em harmonia com uma ou outra destas alternativas: estar o seu reconhecimento incondicionado, ou condicionado ao interêsse coletivo. No primeiro grupo, figuram os direitos no sentido restrito; no último, os direitos condicionados ou debilitados, ou, simplesmente, os interêsses legítimos;
 2º) interêsses individuais que, em razão de sua conexão com os interêsses coletivos, são tutelados através dêstes, chamados, na doutrina, 'interêsses ocasionalmente protegidos' podendo manifestar-se como interêsses simples, ou como interêsses legítimos, segundo sua proteção prescindida de embasamento jurídico, por ser conseqüência do uso adequado do poder discricionário, ou segundo seja proteção embasada em norma jurídica.³²³

Em nota de rodapé (105) atribui a Zanobini ('Corso di diritto Amministrativo', I, págs. 226-229) o entendimento e expõe outros esclarecimentos:

A mudança do *discricionário* (i. é, do poder fazer dentro da lei, ou deixar de fazer, ainda dentro dela) em *vinculado* (i. é, o só poder fazer o que a lei impõe) transforma interêsses.³²⁴

E a adoção de tais classificações dos interesses parecem representar uma

³²² MENDES DE ALMEIDA, *Noções de direito...*, p. 81.

³²³ *Ibidem*, p. 82.

³²⁴ *Ibidem*, p. 82.

alternativa à solução das colisões entre eles e o interesse público, em respeito à legalidade.

A respeito da polícia, tema sobre o qual alguns autores fazem conexão com o do interesse público e, através do qual se possa aquilatar da convicção ou não de prevalência deste sobre o particular, Mendes de Almeida também a sujeita ao princípio da legalidade:

Quanto à legitimação dêsse tolhimento, funda-se ela na lei, e deve esta referi-lo, sempre que qualquer atividade individual fôr ou puder vir a ser nociva:

a) ao bem-comum;

b) à subsistência do Estado.

Na idéia do respeito ao bem-comum, está implícita a preservação do bem coletivo e o uso da liberdade de modo a não turbar a alheia; na de subsistência do Estado, está a razão de ser da própria atividade de polícia.³²⁵ (Grifamos)

Aqui, portanto, o autor revela sua preocupação com o fundamento legal da polícia, deixando de apresentá-la como uma forma de manifestação do Estado fundada no interesse público, independentemente de qualquer previsão legal.

II.2.3 O interesse público na doutrina posterior à 1964

Mario Masagão é autor cuja obra pode ser compreendida na segunda República, como também no período posterior a 1964, apesar de ter trabalhos de datas ainda anteriores a 1930.

Na sexta edição de seu *Curso de direito administrativo*³²⁶, na qual não apresenta nenhuma alteração de cunho teórico, não refere a qualquer princípio de

³²⁵ MENDES DE ALMEIDA, *Noções de direito...*, p. 214.

³²⁶ MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

supremacia do interesse público.

Ao tratar dos meios e limites da atividade policial preventiva, faz prevalecer o princípio da legalidade, em sentido amplo:

A atividade da polícia administrativa é multiforme, e inúmeros são os meios de que lança mão. Não se lhe pode traçar antecipadamente o quadro, pois, para prevenir eficazmente a prática de crimes, tem de recorrer a meios por vezes imprevisíveis, que se oponham com extrema mobilidade e sensibilidade aos expedientes cogitados por meliantes.

Todavia, sendo tal atividade simplesmente discricionária, podem ser indicados os seus limites negativos, que consistem nos direitos que ela deve respeitar. Assim, pode a polícia preventiva fazer tudo quanto se torne útil à sua missão, desde que com isso não viole direito de quem quer que seja. Os direitos que principalmente confinam a atividade da polícia administrativa são aqueles que, por sua excepcional importância, são declarados na própria constituição.³²⁷

Versando sobre a atividade de polícia, esclarece seu entendimento acerca do necessário respeito aos direitos:

No estudo casuístico da ação policial, costumam os autores, por isso, situá-la em face de cada uma das liberdades públicas e dos direitos fundamentais, postos como lindes da atividade preventiva: a liberdade de locomoção, a de manifestação do pensamento, a de culto, a de reunião, a de associação, a do exercício de profissões etc. Observe-se, entretanto, que no Direito Administrativo os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos não são discutidos, mas, ao contrário, recebidos tais como se acham consagrados no Direito Constitucional positivo, ao qual compete a respectiva regência. São eles considerados, no Direito Administrativo, somente como barreiras, que não devem ser franqueadas pela atividade policial preventiva.³²⁸

Já em sua monografia, *O contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*³²⁹, Seabra Fagundes, ao versar sobre a função administrativa, assevera:

5 [...] Atendendo à natureza e à repercussão de tais atos na ordem jurídica, pode-se [p. 19] definir essa função como aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação, e pratica atos materiais [em nota de rodapé 2: “Para esse conceito da função administrativa nos orientou, sobretudo, a

³²⁷ MASAGÃO, *Curso de direito...*, p. 167.

³²⁸ *Ibidem*, p. 167-168.

³²⁹ FAGUNDES, Seabra. *O contrôle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

definição de gabino Fraga, exposta no seu Derecho Administrativo. Entende o publicista mexicano que administração 'es una actividad del Estado que se realiza bajo un orden jurídico y que consiste en la ejecución de actos materiales, o de actos que determinam situaciones jurídicas para casos individuales'[...].³³⁰

Ao referir a possibilidade de descumprimento da regra jurídica por qualquer um, pessoa pública ou indivíduo, opina no sentido de que tais violações se resolvem pelo exercício da função jurisdicional.

Quanto aos atos funcionais, afirma que sua caracterização, sob o ponto de vista formal, interessa ao uso dos remédios jurisdicionais, visando ao amparo do indivíduo em face da Administração Pública³³¹.

Tratando das nulidades dos atos administrativos, refere:

A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos.³³²
(Grifamos)

A expressa referência nesta passagem ao interesse público não sugere que o mesmo tenha preferência sobre os interesses individuais, privados. Ao contrário, admite que "situações pessoais alcançadas e beneficiadas" podem aconselhar a manutenção de tais efeitos, desaconselhando, portanto, o anulamento.

Ao admitir a possibilidade de considerarem-se os atos administrativos como atos absolutamente inválidos, relativamente inválidos ou anuláveis e irregulares, afirma que, no ato relativamente inválido se estabeleceria uma hierarquia entre dois interesses públicos um representado pela observância de certas normas, outro decorrente que se apresenta, eventualmente, por motivos de ordem prática, de

³³⁰ FAGUNDES, *O contrôle...*, p. 20.

³³¹ *Ibidem*, p 39

³³² *Ibidem*, p 55-56.

justiça e de equidade em condições de superar aquele³³³.

A propósito invoca a observação de Planiol e Ripert de que se a invalidez do ato importa conseqüências mais nocivas que as que decorreriam da sua manutenção, “é o caso de deixá-lo subsistir”, referindo, finalmente até exemplos em que entende dever prevalecer o interesse privado³³⁴.

Ao tratar do controle jurisdicional dos atos administrativos nenhum princípio sugere pelo qual se resolvam os conflitos com a preferência de um interesse sobre o outro. Ao contrário, propugna pela legalidade da administração pública com aquele conseqüente controle de seus atos, afirmando que a finalidade essencial e característica do controle jurisdicional seria “a proteção do indivíduo em face a Administração Pública”³³⁵. Salaria, ainda, que no Estado brasileiro ainda mais se acentuaria a importância do controle jurisdicional dos atos administrativos, por seu regime presidencial, cuja característica seria a supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo³³⁶.

Já no mesmo sentido se manifestava quando publicou seu artigo *Direitos Públicos Subjetivos do Indivíduo e sua Proteção Jurisdicional*³³⁷, aceitando a limitação de direitos em razão do interesse público, mas de acordo com a lei. Deixava nítida sua preocupação com a feição dos Estados autoritários que teriam tido espaço a partir do “excesso de individualismo e fraqueza do Estado liberal-democrático”³³⁸:

³³³ FAGUNDES, *O contrôle...*, p 63-64.

³³⁴ *Ibidem*, p 65-66.

³³⁵ *Ibidem*, p 113.

³³⁶ *Ibidem*, p 115.

³³⁷ FAGUNDES, Seabra. *Direitos públicos subjetivos do indivíduo e sua proteção jurisdicional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 96, out. 1943, p 43 a 51.

³³⁸ *Ibidem*, p. 43.

Um dos traços característicos na estrutura jurídica do Estado **atual** é a restrição dos direitos subjetivos do indivíduo. O direito positivo, nascido como expressão da “comunhão nacional” (Estado nacional-socialista), da “nação” (Estado fascista) ou da “classe proletária” (Estado soviético), entidades abstratas encarnando o interesse da coletividade, se orienta, todo êle, no sentido de restringir, ora mais ora menos, a esfera jurídica do indivíduo, reduzindo-lhe os direitos subjetivos e onerando-o de novos deveres, pelo pressuposto teórico de que êsse é um imperativo do bem comum.

[...]

Nem os Estados protótipos da organização individualista, como a Inglaterra e os Estados Unidos, puderam fugir à necessidade de limitação da esfera de direitos do indivíduo, tal a universalidade das repercussões perturbadoras do individualismo absoluto. Nos Estados Unidos, a legislação do *New Deal* se orientou num sentido profundamente anti-individualista, sob o império de tremendo desequilíbrio econômico.³³⁹ (Grifamos)

Talvez o contexto histórico em que se encontrava e suas concepções jurídicas fazessem com que propugnasse por um Direito Administrativo mais apto a conciliar e a respeitar os interesses individuais.

Em 1969 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello publica a primeira edição de seus *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Apesar do título da obra, o autor não se dedica ao tratamento daquilo que hoje se têm por princípios do direito administrativo. O autor pode ser considerado um dos precursores do princípio da supremacia do interesse público, muito embora não o tivesse enunciado explicitamente.

Professa o autor pela “supremacia” do Estado e adota o fim do Estado, o bem comum, o interesse coletivo, e a utilidade pública, como critério para conceituação do Direito Administrativo, admitindo haver uma superioridade do interesse coletivo sobre o interesse particular.

Analisa inúmeras correntes doutrinárias e suas tentativas de definição do Direito Administrativo. A propósito da Escola do Serviço Público, afirma:

³³⁹ FAGUNDES, *Direitos públicos...*, p. 43.

Ao entrar-se, todavia, no âmago dos ensinamentos de discípulos de Duguit, que desenvolveram o seu pensamento, aplicando-o ao direito Administrativo, se verifica colocaram como nota característica do serviço público a possibilidade do exercício de poderes exorbitantes do direito comum. Isso significa, não obstante por outras palavras, reconhecer que o serviço público é aquele cuja gestão se faz com o exercício dos poderes de império, e, portanto, corresponde à gestão Pública.

Na realidade, apesar de pretenderem excluir a noção de poder público do direito Administrativo, não o fizeram, pois reconhecem, sem o dizer, que a prestação do serviço público corresponde à gestão pública, ou seja, à gestão com possibilidade do exercício do poder de império.”³⁴⁰

Tratando da crise da noção de serviço público relata a existência de um "movimento, relativamente recente", surgido na doutrina francesa contra a colocação do serviço público como fundamento do regime administrativo, sendo insuficiente para determinar a competência dos Tribunais Administrativos³⁴¹.

Conclui, todavia, que a competência contenciosa se fixou em atenção às tradições históricas e à conjuntura política, não atestando o rigor científico de seu estabelecimento³⁴².

Quanto ao conceito de Direito Administrativo conclui por seu aspecto teleológico: “sendo o Direito Administrativo um direito estatal, cumpre ser conceituado em atenção ao fim do Estado, à atividade por ele levada a efeito e regida por esse ramo jurídico. Isso porque a causa final de qualquer ser específica a sua razão de existir [...]”³⁴³

Não admite, portanto, o interesse público como critério identificador do Direito Administrativo, elegendo, para tanto, o critério do fim do Estado, que identifica com o bem comum³⁴⁴.

³⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. 1: Introdução, p. 146.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 146.

³⁴² *Ibidem*, 1969, p. 147.

³⁴³ *Ibidem*, p. 173.

³⁴⁴ *Ibidem*, 174-175.

Inscreve, de outra parte, o próprio Direito entre as ciências morais ou práticas, definindo-o como "ordenamento coercitivo de relações entre os homens, isoladamente ou em sociedade por eles formadas, de modo a assegurar seja dado igualmente a cada um o que lhes é devido, numa harmonização da liberdade com a autoridade."³⁴⁵

Conclui por definir o Direito Administrativo "como ordenamento jurídico da atividade do Estado-poder, enquanto tal, ou de quem faça as suas vezes, de criação de utilidade pública, de maneira direta e imediata".

Mais adiante, tratando do conceito de Justiça, afirma que "o Estado-poder se exerce através de duas faculdades autônomas: política e jurídica. A política, tendo por objeto a utilidade pública, e que se vale do direito como forma de sua expressão; e a jurídica, tendo por objeto a justiça, em que o direito é o seu objeto [...]".³⁴⁶

No Capítulo IV relativo às fontes do direito administrativo, versando sobre fontes subjetivas estabelece uma gradação entre direitos e interesses:

No ordenamento jurídico, há normas para a satisfação do bem comum que compete ao Estado-poder, ou a quem faça as suas vezes, realizar em cada comunidade. Essas regras lhe conferem direito subjetivo, de exigir dos administrados certo comportamento social, aos quais incumbe, correlativamente, o dever de prestações, no interesse coletivo, com o sacrifício de determinada vantagem particular. Cria a relação jurídica de sujeição das outras pessoas existentes no Estado-sociedade ao Estado-poder, como súditos, ante os seus direitos de supremacia.³⁴⁷

Entende plenamente justificada a relação de sujeição das pessoas ao Estado-poder, já que neste a efetivação de providências de interesse geral tutelariam indiretamente o interesse individual:

A efetivação de providências de interesse geral, tutela, contudo, indiretamente o interesse individual. Assim, a promulgação e

³⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, O., *Princípios gerais...*, p. 173.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 181.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 202.

execução de preceitos legais, relativos à proibição de ruídos urbanos e de excesso de velocidade dos veículos nas ruas, têm por objetivo imediato resguardar o interesse coletivo. Entretanto, tais medidas, indiretamente e de modo geral, protegem os interesses dos indivíduos integrados no Estado-sociedade em que forem considerados.

É direito do Estado-poder, ou de quem faça as suas vezes, estabelecer e obrigar o respeito de providências de tal natureza, sendo que, embora acarretem vantagens aos cidadãos, estes não podem exigi-las, mesmo porque são de utilidade indeterminada dos componentes da sociedade. Temos aí a situação de simples interesse dos administrados em geral.³⁴⁸

À sua vez, os direitos subjetivos dos particulares também importariam, indiretamente, ao bem comum:

Em contraposição a essas normas, no ordenamento jurídico de determinado Estado-sociedade, há regras de direito objetivo que visam direta e imediatamente o interesse de particulares, interessando, apenas, mediata e indiretamente o bem comum de todos os membros da coletividade. Em tal circunstância, aqueles preceitos jurídicos protegem os interesses dos indivíduos em face do Estado-poder, a quem incumbe o dever de respeitá-los e satisfazê-los, e lhes confere o poder de isso dele exigir. Trata-se do direito subjetivo do particular em face do Estado-poder.

Assim, os *direitos de liberdade e propriedade*, de modo a não poder ser desta despojado sem prévia indenização e privado daquela ou ficar limitado no seu exercício, senão nas condições legais. Outrossim, os *direitos cívicos* de obter a prestação de coisa pública ou de serviço público, na conformidade da ordem jurídico-normativa. Afinal, os *direitos políticos* de participar na estrutura orgânica do Estado-poder, como cidadão.³⁴⁹

Qualquer restrição a tais direitos deveria obedecer à lei. E, embora admita a imposição de restrições, não denomina tais direitos de condicionados, percebendo nos interesses legítimos duas espécies: interesses ocasionalmente protegidos e direitos imperfeitos³⁵⁰. Exemplifica o interesse ocasionalmente protegido como aquele do morador vizinho a uma indústria insalubre. E, do chamado direito imperfeito dá o exemplo da permissão que o Estado confere ao particular para construir quiosquis na via pública. Relativamente aos demais seria um direito a ser

³⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, O., *Princípios gerais...*, p. 202-203.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 203.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 203-204.

respeitado, relativamente ao Estado só existiria a título precário, não sendo passíveis de defesa por ação judicial contra este, salvo na hipótese de desrespeito do próprio ato permissivo³⁵¹. Assim, implicitamente soluciona eventuais colisões entre os interesses privados e o interesse público.

A respeito de princípios gerais do direito, salienta:

A locução princípios gerais do direito tem dado margem a discussões e debates entre os juristas, quanto à sua compreensão, e faz com que se dividam em campos opostos, principalmente, os positivistas e jusnaturalistas. Para aqueles, corresponde aos princípios gerais de dado direito positivo, confundido por alguns com a própria analogia jurídica; enquanto para os últimos corresponde aos princípios gerais de direito sem cogitação de dada ordem jurídica específica, transcendendo o problema da técnica jurídica para o da filosofia do direito.

Encerra essa locução, na verdade, duas ordens de princípios gerais: a) os de dado direito positivo; b) os de dada época de estágio dos direitos. Uns informam a ordem normativa de determinado Estado, enquanto os outros a concepção jurídica dominante, em certo momento histórico, respeitados os elementos fundamentais de sua cultura e de sua tradição. Portanto, fornecidos aqueles pela teoria geral da ciência jurídica de dado país, e estes pela filosofia do direito, ante o exame dos fatos sociais e da natureza humana. São partes reais do direito.³⁵²

Sobre os princípios gerais do direito, oferecidos pela filosofia do direito, discorre o autor, depois de distingui-los da analogia:

Oferecem, por vezes, soluções que o direito positivo, constante da sistemática legislativa e do costume, não pode dar, pois a respeito nada dizem. São juízos de valor, de expressão da justiça, que iluminam o direito e preexistem, sociológica e racionalmente, à obra legislativa e mesmo costumeira, como produtos da história e da razão, extraídos da natureza das coisas. Portanto, compreendem parte contingente, em função da civilização e da cultura, e parte perene, em virtude das exigências da natureza humana e da vida social na sua universalidade.³⁵³

Tais princípios, extraídos “da natureza das coisas” seriam aplicáveis ante a lacuna da lei. Não envolveriam, portanto, qualquer derrogação de norma positiva,

³⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, O., *Princípios gerais...*, p. 204-205.

³⁵² *Ibidem*, p. 358.

³⁵³ *Ibidem*, p. 360.

mas tão somente sua complementação, servindo de recurso ao julgador tão somente quando a analogia não pudesse resolver as omissões do direito legislado ou costumeiro. Para o autor, seriam princípios gerais do direito:

se não inscritos no direito positivo de certo país: o conceito de pessoa, de bem e de relação jurídica; a regra da irretroatividade das leis e da intangibilidade das situações jurídicas definitivamente constituídas; o preceito da responsabilidade civil dos agentes livres, pelos atos por eles praticados seja como particulares, seja como agentes públicos; a prescrição da igualdade de todos perante a lei, tanto no candidatar-se a cargos públicos, como nos encargos tributários e da garantia da liberdade e da propriedade do particular em face do Estado-poder; a norma que não admite o enriquecimento sem causa, a que ninguém deve ser punido sem ser ouvido, a que não pode alguém beneficiar-se da própria malícia; e, ainda, a da continuidade de prestação de serviço público, e de que não lhe cabe a escolha preferencial do cliente, o que acarreta, como consequência, a obrigação da sua prestação, a da impossibilidade de desvinculação dos agentes públicos sem o ato de exoneração e a da proibição de greve deles, salvo texto legal em contrário.³⁵⁴

Refere a existência de princípios gerais próprios de épocas individualistas e outros solidaristas, como a cláusula *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic standibus*³⁵⁵

O tratamento reservado ao tema dos princípios do direito, neste passo, bem denota o estágio de desenvolvimento em que se encontrava a questão no âmbito da teoria do direito. Princípios não eram tidos como normas e apenas poderiam fazer as vezes delas na sua falta.

Ao tratar das espécies de atos administrativos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello fala sobre os atos de governo ou políticos e critica a orientação pela qual tais atos não seriam administrativos, entendendo que esta categoria de atos foi criada para justificar sua inaceitável não sujeição ao Poder Judiciário³⁵⁶.

Ao discorrer sobre atos discricionários e vinculados, afirma que os poderes

³⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, O., *Princípios gerais...*, p. 361.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 362.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 417.

discricionários encontram limites nos motivos determinantes do ato jurídico e no seu fim, concluindo que “toda atividade do Estado-poder tem por baliza o interesse coletivo”, não sendo tolerável “motivo determinante estranho ao interesse coletivo e nem preocupação da autoridade pública em conflito com ele.”³⁵⁷ Propugna, por outras palavras, pelo princípio do interesse público e da impessoalidade.

Invoca a opinião que Themístocles Brandão Cavalcanti teria apresentado no artigo, *A Teoria da Res Judicata*³⁵⁸, para entender o ato administrativo, em princípio, revogável³⁵⁹.

Mais adiante, entretanto, tratando da conciliação de direito adquirido do administrado e do patrimônio de terceiros com a revogação de ato administrativo, afirma que os direitos dos particulares estão sempre subordinados ao interesse coletivo, devendo ser sacrificados ante o direito de supremacia do Estado, por estarem sempre condicionados ao interesse coletivo:

O direito dos particulares está sempre condicionado ao interesse coletivo e deve ser sacrificado em face do direito da supremacia do Estado ou de quem faça as suas vezes, desde que amparado economicamente o interesse patrimonial que ele representa. Tal revogação traz em seu bojo a expropriação ou encampação desse direito adquirido, que dessa forma é resguardado. Embora subsista no seu conteúdo, não constitui empecilho ao poder da Administração Pública de revogação dos atos administrativos anteriores, uma vez essa providência se imponha, por razões de conveniência e oportunidade, no desempenho da sua função de alcançar e ampliar a utilidade pública.³⁶⁰(Grifamos)

Assim, pode ser considerado o precursor daquela teoria que será nominada por Marçal Justen Filho³⁶¹ como teoria da supremacia do interesse público.

A seu turno, Hely Lopes Meirelles consagra uma parte do capítulo II de seu

³⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, O., *Princípios gerais...*, p. 423.

³⁵⁸ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A teoria da 'res judicata' no direito administrativo*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. p. 131-299 *apud* BANDEIRA DE MELLO, O. *Princípios gerais...*, p.561

³⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit, p. 561.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 567.

³⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

*Direito Administrativo Brasileiro*³⁶² aos *princípios básicos da administração*. Entre estes situa os que chama de "quatro regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: *legalidade, moralidade, finalidade e publicidade*"³⁶³.

Tratando sobre a intervenção na propriedade, ensina: "entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do Poder Público que, compulsoriamente, retira ou restringe direitos dominiais privados, ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público!"³⁶⁴

E, imediatamente, esclarece:

A intervenção na propriedade particular pode ter fundamento na necessidade ou na utilidade pública, ou no interesse social, mas esse fundamento há de vir expresso em lei federal, para autorizar o ato interventivo, que tanto pode ser praticado pela União, como pelos Estados-membros e Municípios.³⁶⁵

A seguir, versa expressamente sobre a desapropriação e reafirma a regência do princípio da legalidade:

Dentre os atos de intervenção estatal na propriedade destaca-se a *desapropriação*, que é a mais drástica das formas de manifestação do *poder de império*, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu *domínio eminente* sobre todos os bens existentes no território nacional.

Mas, o poder expropriatório, conquanto discricionário nas opções de utilidade pública e interesse social, só é legitimamente exercitável nos limites traçados pela Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal.³⁶⁶

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho publica seu *Curso de Direito Administrativo*³⁶⁷ em 1979. Nenhum capítulo de sua obra é dedicado

³⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

³⁶³ *Ibidem*, p. 67.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 534.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 534.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 534-535.

³⁶⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

especificamente aos princípios de direito administrativo. No entanto, ao longo dela enfatiza o princípio da legalidade em tema no qual alguns autores ter-se-iam utilizado do fundamento da superioridade do interesse público a justificá-lo. É o que se vê de suas observações sobre polícia e poder de polícia:

No exercício do poder de polícia, da atividade administrativa de policiamento, não se deixa de considerar:

- a) que é o princípio da legalidade que rege todas as limitações e protege os direitos fundamentais do homem;
- b) que as limitações provêm necessariamente da legislação e correlacionam a coerção com as normas estabelecidas.

[...]

Na verdade, a atividade administrativa de polícia, que se manifesta juridicamente como imposição de limitações, exercitada na prática por meio de atos administrativos executórios e coativos, não se legitima senão dentro do princípio da legalidade.³⁶⁸

Mais uma vez, ao tratar da desapropriação, o autor não a funda na superioridade do interesse público sobre o particular:

É sabido que o Estado, no desempenho da sua missão fundamental (constitucional e administrativa), está na obrigação de assegurar os direitos consagrados como de impor limitações à propriedade particular.

Retirando do domínio privado a propriedade particular, contudo submete-se o Estado a imperativos condicionantes, porque:

- a) nenhuma desapropriação legitima-se sem uma lei que a determine;
- b) nenhuma desapropriação legitima-se sem que haja causas de utilidade pública ou de interesse social;
- c) nenhuma desapropriação completa-se sem final e justa compensação indenizatória.³⁶⁹

E, mais adiante, tratando das *implicações de natureza legal*:

Aparecendo a utilidade e o interesse social como conceitos variáveis, mutáveis no tempo e no espaço, não se pode deixar ao sabor da Administração estabelecer critérios fora da lei, senão obedecer à lei no limite dos casos, exemplarmente especificados.

Assim não fosse, não se legitimaria para o Estado intentar a privação forçada da propriedade particular. Nem estaria assegurado o direito de propriedade acaso o sacrifício imposto não fosse tutelado na extensão dos direitos protegidos.

Na verdade jurídica, quando o Estado despoja o particular de bens,

³⁶⁸ FRANCO SOBRINHO, *Curso de direito...*, p. 266-267.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 314.

privando-o de direitos conquistados, a transformação sofrida pela propriedade tem nos sistemas legislados contornos específicos, conotações legais permissivas e impeditivas de contenção do poder administrativo.³⁷⁰ (Grifamos)

Como se vê, para o autor, é o princípio da legalidade o princípio fundamental da atividade administrativa.

Em 1983, Celso Antonio Bandeira de Mello publica seus *Elementos de Direito Administrativo*, obra que após três edições passa a ter o título de *Curso de Direito Administrativo*, em 1993. As edições aqui analisadas são a de 1983, 1990 e 2005³⁷¹ e nelas o autor afirma a supremacia do interesse público sobre o particular, como axioma e princípio constitucional implícito, vinculando, todavia seu entendimento à idéia de que a atuação administrativa é o exercício de uma função.

Para o autor, constituem o conteúdo do regime jurídico administrativo:

11. A) Supremacia do interesse público sobre o privado.
Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.
12. No campo da administração, deste princípio procedem as seguintes conseqüências ou princípios subordinados:
 - a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;
 - b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.
13. a) Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos.³⁷²

Exemplifica tais privilégios com a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, os prazos processuais em dobro e com os prazos

³⁷⁰ FRANCO SOBRINHO, *Curso de direito...*, p. 315-316.

³⁷¹ BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990 e BANDERIA DE MELLO, C., *Curso de direito...*,

³⁷² BANDEIRA DE MELLO, C., *Elementos...*, p. 8.

prescricionais especiais, além da natureza unilateral dos atos que pratica a Administração:

14. b) A *posição de supremacia*, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos.

Significa que o Poder Público se encontra em situação autoritária, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos [p. 8]em confronto. Compreende, em face da desigualdade dos interesses postos em confronto a possibilidade, em favor da Administração, de *constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral* daquela. Implica, outrossim, no direito de *modificar, também unilateralmente*, relações já estabelecidas. Tal prerrogativa se expressa nas diferentes manifestações daquilo que a doutrina francesa chama *puissance publique*, correspondendo ao *jus imperii*.³⁷³

Ao tratar de tal situação autoritária, de supremacia, afirma, todavia, sua conformação à lei:

O poder de polícia administrativa é uma das expressivas emanções desta situação autoritária. Em razão da supremacia dos interesses públicos sobre os privados, a Administração, funcionando como guardião do bem-estar coletivo exerce o chamado "Poder de Polícia", na conformidade da lei.

É o que bem se vê anotado em Caio Tácito ao conceituar o poder de polícia e expor sua convivência com o princípio da legalidade. [...]

Assim também é princípio do direito administrativo a pertinência do poder de polícia à Administração, isto é, a prerrogativa de conformar o interesse privado aos interesses públicos, limitando ou condicionando o exercício daquele em função da supremacia destes últimos. Não se deve, entretanto, perder de vista que o exercício de tal poder pressupõe sempre uma habilitação legal expressa ou implícita.³⁷⁴

Para Celso Antonio, da posição privilegiada e da supremacia do interesse público também decorreria a exigibilidade e a exequibilidade dos atos administrativos, bem como a possibilidade de revogação dos próprios atos por manifestação unilateral de vontade ou a possibilidade de decretação da nulidade. Ressalva, todavia, as limitações que pode impor o sistema normativo, afirmando a

³⁷³ BANDEIRA DE MELLO, C., *Elementos...*, p. 9.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 10.

necessidade de respeitar os direitos adquiridos e de atender as finalidades legais.

Num próximo tópico (19. B) o autor trata da indisponibilidade dos interesses públicos, o que "significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis.

As pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter meramente instrumental.³⁷⁵

Assim, afirmando ser o interesse público disponível para o legislador, autoriza concluir-se que admite que só seja supremo, ou superior, na medida dada pelo ordenamento jurídico.

Mais adiante define a polícia administrativa como "a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação, ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo"³⁷⁶.

Relativamente à desapropriação afirma que seu fundamento político é a "supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis"³⁷⁷.

Na nova edição de seus *Elementos de Direito Administrativo*, após a promulgação da Constituição de 1988, Celso Antonio Bandeira de Mello reedita sua

³⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de direito...*, p. 11-12.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 176.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 189.

formulação acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e enuncia o princípio da indisponibilidade, como "indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos"³⁷⁸.

No entanto, é importante notar que em ambas as edições, o autor refere que os princípios são por ele realçados "não em si mesmos mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral", mas sim no sistema. "Com isto", prossegue com grande adequação o autor, "se esclarece inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto - à moda do que Duguit fazia com o serviço público:

Atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do direito administrativo, não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte matriz do sistema.

Logo não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. **Dá-se-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim os qualificou.**³⁷⁹

Em ambas as edições citadas, afirma Celso Antonio:

A ereção de ambos em pedras angulares do direito administrativo, parece-nos, desempenha funções explicadora e aglutinadora mais eficiente que as noções de serviço público, *puissance publique*, ou utilidade pública³⁸⁰

Celso Antonio parece admitir ter pretendido apenas encontrar um fundamento para a especialização do direito administrativo. No entanto, com relação ao desenvolvimento da doutrina dos princípios jurídicos, atribuiu-lhe o significado adequado à sua noção enquanto fundamento de um sistema.

É o que sugere a seguinte passagem:

O sistema de uma disciplina jurídica, seu regime, portanto, constitui-se do conjunto de princípios que lhe dão especificidade em relação ao regime de outras disciplinas. Por conseguinte, todos os institutos que abarca - à moda do sistema solar dentro do planetário -

³⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, C., *Elementos...*, p. 17.

³⁷⁹ Ibidem, p. 17 e 18 e 5-6 da 1ª edição, 3ª tiragem, de 1983.

³⁸⁰ Ibidem, p. 19 da edição de 1990 e p. 6 da edição de 1983

articulam-se, gravitam, equilibram-se, em função da racionalidade própria deste sistema específico, segundo as peculiaridades que delineiam o regime (no caso, o administrativo) dando-lhe tipicidade em relação a outros.

48. Diferentemente dos princípios que regem o mundo físico, no campo do direito são livremente determinados pelos homens. O legislador acolhe, no sistema normativo que constrói, os princípios que deseja vigerantes. São bem por isso mutáveis.³⁸¹

A partir de 1993, os *Elementos de Direito Administrativo* são transformados no *Curso de Direito Administrativo*. Com poucas diferenças, que adiante apontamos, o autor, mantém, explicitamente, o que já dissera antes, invocando a lição de Geraldo Ataliba, pretendendo afirmar o direito administrativo como disciplina autônoma, porque esta só existe "quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do direito". Entendendo, assim, que só se poderia falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe sejam peculiares e guardem entre si uma relação de coerência e unidade, "compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo"³⁸².

E reedita: "O que importa sobretudo é conhecer o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária."³⁸³

No entanto, também a partir da promulgação da Constituição de 1988, Celso Antonio começa a dar amplitude maior ao princípio, que até então bem poderia ser compreendido como de coerência do sistema, para atribuir-lhe talvez natureza diversa:

Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da

³⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de direito...*, p. 44.

³⁸² Ibidem, p. 45.

³⁸³ Ibidem, p. 46.

consagração de dois princípios:

a) *supremacia do interesse público sobre o privado*;

b) *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*.

24. Interessam-nos, aqui, repita-se, estes aspectos, porque pertinentes ao regime jurídico *especificamente* administrativo. Concernem à função estatal, exercitada tanto através do corpo de órgãos não personalizados que compõem a chamada Administração em sentido orgânico - coincidindo *grosso modo* com os órgãos do Poder Executivo - quanto através das pessoas públicas exclusivamente administrativas, designadas na técnica do Direito italiano e brasileiro como "autarquias."³⁸⁴

E estabelece um conceito jurídico de interesse público, afirmando que constitui o interesse do todo, do conjunto social, que não se confunde com a soma dos interesses individuais³⁸⁵. Sugere ser falso o antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo. Entende necessário "prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, *ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo é "função" qualificada dos interesses das partes*, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação."³⁸⁶

A despeito "de seu notável relevo e de sua necessária prevalência sobre os interesses pessoais peculiares de cada um" seria apenas uma dimensão dos interesses individuais, tanto assim que se não se poderia afirmar haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade.

Ao que acrescenta a observação: "31. Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a *um dado* interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade."³⁸⁷

O interesse público seria a dimensão pública dos interesses individuais,

³⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de direito...*, p. 47.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 50-51.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 51.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 51.

enquanto partícipes da Sociedade. Assim só se justificaria na medida em que constituísse veículo de realização dos interesses das partes:

*Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.***³⁸⁸
(Grifamos)

Destarte, o autor pretende enfatizar que o interesse público não é um interesse "de um todo abstrato, concebido desligadamente dos interesses de cada qual"³⁸⁹. Donde conclui que o interesse público deveria ser passível de defesa pelos particulares e não só em ação popular ou civil pública e, ainda, que nem todo e qualquer interesse do Estado ou das pessoas jurídicas de direito público seriam necessariamente identificáveis como interesses públicos, eis que tais entidades poderiam deter interesses não identificados com o conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente teriam enquanto partícipes da sociedade.

Mais adiante, versando sobre direito subjetivo público, liga a noção de interesse público ao princípio da legalidade:

37. Uma vez absorvida a noção de interesse público nos termos propostos, percebe-se que é muito maior do que o habitualmente suposto o campo de defesa que deve ser reconhecido a *cada particular* contra desvios na conduta estatal, isto é, contra atos em que esta, *por violar substancialmente a legalidade*, se desencontra daquilo que é verdadeiramente o interesse público. Na medida em que o faça e em que onere *pessoalmente* (embora em conjunto com inúmeros outros) alguém que estaria livre de tal oneração ou sonegue proveitos que muitos captariam se a legalidade fosse obedecida, tal conduta terá sido agressiva a um *direito subjetivo de cada prejudicado*, mesmo quando a norma transgredida haja sido posta em atenção a interesses que necessariamente se irradiam sobre muitos ou sobre todos."³⁹⁰

³⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de...*, p. 53.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 53.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 55.

Relativamente a interesses primários e secundários do Estado nega a possibilidade de identificação do interesse público com o interesse do Estado, nos seguintes termos:

40. Outrossim, a noção de interesse público, tal como a expusemos, impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da *entidade que representa o todo* (isto é, o Estado e demais pessoas de direito Público interno). [...] *.não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de direito Público.*³⁹¹

Assim, os interesses que o Estado teria enquanto pessoa jurídica, seriam seus interesses individuais, particulares, e não interesses públicos. E o Estado só poderia defendê-los quando servissem à realização dos interesses públicos propriamente ditos. Estes seriam os interesses públicos primários e aqueles, os interesses públicos secundários. A propósito refere expressamente a lição de Renato Alessi, fundada, a seu turno em Carnelutti e Picardi e versada no *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3^a ed., Milão Giuffrè, 1960, p. 197 e notas de rodapé 3 e 4, cf. p. 58³⁹².

Salienta, ainda, Celso Antonio Bandeira de Mello, que a categoria *interesse público*, sendo um conceito jurídico só pode efetivamente ser encontrada no direito positivo³⁹³. Finalmente, com referência a tal interesse, do ponto de vista jurídico, afirma que "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"³⁹⁴.

³⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de direito...*, p. 57.

³⁹² Ibidem.

³⁹³ Cf. Ibidem, p. 82-83.

³⁹⁴ Ibidem, p. 60.

Num próximo item, VIII, em que trata do regime jurídico-administrativo, volta a afirmar ser a supremacia do interesse público verdadeiro axioma reconhecível no direito público³⁹⁵. Ressalva, entretanto, tratar-se a atuação administrativa do exercício de uma função, pelo que, de modo algum, poderia a Administração escudar-se na supremacia do interesse público sobre o interesse privado para livre e autonomamente expressar suas prerrogativas. Isto porque quem exerce uma função, exerce um dever de satisfazer determinadas finalidades em favor de outrem. Os poderes de que eventualmente necessita para assegurar o exercício daquele dever são, assim, instrumentais, devendo prestar ao atendimento dos interesses públicos, dos interesses do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido³⁹⁶.

A seguir afirma que, em decorrência do fato de a atividade administrativa ser subordinada à lei, a Administração não tem disponibilidade sobre os interesses públicos, "mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente", regendo-se, pois, pelos princípios:

- a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado;
- b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público;
- c) do controle administrativo ou tutela;
- d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração;
- e) da publicidade;
- f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos;
- g) do controle jurisdicional dos atos administrativos.³⁹⁷

Já desde a 2ª edição de seus Elementos, de 1990, posterior, portanto, à Constituição de 1988, insere um Capítulo intitulado *Princípios Constitucionais do*

³⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de direito...*, p. 61.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 62-63.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 66.

Direito Administrativo Brasileiro, que divide em duas partes: I, Princípios expressos e implícitos, e II, restrições excepcionais ao princípio da legalidade, no qual, no *Curso de Direito Administrativo*, explicita, em subtítulos: a) Medidas provisórias; b) Estado de defesa; c) Estado de sítio.

Elenca em primeiro lugar, entre os princípios constitucionais de direito administrativo o da supremacia do interesse público sobre o privado. Dele decorreria a posição de supremacia "em prol da Administração"³⁹⁸ por força da qual poderia impor unilateralmente obrigações, seus atos seriam dotados de exigibilidade, traduzida pela possibilidade legal de imposição de sanções ou "providências indiretas que induzam o administrado...", e de auto-executoriedade. Dele também decorreria a possibilidade de revogar seus atos inconvenientes ou inoportunos e o dever de anular os atos inválidos.

Num segundo tópico dedicado ao mesmo princípio faz a afirmação com a qual em seu *Curso* inicia o tratamento deste princípio:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente [...] [nos Elementos refere o artigo 173, III, V e VI da CF, no Curso, o art. 170, e os mesmos incisos] ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa.³⁹⁹

Na seqüência do texto de seu *Curso* retoma mais um trecho do texto de seus *Elementos*: "Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito

³⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, C., *Elementos...*, p. 51.

³⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de direito...*, p. 87.

Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado."⁴⁰⁰ O texto segue idêntico ao original de 1990 em seus *Elementos*, do qual suprimiu parte relativa à classificação do interesse público em primário e secundário, cujo conteúdo corresponde ao relativo a este tópico específico no novo livro.⁴⁰¹

De outra parte, já desde seus *Elementos*, afirmava:

Convém finalmente reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou desabrida sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao saor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de "poderes", *sic et impliciter*. Na verdade o que nela se encontram são "deveres-poderes", como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de "função".⁴⁰²

O princípio de supremacia do interesse público, para o autor, todavia, é expressão da função administrativa, não se confundindo com os interesses estatais, nem com o exercício do Poder Executivo.

⁴⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de direito...*, p. 87.

⁴⁰¹ Entre o 1º e o 2º §§ da p. 90 do *Curso de direito...* suprime dos *Elementos* de 1990 o seguinte texto: Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário e interesse secundário. Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.

Para exemplificar o importante disrímen entre um e outro, comparem-se as seguintes hipóteses. se o Estado causar danos a terceiros e indenizá-los das lesões infligidas estará revelando-se obsequioso ao interesse público, pois é isto o que determina o art. 37, § 6º, da constituição. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar (mesmo consciente de haver produzido os danos) estará contrariando o interesse público, no afã de buscar um interesse secundário, concernente apenas ao aparelho estatal: interesse em subtrair-se a despesas (conquanto devidas) para permanecer mais "rico", menos onerado patrimonialmente, lançando, dessarte, sobre ombros alheios os ônus que o direito pretende sejam suportados por todos. Tal conduta não é de interesse público, pois interesses secundários só podem ser satisfeitos quando coincidirem com interesses primários. BANDEIRA DE MELLO, C., *Elementos...*, p. 54.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 52-53.

Na 12ª edição de seu *Curso de direito Administrativo*⁴⁰³, José Cretella Júnior não faz referência a um princípio da supremacia do interesse público. Ao contrário, refere como princípios informativos do direito administrativo o princípio da hierarquia, o da auto-executoriedade, o da continuidade, o da presunção da verdade, o da indisponibilidade, o da especialidade, o do poder-dever⁴⁰⁴, o da igualdade dos administrados, o da tutela administrativa e o da autotutela, afirmando-os todos “fundamentados num princípio maior – o *princípio da legalidade* - , resumido na proposição ‘suporta a lei que fizeste’.”⁴⁰⁵

Acerca do princípio da legalidade ensina:

Constitui o princípio da legalidade ou de legalidade uma *limitação do poder administrativo*, sendo, sob esse aspecto, um princípio *liberal*, um elemento de liberalismo ao regime administrativo.

Chocam-se, nesse particular, dois interesses radicalmente opostos, que convém colocar em evidência: de um lado, a *liberdade de ação*, que deve caracterizar as atividades administrativas. De outro lado, as *maiores garantias para os administrados*, que precisam proteger-se contra os possíveis abusos da Administração.⁴⁰⁶

Nenhuma outra afirmação, em sua obra, sugere a supremacia do interesse público.

Outros autores, a partir de Celso Antonio, abordam o tema, mas nenhum outro enuncia com a mesma pureza o princípio da supremacia do interesse público.

Sobre o mesmo, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.⁴⁰⁷

⁴⁰³ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

⁴⁰⁴ Enunciando-o como “A autoridade administrativa é obrigada a tomar toda e qualquer providência em prol do interesse público” (Ibidem, p. 8)

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 8.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. p. 8-9.

⁴⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 68.

Mais adiante, após referir o critério da natureza do interesse para o estabelecimento da dicotomia entre direito público e direito privado, refere:

Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto, algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.⁴⁰⁸

O Estado, segundo a autora, teria tido que abandonar a sua posição passiva para começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada, a partir do final do século XIX. O Direito passaria a ser visto como um instrumento de consecução da "justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo". E, assim, da mesma forma que o princípio inspiraria o legislador, vincularia a Administração Pública no exercício da função administrativa. Afrontas ao princípio da supremacia do interesse público consistiriam em desvio de poder ou desvio de finalidade. Tal princípio estaria ligado ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Com Maria Sylvia Di Pietro o princípio da supremacia do interesse público, como ela própria enuncia, coincide com o princípio da finalidade ou mesmo da impessoalidade.

Celso Ribeiro Bastos, em seu *Curso de Direito Administrativo*, também discorre sobre a supremacia do interesse público como um dos princípios do Direito Administrativo. Para o autor, o direito Administrativo seria "a instrumentação jurídica de interesses de antemão considerados superiores [...]" e a supremacia do interesse

⁴⁰⁸ DI PIETRO, *Direito...*, p. 69.

coletivo deveria encarnar privilégios legítimos para o atingimento dos fins coletivos com o menor custo possível para o administrado e sem quebra do Estado de direito:

É por isso que esta, a supremacia, existe sobretudo pela consagração de instrumentos jurídicos privilegiados mais do que propriamente pela atuação administrativa, porque nesse particular o atuar do Poder Público se submete integralmente à lei; por conseguinte, ele não pode, sob o fundamento da supremacia do interesse público, improvisar medidas que sacrifiquem o particular. O Poder Público tem que se valer exclusivamente dos instrumentos que o direito lhe outorga.⁴⁰⁹
(Grifamos)

Neste passo, não percebe a chamada supremacia do interesse público como um princípio próprio do atuar administrativo, mas, sim, como decorrência dos provimentos legais que o tenham previsto. E, após referir exemplos como poder de polícia, faculdade de desapropriar, de requisitar, de impor unilateralmente obrigações aos particulares e os prazos especiais de que desfruta o Poder Público, afirma que são manifestações de uma posição privilegiada, mas que não significam a consagração do arbítrio:

Apenas os interesses coletivos descritos no ordenamento jurídico como tais podem ser perseguidos por esses instrumentos consagradores de uma posição jurídica de desnível, no sentido de que às faculdades de um não correspondem iguais faculdades da outra parte.⁴¹⁰

De qualquer sorte, de forma desnivelada ou não, entende o autor que as relações em que se manifesta a supremacia são relações reguladas pelo direito e que, portanto, há que se respeitar sempre o Estado de Direito, pelo que parece limitar o conteúdo do mesmo enquanto princípio de natureza normativa.

De outra parte, questiona o autor o que seja "um autêntico interesse coletivo":

Por vezes o Poder Público atua em nome de interesses que tem como qualquer pessoa de direito, sem revelar propriamente interesses da coletividade, mas um interesse que possui enquanto mera pessoa jurídica. Nestes casos não há que se falar em

⁴⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 32-33.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 33.

supremacia do interesse coletivo, porque há total possibilidade de o Estado submeter-se a igual direito dos particulares sem quebra ou prejuízo do atingimento dos fins coletivos.

Portanto, o fato legitimador da utilização da supremacia do interesse público reside exatamente na persecução daqueles interesses que não dizem respeito à pessoa jurídica enquanto tal, mas que se traduz em objetivos a serem por ela procurados. Para a viabilização, a concretização desses objetivos, que dizem respeito à coletividade e não especificamente a este ou àquele indivíduo, é que se legitima a posição de superioridade que, contudo, há de manter uma relação de razoabilidade entre o fim que vai atingir e o dano que vai causar. Não se pode, em nome do interesse coletivo, editar uma lei, por exemplo, para melhor segurança da saúde pública, que imponha a morte e o enterro rápido de pessoa atingida com uma doença contagiosa⁴¹¹.

Acrescenta, ainda, que entre os interesses coletivos haveria uma hierarquia, assim como entre os interesses particulares também haveria alguns de pouca monta e outros protegidos pelos próprios direitos e garantias constitucionais.

Celso Ribeiro Bastos adota a denominação de princípio da supremacia do interesse público, porém o restringe à atuação legislativa, e identifica o interesse público com interesses coletivos aptos a se sobreporem aos interesses particulares.

Com o restringi-lo à atuação legislativa sugere que a superioridade do interesse seja definida em lei, mas de acordo com algum princípio superior a ela, cuja sede não chega a indicar. Por outro lado, admite que nem sempre a opção legal pelo interesse coletivo será possível, na dependência da "monta" do interesse particular com o qual entre em conflito. E, finalmente, sugere que jamais se poderá valer da supremacia de interesse aquele que diga respeito tão-somente à entidade jurídica a qual tenha sido cometida a consecução de determinados interesses da coletividade.

⁴¹¹ BASTOS, *Curso de direito...*, p. 34.

Assim, optando pela solução legislativa de algum suposto conflito entre interesses coletivos e particulares, praticamente despe o princípio de tal típica natureza.

Na obra intitulada *Direito Administrativo Moderno*⁴¹², Odete Medauar discorre sobre os princípios do Direito Administrativo, enumerando-os como o princípio da legalidade, o princípio da impessoalidade, o princípio da moralidade administrativa, o princípio da publicidade, o princípio da eficiência, o princípio da preponderância do interesse público sobre o interesse particular, o princípio da indisponibilidade do interesse público, o princípio da proporcionalidade, o princípio da continuidade, princípio da presunção de legalidade e veracidade, o princípio da auto-executoriedade e o princípio da autotutela administrativa. A autora, portanto, pronunciando-se sobre alguma superioridade do interesse público sobre o particular, mas negando-se a nominá-lo como princípio de supremacia, aproxima-se dos autores que questionam a correção de seu enunciado.

Sobre o princípio da preponderância do interesse público sobre o particular afirma:

Na verdade apresenta-se como princípio do direito público em geral. A expressão *interesse público* pode ser associada a *bem de toda a coletividade*, à percepção geral das exigências da vida na sociedade. Esse clássico princípio rege muitos institutos e normas do direito administrativo. Mas vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício "a priori" de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. O *princípio da proporcionalidade* também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.⁴¹³

⁴¹² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 153.

A autora confere à preponderância do interesse público adequado tratamento de princípio com a referência à necessidade de ponderação de interesses e da proporcionalidade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto publica a primeira edição do *Curso de direito administrativo* em 1970/1971 e nele não se encontra qualquer referência a princípio de supremacia do interesse público.

Em sua 13^a edição, em 2003, tratando sobre princípios gerais do Direito Administrativo, escreve:

Os princípio gerais típicos do direito Administrativo, embora não lhe sejam exclusivos, contém as proposições básicas que se aplicam preponderantemente à execução das atividades da administração pública.

Explicitamente, a Constituição de 1988 submeteu, de modo enfático, a administração pública a cinco princípios expressos, com caráter de generalidade: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (art. 37, *caput*), o que não significa que não estejam implícitos outros que sejam dela decorrentes, como claramente se prescreve no seu art. 5^o, § 2^o, com respeito aos direitos e garantias dos administrados.⁴¹⁴

E, discorrendo sobre o que classifica como "marmóreos conceitos doutrinários, como os da *imperatividade*, da *insindicabilidade do mérito*, da *supremacia do interesse público* e dos chamados *poderes administrativos*, atribuí-lhes a responsabilidade de terem a disciplina do direito administrativo fundada na idéia de que "*o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, 'externo e contraposto aos dos cidadãos'*"⁴¹⁵. E graças a isto, a Administração Pública se teria tornado "*o ramo mais conservador do Estado*, o mais impérvio a modificações, o que mais sustentação proporcionou às ideologias totalitárias..."⁴¹⁶

⁴¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. totalmente rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 124.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 124.

III A POSSÍVEL INCOERÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

No presente capítulo, nos dedicaremos à análise da adequação do chamado princípio da supremacia do interesse público relativamente à sua coerência histórica no contexto do Direito Administrativo brasileiro. Não mais trataremos de aspectos exclusivamente históricos, mas apenas faremos uma breve análise dos fatores que, ao longo da pesquisa, se nos apresentaram como decisivos na construção de seu conceito.

Assim, sob o aspecto formal, cumpre ressaltar que esta parte do trabalho não se desenvolverá tão extensivamente quanto às precedentes, eis que não teremos tão vasto material doutrinário a anotar e citar.

III.1 A possível incoerência do princípio da supremacia do interesse público com os fundamentos históricos do Direito Administrativo Brasileiro

Com efeito, a expressão “supremacia do interesse público” parece ter sido cunhada, no Direito Administrativo Brasileiro, por Celso Antonio Bandeira de Mello, em 1983⁴¹⁷.

A partir de então, a doutrina brasileira⁴¹⁸ começa a utilizá-la e referi-la como

⁴¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

⁴¹⁸ Autores há, todavia, que não adotam o novo princípio, como, por exemplo, Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 14^a edição, atualizada pela Constituição de 1988, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, e 15^a edição, de 1990), cuja obra só adere ao novo tema, em suas atualizações póstumas, como a realizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, v.g., na 21^a edição, de 1996.

um dos princípios do Direito Administrativo, mais exatamente como um dos princípios retores da atividade administrativa, ao lado dos tradicionais princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência etc. Mais recentemente ele é considerado mesmo como princípio constitucional implícito, como o entende aquele autor nas edições de sua obra posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Posteriormente a uma pioneira crítica oferecida por Humberto Ávila, em seu artigo *Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público*⁴¹⁹, e ao debate que a partir de então se instalou, Marçal Justen Filho dedica-se ao tratamento daquilo que chama de “teoria da supremacia e indisponibilidade do interesse público”, *in verbis*:

Segundo a concepção prevalente entre nós, o regime jurídico de direito público, que preside o direito administrativo, caracteriza-se pela supremacia e indisponibilidade do interesse público. A supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência da sua supremacia. Para os defensores desse entendimento, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vinculam-se diretamente ao princípio da República, que impõe a dissociação entre a titularidade e o exercício do interesse público.⁴²⁰

No entanto, observa que tais concepções, embora relevantes, propiciam problemas insuperáveis, por entender que falta instrumento jurídico próprio pelo qual se possa determinar o interesse público:

⁴¹⁹ AVILA, Humberto. repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

⁴²⁰ JUSTEN FILHO, *Curso de direito...*, p. 35.

No passado, o governante adotava fórmulas imprecisas (tal como o “poder de império”, o “poder discricionário”, o “poder de polícia” ou a natureza política do ato) para justificar suas decisões subjetivas, incompatíveis com a ordem jurídica. A evolução democrática eliminou essas práticas. Na atualidade, o exercente do poder político refugia-se no princípio da supremacia do interesse público para evitar o controle ou o desfazimento de atos defeituosos, violadores de garantias constitucionais.

Mais ainda, a teoria da supremacia e indisponibilidade do interesse público não esgota o regime de direito público, que comporta outros princípios ainda mais fundamentais.⁴²¹

Como tivemos ocasião de referir no Capítulo II do presente trabalho, na doutrina pátria não houve qualquer enunciado expresso de tal princípio até a obra de Celso Antonio Bandeira de Mello. Este, a seu turno, e no Brasil, só parece ter encontrado terreno adequado sobre o qual desenvolver sua teoria em autores tais como Themístocles Brandão Cavalcanti, ou como Caio Tácito, que referiria à supremacia dos interesses da coletividade, especialmente em sua defesa do poder de polícia⁴²², e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que propugnava pela supremacia do Estado para a realização de seus fins como critério fundante do Direito Administrativo⁴²³ e pela subordinação e sacrifício dos direitos dos particulares ao interesse coletivo, ante o direito de supremacia do Estado. Este último, apesar de asseverar a necessidade de conformação do Estado a seus fins, afirmava que as regras destinadas à satisfação do bem comum conferiam direito subjetivo (ao Estado-poder, ou a quem fizesse suas vezes) de exigir dos administrados certo comportamento social, inclusive com o sacrifício de certas vantagens particulares. Para este autor, tal direito subjetivo criaria a relação jurídica de sujeição das outras pessoas existentes no Estado-sociedade ao Estado-poder, “como súditos, ante os

⁴²¹ JUSTEN FILHO, *Curso de direito...*, p. 36.

⁴²² TACITO, *O poder...*

⁴²³ BANDEIRA DE MELLO, O., *Princípios...*

seus direitos de supremacia”⁴²⁴.

No entanto, há que considerar que a doutrina do direito administrativo brasileiro foi construída a partir de outros dois pilares anteriores e fundamentais:

1 – a doutrina liberal francesa, originada a partir da Revolução de 1789, e

2 – a Constituição do Império de 1824, especialmente naquilo que recepcionou de liberal e ao lado do Poder Moderador.

Portanto, nosso direito administrativo tem suas raízes ou fundamentos em fatos históricos que lhe conformaram o caráter e que lhe foram condicionando a linguagem e as expressões, como veremos a seguir.

III.2 Dois Pilares do Direito Administrativo Brasileiro: a doutrina jurídica francesa e a Constituição do Império, de 1824

III.2.1 Os fundamentos legados pelo Direito Administrativo Francês: o trabalho da doutrina e do Conseil D'État

III.2.1.1 A doutrina francesa do Direito Administrativo.

A doutrina francesa, vale dizer, o Direito Administrativo francês, já se apresentava, ele próprio, como resultante de uma grande ruptura paradigmática. A partir da Revolução de 1789, o poder do Estado, antes identificado com o próprio soberano, passa a ser fracionado e atribuído a três órgãos distintos: os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

⁴²⁴ BANDEIRA DE MELLO, O., *Princípios...*, p. 202.

A própria denominação deste último, Executivo, revela a intenção limitadora, ou até mesmo reducionista, de torná-lo um Poder de Estado adstrito ao cumprimento, ou execução, do quanto lhe fosse ditado pela legislação emanada de outro Poder.

A resistência, todavia, da nova ordem estabelecida, relativamente a instituições que permaneceram com os mesmos integrantes desde o velho regime, em especial a manutenção do corpo de juízes ainda nomeados pelo rei, levou a doutrina a lançar mão de velhos conceitos em favor do novo Poder Executivo e levou mesmo o ordenamento legal a fazer previsões especiais, que pareceriam mais compatíveis com o regime anterior do que com o revolucionário.

Em paradoxo, ao menos aparente, com a filosofia que deu origem ao novo regime – de acordo com a qual a separação dos Poderes deveria fazer com que o poder fosse detido pelo poder, - o Direito Público francês firmou, com seus primeiros autores, especialmente Macarel, a teoria de que o Poder Executivo surgido após a Revolução deveria dotar-se de uma “puissance” especial, superior. De acordo com aquele autor, de nada serviriam a um povo as melhores leis do mundo se elas não fossem fielmente executadas por um Poder que não pudesse ser obstaculizado em tal intento⁴²⁵.

O esforço para assegurar, assim, a total separação dos Poderes “administrativo” e “judiciário”, levou o país a adotar legislação expressa a respeito: a Lei de 16-24 de agosto de 1790 e o Decreto de 16 do Frutidor do ano III, que vedaram ao Judiciário a apreciação de matéria administrativa. No entanto, Laferrière afirmaria que do princípio da separação de tais Poderes derivaria “naturalmente” a

⁴²⁵ MACAREL, M.L.A. *Éléments de droit politique*. Paris: Nève. Libraire de la Cour de cassation, 1833, p. 31.

instituição da Justiça Administrativa⁴²⁶.

Administrar era, segundo o mesmo autor, assegurar a execução das leis no interesse geral e local, ou tomar as medidas necessárias para a realização dos chamados interesses coletivos da agricultura, do comércio e da indústria. Mas, para garantir a independência da autoridade administrativa, administrar também deveria ser julgar as reclamações que tal atividade provocasse⁴²⁷.

Portanto, o Poder Executivo não se submeteria ao crivo do Judiciário, e, de certa forma, nem ao crivo do Poder Legislativo.

Segundo Laferrière, o interesse geral da nação resumia e dominava todos os outros. E tal espécie de afirmação, por si só, permite concluir-se que o autor pensava, na esteira do quanto pregara Beaumanoir, que o interesse público era superior a todos os demais.

Em reforço a tal convicção, Laferrière afirmava que a Assembléia Constituinte teria cometido, entre outros erros relativos à ordem social, o de haver protegido os direitos do homem mais do que os direitos da sociedade. Para o autor, Bonaparte, o Primeiro Cônsul, teria corrigido a falha, depois de dez anos de convulsões revolucionárias, colocando o poder estatal em primeiro plano e a liberdade, em segundo. Um melhor equilíbrio entre ambos teria sido alcançado após a revolução de julho de 1830, mas, ainda outra revolução viria, “pela vontade soberana da França”, segundo o mesmo autor, restabelecer providencialmente o Império.⁴²⁸

O autor também afirma a superioridade dos interesses da ordem social, ao tratar especificamente da desapropriação.⁴²⁹ Mas, de outra parte, revela-se

⁴²⁶ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, v. 2, p. 733.

⁴²⁷ cf. *Ibidem*, v. 2, p. 733-735

⁴²⁸ *Ibidem*, v. 2, p. LI.

⁴²⁹ *Ibidem*, v. 2, p. 13.

parcimonioso na sua crença na soberania e no poder, negando-lhes a possibilidade de caráter absoluto, para considerá-lo defeso até mesmo quando pertencentes ao povo.⁴³⁰

De outra parte, não crê na possibilidade de um conceito consistente do interesse público enquanto critério determinante da competência da Justiça Administrativa.⁴³¹ No entanto afirma que a competência é determinada pela "natureza dos interesses."⁴³²

Os conflitos e as tensões entre idéias, ao menos aparentemente, contraditórias e incompatíveis, reveladas pelo autor, vão marcar o desenvolvimento do próprio Direito Administrativo.

De outra parte, a par das tensões compreensivelmente provocadas pela instabilidade política da França, Laferrière admite como um dos marcantes fatores a moldar as concepções jurídicas a que refere como mais evoluídas, o do cristianismo, que teria representado um importantíssimo passo na superação do individualismo e do egoísmo, em favor do reconhecimento dos deveres dos indivíduos para com a coletividade.

Lançados seus fundamentos por Laferrière e pelos juristas de sua época, o Direito Administrativo toma novo impulso com a obra de Hauriou⁴³³.

Segundo o autor dos *Principes de Droit Public*, se os Poderes instituídos deveriam ser incrementados, tal incremento dever-se-ia subordinar ao fim de reforçarem-se a liberdade e a justiça em favor dos indivíduos. E inicia, assim, a determinada marcha em direção à ruptura com um dos principais fundamentos da

⁴³⁰ LAFERRIÈRE, *Cours de droit...*, v. 2, p. 8-9.

⁴³¹ *Ibidem*, v. 2, p. 762-763.

⁴³² *Ibidem*, v. 2, p. 766.

⁴³³ HAURIU, *Principes de droit...*

doutrina anterior, ou seja, com a idéia da superioridade do interesse geral como razão que teria um dia justificado a prática dos atos de império.

O interesse público deixa de ser o fundamento do Poder do Estado, para fundar, ao contrário, a sua delimitação e o seu fim.

Em sua contestação a Gerber, Hauriou nega, portanto, que as relações estabelecidas entre Estado e cidadãos sejam relações de dominação, eis que o Estado estaria subordinado aos interesses gerais⁴³⁴.

Outros decisivos autores, a partir de então, aprofundam o desenvolvimento de um conceito de Direito Administrativo, e, mesmo de Estado, ao que nos parece, alicerçado não mais no interesse público enquanto causa ou razão, mas, sim, no interesse público enquanto fim. Efetivamente, a grande preocupação de Duguit viria a ser a própria justificação do Estado.

O Estado, e não mais seus "súditos", deveria servir a um fim, que Duguit idealizou como aquele através do qual se colocaria a serviço, o serviço público.

Duguit e Jèze seriam, assim, os co-fundadores daquela que se tornou conhecida como a Escola do Serviço Público.

Como registrava Gaston Jèze, em prefácio à segunda edição de seus *Princípios*⁴³⁵, Laferrière perdera o prestígio. O próprio *Conseil D'État*, que tanto o referia, acabou consagrando decisões em oposição total a suas idéias. E, após fazer tais afirmativas, Jèze elenca as idéias que agora qualifica como superadas:

1. a distinção entre atos de autoridade ou de *puissance publique* e atos de gestão;

⁴³⁴ HAURIUO, *Principes de droit...* p. 396.

⁴³⁵ JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1925, p. XIII.

2. o princípio da irresponsabilidade do Estado enquanto soberano; e
3. o princípio da independência da administração ativa frente aos tribunais judiciais e mesmo administrativos.

Tratando das irregularidades dos atos jurídicos, o autor expressamente assevera a necessidade de conciliação dos interesses público e privado. Assim, conclui que o essencial na determinação da solução pelo anulamento ou manutenção do ato irregular não é somente a gravidade da irregularidade cometida, mas, sobretudo, a importância do interesse em causa, seja ele social ou individual⁴³⁶.

Portanto, já ao início do século XX, o Direito Administrativo francês começa a desvencilhar-se definitivamente da concepção de supremacia do interesse público, por entendê-la idêntica à concepção de razão de Estado. Tal tendência já se fazia evidente desde a obra de Berthélemy, que, muito embora não tivesse merecido a imensa repercussão que teriam Duguit e Jèze, contribuíra, sem dúvida, para a construção de um Direito Administrativo que não se fundaria na supremacia do interesse público como motivo ou causa do agir da Administração.

Efetivamente, para Henri Berthélemy, o Estado sequer seria detentor de personalidade, pois que esta levaria a reconhecer em favor dele o direito ao exercício do poder. Entendia o autor que seria extremamente perigoso compreender o poder (*puissance*) como o exercício de um direito, porque tal direito fatalmente diminuiria os direitos dos indivíduos, a pretexto do proveito dos direitos da coletividade⁴³⁷.

Assim, a evolução do Direito Administrativo em França deu-se exatamente no sentido de acautelar-se contra a possibilidade de a "razão de Estado" (que por sua

⁴³⁶ JÈZE, *Les principes...*, p. 74.

⁴³⁷ BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire...*, p. 44.

superioridade se imporia a e contra todos) voltar a servir de fundamento, causa, ou motivo, ou mesmo fim, à atividade administrativa.

As contradições ou ambigüidades dos fatores que em tal evolução influíram, como apontou Prosper Weil, necessidade de limitar o Poder Executivo e necessidade de atribuir-lhe os poderes necessários à consecução dos serviços públicos, parece terem levado a doutrina a resolver o paradoxo com a não afirmação da superioridade do interesse público, ou interesse geral.

De outra parte, o critério do interesse público, enquanto idéia-chave, como salienta Rivero, que chegou a ser utilizado por Marcel Waline como caracterizador do Direito Administrativo, foi, por este último, voluntariamente abandonado exatamente em função de sua indeterminabilidade e/ou indefinição perante casos concretos e específicos. Compreendê-lo como suficiente seria um reducionismo que a doutrina jurídica não cometera com relação a nenhuma outra especialização. A busca de uma idéia-chave apenas se teria justificado para resolver um problema mais prático do que teórico, qual seja, o de determinar quais as reclamações que deveriam ser apresentadas perante o *Conseil D'État* e quais perante o Poder Judiciário.

Em apoio ao nosso entendimento de que em França não havia clareza quanto à identificação das matérias de interesse público, encontramos a afirmação de Afonso Arinos de Melo Franco, pela qual demonstra ser preferível e mais exato substituir o pretense critério causal francês pelo critério instrumental:

Nos países onde existe uma jurisdição administrativa especializada, como é o caso clássico da França, é possível aplicar um outro critério distintivo, que podemos chamar instrumental. Será, então, de Direito público toda matéria cuja decisão competir à Justiça administrativa (na França ao Conselho de Estado e órgãos subordinados) e de Direito privado aquela que se submete à competência da Justiça

comum, ou ordinária. Tal classificação, que foi uma das oficialmente propostas na Faculdade de Direito de Paris, não tem, porém, nenhum sentido no Brasil [...]⁴³⁸

Tais, em síntese, os fundamentos doutrinários que, surgidos na França, vieram a determinar a construção da nova especialização do Direito, não só naquele país, mas no direito continental e, especialmente, no Brasil. Tal a linguagem literária a partir da qual nossa literatura jusadministrativista passou a ser construída.

III.2.1.2 As possíveis conseqüências da origem jurisprudencial do Direito Administrativo francês

Contudo, como nota Prosper Weil⁴³⁹, para a formação do Direito Administrativo, foi decisiva a criação do *Conseil D'État*, operada pela Constituição do ano VIII, e sua posterior consagração como "justice déléguée", pela Lei de 24 de maio de 1872.

Inicialmente concebido como órgão consultivo, o Conselho começa a atuar na própria preparação dos atos da Administração, sem conformá-los ao Código Civil. Um novo direito passa a ser construído, baseado não na lei escrita, mas em princípios nos quais se assentaram suas próprias decisões, tal como o princípio da responsabilidade do Estado. Como afirma Georges Vedel, a partir do *Arrêt Blanco*, decidido pelo *Tribunal des Conflits* em 1873, este Tribunal, na esteira do quanto já decidira o *Conseil D'État*, descarta definitivamente a idéia de recorrer aos textos do Código Civil, para consagrar uma teoria autônoma da responsabilidade

⁴³⁸ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, p. 21.

⁴³⁹ WEIL, *O direito...*, 1977.

administrativa.⁴⁴⁰

Subtraído ao controle do Judiciário e, mesmo do Legislativo, nasce, no ambiente do direito romano-germânico e a partir da atuação daquele *Conseil*, um direito jurisprudencial. E, talvez devido à origem desta construção, permitiu que fosse compreendido, mais do que qualquer outro, como um direito regido por princípios jurídicos antes que por regras legais. Esta quiçá a razão que teria levado a doutrina francesa e a brasileira a perseguir o mesmo intento, - que a doutrina inaugural perseguira na tentativa de propor um critério único de identificação da competência do contencioso -, ou seja, de resumir todos os princípios, ou **reduzi-los** todos, a um único e abrangente. Tal princípio único deveria ser capaz de funcionar como uma idéia-chave, ou mesmo como uma chave-mestra, apta a identificar a nova especialização do Direito, bem como a eventual competência do contencioso administrativo, ou, finalmente, como parece pretender o nosso princípio da supremacia do interesse público, a resolver, de plano, os possíveis conflitos de interesses.

III.2.2 O segundo pilar do Direito Administrativo brasileiro: a Constituição do Império de 1824

III.2.2.1. O princípio da legalidade

No entanto, a grande conquista da Revolução Francesa será definitiva não só para a conformação deste direito, como para a conformação do Estado que a partir

⁴⁴⁰ VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, v. 1, p. 187.

dela se funda.

O chamado princípio da legalidade dela surgido passa a representar, todavia, bem mais do que a exigência de lei para que os cidadãos pudessem ser obrigados a fazer ou a deixar de fazer algo. Este traço da legalidade, aliás, já teria sido sugerido por Beaumanoir, através de sua teoria do poder legislativo do rei, a ser exercido sempre e incondicionalmente pelo soberano, fundado na superioridade do interesse público, ou seja, de um pretense bem comum do reino sobre o qual aquele decidiria.

Efetivamente, com o Estado de Direito nasce, como irmão gêmeo, ou como uma outra representação de si mesmo, um princípio novo de legalidade.

As três grandes novidades desta legalidade seriam:

1. a Lei, em sentido amplo, obrigaria não só os cidadãos, os governados, como queriam Beaumanoir e Bodin, mas os próprios governantes, os legisladores e os julgadores. Ninguém mais pairaria acima do Direito. Desaparecem, assim, os poderes reais de não se submeter à própria lei editada, de suspender sua aplicação a casos específicos ou ainda de excluir terceiros da aplicação da lei;

2. a Lei não mais seria ditada por seus aplicadores, mas por um Poder específico ao qual não incumbiria a sua execução em geral; e

3. o Estado de Direito, porque conformado por tal princípio, produziria suas leis e exerceria seus poderes de acordo com uma Lei Fundamental que lhes garantiria a autoridade, bem como a estabilidade e a continuidade, e os direitos fundamentais dos cidadãos: a Constituição, em consonância com a qual deveriam estar todas as leis.

O Estado de Direito tem, pois, por princípio fundante, **este** princípio da legalidade. Tal caráter fundante, que pode traduzir-se como o próprio princípio do Estado de Direito, não parece admitir sua substituição por qualquer outro princípio.

Ao contrário, sua normatividade pode conviver, e, até mesmo exigir, o concurso de outros princípios jurídicos, sendo, a um só tempo, princípio e direito fundamental.

III.2.2.2 A Constituição do Império

A sua vez, o Direito Administrativo brasileiro teve seu nascimento marcado pela fundação de um novo país e de sua ordem constitucional própria, promulgada pela Carta de 25 de março de 1824, que estabeleceu, textualmente:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

[...]

A primeira Constituição do Brasil instituiu, portanto, expressamente, o princípio da legalidade e o Estado de Direito brasileiro. Mas, além disto, e em reforço ao mesmo, revogou também expressamente o princípio da razão de Estado.

As leis não poderiam mais ter causa em tal razão, ao contrário, deveriam visar uma utilidade pública, um fim público, um interesse público impessoal.

Tal entendimento é corroborado pelo conteúdo do inciso XXII do mesmo artigo que dispôs:

É garantido o direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico **legalmente** verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. (Grifamos)

A ordem constitucional então inaugurada, apesar de ainda conter muitos elementos autoritários, fez-se, assim, dotar de traços liberais, expurgando, com pretensões de definitividade, do repertório legal brasileiro, a razão de Estado, ou seja, uma razão, um motivo, ou interesse tal que se pudesse impor com supremacia sobre e contra quaisquer outros.

Abolido, portanto, restava o poder legislativo real que nos legara a doutrina de Beaumanoir e a soberania absoluta preconizada por Bodin. O Poder Legislativo deixava de ser fundado na suposta supremacia de um interesse dito público, e exercido, exclusiva e soberanamente, no próprio interesse do rei, nos moldes propostos por aqueles autores, sendo-lhe agora, ao contrário, vedado invocar, como motivo ou causa de decidir, qualquer outro interesse, ainda que qualificável como público, que não tivesse sua legitimidade derivada da Constituição. Portanto, o novo Estado brasileiro funda-se na Constituição e o Poder Legislativo é por ela limitado.

Todavia, reprise-se, com seu caráter autoritário temperado com algumas conquistas liberais, a nova Constituição, entretanto, lançara como alicerce definitivo da nova ordem jurídica, o princípio da legalidade, nos mesmos moldes em que o mesmo fora idealizado pela filosofia da Revolução Francesa: tudo se funda na Lei e esta se destinará ao cumprimento da utilidade pública, em sentido amplo, tanto nas questões de direito privado, quanto nas questões de direito público, ou quaisquer outras classificações possíveis. A utilidade pública não viria a se impor sobre os Cidadãos, mas sim, a se pôr a serviço dos cidadãos. Ao contrário do bem comum de que falavam Beaumanoir e Bodin, a utilidade pública referida no inciso II do artigo 179 da Constituição do Império parece ter sido conformada, por sua vinculação ao princípio da legalidade e às garantias constitucionais ora oferecidas aos brasileiros, a mais um novo princípio, - o da finalidade -, ali atribuído à própria legislação, como

forma de abolir as razões superiores às dos cidadãos, as "Reaes" e as de Estado.

III.3 O Direito Administrativo Brasileiro

A nossa doutrina jusadministrativa não teve, portanto, as mesmas causas históricas imediatas do Direito Administrativo francês: a Revolução de 1789 e as revoluções que a seguiram. A mais marcante influência filosófica que acabou por resultar naquela e influenciar aquele Direito chegou-nos através de sua doutrina. Daí a razão de a indicarmos como uma das origens de nosso Direito Administrativo.

No entanto, nossa causa imediata foi o nosso próprio ordenamento jurídico: um texto constitucional fundador de um novo país, assentado, por sua primeira Constituição, sobre os fundamentos da Lei e da expressa revogação da possibilidade de invocação de superioridade de um interesse estatal, ou imperial, sobre os demais.

Coerentemente com tal contexto histórico-jurídico, já desde seus primeiros autores, como Vicente Pereira do Rego, se revela a grande preocupação com o "respeito ao direito" e ao cumprimento dos fins do Estado. Tendo presente os textos constitucionais supra citados da Constituição do Império, mais claramente podemos, agora, compreender a afirmação de que o Estado deve conduzir suas ações pelo respeito ao direito⁴⁴¹.

De outra parte, apesar de afirmar aquele autor que a atividade da administração deveria consultar a utilidade geral, dirigindo-se pela eqüidade e pela

⁴⁴¹ Cf. REGO, *Compendio ou...*, p 2.

conveniência⁴⁴², compreende-a submetida ao princípio da legalidade. E, assim, não admite a prevalência de seus interesses sobre os particulares, como, entre outros textos, ao sentenciar:

[...] o zelo dos agentes administrativos não deve afastar-se da lei; é, pois, mister haver jurisdições instituídas para assegurarem o respeito aos direitos privados.

[...]

A autoridade, que é o ponto de partida da impulsão, não póde ordenar senão nos limites da lei [...] ⁴⁴³

Apesar de acreditar, na esteira da doutrina francesa, que a Administração não devesse ser julgada pelo Poder Judiciário, reafirma sua inteira submissão à Lei e a impossibilidade de fazer prevalecer o interesse público sobre o particular, por entendê-la adstrita a deveres determinados e à não imposição aos cidadãos de obrigações que não estivessem legalmente estabelecidas⁴⁴⁴.

De outra parte, na única oportunidade em que refere uma hipótese em que o interesse particular cede à utilidade geral, relativamente à desapropriação, apenas reconhece tal possibilidade em função de o direito de propriedade, enquanto tal, já estar subordinado ao interesse social, pelo que "não soffre quebra pelo facto da expropriação"⁴⁴⁵.

A seu turno, igualmente tendo sua obra fortemente marcada pela afirmação da legalidade, Pimenta Bueno, entretanto, apresenta um critério especial pelo qual se há de estabelecer a competência do Poder Executivo:

Com efeito, é desde logo manifesto que a gerência das relações do cidadão com o Estado, **daquelas em que a lei deu predomínio ao**

⁴⁴² Cf. REGO, *Compendio ou...*, p 5.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 5-6.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 211.

interêsse coletivo, em que colocou êste debaixo da alçada e proteção do direito Público ou Administrativo, que é ramo seu: é manifesto, dizíamos, que essa gerência deve pertencer ao poder executivo ou administrativo, pois que é o encarregado de zelar por esse dominio.⁴⁴⁶ (Grifamos)

Portanto, é a lei que define o predomínio dos interesses, não porém a Administração Pública autonomamente.

Já em Veiga Cabral⁴⁴⁷, nenhuma sugestão se encontra, nem mesmo ao tratar da desapropriação, de qualquer prevalência do interesse público sobre o privado⁴⁴⁸.

Com o Visconde do Uruguay e com Ribas, a seu turno, parece que vem à tona, com maior ênfase, embora sem grande rigor sistemático, o pensamento dos juristas franceses que mais se aproximaram do pensamento de Macarel e Laferrière, no sentido de construir um Poder Executivo especialmente dotado de poder de império. No entanto, o autor do *Ensaio sobre o Direito Administrativo* revela sua preocupação com o respeito ao direito, ao afirmar a impossibilidade de "subordinar os direitos privados a considerações de interesse público, a desconhecer, tendo em vista o bem geral, a propriedade, e a liberdade individual, substituindo o Direito pelo arbítrio"⁴⁴⁹. A mesma preocupação com o arbítrio se encontra em Ribas:

O desenvolvimento da civilização moderna trouxe em resultado a multiplicação e o estreitamento das relações sociaes, a ampliação dos recursos e necessidades publicas. Consequentemente a vigilancia, a repressão e a impulsão da autoridade devêrão tornar-se mais vastas e energicas, e as instituições administrativas progressivamente mais desenvolvidas.

Entretanto, com as idéias que vogárão nos seculos anteriores sob o regimen da monarchia absoluta, não era possível que o Direito Administrativo, se constituísse como sciencia distincta. A administração confundia-se com o governo, e entendia-se que a sua

⁴⁴⁶ PIMENTA BUENO, *Direito público...*, p. 7.

⁴⁴⁷ VEIGA CABRAL, *Direito administrativo...*

⁴⁴⁸ cf. *Ibidem*, p. 13, p. 18-19, p. 295-296.

⁴⁴⁹ RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro* Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, v. 1, p. 35.

ação não estava sujeita a regras gerais e fixas. A incoerência e o arbitrário dos preceitos administrativos, ou pelo menos a sua falta de apoio em princípios racionais, impediu que esses preceitos fossem elevados à categoria de ciência.⁴⁵⁰

Assim, os três primeiros autores antes referidos parecem ter sido melhor adequados ao ordenamento jurídico nacional de sua época, do que os dois últimos, apesar de o primeiro autor ter-se inspirado quase que integralmente em Pradier-Foderer e de que em Ribas também se podem encontrar outras afirmações em favor da regência do princípio da legalidade⁴⁵¹

A seu turno, a literatura jurídica da República igualmente passa a se estruturar sobre as convicções doutrinárias da inexistência de supremacia dos interesses públicos sobre os particulares e da sujeição à lei da atividade administrativa.

Neste sentido vê-se em Viveiros de Castro a afirmação de que “sob o ponto de vista da análise do Direito não existem dois sujeitos distintos da relação jurídica; um superior, o *Estado*, com o interesse *público* – e o outro inferior, o *particular*, com o interesse *privado*”⁴⁵²:

Há um sujeito, que é a pessoa, a qual no Direito, como sujeito da relação jurídica, é sempre idêntica: pode ser individual e social, e, nesse último caso, pode ainda ser política, doméstica e religiosa [...]

⁴⁵³

Ressalta criticamente a sugestão propiciada pela utilização da expressão *público* e sua compreensão enquanto caráter do direito do Estado, em oposição ao direito privado dos particulares, que resultaria perniciosa tanto no direito político,

⁴⁵⁰ RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: FL Pinto & C, 1866, p. 8-9.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 210, p. 218 e p. 225.

⁴⁵² VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de ciência...*, p. 89.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 89-90.

quanto no Direito Administrativo. Devido a tal sugestão, tratadistas e políticos conceituariam o direito público como “o direito do *todo*, do *Estado*, do soberano, que requer e se reveste de fôrmas, forças e meios auctoritarios particularissimos”⁴⁵⁴. A expressão, portanto, produziria um desentendimento e permitiria que se admitissem, em franca contradição com os regimes constitucionais, uma natureza privilegiada, em muitos países, para “a relação juridico-publica, os actos da auctoridade, os actos administrativos de mando, as manifestações potentes do Poder Publico...”⁴⁵⁵. No entanto, a relação jurídica havida com o Estado, que sempre se faria representar por seus agentes, especialmente seus funcionários, estaria absolutamente submetida à lei. Para o autor, o argumento da pretensa superioridade do Estado, por força da qual, segundo parte da doutrina, não deveria submeter-se ao crivo do Judiciário, é um grave equívoco. A Administração Pública não seria todo o Estado, mas apenas parte dele, responsável por funções ativas particularmente suscetíveis de lesar o direito individual. A seu turno, a intervenção dos juízes não os colocaria acima do Estado, visando tão somente impor à Administração “o respeito da lei, que é a expressão da vontade do Estado”⁴⁵⁶, sendo ela, portanto, soberana.

Entende o autor que o interesse público é o fim da atividade administrativa, entendimento este que, associado ao de que tal atividade é inteiramente submetida à lei e à negativa de qualquer caráter de superioridade do Estado, nos permitiria concluir que, se opção houvesse em sua doutrina por princípios do direito administrativo, estes seriam o princípio da legalidade e o princípio da finalidade.

⁴⁵⁴ VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de sciencia...*, p. 90.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 484.

Na maior parte dos autores que se seguiram, também não encontramos a afirmação da superioridade do interesse público sobre os interesses particulares, ou privados, muito embora, em alguns, especialmente no tratamento do instituto da desapropriação, se possa encontrar a afirmação pouco consistente de que o mesmo seria fundado no interesse público ao qual o interesse privado devesse se submeter. No entanto, tal submissão de um interesse privado ao interesse público seria sempre resultado de uma previsão legal, que retiraria sua validade da própria Constituição, conforme implícita ou explicitamente admitiam.

Neste sentido, Alcides Cruz, que, depois de afirmar que o direito de expropriação é um verdadeiro direito público e manifestação do direito da soberania geral, fundado na necessidade social de subtrair ao domínio privado a propriedade particular, ensina que nenhuma expropriação pode ter lugar sem lei que a determine.

Já na Segunda República, Ruy Cirne Lima praticamente deixará de lado a expressão interesse público e adotará como princípio tipificador do Direito Administrativo o princípio que chamou de princípio da utilidade pública, determinante da finalidade da própria Administração, como adequação à realidade a que deve servir:

Não tem, todavia, o princípio de utilidade pública conteúdo jurídico [...]
Molda-se o conceito de utilidade pública sobre o de utilidade social. Domina esta o mundo das realidades concretas: - os sedentos das grandes sêcas do Norte ouviriam com enorme aflição e decerto não suportariam a leitura de versos[...]⁴⁵⁷

Ou seja, de que valeria o Estado fomentar as artes e a cultura ao momento em que a necessidade mais premente fosse a sede provocada pelas secas? A

⁴⁵⁷ CIRNE LIMA, *Princípios...*, p. 16.

utilidade pública à qual o Estado estaria adstrito deveria ser adequada à realidade dos administrados.

Mais uma vez, portanto, faz a doutrina a opção por um princípio pelo qual a atividade administrativa deve cumprir com um fim público, ou seja, destinado ao público. E tal idéia vem confirmada pela afirmação que faz o autor, ao tratar da distinção entre a propriedade e a administração, de que "o fim, - e não a vontade, - domina tôdas as formas de administração"⁴⁵⁸. Portanto, implicitamente admite que é a atividade administrativa que se destina ao cumprimento de uma finalidade de utilidade pública - não sendo, portanto, essa utilidade pública, ou mesmo o interesse público da pessoa estatal, quem funda, ou, dá causa, a tal atuação. Ao contrário, esta será sempre fundada na lei.

As novas ideologias políticas revigoradas a partir da Revolução comunista da Rússia, todavia e paradoxalmente, parecem ter trazido à baila, mais uma vez, os mesmos argumentos de Laferrière, nos quais encontramos eco (talvez inconscientes) dos de Beaumanoir, relativos à influência (consciente ou inconsciente) da filosofia do cristianismo, na consolidação das novas ordens jurídicas, fossem elas quais fossem. Se Laferrière lamentava terem sido os direitos individuais mais protegidos do que os do Estado, sob o argumento de que propiciariam o egoísmo, isto também o pensariam os autores de esquerda, ainda que renegassem terminantemente qualquer fé religiosa. E, contraditoriamente, o mesmo discurso poderia servir ao pensamento político de direita, porque, de certa forma, em todos se sincretizavam as idéias em torno da crença da necessidade de

⁴⁵⁸ CIRNE LIMA, *Princípios...*, p. 22.

um Estado dotado de características mais autoritárias do que o permitiriam as idéias liberais, resultando por identificar liberalismo com individualismo e este com egoísmo.

Assim, apesar de que nem sempre os juristas tenham feito opções suficientemente claras do ponto de vista ideológico-político (às quais efetivamente não estariam obrigados), permitiram-se faltar com a clareza também relativamente às suas opções doutrinário-jurídicas, resultando em textos nos quais se volta a revelar uma grande ambivalência entre a consideração dos interesses sociais como superiores aos interesses particulares e a necessidade de a atividade administrativa ser submetida à lei.

Maior coerência (a qual não significará, nem sempre e necessariamente, maior acerto doutrinário), todavia, veremos em Themístocles Brandão Cavalcanti, com as afirmações de que "o Estado polícia não satisfaz mais", mas "prementes necessidades oriundas das crises económicas, dos conflitos sociais, sucessivos, impõem a organização de uma estrutura cuja complexidade é cada vez maior", pelo que, as funções do Estado "se vão ampliando no sentido da intervenção progressiva sempre maior não só no regime da propriedade, dos meios de comunicação, etc., mas também nos meios de produção [...]"⁴⁵⁹ Em decorrência, para este autor os interesses coletivos efetivamente se sobreporiam a todos e o Poder Executivo não deveria ter sua atividade sujeita à apreciação do Judiciário, sob pena de ser impedido de realizar sua finalidade precípua de prestação e garantia de funcionamento dos serviços públicos, da saúde, da ordem e da segurança coletivas,

⁴⁵⁹ CAVALCANTI, *Instituições...*, p. 72.

da vida, da subsistência, do bem estar social de todos os cidadãos. Tal visão, do ponto de vista jurídico parece pecar, todavia, eis que talvez tivesse de ser invertida acaso fossem os membros do Judiciário mais progressistas do que os governantes, fator que deveria, no entanto, ser prevenido pelo ordenamento jurídico para garantirem-se as independências das instâncias, fossem quem fossem seus representantes.

Apesar de tais convicções, entretanto, ao tratar do instituto da desapropriação e afirmá-lo fundado na prevalência do interesse público sobre o privado, acaba por comentá-lo através da análise da legislação brasileira a respeito.

Caio Tácito também parece identificar-se com as preocupações sociais de Cavalcanti, afirmando a supremacia dos interesses da coletividade, mas indo mais além, afirmando o poder de polícia como o principal instrumento do Estado "no processo de disciplina e continência dos interesses individuais"⁴⁶⁰. Para aquele autor, o poder de polícia seria a expressão máxima da superação da filosofia individualista, para cumprir com a necessária aproximação do coletivismo.

Em Seabra Fagundes também encontramos a afirmação da possibilidade de limitação de direitos em razão do interesse público, mas nos termos da lei, revelando assim sua maior preocupação com os Estados autoritários que se teriam instalado graças ao "excesso de individualismo e fraqueza do Estado liberal-democrático"⁴⁶¹.

Em outros autores percebe-se a provável tentativa de manterem-se mais neutros, do ponto de vista ideológico, optando por dar tratamento de caráter mais dogmático ao Direito Administrativo, nem sempre, entretanto, com propriedade⁴⁶²,

⁴⁶⁰ TACITO, O poder..., p. 2.

⁴⁶¹ FAGUNDES, *O contrôle...*, p. 43.

⁴⁶² Cf. MENDES DE ALMEIDA, *Noções de...*, p. 81-82 e FONSECA, *Lições...*, p. 327-329, que tratam da categoria do direito individual subjetivo e sua colisão com o interesse público, tentando solver o impasse não pela afirmação da superioridade deste, mas pela "natureza" do direito ou do interesse

ora invocando terminologia mais própria da sistemática do direito alemão (direito subjetivo), ora da sistemática do direito administrativo francês (interesse juridicamente protegido), resultando, no entanto, ao final, a relegação, praticamente à orfandade, a expressão interesse público, da qual de regra não se diz tratar-se de direito do Estado, mas vinculando-a, todavia, ao direito de supremacia deste.

Na literatura posterior ao ano de 1964, a partir do qual se instalou o regime militar, passa um considerável período em que não se encontra mais qualquer afirmação de necessária supremacia do interesse público, como se constata em Mário Masagão, o já citado Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, José Cretella Junior, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁶³, da mesma forma como nas edições posteriores de seus *Princípios*, Ruy Cirne Lima.

Os textos doutrinários que parecem ter oferecido elementos para que Celso Antonio Bandeira de Mello viesse a construir sua teoria da supremacia do interesse público podem ter sido os já referidos de Themístocles Brandão Cavacanti, Caio Tácito e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁴⁶⁴ os quais, muito embora produzidos em momentos históricos razoavelmente distintos, acabaram por fazer coincidir suas convicções quanto à superioridade, *per se*, do interesse público. E os de Pimenta Bueno, que, em sentido razoavelmente diverso, acabou por afirmar ser matéria de Direito Administrativo aquela a que a lei desse predomínio ao interesse público.

em confronto.

⁴⁶³ MASAGÃO, *Curso de...*; FAGUNDES, *O contrôle...*; MEIRELLES, *Direito administrativo...*; FRANCO SOBRINHO, *Curso de Direito...*, CRETELLA JÚNIOR, *Curso de Direito...*; MOREIRA NETO, *Curso de Direito...*

⁴⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, O., *Princípios gerais...*

No entanto, após a enunciação de tal princípio da supremacia do interesse público, por Celso Antonio Bandeira de Mello, em 1983⁴⁶⁵, a doutrina passou a adotá-lo, apesar de sua relativização, em certos autores, como se viu em autores como Celso Ribeiro Bastos⁴⁶⁶ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁴⁶⁷ Outros autores, contemporâneos a estes, todavia, quiçá influenciados pela discussão iniciada com a publicação do artigo de Humberto Ávila,⁴⁶⁸ não adotaram tal princípio, acautelando-se, ao contrário, como, por exemplo, Odete Medauar⁴⁶⁹, em seu *Direito Administrativo Moderno*, que o refere, todavia, como princípio da preponderância do interesse público.

III.4 A supremacia posta em debate

III.4.1 A recente polêmica doutrinária

A adequação do referido princípio, foi questionada expressamente, em 1998, por Humberto Bergmann Ávila, cujo artigo, *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*⁴⁷⁰, deu início a um importante debate acerca do tema.

O autor não pretendeu negar a adequação do interesse público para a teoria do Direito Administrativo, mas tão somente da sua supremacia.

⁴⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, C., *Elementos...*

⁴⁶⁶ BASTOS, *Curso de...*

⁴⁶⁷ DI PIETRO, *Direito...*

⁴⁶⁸ ÁVILA, *Repensando...*

⁴⁶⁹ MEDAUAR, *Direito administrativo...*

⁴⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

Para esclarecer sua crítica estabelece as definições preliminares a partir das quais situará o tema: princípio como axioma, princípio como postulado e princípio como norma. Axioma denotaria uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, não necessitando nem podendo ser comprovada. Postulado, como condição do conhecimento de determinado objeto, e, postulado normativo, como condições de possibilidade de conhecimento do fenômeno jurídico. Finalmente, princípio jurídico ou norma-princípio, como norma de otimização concretizável em diferentes graus, que permite e necessita de ponderação.

Afirma o autor que o chamado princípio da supremacia do interesse público teria sido definido como axioma, por Celso Antonio Bandeira de Mello, ou seja, enquanto "proposição cuja veracidade é aceita por todos"⁴⁷¹, sem necessidade de comprovação. E, além de ter-lhe atribuído tal definição, Bandeira de Mello também o afirmou como princípio jurídico, ou seja, como norma-princípio, que, como bem observa Humberto Ávila, seria, assim, destinada a regular as relações entre o Estado e o particular.

A descrição e a importância do princípio não são questionadas por Ávila, o problema estaria no seu funcionamento tal como vem sendo enunciado. Ao contrário, haveria plena adequação do interesse público para a teoria do Direito Administrativo.

Propõe sua análise como norma-princípio e como postulado normativo do Direito Administrativo. E conclui que supremacia do interesse público não seria nem postulado, nem norma, eis que não seria nem condição de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico, nem princípio do qual decorreriam, "direta ou

⁴⁷¹ AVILA, *Repensando...*, p. 161.

indiretamente, normas de conduta ou instituição de valores e fins para a interpretação e aplicação do Direito",⁴⁷² para cuja caracterização concorre fundamentalmente o fator da necessidade de ponderação.

"O importante", afirma, "é que uma relação de prevalência (*Vorrangrelation*) entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional (*bedingte Vorrangrelation*) entre as normas-princípios envolvidas [...]"⁴⁷³

Ao final, afirma:

Em face de todo o exposto [...], entendemos que o "princípio da supremacia do interesse público sobre o privado" não é rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio:

- *conceitualmente* ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas;

- *normativamente* ele não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente;

- ele não pode *conceitualmente e normativamente* descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode "o" interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados.

As ponderações feitas tornam também claro que este "princípio" não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo:

- ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público;

- ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um "princípio abstrato de supremacia" teríamos "regras condicionais concretas de prevalência" (variáveis segundo o contexto).

Dessa discussão orientada pela Teoria Geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes conseqüências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro.

A Administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse

⁴⁷² AVILA, *Repensando...*, p. 162-163.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 163.

"princípio". Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Como isso deve ser feito, é assunto para outra oportunidade.

O esclarecimento dos fatos na fiscalização de tributos, a determinação dos meios empregados pela Administração, a ponderação dos interesses envolvidos, pela Administração ou pelo Poder Judiciário, a limitação da esfera privada dos cidadãos (ou cidadãos contribuintes), a preservação do sigilo etc. são, todos esses casos, exemplos de atividades administrativas que não podem ser ponderadas em favor do interesse público e em detrimento dos interesses privados envolvidos. A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, *ao máximo*, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar.[...] ⁴⁷⁴

Dando profícua seqüência ao debate, Fábio Medina Osório, filiando-se também a Robert Alexy, dialoga com aquele autor, através de seu artigo *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?* ⁴⁷⁵ Nele trata de reafirmar a superioridade do interesse público, mas entendendo-a conseqüente das normas constitucionais protetivas de bens e valores coletivos, pelas quais se torna implícita a existência do interesse público e sua supremacia.

Reconhece, todavia, uma dificuldade no tratamento do tema, qual seja a de estabelecer-se um conceito de interesse público, "dada a grande diversidade de conteúdos que um interesse público comporta", em que pese não poder representar

⁴⁷⁴ ÁVILA, *Repensando...*, p. 177-178.

⁴⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

uma "fórmula mágica"⁴⁷⁶.

Entende o autor que a prevalência do interesse público sobre o privado seria uma norma constitucional direcionada especificamente ao controle das atividades públicas, não acarretando, desde logo, "um privilégio da Administração Pública em detrimento dos interesses dos particulares (propriedade, liberdade)"⁴⁷⁷. Com muita adequação ressalva que "a verdade é que a supremacia do interesse público sobre o privado não traduz possibilidade de arbítrio aos agentes públicos e tampouco significa que a Administração Pública possa atuar com a mesma liberdade conferida aos particulares, ao contrário", afirma o autor, "traduz limitações ainda mais rígidas à atividade administrativa"⁴⁷⁸.

Efetivamente, esta será a interpretação mais apropriada para um tal princípio, que há de dirigir-se à delimitação da atuação dos agentes públicos. Para estes, realmente, só pode haver um interesse a ser concretizado no exercício de suas funções, o interesse público. Donde a possibilidade de afirmá-lo superior, prevalente sobre o interesse do particular, mais especialmente do interesse particular do próprio agente. No entanto, talvez inadequadamente, o enunciado aponte para a superioridade, prevalência ou preferência genérica de todo interesse público sobre todo interesse que se qualifique como particular, o que, ao menos, a nosso ver, sugeriria a adoção de nova terminologia. Tal inadequação nominal é antecipada pelo mesmo Fábio Medina Osório em oportunidades em que, com grande propriedade, refere alternativamente ao princípio da supremacia do interesse público, "ou ao menos, do interesse público"⁴⁷⁹. Com razão admite, pois, a possibilidade de não ser

⁴⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia, p. 73.

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 89.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 90.

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 75 e p. 84.

aquela expressão a mais perfeita para indicar o princípio.

Ao final, afirma que a superioridade do interesse público "é uma norma constitucional que incide no Direito Administrativo brasileiro, ora como regra, ora como princípio"⁴⁸⁰ e sugere, ao encerramento do artigo, a fragilidade da terminologia empregada⁴⁸¹, com o que nos permite concluir que sustentaria o mesmo argumento relativamente ao princípio se se tratasse do princípio do interesse público.

Em 1999, é publicado o artigo de Marçal Justen Filho, intitulado *Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo*⁴⁸².

Nele o autor declara que afirmar a supremacia do interesse público "corresponde a reconhecer natureza instrumental aos poderes titularizados pelo Estado e agentes públicos", porque o exercício das competências públicas se destina à sua realização.

Reconhecendo ser comum o fato de que o poder político se refugie no princípio da supremacia do interesse público, propugna pela necessidade de prosseguir-se na tentativa de determinação do conceito de interesse público, sem referir qualquer impropriedade terminológica.

Com efeito, em que pese a validade do esclarecimento de questões de inequívoca importância do ponto de vista da teoria geral do direito, no tocante às definições apontadas por Humberto Ávila, haveria que entender-se, ainda antes, o que é interesse público e por que a expressão parece ter um conteúdo apriorístico

⁴⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia, p.105.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 107: "De qualquer modo, não poderia ser mais apropriado, em meu juízo, o debate em torno ao papel e à funcionalidade do interesse público no Direito Administrativo brasileiro, na medida em que a terminologia empregada - princípio da superioridade do interesse público sobre o privado -, a indeterminação do termo (interesse público), a importância e a atualidade do tema, recomendam, sem dúvida, o aprofundamento de estudos e de polêmicas."

⁴⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. *Revista Trimestral de direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

que, no entanto, não tem encontrado explicitação clara.

O abolimento de um princípio de supremacia parece ter sido operado com a adoção do Estado Democrático de Direito. Todavia, este, à evidência, não fez desaparecer do âmbito jurídico o interesse público, cuja titularidade deixou de ser do governante para passar à sociedade, de acordo com os instrumentos constitucionais e legais.

Para os agentes da administração pública, a referida supremacia, poderia ser considerada como integrante, ou coincidente, com o conteúdo de, ao menos, dois outros princípios retores da atividade administrativa: o princípio da finalidade e o princípio da impessoalidade. Enquanto princípio retor da atividade administrativa, ou seja, enquanto princípio do interesse público, caracterizou-se pela indisponibilidade, em consonância e harmonia com o próprio princípio do Estado Democrático de Direito.

Para os administrados, de outra parte, a supremacia do interesse público sobre o seu interesse particular só será admissível nos termos constitucionais.

Seu fundamento de validade há de ser buscado sempre na Constituição Federal, porque dela emanam os fins a serem realizados pelo Estado brasileiro e por suas administrações públicas, em todos os níveis em que sejam exercidas, bem como aqueles fins com os quais o povo e suas instituições deverão, ou poderão, participar.

III.4.2 Uma provável inadequação terminológica.

A ausência de unanimidade em relação à afirmação de um princípio de

supremacia do interesse público, denota a possível ambivalência dos administrativistas com relação ao mesmo, muito embora, unanimemente propugnem pela essencialidade do interesse público.

Efetivamente parecem ser históricas as causas de tal ambivalência.

A idéia de tal supremacia, como vimos, parece ter sido inspirada em fatores estranhos à ciência do Direito. E aqui nos vamos deter apenas ao questionamento de sua origem histórica, deixando de contestá-lo ou confirmá-lo, enquanto categoria jurídica.

Efetivamente. Vimos que no Direito Romano o interesse público se confundia, ou se esclarecia, coincidindo com o interesse do Estado Romano. Lá o conceito era utilizado como critério didático para a distinção entre o direito público e o direito privado. No entanto, em alguns textos das Institutas verificamos que, talvez, a idéia da preferência do interesse público sobre o interesse privado pudesse ter decorrido de algumas previsões legais a respeito, relativamente a situações em que os particulares devessem primeiramente satisfazer, por exemplo, suas obrigações para com o fisco, para poder gozar de seus direitos particulares, ou mesmo satisfazer a outras obrigações. Talvez, portanto, tal preferência fosse, em Roma, regra e não princípio (P. ex. os tributos devidos a Roma deveriam ter preferência sobre outros débitos).

De outra parte, a despeito de todas as críticas que se lhe pudesse fazer, no Direito Romano, por sua identificação como próprio do Estado, - como se já à época se pudesse pensar em termos de interesse secundário, tal como Alessi o classificaria modernamente-, parecia haver mais certeza sobre o que era considerado interesse público do que foi possível detectar posteriormente.

Beaumanoir, enquanto *légiste* dedicado ao estudo do direito romano, no

intento de possibilitar a construção de um direito em favor do monarca francês, buscou efetivamente naquele direito alguma inspiração, mas retirou da titularidade de tal interesse o Estado, até mesmo porque inexistente, e atribuiu-a, específica e exclusivamente ao rei e aos demais "soberanos", *como se fossem os representantes do interesse de todos*. Copiou-lhe os enunciados, que talvez fossem adequados em Roma, bem como os que foram adotados e adaptados pela Igreja e transformou a preferência em supremacia absoluta.

De outra parte, também deve ter tido alguma significativa influência, em sua concepção, sua história pessoal de vida. Como revela Laurence Montazel, nascido em 1247, filho de um poeta e funcionário público ("*bailli*") de Gâtinais, Philippe de Rémi, "não pôde suceder seu pai no feudo de Beaumanoir, tendo de se contentar com herdar o pequeno domínio de Rémi. Fez seu estudo jurídico em Orléans e talvez também em Bolonha, o que lhe possibilitou depois exercer vários cargos públicos na Administração do reino", os quais demonstram sua ascensão dentro do quadro de funcionários reais e seu comprometimento com a causa do rei francês, em favor de quem passa a atuar, em oposição aos barões locais e mesmo autoridades estrangeiras. Segundo o autor do verbete "Philippe de Beaumanoir",

suas experiências administrativas ingressam [já] no primeiro capítulo de seus *Coutumes de Beauvaisis*, terminada em 1283. Ali ele descreve o modelo ideal de um funcionário do reino, suas qualidades características bem como os requisitos técnico-específicos para exercer suas funções. Essa obra, expressão de uma época de transição, não é uma simples descrição do direito costumeiro [então vigente], senão um verdadeiro tratado jurídico, no qual a influência do direito romano, mas também do direito canônico, que ele conhecia bem, é visível. Beaumanoir apresenta-se [por um lado] como defensor da Velha Ordem, dos *Coutumes*, no momento em que ela assegura a paz social, mas [por outro lado] também como um defensor de seu tempo, que não quer permanecer preso a antigas formas, o que o faz mesclar os *Coutumes de Beauvaisis* com os *Coutumes de Paris* e assim formular um novo e supra-regional direito costumeiro com fundamento no "bem comum" e na razão. Essa ambivalência se expressa também em outros âmbitos, por exemplo

quando ele reconhece o poder superior do suserano sobre seus vassalos, mas ao mesmo tempo a subordinação daqueles à soberania do rei, ou quando ele reconhece a primazia do poder dos Tribunais (isto é: do direito comum) sobre a luta com armas (o direito subsidiário), mas ao mesmo tempo não exclui a possibilidade de um duelo via acordo em Tribunal. A rigor porém ele somente reconhece esse direito de duelo em casos de pouca importância (coisas móveis, litígios sobre herança). Sua teoria, portanto, visou, fundamentalmente, beneficiar o sistema real como forma de dar fim ao sistema feudal pelo qual patrimônio e terras, muito provavelmente, se perderiam nas sucessivas partilhas decorrentes da morte de cada um dos reis.⁴⁸³

Como era preciso reunir os súditos e vassalos em torno de um rei enfraquecido, o movimento idealizado por Beaumanoir fazia do interesse público um pretense aliado dos súditos, mas muito mais, certamente, um forte aliado da centralização do poder do rei e de seu poder legislativo. O fundamento de Beaumanoir, todavia, para a época, representava um pensamento de vanguarda: a defesa da monarquia não mais se baseava na origem sagrada dos reis, mas no bem comum, que ele acreditava que ela deveria realizar, ou seja, num bem que não seria só do rei, mas do reino, apesar de coisa daquele. A expressão público, que em Roma servira a identificar as coisas do Estado, a partir de Beaumanoir passa a coincidir com tudo quanto pertence ao Rei, como patrimônio, e ao reino, e, por extensão, passa a se impor a todos que nele vivessem.

Entretanto, se Beaumanoir, de uma parte, buscava inspiração romana para sua concepção de interesse público e sua preferência sobre os interesses dos demais, não mais a podendo fazer identificar com o que dissesse respeito ao Estado, absolutamente ausente em sua época, tomou, de outra parte, naquele direito, tão somente as expressões e as regras, e atribuiu-lhes o conteúdo que lhe sugeria sua convicção, de que a realeza deveria ser fortalecida, e sua profunda fé

⁴⁸³ MONTAZEL, Laurence. *Philippe de Beaumanoir*. In STOLLEIS, Michael. (Org.) *Juristen: ein biographisches Lexikon, von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*. Munique: Beck, 2001. Trecho especialmente traduzido pelo Orientador da presente dissertação, Dr. Itiberê Rodrigues [Juristas - Um léxico biográfico da antiguidade até o séc. XX].

religiosa⁴⁸⁴.

A partir de então, portanto, e para a literatura jurídica, alguns novos significados começaram a integrar o conteúdo da expressão, que, a um turno, a desviava do Estado para tornar-se pertinente ao Rei, e, a outro turno, a dirigia ao pretendido e subentendido significado de que o que dissesse respeito a este efetivamente beneficiasse a todos.

Por vezes, assim, em determinados momentos o *bem comum* de Beaumanoir será coisa pessoal do Rei (como as guerras que chama de públicas, mas das quais os demais Senhores só tomarão conhecimento mediante chamamento expresso daquele⁴⁸⁵, ou o impedimento de novas aquisições de terras por parte de quem já não fosse um senhor⁴⁸⁶) ou como coisa impessoal do Rei (como o cuidado que recomenda que todos os proprietários de terras tenham com relação a suas estradas⁴⁸⁷, porque elas serviriam a todos - mas, é claro, ao rei também).

Outra conotação altruística que parece vir associada desde então à concepção, e pela qual também se a deveria entender superior às questões individuais, teria sido sua maior probabilidade de identificação com valores coletivos⁴⁸⁸, mesmo que tais questões devessem ser resolvidas por uma seleta maioria:

It is not right that when a town community appoints an attorney (which some people call a representative [establi]), or when something

⁴⁸⁴ Seu livro foi ilustrado com sua figura, reverenciado a Nossa Senhora, e lhe fazendo a entrega de sua obra.

⁴⁸⁵ BEAUMANOIR, *The coutumes...*, p. 40-41.

⁴⁸⁶ Ibidem p. 530.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 265-267.

⁴⁸⁸ Como, por exemplo, com relação à necessidade de isolar os leprosos, mesmo aqueles que fossem bastardos e que por tal condição não fizessem jus a qualquer abrigo, porque o isolamento era benéfico para os saudáveis e para os doentes; bem como com relação à necessidade de dar abrigo aos pobres! (Cf. Ibidem, p. 590-591)

necessary or appropriate is done for the town, that what is done can be void because not all [the citizens] were there to give their agreement. It is enough that two-thirds of the people, and the most competent ones, were present at the agreement. For it is not right, and it should not be allowed, that the minority and the poorest citizens should be able to prevent what the majority and the most competent citizens agree to. And what we have said about representatives who are made for the people of a town refers to towns which are not chartered communes. For the chartered communes have their mayors and their assessors [jurés], who are appointed to represent the commune, and can win or lose through the power which is given to them by the terms of their charters. .⁴⁸⁹

Ou, como se pode ver em outra passagem:

When you want to do something for the good of a town you do not have to refrain from doing it because there is no unanimity; it is sufficient that the majority [la greigneur partie], -- containing the best people, is agreed. For if you had to have everyone's agreement, those who know little and have little wealth [poi valent] could disrupt things done for the common good and it would not be right to permit this⁴⁹⁰.

Bem distante da idéia de Beaumanoir de tomar o consenso, ainda que entre os melhores, para legitimar e garantir a realização de um bem pela comunidade, mas na sua esteira quanto a outros aspectos decisivos, estaria Bodin.

Efetivamente, quanto ao bem comum, ao poder legislativo real e à soberania, Bodin retoma o fundamento da necessidade de fundar-se o Estado na soberania de um monarca todo poderoso e único legislador. Mais uma vez, o interesse público desempenha um papel coadjuvante a uma clara intenção de centralização do poder e de reestruturação de um Estado, cujo regime fosse a monarquia absoluta, erigido, pretensamente, sob a inspiração do modelo romano e nomeado pela sugestiva designação de República.

Talvez, contaminado pela visão da filosofia cristã e da religião católica, tal

⁴⁸⁹ BEAUMANOIR, *The coutumes...*, p. 66.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 232-233.

interesse público fosse entendido superior por ser supostamente entendido como um sinônimo de altruísmo e generosidade para com *todos os outros* que não aquele titular único do direito de dele dispor, o soberano. E a preferência romana que antes se afirmava em favor do Estado, passava assim a se afirmar em favor de um valor que daria fundamento ao estabelecimento do Estado absolutista.

O papel representado pela concepção do interesse público não foi, portanto, jurídico. Foi essencialmente político. Habitou as mentes e os textos dos teóricos para dar inspiração aos regimes jurídicos que futuramente se instalariam na Europa. Não era retirado de possíveis regras jurídicas, como poderia ter ocorrido em Roma, nem era princípio jurídico. Seu fundamento de validade teria de ser retirado tão somente da filosofia política, cuja expressão máxima teria sido Bodin. Era a repetição de um enunciado possivelmente coincidente com alguma ou algumas regras jurídicas romanas da preferência do que respeitasse ao Estado sobre o que respeitasse aos particulares, no qual se substituíria a referência ao Estado pela referência ao *público* não mais coincidente com aquele, mas com uma noção indefinida de uma coletividade de incerta identidade, bem distante igualmente daquela *utilitas publica* de que cuidava Cícero.

A Revolução francesa, a seu turno, pretendendo a grande ruptura com o regime anterior, propiciou, na doutrina e no ordenamento jurídico que a seguiu, uma profunda ambigüidade com relação aos novos e aos velhos valores, fazendo refletir tais tensões especialmente no Direito Administrativo francês, a partir do qual teriam formação praticamente todos os outros direitos administrativos dos países pertencentes à família romano-germânica. E autores como Beaumanoir, ao lado de Defontaines e Bodin, foram expressamente referidos no Espírito das Leis, de

Montesquieu⁴⁹¹, contribuindo com a conformação da linguagem dos próprios inspiradores da Revolução.

Não obstante tais tensões, a concepção que fôra legada pelo pensamento anterior e pela religião cristã, como o admite explicitamente Laferrière, à evidência, contaminariam o direito no qual a noção de interesse público, a par de representar o mesmo papel didático de estabelecimento da distinção entre duas grandes áreas do direito, viria a representar, cristianamente, um reflexo daquele valor do altruísmo. Contaminado com tal conotação, o interesse público entra na era moderna do direito como um verdadeiro valor, superior a todos os demais, não mais questionável (porque respeita à soberania e ao sagrado), apto a justificar com o mesmo conteúdo e força o poder público responsável pelos governos e suas administrações, ajustando-se plasticamente a conteúdos tanto revolucionários como contra-revolucionários.

Fábio Medina Osório parece ter pressentido tal incoerência, com a sugestão de que a questão do interesse público talvez não estivesse recebendo o mais adequado tratamento terminológico.

Com efeito. A terminologia empregada para referir o princípio do interesse público como um princípio de supremacia parece incorrer no equívoco de invocar implicitamente a história pregressa de sua construção, enquanto expressão lingüística, e, enquanto fundamento jurídico e político, que exatamente desdiz o que o conteúdo do princípio pretende hoje realizar, na dicção de seus autores.

Supremacia foi a idéia que norteou, e tem norteadado ao longo da história, a centralização do Poder, seja em torno a um monarca soberano, ainda que destituído

⁴⁹¹ Especialmente com referência aos costumes de direito penal e de família, como o indica a nota 115, ao pé da pág. 403 do Espírito das Leis, São Paulo: Victor Civita, 1973.

de estado, seja em vista de um Estado absoluto, seja em prol de um regime autoritário, de que espécie for. Parece ter sido este o ambiente que moldou a idéia do interesse público como dotado de tal superioridade e potência para impor-se a todos.

III.5 O princípio do interesse público e o Estado Democrático de Direito

Para atender ao perfil do Estado Democrático de Direito, todavia, parece suficiente a sua consideração enquanto princípio do interesse público, porque é este o interesse que incumbe ao Estado realizar, mas do qual não necessariamente estarão excluídos os particulares.

Ao contrário, não só estes poderão protagonizar ações ou atividades próprias do interesse público, como serão os titulares de interesses ou direitos cuja realização será exatamente correspondente à consecução do interesse público. São exemplos da existência de um direito do administrado, a ser albergado pelo Direito Administrativo, ainda em fase de construção, os direitos à educação, à saúde e ao meio ambiente, ao lado dos relativos à utilização de todos os demais serviços públicos, bem como dos relativos à fiscalização da atividade administrativa e à participação nela. A falta de regulamentação infraconstitucional específica de alguns de tais direitos ou interesses não tem o condão de descaracterizá-los como pertencentes ao âmbito do Direito Administrativo. A ausência, todavia, de uma tomada de consciência por parte da sociedade e do próprio Estado quanto a eles tem levado a soluções paliativas para o seu asseguramento, como reiteradas vezes se tem visto com relação ao apelo ao Código de Defesa do Consumidor para defesa

de interesses e direitos dos usuários dos serviços públicos.

Do exemplo de tais serviços, como de outros, se pode constatar, seguramente, que a cada atendimento feito pelo Estado, ou pela pessoa a quem esteja o mesmo cometido, ou seja, a cada prestação realizada pelo Estado, ou por quem de direito, em favor do particular, cumpre-se necessariamente com o interesse público em exata coincidência com o interesse do particular. E, fora de qualquer dúvida, as hipóteses de tais coincidências ocorrem com muito maior frequência do que aquelas em que ocorrem colisões do interesse público com o particular.

Para que se dê cumprimento ao necessário princípio do interesse público não se há de recorrer ao pressuposto, à idéia preconcebida, de que seja um interesse, por natureza e de regra, propenso à colisão com interesses privados. Tal idéia, ao contrário, deve ter sido a inspiração da limitação do Poder ao qual incumbe seu exercício e não da afirmação de sua necessária prevalência. As colisões eventualmente ocorridas têm merecido, afortunadamente, solução legal, como se verifica com relação à desapropriação que se poderá impor a alguém não pela exclusiva razão de ser o interesse público superior, mas porque, em se verificando tal interesse, procederá a Administração Pública de acordo com a Constituição e a lei, para adquirir o bem pretendido mediante o pagamento da justa indenização. Nada obsta, entretanto, que a solução constitucional e legal venha a ser regrada de forma diversa, no futuro, preservada ainda assim a observância do interesse público.

A consideração do princípio do interesse público como um princípio de sua necessária supremacia parece indicar, portanto, erroneamente, uma vocação à colisão deste interesse com os interesses dos particulares. A solução pela supremacia, efetivamente, como pondera Luis Roberto Barroso, indica que o interesse público não é passível de ponderação, devendo ser seu próprio

parâmetro⁴⁹². Detem, todavia, nuances que o tornam, no Estado atual, cada vez mais coincidente com o próprio interesse do particular. Ou seja, pela realização do fim e do princípio do interesse público, dá-se cumprimento ao próprio interesse do administrado, seja este interesse classificável em qualquer categoria jurídica - direito subjetivo, expectativa de direito ou mero interesse, como referia Pimenta Bueno, ou, ainda, como queria Pereira do Rego, simples interesse.

Ao questionarmos a adequação da expressão supremacia no enunciado do princípio do interesse público não pretendemos desconstruir o princípio do interesse público, muito menos o próprio Direito Administrativo. Ao contrário, pretendemos ampliar-lhe a abrangência, para vê-lo também voltado ao reconhecimento do administrado como sujeito de direitos e deveres outros, que lhes são tão necessários quanto o de não ser "importunado" ou de ser submetido pela Administração Pública.

III.6 O Direito Administrativo e a dignidade humana

Na lição de Carlos Roberto Cirne-Lima, o primeiro princípio da Ética é o mesmo que se encontra no início da Lógica, o princípio da contradição a ser evitada, ou, o princípio da coerência, porque Ético é o que tem a qualidade de tornar-se universal⁴⁹³.

Assim, se há tensão, ou ao menos possibilidade apriorística de existência de tensão ou contradição entre o interesse público e o privado, especialmente o individual, ainda há um longo caminho a percorrer para que se cumpra com o princípio da dignidade humana. O respeito a este demanda a compatibilização de

⁴⁹² BARROSO, Prefácio..., p.xv-xvi.

⁴⁹³ Cf. CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. *Dialectic for Beginners*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 189.

todas as instâncias possíveis entre a individual e a pública. E, quando da impossibilidade de tal conciliação, há que recorrer-se a algum procedimento legal específico pelo qual se supere o impasse, porque a oposição entre os interesses não é a regra, nem o princípio.

Neste sentido, Luis Roberto Barroso quando afirma que o princípio da dignidade humana é um dos parâmetros fundamentais para a solução da colisão entre o interesse público e o interesse privado. A máxima kantiana pela qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo pretende evitar que ele seja reduzido à condição de meio para a realização de outras metas individuais ou mesmo de metas coletivas. Assim, para o autor, mesmo que determinada política represente a concretização de alguma importante meta coletiva, como a garantia da segurança e da saúde públicas, não terá como ser alcançada se implicar a violação da dignidade humana de uma só pessoa, como estariam de acordo os publicistas "comprometidos com o Estado de direito".⁴⁹⁴

Nesta vocação conciliatória e asseguradora dos direitos fundamentais, típica do Direito Administrativo, o princípio do interesse público não se torna melhor dotado com a referência à sua supremacia, mesmo que o interesse público de que pretendemos tratar, em princípio, seja tão somente o interesse público primário a que aludiu Alessi. Portanto, mais uma vez desliga-se da conotação de interesse estatal, como próprio de tal pessoa. E por tal razão desprende-se da noção de supremacia que lhe é própria e que, enquanto posição jurídica especial, o coloca a serviço da realização do interesse público.

⁴⁹⁴ BARROSO, Prefácio..., p. xvii.

Tal compreensão, portanto, nem sempre será coerente com a posição privilegiada da Administração Pública que tem sido considerada como decorrente do princípio da supremacia do interesse público. Muitos dos chamados privilégios ou prerrogativas da Administração, como os que ela tem em juízo, tiveram de ser expressamente afastados pelo ordenamento jurídico, para que efetivamente não impedissem a realização do interesse público e particular levado ao Judiciário (como ocorre com determinadas medidas liminares e com as antecipações de tutela).

IV CONCLUSÃO

As conclusões a que nos levam o presente trabalho somente se tornaram possíveis graças às investigações históricas que realizamos; à polêmica doutrinária instaurada entre autores tais como Humberto Ávila, Fábio Medina Osório e Marçal Justen Filho, a partir dos instigantes ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello e, finalmente, à crença daí surgida de que é necessário que se encontre um ponto de equilíbrio entre o dogma do primado do indivíduo e o da supremacia do interesse público, sob pena de desrespeito ao princípio da dignidade humana.

O interesse público de que tratamos na presente conclusão será o chamado interesse público primário, material ou substantivo. Sua possível coincidência ou não com os interesses estatais não será aqui enfrentada, por envolver questões outras, de tal complexidade, que nos obrigariam a outra pesquisa.

De outra parte, muito embora não tenha feito parte do objeto deste trabalho a intenção inicial que o impulsionou - de examinar o princípio da supremacia do interesse público à luz da teoria dos princípios-, esboçaremos a seguir algumas conclusões que, talvez, tenham alguma referência com aquela espécie de análise. Todavia, as conclusões agora apresentadas procuram fundar-se na coerência histórica, dentro do âmbito da doutrina jurídica, da construção de um princípio do interesse público e seu possível contraste com um princípio de supremacia do interesse público. Não importa que tenha conteúdo normativo, ou que, alternativa ou concomitantemente, tenha o conteúdo próprio de fundamento de um sistema do Direito Administrativo. Porque, assim como os juízes são os "parceiros" a que refere Dworkin num "complexo empreendimento em cadeia", também o serão os doutrinadores, que, na investigação histórica dos textos da literatura jurídica,

buscarão os conceitos e as lições capazes de sugerir-lhe o aperfeiçoamento. Doutrinadores são partícipes da construção de uma história que pode, ou não, repetir capítulos já escritos e encenados, mas que, ainda que não se repitam, forjaram um estilo, uma sintaxe e uma semântica, às vezes milenar, no âmbito da linguagem, que só podem ser alteradas ou desconstruídas ao longo de outro tanto tempo, o só que pode aconselhar a retificação de seus termos. Talvez a opção por determinadas denominações, que sugiram a substituição ou a alteração de significado, represente uma possibilidade mais eficiente de correção de seu desenvolvimento.

Destarte, passamos às conclusões:

1. O interesse público que hoje se pretende ver disciplinado pelo Direito Administrativo não se resume ao interesse estatal, nem é um bem jurídico titulado exclusivamente pelo Estado, que apenas representa a sociedade à qual pertence, conformando o exercício de sua função administrativa. Não se impõe por sua supremacia, necessariamente garantida pela supremacia jurídica do Estado, mas por força da Constituição e das leis, quando tiver sua prevalência prevista.
2. Aos tempos atuais, em franca tendência à superação das oposições e até mesmo da dicotomia entre público e privado, interesse público e interesses privados tendem à harmonia e compatibilidade, de forma até mesmo mais evidente do que entre os próprios interesses privados entre si, cujos conflitos só podem ser resolvidos através de processos pelos quais necessariamente um deles será suplantado, como os que ocorrem, nas licitações, com os licitantes. Os interesses privados realmente tendem, em princípio, à satisfação exclusiva do de cada um, raramente podendo ser complementares. O interesse privado, relativamente ao interesse público, e ao lado deste, ao contrário, representam as duas faces ou os dois modos de realização da

dignidade humana. Entre ambos há complementariedade.

Tal aspecto é bem exemplificado pela atividade de polícia. A polícia administrativa é mesmo condição e garantia de realização do interesse privado. As limitações impostas ao exercício dos direitos individuais "resultam", como ensinou Ruy Cirne Lima," da intervenção reguladora da administração pública, reclamada pelas próprias contingências do tempo, do espaço e do convívio em sociedade, para tornar possível o exercício dos direitos individuais concorrentemente assegurados" .

3. Relativamente a outras espécies de atividade administrativa, há identidade absoluta de conteúdo entre o interesse público e o interesse do particular, e, formalmente, complementariedade entre ambos. É o que ocorre com relação aos serviços públicos.

4. Há hipóteses em que o interesse do particular é superior e deve prevalecer sobre o interesse público. Assim, por exemplo, em matéria de saúde pública, não há como impor ao particular um tratamento contrariamente à sua vontade, como também não terá o poder público como impor-lhe qualquer segregação ou discriminação, porque tais medidas, por mais apropriadas que pareçam do ponto de vista da contenção ou da eliminação da doença, cedem ao interesse privado pelo qual se realiza o fim público maior de preservar e garantir os direitos fundamentais da pessoa humana. Porque, vale reprimir que, como observa Luis Roberto Barroso, "se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito"⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ BARROSO, Prefácio..., p. xvii.

5. Salvo nas hipóteses reservadas à competência exclusiva de determinada entidade pública, não há como impedir que os cidadãos executem atividades de interesse público e, portanto, lhe dêem cumprimento de forma direta, como, por exemplo, as relativas ao exercício de controle e fiscalização das próprias atividades administrativas, ou ao exercício destas quando lhe forem delegadas. Seu exercício, portanto, independe de qualquer supremacia jurídica.

Ao contrário, há que reconhecer, presentemente, inclusive, o direito à participação, como modernamente prevê nosso ordenamento, no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal. Pelo que, repita-se, a realização do interesse público não demanda, *de per si*, qualquer supremacia jurídica para fazer cumprir com qualquer caráter de superioridade daquele.

6. Como conteúdo das relações jurídicas administrativas, o interesse público é direito do administrado e dever da Administração. Apenas excepcionalmente, constituirá conteúdo de deveres ou obrigações dos administrados. E estas últimas constituirão as hipóteses em que, em havendo colisão com os interesses destes, poderá impor-se, ou levar o administrado a declinar, quando possível, da sua realização. É o que ocorre, por exemplo, com relação aos agentes públicos, com sua possibilidade de exonerarem-se, ou, sem tal possibilidade, com os proprietários de imóveis a serem desapropriados.

7. Visto, portanto, o princípio da supremacia do interesse público, como um princípio do Direito Administrativo e retor da atividade administrativa, relega a segundo plano o direito dos administrados e, portanto, corre o risco de desfazer da própria importância do interesse público que o caracteriza.

8. Enquanto princípio que impõe ao administrador a supremacia do interesse público, coincide, em conteúdo e modo de funcionamento, aos princípios da

impessoalidade e da finalidade, como indica Maria Sylvia Di Pietro. E, assim, nem sempre coincidirá necessariamente com o princípio do interesse público.

9. Entendido, todavia, como princípio pelo qual se subordina ou reprime o interesse privado, não opera a coerência com a construção doutrinária do tema, trazendo, para o presente, significações mais primitivas e menos primordiais, jamais pretendidas por seus defensores mais convictos, mas que habitam o ânimo da linguagem pela qual se expressa. E faz supor equivocadamente tratar-se de de um interesse, de regra, oposto e incompatível com os interesses privados.

10. De outra parte, a solução de eventual colisão dos interesses pela supremacia não prescinde de sua sujeição à lei, sob pena de afronta, não só ao princípio da legalidade, como, especialmente, ao princípio da dignidade humana, por força do qual o ser humano não pode ser reduzido a um meio, negando-lhe a condição de fim em si mesmo. Posta a pessoa humana como um fim em si mesmo, é ela a especial destinatária do Direito Administrativo, que, no conceito proposto por Marçal Justen Filho "é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho"⁴⁹⁶.

11. Diante de tais considerações e compreendida a história semântica de um interesse público, contaminado, desde o seu nascimento, com a idéia de supremacia, a qual teve de ser expressamente rechaçada pela própria doutrina que assim o construiu, sua explícita reafirmação põem em risco até mesmo o conteúdo que lhe é hoje sugerido. E o só fato de o Direito Administrativo Ter sido estruturado

⁴⁹⁶ JUSTEN FILO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

em torno ao dogma do primado do indivíduo, e do incremento do poder público no sentido de assegurar os serviços públicos, é revelador da necessidade de conciliação e equilíbrio entre os interesses envolvidos. Desaconselha, de outra parte, o retorno a quaisquer primados que deixem de respeitar e promover a já referida dignidade. As pessoas, os cidadãos, os contribuintes e os não contribuintes, tem sua humanidade realizada não só no âmbito individual, mas igualmente, no coletivo. E a exarcebação de qualquer um de tais aspectos, degenerado em individualismo ou coletivismo, deixará de cumprir com aspectos fundamentais daquela.

12. Incumbe ao Direito Administrativo moderno um papel muito mais amplo, do ponto de vista jurídico, social e humano, do que aquele que o estreita apenas à disciplina das atividades dos agentes da Administração. E, como assim se encontra enunciado, o chamado princípio da supremacia do interesse público pode significar este estreitamento, contrariamente à intenção de seus autores. Há, portanto, como implicitamente sugeria Fábio Medina Osório, ao menos, uma impropriedade terminológica em seu enunciado.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed nuovamente riveduta rielaborata e ampliata. Milano: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Noções de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1956.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1999.

BAILIO. In: DICIONÁRIO de língua portuguesa da infopédia. [s.l.]: Porto, 2003-2004. Disponível em <www.infopedia.pt>. Acesso em: 18 nov. 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. _____. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1: Introdução.

BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. In SARMENTO, Daniel, org. *Interesses públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. xvii.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATBIE, A. *Introduction générale au droit public et administratif*. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil D'État, 1861.

BEAUMANOIR, Philippe. *The coutumes de Beauvaisis of Philippe de Beaumanoir*. Translation F. R. P. Akehurst, Philadelphia: University of Pennsylvania, 1992.

BERTHÉLEMY, Henri. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5 ed. Paris: A. Rousseau, 1908.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Bevilacqua*. Rio de Janeiro: Rio, 1975. (Edição histórica obra originalmente publicada logo após a vigência do Código Civil de 1916, como noticia Caio Mário da Silva Pereira na Introdução à edição histórica.)

BODENHEIMER, Edgar. *Prolegomena to a theory of the public interest* In: Friedrich, Carl (Org) *The Public Interest*. New York: Atherton , 1962..

BODIN, Jean. *Les six livres de la Republique*. Lyon: L'Imprimerie de Jean de Tournes, 1579. (Editado pela 1ª vez em 1576. E também em "edition abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583", Livre de Poche - Classiques de la philosophie, Edition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie Générale Française, 1993.)

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891) comentada*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. (Edição fac-similar)

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CHEVALLIER, Jacques. Reflexions sur l'ideologie de l'intérêt général. In *Variations autour de l'ideologie de l'intérêt général*. Paris: Presses Universitaires, 1978. v. 1, p. 11-45.

CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. *Dialectic for beginners*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

COULANGES, Fustel de. *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France: la monarchie franque*. Paris: Librairie Hachette, 1888.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Interesse público: direito administrativo. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. v.45.

CRUZ, Alcides. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. cor. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves ; Paris/Lisboa: Aillaud, Alves, 1914.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIGESTO: Livro 1, 1, 1, 2. Disponível em: <<http://www.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>. Acesso em 10 dez. 2004.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1999.

EINHARD, ou Eginhard, ou Einhardus. *Vita Karoli Magni*. Disponível em <<http://www.thelatinlibrary.com/ein.html>>. Acesso em 12 out. 2003.

ESMEIN, Adhemar. *Cours élémentaire d'histoire du droit français: a l'usage des étudiants de première année*. 11 ed. Paris: Recueil Sirey, L. Larose et L. Tenin, 1912.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. Direitos públicos subjetivos do indivíduo e sua proteção jurisdicional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 96, p. 35-43, out. 1943, p 35 a 43 (ou 43 a 51?)

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

GAUDEMET, Jean. Utilitas publica. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, Paris, v. 29, n. 8F 232, 1951.

GUIZOT, M. *Collection des mémoires relatifs a l'histoire de France*. Paris: Chez J.L. Brière, 1823.

HAURIUO, Maurice. *Principes de droit public a l'usage des étudiants en Licence (3^o année) et en doctorat es sciences politiques*. 10. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1916.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1925.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. *Revista Trimestral de direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEMPSHALL, M.S. *The common good in late medieval political thought*. Oxford: Clarendon, 1999.

LAFERRIÈRE, M. F. *Cours de Droit Public et Administratif*. 4. ed. augmentée d'un Supplément et d'un Appendice relatifs aux lois et Décrets rendus depuis 1854 jusqu'en 1858. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil D'État, 1854-58.

_____. *Introduction a l'histoire des institutions administratives*. Paris: Revue de Législation et de Juisprudence, 1838.

LINTOTT, Andrew. *The Constitution of the Roman Republic*. Oxford: Oxford University, 1999.

LUCHAIRE, Achilles. *Manuel des institutions françaises: période des capétiens directs*. Genève: Mégariotis, 1979. (reimpressão da edição de Paris de 1892).

MACAREL, M.L.A *Éléments de droit politique*. Paris: Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1833.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MENDES DE ALMEIDA, Fernando H. *Noções de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1956.

MOMMSEN, Théodore. *Le droit public romain: Manuel des Antiquités Romaines*. Paris: Difusion de Boccard, 1984, v. 1, p. 1-2. (Reimpression de MOMMSEN, Théodore; Marquardt, Joachim). Traduit de l'allemand sous la direction de M. Gustave Humbert. Tome Premier: *Le Droit Public Romain*, par Théodore Mommsen, traduit sur la troisieme édition allemande par Paul Frédéric Girard. Paris: Ernest Thorin, 1892)

MONTAZEL, Laurence. *Philippe de Beaumanoir*. In STOLLEIS, Michael. (Org.) *Juristen: ein biographisches Lexikon, von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*. Munique: Beck, 2001.

MONTGOMERY, John D. Public interest in the ideologies of national development. In: Friedrich, Carl (Org) *The Public Interest*. New York: Atherton Press, 1962. p 218-236.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito Administrativo*. 10. ed. rev. ref. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992

_____. _____. 13. ed. totalmente rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. _____. 14. ed. totalmente rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NIEMEYER, Gerhart. Public interest and private utility. In: Friedrich, Carl (Org) *The public interest*. New York: Atherton, 1962. p. 1-13.

NITHARD. Histoire des dissensions des fils de Louis-le-Débonnaire: livre premier. In: GUIZOT, M. *Collection des mémoires relatifs a l'histoire de France: annales des rois Pepin, Charlemagne et Louis-Le-Debonnaire*. par Éginhard, avec une introduction, des suppléments, des notices et des notes par M. Guizot. Paris: Chez J.L.J.Brière, 1824.

NITHARDUS ou Nithard (ca. 800-845). *Historiarum libri quattuor liber primus*. Disponível em <<http://www.thelatinlibrary.com/nithardus4.html>>. Acesso em: 12 out. 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. [s.l.]: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de documentação, 1958. (Republicado).

PIRENNE, Henri. *A history of Europe: from the Invasions to the XVI century*. Translated Bernard Miall from the French of the 8th Editionn. New York: Allen, Unwin. 1956. (PIRENNE, Henri. *Histoire de l'Europe: des invasions au XVIe siècle* Type de ressource électronique: Données textuelles Publication : 1995 Description matérielle : XIII-492 p. Reproduction: Num. BNF de l'éd. de, Paris : F. Alcan ; Bruxelles : Nouvelle société d'éditions, 1936).

POMPEIUS FESTUS. *De la signification des mots*. 10. ed. Traduit pour la première fois en français par M.A.Savagner. Paris: Panckoucke, 1846. (Sexti Pompeii Festi De verborum significatione, 1471 - manuscritos dos séculos XI ou XII.)

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. v. 1, t. 2.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Lições preliminares de direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

REGO, Vicente Pereira do. *Compendio ou repetições escriptas sobre os elementos de direito administrativo para uso das faculdades de direito do império*. 3. ed. augm. e correcta. Recife: D.F. das Neves Guimarães, 1877.

REPÚBLICA. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfrano. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. v. 2.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. [s.l.]: Ministério da Justiça: Serviço de Documentação, 1968. (Obra premiada e aprovada pela Resolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861 para uso das aulas da Faculdade de Direito do Recife e São Paulo, editada em 1866 pela 1ª vez).

_____. _____. Rio de Janeiro: FL Pinto & C, 1866,

_____. _____. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. v. 1.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução Rogerio Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

_____. *Droit administratif*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973.

SANSEVERINO, Milton. Interesse público: atuação do ministério público no processo civil.. In: FRANÇA, Limonge (Coord). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 45.

SEVILHA, Isidoro. *Étymologiarum sive originum: Liber V*. Disponível em <http://www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/L/Roman/Texts/Isidore/5*.html>. Acesso em 24 out. 2003. (ETIMOLOGÍAS. Texto latino, version española y notas por Jose Oroz Reta y Manuel-ª Marcos Casquero. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993. Edicion bilingüe)

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro n. 27, p. 1-11, jan./mar. 1952.

TEIXEIRA, M. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura do Município Procuradoria Administrativa, 1949. v. 1.

THIERRY, Augustin. *Dix ans d'études historiques*. Paris: Just Tessier, 1835.

TOURS, Grégoire de. Mémoires de Grégoire de Tours: histoire des francs. In: GUIZOT, M. *Collection des mémoires relatifs a l'histoire de France*. Paris: Chez J.L.J.Brière, 1823.

URUGUAY, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. v. 1.

VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. v. 1.

VEIGA CABRAL, Nome. *Direito administrativo brasileiro*. Rio: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de sciencia da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.

VIVIEN, Auguste. *Etudes administratives*. Paris: ENALF, 1961. (Reprod de l'ed de Paris: Guillaumin, 1859).

WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6^e ed augmentée d'un supplement. Paris: Recueil Sirey, 1952.

WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Tradução portuguesa Maria da Glória Ferreira Pinto, revisão e notas: A.J. Pinto Loureiro, a partir da edição francesa de 1964. Coimbra: Almedina, 1977.

WYDUCKEL, Dieter. *Jus publicum: grundlagen und entwicklung des öffentlichen rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*. Berlim: Duncker, Humblot, 1984.