Põe em relêvo a A. a atitude omissa dos tribunais franceses, que “nunca se julgaram com o direito de apreciar a constitucionalidade das leis”, embora alguns juristas contemporâneos daquele país entendam que, se os tribunais não exercem o referido controle, é em consequência “d’une regrettable timidité”.

O trabalho em aprêço, redigido com seguro conhecimento do assunto, reflete a realidade jurídica francesa da atualidade, com referência a êste tão relevante quão debatido problema do controle da constitucionalidade das leis, ao qual se prende o do grau de supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias, diversamente encarados, um e outro, na Europa e na América.

Vê-se, através da evolução do direito constitucional francês e certamente mais do que através de sua evolução — mercê do inequívoco pendor que nêle se verifica, nesse sentido, que o duplo princípio solidário, acima enunciado, tende a derrocar o cânon da soberania do parlamento, sem prejuízo da manutenção dos elementos essenciais do sistema parlamentar de govêrno, o qual não implica necessariamente a prevalência daquele postulado, filiado, ao pé da letra, ao item da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” segundo o qual “la loi est l’expression de la volonté générale”.

Somos de parecer, em vista do exposto, que o Congresso acolha o trabalho em aprêço como uma lúcida contribuição, sobremodo útil e proveitosa, no âmbito do direito constitucional comparado, neste após-guerra, recomendando-o à atenção dos estudiosos da matéria.

Sala das Sessões, 17 de agôsto de 1950.

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PRIVADO

Ruy Cirne Lima

Professor Catedrático de Direito Administrativo e
Ciência da Administração na Faculdade de Direito da
Universidade do Rio Grande do Sul.

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PRIVADO

Aus sich selbst kann man nichts verstehen. Es ist immer nötig, die Gegenstände der Betrachtung mit anderem zu vergleichen und alsdann zuzusehen wie sie einheitlich erfasst und festgehalten werden können.

Stamler, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, 1911, p. 779.

Estamos longe da época, em que, para explicar a manifestação no Direito Administrativo de categorias jurídicas, já conhecidas no Direito Privado, se postulava abolir a distinção tradicional entre essas duas secções do direito positivo (e. g. Posada, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1897, t. I, n.º 11, p. 72),

Mas, ao revés, a intransigência em manter rigorosamente a velha distinção romana vem gerando, na literatura do Direito Administrativo, a multiplicação de “novidades”, que só o esquecimento completo dos dogmas privatísticos autorizaria fôsem consideradas tais.

Parece oportuno, pois, empreender-se o estudo dos institutos e figuras jurídicas do Direito Administrativo, em comparação com as espécies paralelas do Direito Privado, criando-se, destarte, um como Direito Comparado “ad intra”, nêsse setor importantíssimo da investigação jurídica.

Os dois ensaios que seguem, são uma contribuição a êsse “desideratum”.

§ 1

ATO ADMINISTRATIVO E ATO JURÍDICO PRIVADO

1. A presunção de legitimidade, de que o ato administrativo se reveste, faz se afirmar que a administração pública goza do privilégio de poder enganar-se (1). Entretanto, se quisermos determinar o traço distintivo, pelo qual o ato administrativo se separa do ato jurídico privado, havemos de buscá-lo nessa como onisciência jurídica da administração, que vai pressuposta na adequação perfeita da vontade declarada a todos os efeitos, de que é juridicamente capaz, adequação essencial à natureza mesma do ato administrativo.

Ao particular, admite-se que ignore êle alguns, ao menos, dos efeitos, de que é suscetível o ato jurídico a ser praticado (2). Ao poder público, não; supõe-se, antes, que êle os conheça, a todos, com minuciosa exatidão, até as consequências derradeiras.

Certo, não raro, já a norma administrativa tende a aliviar o ônus dessa cognição lógico-jurídica, pleníssima pela extensão, que se reclama à administração em face do ato administrativo. Oto Mayer aflora o conceito, ao observar que as normas administrativas trazem como conteúdo, em fração maior ou menor, a substância mesma do ato que regulam (3). Mas isso não acontece em todos os casos. Antes acontece, às vezes, que o ato completa a norma, elevando-se, êle próprio, à condição de fonte jurídica derivada, como se verifica tão freqüentemente nas manifestações da assim chamada discreção administrativa(4).

Não obstante, diz-se do ato administrativo que os efeitos dêle encontram a sua fonte no ato mesmo, isto é, na vontade da administração, e se operam, portanto, na medida em que são queridos pelo autor do negócio jurídico (5).

Tais peculiaridades, próprias do ato administrativo, são meramente o reflexo da peculiaridade, mais flagrante ainda, própria do sistema jurídico, em que o ato administrativo se insere.

(1) Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, § 2.º, p. 21: "Der Staat und die ihm gleichstehenden Träger öffentlicher Gewalt haben das grosse Vorrecht, sich irren zu dürfen".

(2) Chironi e Abello, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, t. I, Torino 1904, p. 373: "S'è osservato che spesso non esiste la volontà di produrre effetti determinati, che s'ignorano anzi taluni effetti che dal negozio giuridico deriveranno..."

(3) *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg, 1886, § 3, n.º 3, p. 19: "Die Verwaltungsrechtssätze... haben ein mehr oder weniger grosses Stück des Stofflichen der Handlung in sich eingenommen".

(4) Cf. Ferruccio Pergolesi, *Saggi su le Fonti Normative*, Milano, 1943, § 29, p. 76.

(5) O. Ranelletti, *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, Milano, 1937, n.º 38, p. 52: "E questi effetti trovano la loro fonte nell'atto cioè nella volontà dell'amministrazione; e quindi hanno luogo in quanto sono voluti dell'autore del negozio".

2. Na sistemática do Direito Administrativo, o conteúdo do ato administrativo, ou a norma jurídica o determina coativamente, premoldando a vontade da administração; ou esta o há de querer em todos os seus efeitos e consequências. Dimana a alternativa de uma razão simplíssima, a de que não há no Direito Administrativo normas dispositivas ou supletivas.

As mesmas normas jurídicas, das quais a administração recebe poder discricionário ou, seja, as pertinentes à assim chamada discreção administrativa, são essencialmente normas cogentes. James Goldschmidt advertiu agudamente que a discreção do juiz, no processo, não resulta de normas dispositivas, mas cogentes (6). A observação aplica-se à discreção administrativa, que não é uma faculdade, senão um dever da administração; e porque é um dever, irrenunciável e ilimitável por arbítrio desta, — dever prescrito, de resto, no interesse da finalidade, a que toda a atividade administrativa se vincula (7), e não no interesse subjetivo da administração "qua talis".

À inexistência de normas administrativas, de caráter dispositivo ou supletivo, deve-se, portanto, não somente o princípio de que todos os efeitos do ato administrativo hão de ser queridos pela administração, senão também a postulação, aí implícita, de uma como plenitude lógico-jurídica do ato administrativo, somente comparável à que se afirma, alhures, como atributo da ordem jurídica supra-positiva.

Na verdade, quando não executa norma jurídica, de conteúdo preciso, a administração, ao praticar, em tais termos, um ato administrativo, de alguma forma, revela direito. Maior ou menor razão assistia, realmente, a Oto Mayer, ao dizer que, na ausência de norma jurídica imediatamente aplicável, age a administração paralelamente à lei positiva, como poder de igual origem, tendo na divisão constitucional dos poderes a sua legitimação jurídica (8).

E atentos êsses pressupostos, não admira, pois, se pretenda atribuir ao ato administrativo a mesma plenitude lógico-jurídica que, cabível à ordem jurídica supra-positiva, já se pretendeu, sem embargo, atribuir à lei positiva, ainda quando se devesse, no concer-

(6) *Teoria General del Proceso*, Barcelona, 1936, n.º 31, p. 72.

(7) *Nossa Preparação à Dogmática Jurídica*, Porto Alegre, 1949, p. 57; *nossa Introdução ao estudo do Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre, 1942, § 2.º, n.º 4 a 8, p. 18 a 22.

(8) *Theorie cit.* § 3, n.º 2, p. 19. "Wo das aber nicht der Fall ist, handelt sie dann frei neben dem Gesetze als ebenbürtige Gewalt... Die Verfassungsmässige Machtverteilung allein ist ihr dafür die massgebende Rechtsordnung". A mesma idéia informa a definição, dada pelo A., em seu *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. I, Leipzig, 1895 § 8, p. 95: "ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll". Cf. *Le Droit Administratif Allemand*, t. I, Paris, 1903, § 8, p. 120.

nente a esta, reconhecer que “a onisciência do legislador é uma ficção, de vez que é uma impossibilidade” (9).

3. Não significa, porém a apontada analogia entre a lei e o ato administrativo que este não se possa qualificar como negócio jurídico. A lei mesma pode ser concebida como um negócio jurídico. Papiniano chamava-lhe já “communis reipublicae aponsio” (10); e os mesmos regalistas do século XVII não repudiam a concepção pactícia da lei. O nosso Domingos Antunes Portugal, a propósito, escreveu: “non praesumitur Principem habuisse voluntatem obligandi populum per legem, dum illam non acceptat, et sub conditione acceptationis legem tulisse intelligitur” (11).

A consequência, entretanto, que se deve tirar da afinidade evidente entre o ato administrativo e a lei, é meramente a de que, no ato administrativo, alguma cousa existe, que existe também na lei, mas não se encontra no ato jurídico privado. Esse “quid” específico, se quisermos ir diretamente ao fundo do problema, é a impessoabilidade, levada ao máximo, na determinação da vontade que, pela lei ou pelo ato administrativo, se exterioriza, a par do enunciado jurídico nêles contido.

Pode descobrir-se, decerto, maior ou menor impessoalidade na determinação da vontade, quando da prática de atos jurídicos privados; assim nos atos jurídicos do pai, ou da mãe, enquanto administrador dos bens dos filhos (Cód. Civ., art. 386); nos dos tutores e curadores (Cód. Civ., art. 439); nos dos representantes das pessoas jurídicas (Cód. Civ., art. 29 I), etc. Mas essa impessoalidade, pela qual se reconhece meramente a comunhão, entre o Direito Privado e o Direito Público, quanto ao conceito de administração, se pode ser qualificada como tal “ad intra”, face aos círculos de interesses a que respeita, mostra-se “ad extra”, antes como um reflexo da personificação, mais ou menos definida, desses mesmos círculos de ineresses, perante a sociedade, havida como um todo, em que se inserem eles como partes.

A lei e o ato administrativo deparam-nos, ao revés, a impessoalidade na determinação da vontade, levada ao máximo. O círculo de interesses, a que a lei e o ato administrativo dão expressão, é coextensivo com a própria ordem jurídica positiva vigente ou, seja, com o ordenamento jurídico da sociedade, como um todo.

A limitação nacional do direito positivo faz dêsse círculo de interesses o círculo máximo na sociedade politicamente organizada.

(9) Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, Tübingen, 1913, § 8, p. 166: “Die Allwissenheit des Gesetzesgebers ist eine Fiktion; denn sie ist eine Unmöglichkeit”.

(10) Dig., lib. I, tit. III, de legibus, fr. 1; cf. fr. 2 h. t.

(11) De Donationibus Jurium et Bonorum Regiae Coronas, Lugduni, 1726, lib. II, cap. X, n.º 90, p. 164.

Já Bártolo sinalava que a apelação interposta de decisão do regente de comunidade “superiorem non recognoscens”, haveria de ter como juiz “ipse populus... qui ipsum officialem fecit” (12).

4. A impessoalidade na determinação da vontade atinge, realmente, na lei e no ato administrativo, o máximo, de que é susceptível, comensurando-se, na sociedade politicamente organizada, não só à ordem jurídica positiva, senão também à finalidade mesma da sociedade como tal ou, seja, abstração feita da personificação estatal, à utilidade pública, dita, às vezes, também, utilidade social.

De Gérando e Macarel exprimiram a mesma idéia, o primeiro, ao escrever, do Direito Administrativo, que “l'utilité publique est toujours engagée dans le matières qu'il embrasse” (13); e o segundo, ao dizer, da administração, que “son but unique est l'utilité sociale” (14).

Ao mesmo propósito, alhures anotámos: “Que é utilidade pública? Tal como a concebemos é a expressão social do Bem Comum, a definição dêste “sub specie societatis”. O Bem Comum é mais do que a simples multiplicação aritmética, pelo número dos indivíduos na coletividade, do bem de cada qual. “Bonum commune. — adverte Santo Tomás, — et bonum singulare uius personae non differunt solum secundum multum et parvum, sed secundum formalem differentiam” (*Summa Theologica*, IIa. IIae., q. XXVII, art. 6). Êrro inexcusável seria, com efeito, atender-se em tal caso, somente aos indivíduos e às relações dêstes entre si, deixando-se em esquecimento que essas relações supõem já, de alguma forma, a existência da sociedade. Êrro maior, porém, seria referir-se à sociedade mesma a noção de Bem Comum. A sociedade e os fins desta são meramente meios para que o homem realize o próprio fim (*Santo Tomás, De Regimine Principum*, lib. I, cap. XIV). A unidade social é, apenas, a unidade da ordem, e não a dos organismos naturais (*Santo Tomás, Commentaria in Decem Libros Ethicorum*, lib. I, lect. I). Sujeito, por conseguinte, a que o Bem Comum se proponha somente pode ser o homem, — o indivíduo, na sociedade, enquanto componente dela ou, seja, enquanto parte do todo, interessado como tal na conservação dêste. A sua vez, e ainda, como consequência, a distinção entre o Bem Individual e o Bem Comum somente pode estar em que o primeiro vai referido ao indivíduo sobre si, ao passo que o último se lhe refere, enquanto parte do todo, cuja conservação lhe é um bem, em si mesma: “alia est ratio boni communis et boni singularis, sicut

(12) *Commentaria*, t. VI, in *Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis, 1602, p. 194.

(13) *Institutes du Droit Administratif Français*, t. I, Paris, 1842, n.º 3, p. 2.

(14) *Cours d'Administration et de Droit Administratif*, Paris, 1852, t. I, p. 15.

alia est ratio totius et partis” (*Santo Tomás, Summa Theologica, IIa. IIae. q. XXVI, art. 6*). Um filósofo, que fala como jurista, ensina-nos que o Bem, da Filosofia Moral, corresponde ao “frui” do Direito: é a satisfação de uma inclinação, um gozo; enquanto o Útil se equipara ao “uti” do jargão jurídico: é a utilização, o meio pelo qual se alcança o “frui” (*E. Baudin, Introduction Générale à la Philosophie, t. I, Paris, 1932, p. 18*). A sociedade, se não é capaz de um gozo (o que suporia sensibilidade), é, sem dúvida, capaz, de um “uti”, quer dizer de utilizar (o que supõe, apenas, um ordenamento social das atividades individuais) os múltiplos recursos a seu alcance, riquezas morais e riquezas materiais, de sorte a assegurar a cada qual, como os meios de persecução do bem privado que lhe toca como indivíduo, as condições essenciais ao Bem Comum, que lhe interessa como membro da coletividade” (15).

Esse, o conceito de utilidade pública, e esse, pois, o fim a que, sem aceção subjetiva, impessoalmente, o legislador e a administração se adscvem em sua atividade: “hoc est Reipublicae officium” (16).

Quanto ao legislador, a impessoalidade, ou lhe é imposta pelo dever de enunciação da regra jurídica, gerada na matriz do Direito Natural; ou lhe é exigida diretamente por aquela vinculação finalística, quando lhe cabe fixar a norma a ser editada “per modum determinationis”, em uma como opção voluntarista (17). Quanto à administração, a impessoalidade lhe é imposta pelo dever de execução da norma, de conteúdo preciso; ou imediatamente exigida pela mesma vinculação finalística que, de resto, levando aqui mais fundo a sua influência caracteriza e define a mesma atividade administrativa como um tipo específico de relacionamento jurídico. A esse respeito, escrevemos noutra oportunidade: “O caráter finalístico e teleológico da atividade administrativa não é, sem dúvida, o único a sinalar especificamente essa forma de atividade. Mas não há negar que constitui a nota principal dentre quantas compõem o conceito de administração. Na verdade, ao passo que o direito subjetivo vincula os fatos e os bens do mundo exterior imediatamente a um sujeito, a administração vincula-os a um fim. O sujeito do direito subjetivo, ao exercê-lo terá um fim em mira; mas o fim influirá sobre o bem ou fato, objeto do direito, imediatamente, através do sujeito. Diversamente, a atividade administrativa “qua talis” obedece a um fim, a que o agente é obri-

gado a adscrever-se, quaisquer que sejam as suas inclinações pessoais; e esse fim domina e governa a atividade administrativa, a ponto de caracterizar-se, em vulgar, a boa administração pela impessoalidade” (18).

5. A impessoalidade na determinação da vontade restringe-se, quanto à administração, ao ato administrativo, não se estendendo aos atos jurídicos privados, que a administração acaso pratique. Atos de Direito Privado, a administração os pratica no interesse do Estado como pessoa jurídica ou no das pessoas administrativas menores, equiparadas àquela como portadoras de poder público. A impessoalidade cede, então, o lugar à pessoalidade, quer dizer aos interesses peculiares de uma pessoa jurídica determinada.

Traduz-se historicamente o mesmo discrimine na concepção, velha e revelha, do Fisco, como personificação dos interesses privados do Estado ou como um aspecto particular da personalidade jurídica estatal, no concernente a esses interesses (19).

6. A mesma impessoalidade explica-nos, de outra parte, por que o ato administrativo há de necessariamente emanar do Estado ou de outra pessoa administrativa menor (20).

De feito, a impessoalidade, como a definimos, na determinação da vontade declarada pelo ato administrativo, somente a podem ter o Estado e as pessoas jurídicas de Direito Público, a ele equiparadas. Somente o Estado e as pessoas administrativas menores são capazes, em sua atividade administrativa, de comensurar-se, como potência, à utilidade pública, como ato; somente eles podem dizer-se “ad hoc” instituídos e organizados.

Ao demais, a mesma impessoalidade revela-nos por que o ato administrativo tem a seu favor a presunção de legitimidade, justificada pelo princípio, a que inicialmente aludimos, segundo o qual a administração pública goza do privilégio de poder enganar-se. A impessoalidade na determinação da vontade purifica o ato administrativo; fá-lo presumir isento dos defeitos que o caráter pessoal lhe poderia imprimir, oriundos da varibilidade dos interesses, de que a pessoa é suscetível.

7. Como contraparte dessas conclusões, devemos reconhecer, ainda, que as normas jurídicas, que regem o ato administrativo, como as que regem a legislação (21), hierarquicamente se sobrepõem às

(18) Nossa Preparação cit., p. 57 e 58.

(19) Cf. Gerber. Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, Leipzig. 1880, § 1, nota 2, p. 2; § 7, nota 3, p. 21.

(20) Cf. Guido Zanobini, Corso di Diritto Administrativo, t. I, Milano, 1936, p. 277: “... che la dichiarazione sia propria di un soggetto della pubblica amministrazione”; “et coeteri multi”.

(21) Kormann-List, Einführung in die Praxis des Deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen, 1930, p. 90 e 91, falam de um direito próprio da legislação, “Gesetzgebungsrecht”.

(15) Nossa Introdução cit. § 1 .nº 5, p. 12 e 13.

(16) Warnkoenig, Institutiones Juris Romani Privati, Bonnae, 1834, § 33, p. 10.

(17) Santo Tomás de Aquino, Summa Theológica, Ia. IIae., q. XCI, art. 1 (Opera Omnia. T. II, Parmae. 1853): “Dicendum quod lex importat ordinem ad finem active, inquantum scilicet per eam ordinantur aliqua in finem; non autem passive, id est, quod ipsa lex ordinetur ad finem: nisi, per accidens, in gubernante cujus finis est extra ipsam, ad quem etiam necesse est ut lex ejus ordinetur”.

normas jurídicas dispositivas ou supletivas do Direito Privado. Aque-
las, pela impessoalidade dos atos que regem, têm algo de absoluto ⁽²²⁾; estas, ao contrário, pela pessoalidade dos atos que lhes estão subme-
tidos, são necessariamente contingentes. Quando Papiniano escre-
veu: “*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*” ⁽²³⁾, não
pretendeu significar, sem dúvida, coisa diversa.

Vemos, destarte, reaparecer aqui, necessitado pelo desenvolvi-
mento da disquisição teórica, o fato a que, como fato, já nos havíamos
referido, da inexistência de normas dispositivas ou supletivas, na re-
gulação jurídica do ato administrativo ⁽²⁴⁾.

8. Resumindo, já agora, quanto ficou dito, podemos conceituar
o ato administrativo como um ato jurídico, com enderêço exclusivo
à utilidade pública, “*quoad causam finalem*”, cujo sujeito há de ser
necessariamente o Estado, ou outra pessoa administrativa menor, e
cuja disciplina jurídica consistirá em disposições cogentes específicas,
ditas de Direito Administrativo, seja qual fôr a sua feição formal.

Persiste, nesse conceito, a noção de ato jurídico; varia tão-sò-
mente o critério de sua aplicação.

Nenhuma palavra melhor encerraria, pois, êste ensaio do que
a de Ulpiano, sobre a distinção entre o Direito Privado e o Direito
Público: “*hujus studii duae sunt positiones*” ⁽²⁵⁾; acrescida, porém,
da glosa de Baldo: “*id est, duae species praedicabiles de suis sub-
jectis*” ⁽²⁶⁾.

(22) “Normas absolutas”, chama-se às do direito cogente. Cf. Espinola, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, t. I, Rio de Janeiro, 1938, nota 41, p. 105.

(23) Dig. lib. II, tit. XIV, de pactis, fr. 38.

(24) V. supra, p. 10.

(25) Dig. lib. I, tit. I, de justitia et de jure, fr. 1, § 2.

(26) In *Primam Digesti Veteris Partem*, Venetis, 1616, lib. I, tit. I, de jus-
titia et de jure, 1, juri operam, § hujus studii, n.º 6.

§ 2

DOMÍNIO PÚBLICO E PROPRIEDADE PRIVADA

1. Deve-se a construção contemporânea da doutrina do domí-
nio público a Jhering e a Brinz: Jhering desbastou o terreno, Brinz
assentou os alicerces da construção nova.

Jhering negou que fossem “a propriedade e os direitos que dela
nascem... a única forma possível de direitos sobre as coisas” ⁽¹⁾.

Brinz, à sua vez, afirmou a distinção entre o vínculo jurídico do
patrimônio à pessoa e o vínculo jurídico do patrimônio ao fim, a que
é destinado: ali, a propriedade; aqui, o “*Zweckvermögen*”, o patrimô-
nio-fim, a pessoa jurídica ⁽²⁾.

Como contraparte à sua posição negativa, face ao problema,
propôs-lhe Jhering um símile por solução: meus cabelos pertencem-
me; se os corto, passam a ser propriedade minha ⁽³⁾. Enganou-se,
entretanto, e duplamente: primeiro, quando teve como subentendido
que todo vínculo jurídico devesse constituir direito em sentido sub-
jetivo; segundo, quando supôs que a só pertinência física bastasse
para dar ser a êsse direito ⁽⁴⁾.

Mérito foi de Brinz o ter afastado do problema, senão a noção
de direito subjetivo, ao menos a idéia de sujeito de direito, naquela
pressuposta. Substituiu-a, é certo, pela noção de patrimônio-fim ou,
seja, de pessoa jurídica, também estranha à questão. Dentro, porém,
na noção de pessoa jurídica, compreende-se a noção de administra-
ção, e esta, a nosso ver, é o dado essencial, do qual a solução procu-
rada depende principalmente. A propósito da sociedade, substrato
de uma das formas mais freqüentes de personalidade jurídica, Rodino
disse excelentemente: “não pode haver sociedade sem administra-
ção”, isto é, sem “aquela série de atos econômicos e jurídicos, pelos
quais... (a sociedade) explica a função e consegue o fim, que lhe são
objeto” ⁽⁵⁾.

No conteúdo da noção de administração, concebida como forma
de atividade, encontramos, realmente, o ponto de partida para a
solução do problema.

2. Administração e direito subjetivo são dois tipos distintos
de relacionamento jurídico. Alhures escrevemos: “A palavra admi-

(1) *L'Esprit du Droit Romain*, trad. de O. de Meulenaere, t. IV, Paris, 1888,
n.º 71, p. 348.

(2) *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1886, t. III, § 432, p. 457; “Inso-
lange nicht der Zweck anstatt des Subjektes als Gehörpunkt des Vermögens anner-
kannt wird, ist Zweckvermögen in meinem Sinne nicht vorhanden”.

(3) Ob. cit., t. IV, n.º 71, nota 534, p. 348.

(4) *Nossa Preparação à Dogmática Jurídica*, Porto Alegre, 1949, p. 50.

(5) *Società Civile*, n.º 413, *Digesto Italiano*, t. XXI, Torino, 1895-1902, p. 756.

blico: “per concessionem iurium aut donationem castri cum suis pertinentiis, jurisdictionem non transferri... unde ea concessione tantum comprehenduntur proventus qui ex castro percipiuntur” (12). Unidos, tais direitos ou proventos, à dignidade de conde, chama-se-lhes, noutros documentos e em melhor latim, “pertinentia comitatus” (13).

5. Nessa relação de pertinência, ínsita na noção de administração, funda-se toda a construção jurídica do domínio público.

Não poderá haver, realmente, conceituação satisfatória do domínio público, que não faça lugar à possibilidade de propriedade privada sobre os bens que o compõem, sem prejuízo, ou embaraço de sua destinação administrativa (14). Velho e revelho já no mesmo Direito Romano (15), esse aspecto do problema do domínio público é agravado modernamente pela desenvoltura técnica, com que o Estado se move na gestão dos interesses públicos, premidido pela urgência, filha da imperiosa continuidade, essencial à execução dos serviços públicos. Daí a frequência cada vez maior com que verifica a incorporação de bens particulares ao domínio público, sem que se extinga sobre eles, anterior ou concomitantemente, o domínio privado dos proprietários, paralisado, apenas, em seu exercício.

Ora, somente um tipo de relação jurídica, diverso da figura do direito subjetivo (de que o domínio é seguramente a expressão mais vigorosa), poderá explicar a incorporação ao domínio público de bens vinculados, pelo laço da propriedade privada, a um sujeito de

(12) Praelectiones in Duodecim Libros Codicis Justiniani, ad lib. X, tit. X, tit. X, n.º 5, Opera Varia, Venetis, 1738, t. II, p. 177.

(13) Brunner-v. Schwerin, Historia del Derecho Germanico, trad. de J. L. Alvarez Lopes, Barcelona, 1935, § 18, p. 64. Outras fórmulas “... cum omnibus Arimannibus et quod pertinet ad comitatum”: “... cum Arimannia et cum Servizio quid pertinet ad comitatum”: cf. Savigny, Storia del Diritto Romano nel Medio Evo, trad. de E. Bollati, t. I, Torino, 1854, n.º 59, p. 117.

(14) Cf. Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht, Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (herausgegeben von Josef Kohler), Leipzig-Berlin, 1914, t. IV, p. 28r; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin, 1931, § 22, p. 507; Bounard, Précis de Droit Administratif, Paris, 1935, p. 459; Waline, Manuel Élémentaire de Droit Administratif, Paris, 1936, p. 469; nossos Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, Porto Alegre, 1939, § 7, p. 63; Tito Prates da Fonseca, Lições de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1943, p. 276; Zanobini, Corso di Diritto Administrativo, t. IV, Milano, 1945, p. 32; Bielsa, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1947, t. II, n.º 678, p. 435; etc.

(15) Dig., lib. XLIII, tit. VIII, ne quid in loco publico, fr. 2, § 23; “Privatae viae supliciter accipi possunt: vil hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, in quas exitur de via consulari; et sic post illam excipit via, vel iter, vel actus ad villam ducens; has ergo quae post consulem excipiunt in villas, vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse” (cf. Glück, Commentario alle Pandette, lib. XLIII-XLIV, parte III, trad. de V. Pouchain, Milano, 1905, p. 410); Dig., lib. XII, tit. I, de adquirendo rerum dominio, fr. 30: “si in ripa fluminis, quae secundum agrum meum sit, arbor nata sit, meam esse ait (Celsus filius): quia solum ipsum meum privatum est, usus et jus publicus intelligitur”; Cod., lib. XI, tit. XLIII, de aqueductu, l. 9: “... cum essent ab initio fontes privati, postquam publice usum praebuerunt... (cf. Almeida e Souza, Tractado das Aguas, Lisboa, 1827, § 12, p. 8 e § 50, p. 29).

direito, estranho por completo à atividade administrativa, de que aqueles bens participam. (16).

Esse diverso tipo de relação jurídica, encontramos-lo, — força é dizê-lo, mais uma vez, — na noção de administração.

6. O primado da destinação do bem, na construção jurídica do domínio público, revela-se, à evidência, pelas mesmas manifestações exteriores dessa destinação. O uso público, sob a forma de uso comum, é, fora de dúvida, o mais decisivo termo de contraste entre o domínio público e a propriedade privada em seu exercício normal.

Não nos cabe certamente retomar a secular discussão acêrca da distinção entre as “res iure gentium communes” e as “res publicae”; cabe-nos, antes, repetir, a tal propósito, as expressões de Voet: “non hic occupatur disputatione prolixa, an res publicae distinguandae veniunt a rebus iure gentium communibus, an non ipsae res iure gentium communes vulgo dictae re ipsa sint publicae” (17).

Na verdade, se entendemos que o conceito de domínio público se separa do de propriedade, a controvérsia escassamente poderia interessar-nos, versando, como versa, exatamente sobre a inapropriabilidade das “res communes” e a propriedade pública das “res publicae”. A relação de pertinência, que na noção de administração se encerra, sobrepõe-se à propriedade e abstrai dela. “Quoad dominium”, — digamo-lo de passagem, — além dos pertencentes ocasionalmente a particulares, os bens de uso público comum abrangem no Direito Romano os “communia omnium”: “aer, aqua profluens, et mare” (18); os “quae populi Romani sunt” (19): “litora maris” (20); “viae publicae” (21) “flumina publica” (22); e os communia civitatum”. “veluti... theatra, stadia et similia”. (23). Com respeito a todos, porém, o uso comum assenta sobre o mesmo princípio: nenhum dos utentes pode excluir os demais (24).

(16) Nossa Preparação cit., p. 61.

(17) Commentarius ad Pandectas, Hagae-Comitum, 1731, ad lib. I, tit. VIII, de divisione rerum, n.º 2.

(18) Cf. Dig. lib. I, tit. VIII, de divisione rerum, fr. 2, § 1.

(19) Dig., lib. L, tit. XVI, de verborum significatione, fr. 15.

(20) Dig., lib. XLIII, tit. VIII, ne quid in loco publico, fr. 3.

(21) Dig., lib. XLIII, tit. XI, de via publica, fr. 2.

(22) Dig., lib. XXXIX, tit. II, de damno infecto, fr. 24.

(23) Dig., lib. I, tit. VIII, de divisione rerum, fr. 6, § 1.

(24) Dig., lib. XLIII, tit. VIII, ne quid in loco publico, fr. 2, § 12: “Damnum pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequatur, qualequale sit”. Cf. Portugal. De Donationibus Iurium et Bonorum Regiae Coronae, Lugduni, 1726, lib. III, cap. VIII, n.º 26, p. 33: “Item observandum est: quod usus harum rerum communium ita omnibus competit, ut si quis in aliquo maris, aut fluminis publici diverticulo fuerit usus, non poterit alius, eodem uso uti, dum primus in usu persistit. Ex ea ratione, quia jam si mutuo se impedirent, et non conservare genus humanum; immo potius orirentur rixae et sequeretur contrarius effectus contra juris naturalis intentum”; id., lib. III, cap. IV, n.º 17, p. 12; “Nota tamen: quod licet omnibus licitum sit transire per viam publicam cum curru, si via est stricta, et duo currus simul transire nequeant, unusque el alter invicem se impediunt, ille retrocedere debet qui ducit in culpa; ea vero cessante, quaestio fort e dirimenda est”.

J. B. Victor Proudhon advertiu, pois, oportunamente: "... tout homme qui, se trouvant en position de jouir de ces choses conformément à leur destination, en serait empêché par un autre, éprouverait une injustice à raison de laquelle il aurait le droit de se pourvoir par-devant l'autorité compétente pour en obtenir réparation, puisqu'un droit établi pour tous peut être revendiqué par tous" (25).

7. Ora, diametralmente opôsto é o princípio sobre o qual assenta o exercício da propriedade privada. A construção jurídica da propriedade privada baseia-se essencialmente sobre o direito de excluir.

O reconhecimento cada vez mais nítido do conteúdo social da propriedade não mais permite, decerto, aplicar-lhe a conhecida palavra de Binding, que a definia como um buraco escuro ao centro de um círculo de normas (26). Da essência mesma da propriedade é, não obstante, esse direito de excluir que, "adversus omnes", se traduz, com relação a estes, por uma obrigação generalizada, consistente "na inação, isto é, na abstenção de qualquer ato que possa estorvar o direito" (27). E quando se diz que os direitos de crédito se originam e executam também "erga omnes", afirma-se, a respeito deles, meramente uma virtude da propriedade (28), tomada aqui em acepção mais ampla, compreendendo "a universalidade dos objetos exteriores, corpóreos e incorpóreos, que constituem a fortuna ou patrimônio de cada um" (29).

Um juízo apressado levaria, de tal sorte, facilmente à conclusão de que a propriedade privada e o domínio público são construções jurídicas que, antagônicas, nunca se teriam unido nem jamais poderiam vir a unir-se. A realidade, entretanto, é bem diversa.

8. O homem tem um corpo, ocupa um lugar no espaço. As cousas corpóreas acompanham-no nessa condição. Supostas, pois, uma coletividade de homens e uma coisa corpórea, de uso comum, acessível a todos, é visto que "o uso por qualquer deles seria, num local e num momento dados, obstáculo material ao uso dos demais" (30).

Materialmente, portanto, o utente de um bem do domínio público exclui, num lugar e num momento dados, todos os demais, na mesma medida em que estes, juridicamente, não o podem excluir, a

(25) *Traité du Domaine Public*, t. I, Paris, 1843, n.º 16, p. 20.

(26) Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1906, t. I, § 38, nota 3, p. 168: "... das Bindungs Wort von dem Loch im Zentrum eines Normenkreises".

(27) Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, 1876, Introdução, p. LXV.

(28) Teixeira de Freitas, ob. cit. p. CIII.

(29) Teixeira de Freitas, ob. cit., p. LXIX.

(30) *Nossos Princípios* cit. § 20, p. 185.

êle, enquanto ao uso do bem. Essa verificação fizeram-na já Cícero e Sêneca.

Cícero observou: "sed, quemadmodum, theatrum ut commune sit, recte tamen dici potest, ejus esse eum locum, quem quisque occupavit" (31). E Sêneca: "equestra omnium equitum Romanorum sunt: in illis tamen locus meus fit proprius, quem occupavi" (32).

Não é diferente a linguagem dos juristas clássicos, acerca das praias do mar, "quae populi Romani sunt" (33). Ulpiano escreveu: "quod si (quis)... in titore aedificet, licet in suo non aedificet, jure tamen gentium suum facit" (34). Mas esse "suum" é limitado no tempo; dura, apenas, enquanto dura a ocupação privada privada: "... aedificio dilapso, quasi jure postlimini revertitui locus in pristinum causam; et si alius in eodem loco aedificaverit, ius fiet" (35).

Quanto às "res communes omnium", os mesmos são os rumos da jurisprudência clássica. Ulpiano, a estas equiparava-lhes já as praias do mar: "... mare commune omnium est, et litora, sicuti aer" (36). E essa foi, de resto, por intermédio de Marciano (37), a lição recebida nas Institutas: "... naturali jure communia sunt omnium haec: aer, aqua profluens, et mare et per hoc litora" (38).

Ainda que os textos o não dissessem, como dizem, fora de dúvida é, porém, que o uso individual da coisa, de uso público comum, haveria de importar necessariamente uma exclusão conatural de uso idêntico da mesma coisa, ao mesmo tempo, no mesmo lugar. As leis da natureza não subjazem às leis jurídicas.

9. Traduzir-se-á, acaso, nesse uso, comum — comum, juridicamente; exclusivo, fisicamente, — uma forma anômala de propriedade, tal a propriedade coletiva ou, seja, a compropriedade, sem autonomia de quinhões individuais (39)?

Parece-nos que não. O modelo, que essa construção jurídica reproduz, ainda é o da propriedade individual. O uso individual da coisa, de uso público comum, retrata, ainda que imperfeitamente, a figura jurídica da ocupação, enquanto modo de adquirir.

(31) De Finibus, lib. III, cap. XX (Ed. Didot, Paris, 1875, t. III); cf. Alfred Pernice, *Marcus Antistius Labeo, Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, t. I, Halle, 1873, p. 271.

(32) De Beneficiis, lib. VII, cap. XII (Ed. Didot, Paris, 1877).

(33) Cf. Dig., lib. XLIII, tit. VIII, ne quid in loco publico, fr. 3.

(34) Dig., lib. XXXIX, tit. I, de operis novi nuntiatione, fr. 1, § 18.

(35) Dig., lib. I, tit. VIII, de divisione rerum, fr. 6.

(36) Dig., lib. XLVIII, tit. X, de injuriis, fr. 13, § 7.

(37) Dig., lib. I, tit. VIII, de divisione rerum, fr. 2, § 1.

(38) Inst., lib. II, tit. I, de divisione rerum, § 1.

(39) Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. I, Paris, 1925, N.º 3005, p. 985. "Exempli gratia", Waline, *Les Mutations Domaniales*, Paris, 1925, p. 196: "Nous dirons donc, avec M. Planiol, que le Domaine Public est la propriété collective de la Nation".

Das cousas, de uso comum, do domínio público, Nerácio disse excelentemente: “nec dissimilis conditio eorum est, atque piscium et ferarum; quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio ejus, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt” (40). Um traço, apenas falta à semelhança: a perpetuidade do domínio assim adquirido. Vinnio sinalou, a esse propósito, com exatidão: “non simpliciter et absolute occupantis fiunt, sed dumtaxat interea dum occupat” (41).

Aos dois conceitos, o de propriedade privada e o de domínio público, o característico, neste último, do uso comum, indica-lhes, pois, uma formação correlata, em que um traço, apenas, opera como divisor fundamental. Esse traço é o tempo. Na propriedade privada, a virtualidade do uso individual entende-se perpétua; no domínio público, transitória.

10. A perpetuidade da propriedade romana explica-se, de modo imediato, por causas políticas. “Era a propriedade genuína do povo quírite, — a observação é de Pietro Bonfante, — um direito sobre a coisa, ilimitado no espaço e no tempo, direito que, sobre o imóvel, tem todo o caráter, todo o espírito de uma verdadeira soberania territorial, fechada em si mesma e independente” (42).

Há nessa perpetuidade, entretanto, uma conveniência manifestada com a essência espiritual do homem: “expressão de nossa vontade sobre a natureza física, o domínio aspira a ter extensão igual à da nossa própria vontade” (43). Na verdade, se o espírito é imortal, perpétuo deve ser, também, o domínio, por que ele afirma o seu primado sobre as cousas.

A perpetuidade é, ao demais, a vocação metafísica do homem. O “élan” ontológico, que se ergue da matéria, vitalizável, à vida, espiritualizável, e desta, ao espírito, nalguma medida e pela graça, deificável (44), traduz-se, face ao tempo, por um correspondente esforço de libertação; do tempo intrínseco, que é o da matéria, chumbado à condição desta, permanente mas corruptível, ascende-se um degráu, na escala da liberdade, para atingir o tempo discreto ou descontínuo, seqüência de operações vegetativas e sensitivas, que é o da vida (45), e dêste, mais um degráu ainda, para alcançar o eviterno, no qual o espírito, de alguma forma, participa da divina

(40) Dig., lib. XLI tit. I, de adquirendo rerum dominio, fr. 14.

(41) Institutionum Imperialium Commentarius, Logduni, 1755, lib. II, tit. I, de divisione rerum, n.º 3.

(42) Storia del Diritto Romano, t. I, Milano, 1923, p. 179.

(43) Lacerda de Almeida, Direito das Cousas, t. I, Rio de Janeiro, 1908, § 9, p. 76.

(44) M. Blondel, L'Être et les êtres (Essai d'une Ontologie concrète et intégrale), Paris, 1935, p. 116.

(45) Bergson, L'Évolution Créatrice, Paris, 1929, p. 31: “... on pourrait dire de la vie, comme de la conscience, qu'à chaque instant elle crée quelque chose”.

eternidade (46), que é, afinal, possível pela contemplação eviterna, e verdadeira libertação de todo o tempo (47). Nesse “élan” supremo, as cousas suspendem-se ao homem, alçam-se com ele ao eviterno, servindo-lhe como de lastro na ascensão e como se anteparo à irradiação cegante da luz divina (48).

O domínio, o vínculo jurídico, pelo qual essas mesmas cousas se prendem ao homem, não poderia, pois, deixar de sobrepor-se ao tempo, comensurando-se, antes, à eviternidade, a que o homem as arrasta em subida ciclicamente incessante pelos degraus do ser. A administração, ao contrário, como tipo distinto de relacionamento jurídico, vincula os bens do domínio público, a um fim essencialmente temporal, abstraindo, por completo, da pessoa, a cujo destino moral se encontrem eles ligados pelo laço da propriedade.

Pela administração pública, provê-se aos fins da Cidade terrena, — “ad tuendam civium securitatem et ad vitam civilem tam commodiorem quam jucundiores efficientiam, totiusque reipublicae salutem et prosperitatem promovendam” (49).

Mas, de qualquer maneira, como o céu se pode refletir na poça d'água, e a eternidade no tempo, assim também a propriedade privada, em toda a sua grandeza, “sub specie aeterni”, reflete-se na construção jurídica, “sub specie temporis”, do domínio público.

Não se trata de conceitos antagônicos; são como linhas paralelas e, como a estas, podemos nós uni-los, se nos alteamos sobre o finito, e, do infinito, os consideramos.

APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO EM PLENÁRIO

Relator: JOÃO LEITÃO DE ABREU

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins — Temos sobre a mesa a tese “DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PRIVADO”, de autoria do nobre professor dr. Ruy Cirne Lima.

Concedo a palavra ao dr. João Leitão de Abreu, relator da tese na 6.ª Comissão, para dar conhecimento ao plenário do parecer e proceder a leitura da tese, conforme resolveu aquela Comissão.

O SR. JOÃO LEITÃO DE ABREU — Exmo. Sr. Presidente, senhores Congressistas, meus senhores.

(46) Santo Agostinho, De Civitate Dei, lib. III, cap. XIV (Opera Omnia, Ed. Migne, t. VII, Parisiis, 1841): “... a temporalibus ad aeterna capienda”.

(47) Nossa Preparação cit., p. 66.

(48) M. Blondel, ob. cit. p. 137: Ils ont donc pour ainsi dire un sort commun et ne peuvent se passer entièrement les uns des autres, soit pour réaliser leur propre degré d'existence en participant à des formes supérieures, soit pour se servir de lest dans leur ascension et comme d'écran contre l'irradiation aveuglante d'une divine lumière”.

(49) Warnkoenig, Institutiones Juris Romani Privati, Bonnae, 1834, § 33, p. 10.

Eis o parecer aprovado pela 6.^a Comissão:

"Partindo da asserção de que a intransigência em manter rigorosamente a velha distinção romana entre Direito Público e Direito Privado vem gerando, na literatura do Direito Administrativo, a multiplicação de "novidades", que só o esquecimento completo dos dogmas privatísticos autorizaria fôsem consideradas tais, conclui o ilustre professor Ruy Cirne Lima mostrar-se oportuno empreender o estudo dos institutos e figuras jurídicas do Direito Administrativo, em comparação com as espécies paralelas do Direito Privado, criando-se, destarte, um como Direito Comparado "*ad intra*", nesse setor importantíssimo da investigação jurídica. Como contribuição a êsse "desideratum", elaborou ensaios sobre "Ato administrativo e ato jurídico privado" e "Domínio público e propriedade privada". Como a totalidade dos membros da Comissão não só tem conhecimento pessoal e direto dos termos da tese do professor Ruy Cirne Lima, como concorda, ainda, plenamente, com as conclusões a que, com a habitual maestria, chegou o eminente juriconsulto, deliberou a mesma Comissão encaminhar a aludida tese ao plenário do Congresso com a recomendação de que a aprove integralmente. Tratando-se por outro lado, de trabalho não muito extenso, resolveu, também, a Comissão dispensar o relatório acêrca da tese e designar um dos seus membros para, em plenário, proceder-lhe à leitura".

Cumprindo essa determinação, o relator passou a ler a tese do professor Cirne Lima, que mereceu integral aprovação do plenário.

NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello

Professor Catedrático da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Capítulo I

DO SERVIÇO PÚBLICO

1 — A vida isolada do homem, é, em regra geral, impossível. Pela própria natureza, são os entes humanos impelidos a viver em sociedade. Além disso, percebendo as vantagens que resultam da cooperação dos seus semelhantes, não podem deixar de desejá-la. Temos, portanto, que a vida social é uma resultante dêsses dois elementos: necessidade e liberdade.

Daí, o dever de colaboração recíproca, concretizado no princípio de solidariedade, não só impôsto pela própria natureza, como, ainda, querido, por verificar-se que convém à vida em comum.

O meio exterior apropriado é fisicamente adequado ao desenvolvimento do nosso organismo, para êste percorrer o ciclo natural da sua evolução. Por sua vez, o meio social apropriado é psicologicamente adequado aos nossos sentimentos e aos nossos pensamentos, para se manifestarem e se aprimorarem.

Para que a vida em sociedade possa frutificar, exige a prática de certas atividades e, por outro lado, a abstenção de outras. Isto, é, tôdas aquelas atividades que contribuem para a vida social prospera devem ser praticadas, bem como devem ser evitadas tôdas as que lhe forem prejudiciais. Eis aí, a conclusão imposta: a união dos esforços individuais para a realização de fim comum, constituidor do bem da coletividade.

A expansão da personalidade humana exige, — e isso é de senso comum — a formação de várias sociedades, algumas naturais e outras convencionais, sendo, conseqüentemente, necessárias as primeiras e voluntárias as segundas.