DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PRIVADO

RUI CIRNE LIMA

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

SUMÁRIO: *Ato administrativo e ato jurídico privado. Domínio público e propriedade privada.*

* Estamos longe da época em que, para aplicar a manifestação no Direito Administrativo de categorias jurídicas, já conhecidas no Direito Privado, se postulava abolir a distinção tradicional entre essas duas seções do direito positivo (*e.g.*, Posada, "Tratado de Derecho Administrativo", Madri, 1897, t. I, n.º 11, pág. 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 fôssem 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*, nesse setor importantíssimo da investigação jurídica.

Os dois ensaios que seguem são uma contribuição a êsse *desideratum*.

§ 1.º — ATO ADMINISTRATIVO E ATO JURÍDICO PRIVADO

1. A presunção de legitimidade, de que o ato administrativo se reveste, faz se afirme 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 ad-

* Trabalho apresentado ao Congresso Jurídico comemorativo do Cinqüentenário da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

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

ministração que vai pressuposta na adequação perfeita da vontade declarada a todos os efeitos, de que é jurìdicamente 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 conseqüências derradeiras.

Certo, não raro, já a norma administrativa tende a aliviar o ônus dessa cognição lógico-jurídica, plenìssima 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 vêzes, 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 discrição 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 de peculiaridade, mais flagrante ainda, própria do sistema jurídico, em que o administrativo se insere.

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 conseqüências. Dimana a alternativa de uma razão simplìssima, 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 discrição administrativa, são essencialmente normas cogentes. James Goldschmidt advertiu agudamente que a discrição do juiz, no processo, não resulta de normas dispositivas, mas cogentes.[6] A observação aplica-se à discrição 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 interêsse da

---

2 Chironi e Abello, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, t. I, Turim, 1904, pág. 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 *Teorie des Französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg, 1886, § 3, n.º 3, p. 19. *"Die Verwaltungsrechtssätze... haben ein mehr oder weniger grösses Stück des Stofflichen der Handlung in sich eigenommen"*.

4 Cf. Ferrucio Pergolesi, *Saggi su le Fonti Normative*, Milão, 1943, § 29, p. 76.

5 O. Ranelletti, *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, Milão, 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 sonno voluti dell'autore del negozio"*.

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

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

finalidade, a que tôda a atividade administrativa se vincula, [7] e não no interêsse subjetivo da administração *qua talis*".

À inexistência de normas administrativas, de caráter dispositivo ou supletivo, deve-se, portanto, não sòmente 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, sòmente 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 têrmos, 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 concernente 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 êste não se possa qualificar como negócio jurídico. A lei mesma pode ser concebida como um negócio jurídico. Papiniano chamava-lhe já "communis reipublicae sponsio"; [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 conseqüência, entretanto, que se deve tirar da afinidade evidente entre o ato administrativo e a lei, é meramente a de que, no ato administrativo, alguma coisa existe, que existe também na lei, mas não se encontra no ato jurídico privado. Êsse *quid* específico, se qui-

---

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

8 *Teorie* 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 Machtvertheilung 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 obrigketlicher 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.

9 Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zwecksmässgkeitserwägung*, Tübingen, 1913, § 8, p. 166: *"Die Allwissenheit des Geteszgebers ist eine Fiktion; denn sie ist eine Unmöglichkeit"*,

10 Dig., lib. I, tít. III, *de legibus*, fr. 1; ef. fr. 2 h. t.

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

sermos ir diretamente ao fundo do problema, é a impessoalidade, 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, de certo, 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. Civil, art. 386); nos dos tutores e curadores (Cód. Civil, art. 439); nos dos representantes das pessoas jurídicas (Cód. Civil, 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 interêsses a que respeita, mostra-se, *ad extra*, antes como um reflexo da personificação, mais ou menos definida, dêsses mesmos círculos de interêsses, perante a sociedade, havida como um todo, em que se inserem êles como partes.

A lei e o ato administrativo deparam-nos, ao revés, a impessoabilidade na determinação da vontade, levada ao máximo. O círculo de interêsses 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 interêsses o círculo máximo na sociedade polìticamente organizada. 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 suscetível, comensurando-se na sociedade polìticamente organizada, não só a ordem jurídica positiva, senão também à finalidade mesma da sociedade como tal, ou seja, abstração feita da personificação estatal, à utilidade pública, dita, às vêzes, também, utilidade social.

De Gerando e Macarel exprimiram a mesma idéia, o primeiro, ao escrever, do Direito Administrativo, que *"l'utilité publique est toujours engagée dans les 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 anotamos: "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 São Tomás — *et bonum singulare unius personae non differunt solum secundum multum et parvum, sed secundum formalem differentiam"*

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.

("Summa Theologica", IIa. IIae., q. XXVI, art. 6). Êrro inescusável seria, com efeito, atender-se, em tal caso, sòmente 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 (São Tomás, "De Regimine Principum", lib I, cap. XIV). A unidade social é, apenas, a unidade da ordem, e não a dos organismos naturais (São Tomás, "Commentaria in Decem Libros Ethicorum", lib. I, lect. I). Sujeito, por conseguinte, a que o bem comum se proponha sòmente pode ser o homem, — o indivíduo, na sociedade, enquanto componente dela, ou seja, enquanto parte do todo, interessado como tal na conservação dêste. À sua vez, e ainda, como conseqüência, a distinção entre o bem individual e o bem-comum sòmente pode estar em que o primeiro vai referido ao indivíduo sôbre 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 alia est ratio totius et partis"* (São 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 gôzo; 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, página 181). A sociedade, se não é capaz de um gôzo (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, com 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].

Êsse, o conceito de utilidade pública, e êsse, pois, o fim a que, sem acepção subjetiva, impessoalmente, o legislador e a administração se adscrevem 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, ca-

15 Nossa *Introdução*, cit., § 1, n.º 5, ps. 12 e 13.

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

17 São Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, Ia. IIae., q. XCI, art. 1 (*Opera Omnia*, t. II, Parmae, 1853): *"Dicendum quod lex importat ordinem ad finem active, inquantum scilicet per eam ordinatur aliqua in finem; non autem passive, id est, quod ipsa lex ordinetur ad finem: nisi, per accidens, in gubernante cujus finis est extra ipsum, ad quem etiam necesse est ut lex ejus ordinetur"*.

racteriza e define a mesma atividade administrativa como um tipo específico de relacionamento jurídico. A êsse respeito, escrevemos noutra oportunidade: "O caráter finalístico e teleológico da atividade administrativa não é, sem dúvida, o único a sinalar especìficamente 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 sôbre o bem ou fato; objeto do direito, mediatamente, através do sujeito. Diversamente, a atividade administrativa *qua talis* obedece a um fim, a que o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam as suas inclinações pessoais; e êsse 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 interêsse do Estado como pessoa jurídica ou no das pessoas administrativas menores, equiparadas àquele como portadoras de poder público. A impessoalidade cede, então, o lugar à pessoalidade, quer dizer, aos interêsses peculiares de uma pessoa jurídica determinada.

Traduz-se històricamente o mesmo discrime na concepção, velha e revelha, do Fisco, como personificação dos interêsses privados do Estado ou como um aspecto particular da personalidade jurídica estatal, no concernente a êsses interêsses. [19]

6. A mesma impessoalidade explica-nos de outra parte, porque o ato administrativo há de necessàriamente 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, sòmente a podem ter o Estado e as pessoas jurídicas de Direito Público, a êle equiparadas. Sòmente o Estado e as pessoas administrativas menores são capazes, em sua atividade administrativa, de comensurar-se como potência, à utilidade pública, como ato; sòmente êles 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 impessoa-

---

18 Nossa *Preparação*, cit., ps. 57 e 58.

19 Cf. Gerber, *Gundzüge des Deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1880, § 1, nota 2, p. 2; § 7, nota 3, p. 21.

20 Cf. Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, Milão, 1936, p. 277: "*...che la dichiarazione sia propria di un soggetto della pubblica amministrazione*"; *et coeteri multi*".

lidade na determinação da vontade purifica o ato administrativo; fá-lo presumir isento dos defeitos que o caráter pessoal lhe poderia imprimir, oriundos da variabilidade dos interêsses, 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] hieràrquicamente se sobrepõem às normas jurídicas, dispositivas ou supletivas do Direito Privado. Aquelas, pela impessoalidade dos atos que regem, têm algo de absoluto; [22] êstes, ao contrário, pela pessoalidade dos atos que lhes estão submetidos, são necessàriamente contingentes. Quando Papiniano escreveu: *"jus publicum privatorum pactis mutari non potest"*, [23] não pretendeu significar, sem dúvida, coisa diversa.

Vemos, destarte, reaparecer aqui, necessitado pelo desenvolvimento da disquisição teórica, o fato a que, como fato, já nos havíamos referido, da inexistência de normas dispositivas ou supletivas, na regulação 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 necessàriamente 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 sòmente o critério de sua aplicação.

Nenhuma palavra melhor encerraria, pois, êste ensaio do que a de Ulpiano, sôbre 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 subjectis"*. [26]

§ 2.º — DOMÍNIO PÚBLICO E PROPRIEDADE PRIVADA

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

Jhering negou que fôssem "a propriedade e os direitos que dela nascem... a única forma possível de direitos sôbre as "coisas". [27]

---

21 Kormann-List, *Einführung in die Praxis des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1930, ps. 90 e 91, falam de um direito próprio da legislação. *Gesetzgebungsrecht.*

22 *Normas absolutas*, chama-se às do direito cogente. Cr. Espínola, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, t. I, Rio de Janeiro, 1938, nota 41, p. 105.

23 Dig., lib. II, tít. XIV, de pactis, fr. 38.

24 V. *supra*, p. 10.

25 Dig., lib. I, tít. I, de justitia et de jure, fr. 1, § 2.

26 In Primam Digesti Veteris Partem, Venetiis, 1616, lib. I, tít. I de justitia et de jure, 1, juri operam, § hujus studii, n.º 6.

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

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 patrimônio-fim, a pessoa jurídica. [28]

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. [29] Enganou-se, entretanto, e duplamente: primeiro, quando teve como subentendido que todo vínculo jurídico devesse constituir direito em sentido subjetivo; segundo, quando supôs que a só pertinência física bastasse para dar sêr a êsse direito. [30]

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 administração, e esta, a nosso ver, é o dado essencial, do qual a solução procurada depende principalmente. A propósito da sociedade, substrato de uma das formas mais freqüentes de personalidade jurídica, Rodino disse excelentemente: "não pode haver sociedade sem administração", 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". [31]

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 administração costuma empregar-se, em Direito Privado, por oposição a propriedade. Aos atos de administração, o Código de Napoleão opõe os atos de propriedade (art. 1.988). Viciosa, embora, a expressão *"actes de propriété"* sublinha bem o contraste. Administração se diz, assim, a atividade do pai, ou da mãe, relativamente aos bens dos filhos; a dos tutores, relativamente ao patrimônio dos tutelados. Administração chama-se também à atividade dos dirigentes de associações, sociedades e fundações. Em todos êsses passos, vemos, realmente, separadas a propriedade, ou titularidade, e a administração. Qual o critério dessa separação? O da finalidade do bem. Enquanto a propriedade, ou titularidade, opera a vinculação do bem ao sujeito de direito, a administração vincula o mesmo bem ao fim, a que deve servir. O fim, a que natural ou jurìdicamente, por destinação econômica ou prescrição legal, o bem deve servir, determina os limites da administração. Inepto o sujeito de direito para realizar êsse fim, separam-se a pro-

28 *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1886, t. III, § 432, p. 457: *"Insolange nicht der Zweck anstatt des Subjekts als Gehörpunkt des Vermögens annerkannt wird, ist Zweckvermögen in meinen Sinne nicht vorhanden"*.

29 Ob. cit., t. IV, n.º 71, nota 534, p. 48.

30 Nossa *Preparação à Dogmática Jurídica*, Pôrto Alegre, 1949, p. 50.

31 *Società Civile*, n.º 413. *Digesto Italiano*, t. XXI, Turim, 1895-1902, p. 756.

priedade, ou titularidade, e a administração, para atribuir-se, esta, a pessoa capaz". [32]

3. Sem embargo, no Direito Privado, pela natureza mesma de suas manifestações, a atividade administrativa se nos apresenta dispersa e múltipla, irredutível a uma forma unitária. Diversamente, no Direito Público, a atividade administrativa, centralizada ou descentralizada, supõe, em qualquer caso, um núcleo central unitário, do qual ou para o qual procede, — um centro, enfim, que lhe atribui e mantém a unidade. Êsse centro é o Estado.

Em ambas as províncias jurídicas, o conceito de administração, entretanto, não varia essencialmente, embora, no Direito Público, a influência e as repercussões do conceito sejam incomensuràvelmente mais extensas do que no Direito Privado. Na verdade, pôsto a administração seja essencialmente uma relação, pela qual um fato ou um bem se vincula imediatamente a um fim, êsse mesmo fim necessàriamente há de determinar, não sòmente o desenvolvimento da atividade como tal, senão, também, a disposição e o aparelhamento do agente *"quoad actionem"*. Se o agente fôr, a exemplo do Estado, uma pessoa jurídica, a disposição dêle para a ação traduzir-se-á por uma forma determinada de organização. A atividade administrativa, realmente, é que determina a organização administrativa do Estado. À Ciência do Direito Administrativo, digamo-lo, de passagem, — e não à do Direito Constitucional, pertence, destarte, *à bon droit*, o estudo da organização administrativa do Estado, ainda que fixada no direito positivo, por diplomas constitucionais.

Dentro na noção de organização, *lato sensu*, cabe, ainda, porém, o aparelhamento necessário ao desenvolvimento da atividade administrativa: *organon*, é sabido, significa precisamente instrumento. Nesse aparelhamento, a parte mais saliente é constituída pelos bens do domínio público. Diz-se dêsses bens que participam, e no mais alto grau, da atividade administrativa; e pode, com verdade, dizer-se que participam êles da administração, porque são parte instrumental, são órgãos ou pertenças materiais do agente, *"inquantum ad actionem"*. A mesma ontologia ensina-nos que há unidade real, embora acidental, entre o operário e a ferramenta, enquanto à obra a realizar, — unidade, a que apropriadamente se chama unidade dinâmica. [33] Unidade dinâmica existe, por igual, entre o agente e os bens instrumentais, relativamente à atividade administrativa a desempenhar. [34]

4. A pertinência de um bem a uma pessoa, significando um senhorio sôbre o bem, análogo ao domínio, mas diverso dêste, porque limitado pelo fim, que o mesmo bem está destinado a servir, — essa relação achamo-la já definida no mesmo Direito Romano, sob os traços do *"jus sepulchri"*. Lê-se no Digesto de Justiniano, acêrca da sig-

32 Nossa *Introdução ao estudo do Direito Administrativo Brasileiro*, Pôrto Alegre, 1942, § 2, p. 20.

33 Card. Mercier, *Ontologie*, Louvain-Paris, 1923, n.º 76, p. 165.

34 Nossa *Preparação*, cit., ps. 58 e 59.

nificação das palavras: *"Verbum ilud "pertinere" latissime patete: nam est eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint, et eis quas aliquo jure possideamus quamvis non sint nostri dominiti".*[35] Ora *"pertinere"* é o verbo que as fontes elegem para caracterizar a relação nascida do *"jus sepulchri"*, inconfundível com o domínio. *"Ei ad quem pertineat (sepulchrum)"; "si nemo erit ad quem pertineat"*, diz-se no Édito do Pretor.[36] Aí, talvez, a origem do símile, proposto por Jhering, à guisa de solução do problema do domínio público (meus cabelos pertencem-me), — nessa conceituação da pertinência de uma coisa a uma pessoa, como relação de senhorio, análoga ao domínio, mas distinta dêste.

Bens havidos como pertenças de cargos ou dignidades aparecem-nos, mais tarde, de resto, fora já da situação excepcional do *"jus sepulchri"*. Jorge de Cabedo anotou, em seu tempo: *"Rex donavit cuidam nobili oppida quaedam, declarando quod illa ei donabat com omnibus suis pertinentiis, jurisdictione et dominio, et cum patronatibus Ecclesiarum ad Regem spectantibus in illisopdis".*[37] Antônio Perez, à sua vez, deixou-nos definida a compreensão do que, na época, se entendia por pertenças em Direito Público: *"per concessionem jurium aut donationem castro cum suis pertinentiis, jurisdictionem non transferri... unde ea concessione tantum comprehenduntur proventus qui ex castro percipiuntur".*[38] Unidos, tais direitos ou proventos, à dignidade de conde, chama-se-lhes, noutros documentos e em melhor latim, *"pertinentia comitatus".*[39]

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

Não poderá haver, realmente, conceituação satisfatória do domínio público, que não faça lugar à possibilidade de propriedade privada sôbre os bens que o compõem, sem prejuízo, ou embaraço de sua destinação administrativa.[40] Velho e revelho já no mesmo Di-

---

35 Dig., lib. L, tít. XVI, de verborum significatione, fr. 181.

36 Dig., lib. XVII, tít. XII, de sepulchro violato, fr. 3, princ.; cf. Carlo Fadda, *Teoria della Proprietà (Lezione,* 1906,1907), Nápoles, 1907, § 7, p. 14.

37 *Decisiones,* Antuerpiae, 1934, Pars II, dec. XIV, n.º 2, p. 19.

38 *Praelectiones in Duodecim Libros Codicis Justiniani,* ad lib. X, tít. X, n.º 5, *Opera Varia Venetiis,* 1738, t. II, p. 177.

39 Brunner-V. Schwerin, *Historia del Derecho Germanico,* trad. de J. L. Alvarez Lopez, Barcelona, 1935, § 18, p. 64. Outras fórmulas *"... cum omnibus Arimannibus et quod pertinet ad comitatum"; "... cum Arimannia et cum servitio quod pertinet ad comitatum"*; cf. Savigny, *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo,* trad. de E. Bollati, t. I, Turim, 1854, n.º 59, p. 117.

40 Cf. Schaen, *Deutsches Verwaltungsrecht, Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (herausgegeben von Josef Kohler),* Leipzig-Berlim, 1914, t. IV, p. 285; Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht,* Berlin, 1931, § 22, p. 507; Bonnard, *Précis de Droit Administratif,* Paris, 1935, p. 459; Waline, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif,* Paris, 1936, p. 469; nossos *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro,* Pôrto Alegre, 1939, § 7, p. 63; Tito Prates da Fonseca, *Lições de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, 1943, p. 276; Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo,* t. IV, Milão, 1945, p. 32; Bielsa, *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1947, t. III, n. 678, p. 435, etc.

reito Romano, [41] êsse aspecto do problema do domínio público é agravado modernamente pela desenvoltura técnica com que o Estado se move na gestão dos interêsses públicos, premido pela urgência, filha da imperiosa continuidade, essencial à execução dos serviços públicos. Daí a freqüência cada vez maior com que se verifica a incorporação de bens particulares ao domínio público, sem que se extinga sôbre êles, anterior ou concomitantemente, o domínio privado dos proprietários, paralisado, apenas, em seu exercício.

Ora, sòmente 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 direito, estranho por completo à atividade administrativa, de que aquêles bens participam. [42]

Êsse diverso tipo de relação jurídica, encontramo-lo, — fôrça 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 têrmo 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 jure genitum communes"* e as *"res publicae"*; cabe-nos, antes, repetir, a tal propósito, as expressões de Voet: *"non hic occupatur disputatione prolixa, an res publicae distinguendae veniunt a rebus jure gentium commuinubus, an non ipsae res jure gentium communes vulgo dictae re ipsa sint publicae"*. [43]

Na verdade, se entendemos que o conceito de domínio público se separa do de propriedade, a controvérsia escassamente poderia interessar-vos, versando, como versa, exatamente sôbre a inapropriabilidade das *"res comunes"* e a propriedade pública das *"res publicae"*. A relação de pertinência, que na noção de administração se encerra, sobrepõe à propriedade e abstrai dela. *"Quod dominium"*, — digamo-lo de passagem, — além dos pertencentes ocasionalmente a particulares,

---

41 Dig., lib. XLIII, tít. VIII, ne quid in loco publico, fr. 2, § 23: *"Privatae viae dupliciter accipi possunt: vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quae omnibus permeare liceat, in quae exitur de via consulari; et sie post illam excipit via, vel iter, vel actus ad villam ducens; has ergo quae post consularem 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, Milão, 1905, p. 410); Dig. lib. XLI, tít. 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 autem ejus publicus intelligitur"*: Cod., lib. XI, tít. XLIII, de aqueductu, 1,9: *"...cum essent ab initio fontes privati, postquam publice usum praebuerunt..."* (cf. Almeida e Sousa, *Tratado das Águas*, Lisboa, 1827, § 12, p. 8, e § 50, p. 29).

42 Nossa *Preparação*, cit., p. 61.

43 *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1731, ad lib. I, tít. VIII, de divisione rerum, n.º 2.

os bens de uso público comum abrangem no Direito Romano os *"communia omnium's "aer, aqua profluens, et mare"*; [44] os *"quae populi Romani sunt"*; [45] *"litora maris"*; [46] *"viae publicae"*; [47] *"flumina publica"*; [48] e os *"communia civitatum", "veluti... theatra, stadia et simila"*. [49] Com respeito a todos, porém, o uso comum assenta sôbre o mesmo princípio: nenhum dos utentes pode excluir os demais. [50] 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 pouvoir par-devant l'autorité compétente pour en obtenir réparation, puisqu' un droit établi pour tous peut être revendiqué par tous"*. [51]

7. Ora, diametralmente oposto é o princípio sôbre o qual assenta o exercício da propriedade privada. A construção jurídica da propriedade privada baseia-se essencialmente sôbre 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. [52] Da essência mesma da propriedade é, não obstante, êsse direito de excluir que, *adversus omnes*, se traduz, com relação a êstes, por uma obrigação generalizada, consistente "na inação, isto é, na abstenção de qualquer ato que possa estorvar o direito". [53] E quando se diz que os direitos de crédito se originam e executam também *erga omnes*, afirma-se, a respeito dêles, meramente uma virtude da propriedade, [54] tomada aqui em acepção mais ampla, compreenden-

---

44 Cf. Dig., lib. I, tít. VIII, de divisione rerum. fr. 2, § 1.

45 Dig., lib. L, tít. XVI, de verborum significatione, fr. 15.

46 Dig., lib. XLIII, tít. VIII, ne quid in loco publico, fr. 3.

47 Dig., lib. XLIII, tít. XI, de via publica, fr. 2.

48 Dig., lib. XXXIX, tít. II, de damno infecto, fr. 24.

49 Dig., lib. I, tít. VIII, de divisione rerum, fr. 6, § 1.

50 Dig., lib. XLIII, tít. VIII, ne quid in loco publico, fr. 2, § 12: *"Damnum pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit"*. Cf. Portugal, *De Donationibus Jurium 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 usu uti, dum primus in usu persisterit. Ex ea ratione, quia jan si mutuo se impedirent, et non conservaretur 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 currur simul transire nequeunt, unusque et alter invicem se impediunt, ille retrocedere debet qui fuit in culpa; ea vero cessante, quaestio forte dirimenda est"*.

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

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

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

54 Teixeira de Freitas, ob. cit., p. CIII.

do "a universidade dos objetos exteriores, corpóreos e incorpóreos, que constituem a fortuna ou patrimônio de cada um". [55]

Um juízo apressado levaria, de tal sorte, fàcilmente 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 coisas 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 dêles seria, sempre, num local e num momento dados, obstáculo material ao uso dos demais". [56]

Materialmente, portanto, o utente de um bem do domínio público exclui, num lugar num momento dados, todos os demais, na mesma medida em que êstes, jurìdicamente, não o podem excluir, a êle, enquanto ao uso do bem. Essa verificação fizeram-na já Cícero e Sêneca.

Cícero observou: *"sed, quemadmodum, theatrum ut commune sit, recte tamem dici potest, ejus esse eum locum, quem quisque occuparit"*. [57] E Sêneca: *"equestria omnium equitum Romanorum sunt: in illis tamen locus meus fit proprius, quem occupavi"*. [58]

Não é diferente a linguagem dos juristas clássicos, acêrca das praias do mar, *"quae populi Romani sunt"*. [59] Ulpiano escreveu: *"quod si (quis...) in litore aedificet, licet in suo non aedificet, jure tamem gentium suum facit"*. [60] Mas êsse *suum* é limitado no tempo; dura, apenas enquanto dura a ocupação privada: *"...aedificio dilapso, quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam; et si alius in eodem loco aedificaverit, ejus fiet"*. [61]

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"*. [62] E essa foi, de resto, por intermédio de Marciano, [63] a lição recebida nas Institutas: *"...naturali jure communia sunt omnium haec: aer, aqua profluens, et mare et per hoc litora"*. [64]

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 necessàriamente uma exclusão conatural de uso idêntico da mesma coisa, ao mesmo tempo, no mesmo lugar. As leis da natureza não subjazem às leis jurídicas.

---

55 Teixeira de Freitas, ob. cit., p. LXIX.

56 Nossos *Princípios*, cit., § 20, p. 285.

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

58 De Beneficiis, liv. VII, cap. XII (Ed. Didot, Paris, 1877).

59 Cf. Dig., lib. XLIII, tít. VIII, ne quid in loco publico, fr. 3.

60 Dig., lib. XXXIX, tít. I, de operis novi nuntiatione, fr. 1, § 18.

61 Dig., lib. I, tít. VIII, de divisione rerum, fr. 6.

62 Dig., lib. XLVIII, tít. X, de injuriis, fr. 13, § 7.

63 Dig., lib. I, tít. VIII, de divisione rerum, fr. 2, § 1.

64 Inst., lib. II, tít. I, de divisione rerum, § 1.

9. Traduzir-se-á, acaso, nesse uso, comum, — comum, jurìdicamente; exclusivo, fìsicamente, — uma forma anômala de propriedade, tal a propriedade coletiva, ou seja, a compropriedade, sem autonomia de quinhões individuais? [65]

Parece-nos que não. O modêlo, 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.

Das coisas, 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 cujus potestatem pervenerunt, dominii fiunt"*. [66] Um traço apenas falta à semelhança: a perpetuidade do domínio assim adquirido. Vinnio sinalou, a êsse propósito, com exatidão: *"non simpliciter et absolute occupantis fiunt, sed dumtaxat interea dum occupat"*. [67]

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. Êsse 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 sôbre a coisa, ilimitado no espaço e no tempo, direito que, sôbre o imóvel, tem todo o caráter, todo o espírito de uma verdadeira soberania territorial, fechada em si mesma e independente". [68]

Há nessa perpetuidade, entretanto, uma conveniência manifesta com a essência espiritual do homem: "expressão de nossa vontade sôbre a natureza física, o domínio aspira a ter extensão igual à da nossa própria vontade". [69] Na verdade, se o espírito é imortal, perpétuo deve ser, também, o domínio, por que êle afirma o seu primado sôbre as coisas.

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, [70] traduz-se, face ao tempo, por um correspondente esfôrço de libertação: do tempo intrínseco, que é o da matéria, chumbado à con-

---

65 Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. I, Paris, 1925, n.º 3.005, 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"*.

66 Dig., lib. XLI, tít. I, de adquirendo rerum dominio, fr. 14.

67 *"Institutionum Imperialium Commentarius*, Lugduni, 1755, libr. II, tít. I, de divisione rerum, n.º 3.

68 *Storia del Diritto Romano*, t. I, Milão, 1923, p. 179.

69 Lacerda de Almeida, *Direito das Coisas*, t. I, Rio de Janeiro, 1908, § 9, p. 76.

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

dição desta, permanente mas corruptível, ascende-se um degrau, na escala da liberdade, para atingir o tempo discreto ou descontínuo, seqüência de operações vegetativas e sensitivas, que é o da vida,[71] e dêste, mais um degrau ainda, para alcançar o eviterno, no qual o espírito, de alguma forma, participa da divina eternidade,[72] que é, afinal, possuível pela contemplação eviterna, a verdadeira libertação de todo o tempo.[73] Nesse *élan* supremo, as coisas suspendem-se ao homem, alçam-se com êle ao eviterno, servindo-lhe como de lastro na ascensão e como de anteparo à irradiação cegante da luz divina.[74]

O domínio, o vínculo jurídico, pelo qual essas mesmas coisas 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 cìclicamente 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 êles 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 jucundiorem efficiendam, totiusque reipublicae salutem et prosperitatem promovendam"*.[75]

Mas, de qualquer maneira, como o céu se pode refletir na poça dágua, e a eternidade no tempo, assim também a propriedade privada, em tôda 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 sôbre o finito, e, do infinito, os consideramos.

---

71 Bergson, *L'Évolution Créatrice*, Paris, 1829, p. 31: "... *on pourrait dire de la vie, comme de la conscience, qu'à chaque instant elle crée quelque chose*".

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

73 Nossa *Preparação*, cit., p. 66.

74 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 dégré 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*".

75 Warnkoenig, *Institutiones Juris Romani Privati*, Bonnae, 1834, § 33, p. 10.