

### **Referência bibliográfica:**

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

Romeu Felipe Bacellar Filho  
Daniel Wunder Hachem  
Coordenadores

*Prefácio*  
Weida Zancaner

# DIREITO ADMINISTRATIVO E INTERESSE PÚBLICO

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO  
PROFESSOR CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Belo Horizonte



2010

© 2010 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
André Ramos Tavares	Gustavo Justino de Oliveira
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	José Nilo de Castro
Carlos Pinto Coelho Motta	Juarez Freitas
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcia Valle Figueiredo ( <i>in memoriam</i> )
Clovis Beznos	Luciano Ferraz
Cristiana Fortini	Lúcio Delfino
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Márcio Cammarosano
Egon Bockmann Moreira	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Emerson Gabardo	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Fabício Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
Flávio Henrique Unes Pereira	Sérgio Guerra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisão: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Bibliotecária: Tatiana Augusta Duarte – CRB 2842 – 6ª Região  
Capa, projeto gráfico e formatação: Walter Santos

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andares – Funcionários – CEP 30130-007  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

D598 Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello / Coordenadores: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem. Prefácio de: Weida Zancaner. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

410 p.  
ISBN 978-85-7700-391-4

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Bacellar Filho, Romeu Felipe. II. Hachem, Daniel Wunder. III. Zancaner, Weida.

CDD: 341.3  
CDU: 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 410 p. ISBN 978-85-7700-391-4.

# O SUPOSTO CARÁTER AUTORITÁRIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DAS ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO – UMA CRÍTICA DA CRÍTICA

Emerson Gabardo  
Daniel Wunder Hachem

**Sumário:** 1 Introdução – Uma crítica à pretensa crítica da supremacia do interesse público e da gênese do Direito Administrativo – 2 As origens do Direito Público ilustrado – Sobre a vocação antiautoritária das raízes do interesse público – 2.1 Constitucionalismo moderno e ilustração – *A volonté générale* como fundamento do Estado de Direito – 2.2 A legalidade como expressão do interesse público – Uma construção teórica iluminista de contraposição ao arbítrio e proteção ao indivíduo – 3 O interesse público e o Direito Administrativo da ilustração como escudos contra a arbitrariedade – 3.1 Supremacia do interesse público – A ausência de identidade entre a noção típica do liberalismo oitocentista e a sua concepção contemporânea – 3.2 A formação do Direito Administrativo como representação antiautoritária do liberalismo em face do Absolutismo – 4 Conclusão – Referências

*Um autor se contradiz se é impossível conciliá-lo consigo mesmo.*  
(Vauvenargues, em Panegírico, de Guy Debord)

## 1 Introdução – Uma crítica à pretensa crítica da supremacia do interesse público e da gênese do Direito Administrativo

A doutrina juspublicista brasileira tem se deparado com um aumento no número de juristas que encontram na noção de supremacia do interesse público e nas bases históricas do Direito Administrativo um caráter autoritário e, portanto, “não ilustrado”, como é o caso, no Brasil, de Humberto Ávila, Gustavo Binbenojm,

Daniel Sarmiento, Alexandre Santos de Aragão e Paulo Schier.<sup>1</sup> Essa busca não retrata apenas uma vontade de refazer a história, até porque tal empreitada não seria original. O assunto já vem sendo discutido há muito tempo, resultando, desse modo, apenas numa “nova retórica” — em geral não sendo recuperados os estudos precedentes sobre o assunto.

Sustentam tais autores — ao que tudo indica, aspirando transparecer originalidade — que a noção de supremacia do interesse público radicada nas bases do Direito Administrativo moderno, bem como a construção desse ramo jurídico sob a égide de ideias como Estado de Direito e separação de poderes, traduziu uma reprodução de práticas autoritárias do regime próprio do Estado Absolutista. No entanto, como se verá a seguir, a utilização de parte do modelo institucional absolutista pelos revolucionários burgueses de fins do século XVIII — momento histórico ao qual se costuma creditar as origens do Direito Público moderno — não retrata nenhuma novidade historiográfica, nem para os historiadores, nem para os administrativistas, sejam franceses, italianos, alemães ou brasileiros.

Outros autores, ainda, desenvolvem sua crítica a partir de uma perspectiva marxista, destacando a natureza “dominante”, “simbólica” ou “alienante” do Direito Administrativo, como o faz, destacadamente, Marçal Justen Filho<sup>2</sup> ao propor a existência de um “Direito Administrativo de Espetáculo”,<sup>3</sup> utilizando-se das interessantes especulações de Guy Debord<sup>4</sup> (ainda fundadas no clássico, porém ultrapassado, conceito de ideologia como falsa consciência).<sup>5</sup> Com todo respeito e admiração que se nutre pelo eminente publicista paranaense, não se

<sup>1</sup> Os principais textos que tratam a opinião dos autores estão na seguinte obra: SARMIENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Mais recentemente, destacam-se os textos da obra coordenada por Alexandre Santos Aragão e Floriano de A. Marques Neto. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

<sup>2</sup> O brilhantismo do ilustre jurista paranaense e o reconhecimento pelo precoce destaque de sua obra (um marco na história do Direito Administrativo brasileiro) produzem orgulho a todos aqueles que tiveram a oportunidade de ser seus alunos (e, se aproveitadas suas lições, de se tornarem investigadores mais sérios e exigentes). O que, em certa medida, impulsiona o desejo (presunçoso) de superação do mestre.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, op. cit., p. 65-86. A crítica deve ser acompanhada da advertência de que a metáfora utilizada, a partir da ideia de espetáculo de Debord, não deixa de ser bastante legítima e, em sua conclusão, bastante apropriada. O problema são os graves equívocos e precariedades da fundamentação apresentada. No mais, é interessante ressaltar que o Professor Marçal também é responsável pela disseminação, no Brasil, do pensamento liberal de Jacques Chevallier, cujo trabalho recentemente traduzido (de extensa pesquisa e restrita originalidade) visou identificar o que o autor intitulou de “O Estado Pós-moderno”. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. [2008]. Apenas a título de registro, cabe ressaltar que entre os vários tópicos de profunda discordância em relação ao pensamento do autor francês (em que pese a concordância nos pontos que já são senso comum na academia), destaca-se o tópico intitulado “O Estado desmitificado”, cujas considerações, reiteração de posições liberais em certa medida banais, encontram prévia refutação em textos ainda atuais de compatriotas como Jacques Le Mouél. Cf. MOUËL, Jacques Le. *Crítica de la eficacia*: ética, verdad y utopia de un mito contemporáneo. Tradução de Irene Agoff. Barcelona: Paidós, 1992. [1991]. Sobre o assunto, e também enfocando as questões da pós-modernidade e do universo simbólico subjacente, remete-se às proposições elaboradas em obras anteriores: GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002 e GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

<sup>4</sup> Sobre o autor referenciado ver: DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. [1967]. Para um aprofundamento da opinião crítica apontada acima sobre o conceito marxista de ideologia ver: GABARDO, Emerson. O aspecto ideológico das formas simbólicas. In: GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*, op. cit., p. 33 et seq. E de forma mais direta: GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade...*, op. cit., p. 54 et seq.

<sup>5</sup> A provocação, neste último caso, não é pequena. Todavia, fica para outra oportunidade uma oposição específica aos seus convictos (porém nada convincentes) argumentos, boa parte deles já contestada, ainda que não diretamente, no seguinte texto: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

pode concordar com as afirmações de que a situação de rebeldia da atividade administrativa estatal ao Direito “não se alterou radicalmente mesmo após a consagração do conceito de Estado de Direito” e de que “os postulados do Direito Administrativo, nos temas de maior relevância” mesmo após a consagração do constitucionalismo moderno “conduziam à impossibilidade de controle da atuação do governante”.<sup>6</sup>

A alusão a uma pretensa origem autoritária parece ter como escopo reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificamente, da “supremacia do interesse público” — sem dúvida uma interessante crítica que, por sua vez, merece ser refutada.<sup>7</sup> Trata-se, portanto, de uma interpretação da história cujo fim é conferir às proposições do presente um sentido mais facilmente apreensível e consonante com a mentalidade vigente, que é a de maior liberalização e flexibilização da vida. E embora seja uma “tese” muito atraente para o indivíduo pós-moderno, que é um sujeito por definição voltado à autonomia, à liberdade e à consensualidade negocial, trata-se de uma teoria de precária capacidade explicativa.

Algumas análises teóricas e históricas realizadas alhures e por vezes transplantadas para o Brasil não têm verdadeira correspondência local. Exemplo desse fenômeno de “sofismática transposição” é a crescente utilização da doutrina administrativista portuguesa como fundamento para “novas interpretações” caseiras.<sup>8</sup> Alguns brilhantes trabalhos por lá realizados (e não são poucos) têm sido lidos com despreendimento exagerado e até certa falta de crítica.<sup>9</sup>

As possíveis origens autoritárias da aplicação do Direito brasileiro em geral (não só do Direito Administrativo) e, como não poderia deixar de ser, do uso e abuso do interesse público como fundamento retórico de legitimação do poder, não estão na França ou na Itália, mas na sua própria história personalista e carente de um real espírito republicano, que aos tropeços e solavancos redundou na efetiva construção de um espaço público (mas nem tanto...). As ideias típicas do Direito Administrativo do final do século XVIII e início do século XIX, mesmo aquelas inerentes ao proclamado “autoritário” contencioso administrativo (que nunca existiu no Brasil), ou ao “autoritário” interesse público governamental (totalmente privatizado pelas práticas sociais brasileiras — muito mais do que pelo Estado), produziram de forma intensa um efeito libertador, e não o contrário. Se não fosse tal herança recebida na esfera das ideias — a de um “Direito Administrativo libertador”, fruto da ilustração — talvez a mutação da mentalidade então característica das novas terras resistisse de forma mais intensa e dramática.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115, 1999.

<sup>7</sup> Refere-se, particularmente, aos representativos trabalhos de Paulo Otero, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento e Marçal Justen Filho, entre outros. Cf. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003; SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

<sup>8</sup> Sobre o assunto ver: GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade...*, op. cit., p. 253.

<sup>9</sup> É o caso de Paulo Otero. Cf. OTERO. *Legalidade e Administração Pública...* op. cit.

Nestes termos, não convencem as críticas a essa visão da história, que seria falsa, pois a teoria do interesse público teria representado “antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que sua superação”;<sup>10</sup> ou seja, embora para alguns possa ser aparentemente lógica, é historicamente insustentável a afirmação de que o Direito Administrativo possuiria raízes autoritárias, em razão das quais o princípio da supremacia do interesse público não teria nada de liberal ou emancipador.

Ao propor uma diferente origem do Direito Administrativo, em certa medida viciada, porque autoritária, a pretensa “nova interpretação” nada mais faz do que recusar a importância tanto do aspecto real quanto da face simbólica da legislação revolucionária e do pensamento liberal francês (sempre pendendo para uma valorização exagerada da tradição utilitarista anglo-americana). Além disso, ignora a relação de sentido inerente ao estabelecimento de uma corrente político-cultural que teve forte influência na construção moderna do Direito: a ilustração (mesmo não se esquecendo que essa construção tenha convivido com instituições ainda pré-modernas).<sup>11</sup>

Querer igualar, como fazem os “novos críticos”, o momento pré-revolucionário francês com o momento pós-revolucionário, mediante a indicação simplista de uma origem do Direito Administrativo em práticas autoritárias, é promover um anacronismo. Não se ignora que a realidade política de antes e depois era igualmente arbitrária, porém seria ingênuo imaginar que seria arbitrária da mesma forma. Os modelos de normatização dessas realidades constituem ontologia radicalmente diversa, o que, por si só, resulta na existência de uma realidade distinta. Ou seja, é preciso tomar cuidado para não se incorrer em equívocos metodológicos que tornem duvidosa a análise de conteúdo na investigação científica. Faz-se imperativo, pois, adotar a mesma premissa de que parte Fernando Garrido Falla: “a relatividade histórica do regime administrativo e, conseqüentemente, a de seu direito, é dizer, do Direito Administrativo”.<sup>12</sup>

As situações de heteronomia estão presentes na história do poder, com ou sem espetáculo — o que torna bastante ingênuo a perspectiva de que a recusa das representações inibirá as práticas a elas correspondentes.<sup>13</sup> E absurdamente

<sup>10</sup> Esta é a opinião defendida por Paulo Otero e, em certa medida, Vasco M. P. Dias Pereira da Silva. No Brasil, a tese foi reproduzida por autores como Gustavo Binenbojm. Cf. OTERO. *Legalidade e Administração Pública...*, op. cit.; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados...*, op. cit., p. 120.

<sup>11</sup> Conforme destaca Sergio Paulo Rouanet: “Numa de suas vertentes, a liberal, a Ilustração limitava-se, para isso, a propor um sistema de garantias contra a ação arbitrária do Estado. Foi a posição de Montesquieu, de Voltaire, de Diderot. Em outra vertente, a democrática, a Ilustração considerava insuficiente proteger o cidadão contra o governo: era necessário que ele contribuísse para a formação do governo ou, mais radicalmente, fosse ele próprio o governo. Era a posição quase solitária de Rousseau. As duas vertentes tinham em comum o valor da liberdade, tanto num sentido negativo (o homem era livre enquanto súdito, das investidas da tirania) quanto num sentido positivo (ele era livre, enquanto cidadão, para participar da gênese e do exercício do poder político). Por isso a condenação do despotismo foi a contribuição mais forte da Ilustração ao ideal da autonomia política” (ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. [1993]. p. 17).

<sup>12</sup> Tradução livre. No original: “la relatividad histórica del régimen administrativo y, consiguientemente, la de su derecho, es decir, del Derecho administrativo” (FALLA, Fernando Garrido. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 15).

<sup>13</sup> Sobre uma análise semiológica-conceitual das práticas e representações mais rigorosa do ponto de vista historiográfico (ao menos mais rigorosa que a de Guy Debord), ver: CHARTIER, Roger. *A história cultural entre práticas e representações*. Tradução de Manuela Galhardo. Lisboa: Difel, 1990. [1985].

real, e não simbólico, “o uso antiliberal da democracia e o uso antidemocrático do liberalismo”.<sup>14</sup> Todavia, isso não justifica uma crítica, recusa ou desconstrução da democracia e do liberalismo, como princípios fundantes de um constitucionalismo social desejável axiológica e normativamente (muito menos uma recusa, crítica ou desconstrução dos fundamentos do Direito Administrativo que, por consequência, lhe dão aplicabilidade).

O reconhecimento formal de um novo Direito Administrativo que se submete à lei e não ao soberano ou ao Direito tradicional-costumeiro do medievo torna-o sem dúvida alguma um instrumento de libertação e não somente de dominação. O reconhecimento da felicidade como um direito individual (primeiro por meio da abstenção do Estado, depois pela intervenção) – como se pode extrair já do Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>15</sup> – retrata também uma novidade sem precedentes.

Vários historiadores estudaram que as mudanças no plano das ideias não acarretam, ao menos de imediato, alterações no plano das mentalidades (e às vezes, nem no institucional).<sup>16</sup> E o contrário também é verdadeiro: nem sempre uma mutação na orientação mental consegue produzir as respectivas modificações no plano das ideias (embora deva ser reconhecido que a segunda hipótese é muito mais comum). O que não se pode é tornar indistinta a proposta no plano das ideias (e normas jurídicas) da sua efetividade no plano da vida institucional, condicionado que está pela mentalidade que lhe oferece sustentação.

O objetivo do presente ensaio consiste, pois, em refutar as críticas formuladas pelos autores supracitados à noção de supremacia do interesse público e à gênese do Direito Administrativo, como se autoritárias fossem, demonstrando os equívocos interpretativos e metodológicos em que tais posições fatalmente incorrem, a partir de uma leitura efetivamente – e não apenas pretensamente – crítica da história do Direito Público moderno.

Para tanto, serão resgatados, num primeiro momento (item 2), o contexto histórico e as linhas teóricas que figuraram como pano de fundo do surgimento do Direito Administrativo, notadamente a partir do emprego das noções de vontade geral típica do constitucionalismo moderno (item 2.1) e de legalidade como expressão do interesse público (item 2.2). Em seguida (item 3), com base nas teorizações anteriormente traçadas, serão enfrentadas as críticas que objetivam atribuir um caráter autoritário à ideia de supremacia do interesse público (item 3.1) e às origens do Direito Administrativo (item 3.2), numa tentativa de demonstrar os equívocos de tais interpretações.

<sup>14</sup> ROUANET. *Mal-estar na modernidade*, op. cit., p. 39.

<sup>15</sup> Já em seu preâmbulo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 enuncia que tais direitos estão sendo reconhecidos para que, dentre outros objetivos, “as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral” (Tradução livre. No original: “afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous”).

<sup>16</sup> Sobre o assunto ver: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Org.). *Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

## 2 As origens do Direito Público ilustrado – Sobre a vocação antiautoritária das raízes do interesse público

A investigação acerca dos embriões da noção de interesse público e da sua possível configuração na modernidade leva necessariamente ao estudo prévio das bases filosóficas e teóricas do constitucionalismo moderno,<sup>17</sup> o qual, por sua vez, só pode ser entendido mediante a apreciação das condições históricas presentes no contexto do século XVIII,<sup>18</sup> cujo maior movimento cultural foi a ilustração.<sup>19</sup> Esse período ficou marcado por revoluções que derrubaram o poder tradicional do Estado Absolutista para erigir um novo, orientado pela restrição do poder estatal por meio da sua submissão à ordem jurídica. Tais movimentos tiveram como produto as Constituições modernas, que se tornaram instrumentos de afirmação do Estado de Direito, possibilitando a emergência da concepção contemporânea de Direito Público.<sup>20</sup>

É possível afirmar que a formação daquilo que atualmente denomina-se Direito Público “é um fenômeno histórico que se verifica sobretudo na Idade Moderna”,<sup>21</sup> uma vez que na Idade Média, embora já estivessem presentes assuntos que posteriormente seriam encarados como fundamentais para o Direito Público (e.g., as regras de desapropriação no Direito feudal), este não ostentava ainda uma sistematização que lhe atribuísse autonomia como ramo do saber jurídico: tais temas encontravam-se dispersos em outros campos do Direito,<sup>22</sup> como no Direito Civil.

Contudo, mesmo no âmbito do Estado moderno foi marcante a transformação do Direito Público, ocorrida com os movimentos revolucionários de fins do século XVIII, oriundos do profícuo ambiente em que se desenvolveu o iluminismo típico da ilustração. A filosofia do iluminismo de que se está tratando não implica o reconhecimento de resultados históricos concretos do período da ilustração, mas sim da “unidade de sua fonte intelectual”. É um movimento de ideias que não está encerrado em um momento histórico único, mas se encontra “ligado por múltiplos vínculos tanto do futuro quanto do passado”.<sup>23</sup> Nestes termos é que a inspiração transformadora recebida ultrapassa a simples recorrência ao

<sup>17</sup> A ideologia do interesse público constitui, segundo Jacques Chevallier, a matriz do discurso de legitimação das formas sociais instituídas na modernidade. Cf. CHEVALLIER, Jacques. Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général. In: *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 1. Paris: PUF, 1978. p. 41.

<sup>18</sup> GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 45.

<sup>19</sup> Optou-se neste artigo seguir a orientação disseminada por Sergio Paulo Rouanet em especificar a ilustração como o período histórico de radicação das origens da filosofia iluminista; esta última, um movimento que ultrapassa as fronteiras temporais da primeira rumo à própria atemporalidade. Cf. ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*, op. cit., p. 120 et seq. Nestes termos, é perfeitamente possível afirmar que o Direito Administrativo atual é um saber ainda tipicamente iluminista, cujas bases encontram-se na ilustração.

<sup>20</sup> Sobre o assunto vale a pena referir o estudo de Peter Häberle. Cf. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

<sup>21</sup> SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, n. 55, p. 254, dez. 2007. O autor refere-se ao Direito Público como “filho legítimo da Idade Moderna” (Op. cit., p. 259).

<sup>22</sup> SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. Op. cit., p. 258–260.

<sup>23</sup> CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. Campinas: Editora Unicamp, 1994 [1932]. p. 7-8.

conjunto do que foi pensado pelos autores da ilustração. Na metáfora de Ernst Cassirer, a filosofia do iluminismo equivale a um “tear espiritual”, cujos fios são imperceptíveis, mas são capazes de criar um tecido social concreto, que não reside numa doxologia, mas na “arte e no movimento contínuo do debate de idéias”.<sup>24</sup> Com o individualismo ilustrado cria-se a titularidade subjetiva de direitos (e não apenas de obrigações, como na ética antiga e medieval). Desse modo, “o individualismo da Ilustração teve portanto o mérito de colocar no centro da ética o direito à felicidade e à auto-realização...”.<sup>25</sup> Das luzes para a atualidade, essa perspectiva nunca mais foi revogada na mentalidade ocidental.<sup>26</sup>

Se o sistema de Direito Público do Antigo Regime repousava principalmente sobre a ideia de superioridade da posição do Rei e do Direito costumeiro tradicional, da qual derivava o arbítrio no exercício do poder político e o dever de veneração e obediência dos súditos/servos, após a revolução iluminista esse mesmo Direito passou a nortear-se pela ideia de que “o poder político é uma autodisposição da sociedade sobre si mesma, através da vontade geral surgida do pacto social, a qual se expressa por meio da Lei, uma Lei geral e igualitária”.<sup>27</sup> Pela primeira vez na história política coloca-se em pauta a questão da felicidade coletiva e da eficiência do governo.<sup>28</sup> Foram razões políticas e sociais, subjacentes aos movimentos revolucionários do século XVIII, que suscitaram a mudança da conformação desse ramo jurídico. Todavia, tal rompimento paradigmático somente ocorreu por conta do substrato cultural deste período histórico, fortemente marcado pelo pensamento racional libertário/iluminista e, tanto na esfera das ideias quanto das mentalidades, pela forte oposição ao “espírito” do Antigo Regime e as formas jurídicas a ele correspondentes.

Na Itália são conhecidos os trabalhos de Sabino Cassese, Massimo Severo Gianinni e, principalmente, Bernardo Sordi, sobre a questão. É excelente o estudo realizado pelo primeiro autor sobre as origens do Direito Administrativo (inclusive comparando os modelos francês e inglês). No seu texto é mencionada expressamente a existência da corrente predominante e da já antiga dissidência que afirma ser o nascimento do Direito Administrativo apenas uma decorrência da recepção dos postulados do Antigo Regime.<sup>29</sup> Já Gianinni elabora um interessante esboço sobre as distintas influências ao Direito Administrativo em sua origem (todas de vocação liberal), concluindo, em texto elaborado na década de 1970, que uma das suas maiores características tendenciais é o fenômeno da constitucionalização. Não sem antes mencionar a questão que intitulou como

<sup>24</sup> CASSIRER. *A filosofia do iluminismo*, op. cit., p. 13.

<sup>25</sup> ROUANET. *Mal-estar na modernidade*, op. cit., p. 16

<sup>26</sup> Sobre a questão moral da felicidade na filosofia da ilustração ver o capítulo “Felicidade e virtude entre razão e sentimento”, em extensa obra sobre o assunto. Conferir: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENALLAT, Michel (Org.). *História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil*. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Unisinos, 2004. [2001]. p. 390 et seq.

<sup>27</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza, 1994. p. 125.

<sup>28</sup> Sobre a questão da felicidade como fundamento do poder político ver: GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade:..., op. cit.* Sobre a questão da eficiência ver: GABARDO. *Eficiência e legitimidade do Estado*, op. cit.

<sup>29</sup> CASSESE, Sabino. *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unido*. In: CASSESE, Sabino (Org.). *Trattato di diritto amministrativo*. 2. ed. t. 1, Milano: Giuffrè, 2003. p. 1-93.

da “bipolaridade” do Direito Administrativo.<sup>30</sup> Bernardo Sordi, em trabalho escrito com Luca Mannori, publicou talvez a mais importante e detalhada obra contemporânea sobre a história do Direito Administrativo, destacando-se o capítulo intitulado “1789: la invención dello spazio amministrativo”.<sup>31</sup>

No Brasil, Romeu Felipe Bacellar Filho já analisou a questão de forma bastante apropriada em seu artigo intitulado “Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado”, publicado no primeiro trimestre de 1998. Sem adotar uma postura ingênua e exaltatória das bases do Direito Administrativo, o autor promove uma análise histórica que demonstra claramente a inadequação da ideia de que a adoção do contencioso seria um mero “pretexto” revolucionário para o exercício de sua arbitrariedade sem o incômodo do controle judicial, ou mesmo que seria apenas um instituto transpassado do Antigo Regime. Finalmente, também deve ser mencionada sua recorrência à história não como um meio de legitimar as ideias do presente, mas como uma forma de estudo crítico e propositivo em face da realidade atual.<sup>32</sup>

Nessa medida, a história do Direito Público deve levar em conta “as questões ditas de direito público e o contexto político em que ocorreram”,<sup>33</sup> por intermédio da identificação dos interesses em jogo e dos grupos sociais envolvidos. No caso do Direito Público edificado sob o influxo do Estado de Direito, é preciso considerar as mudanças operadas pelas Constituições modernas, cuja novidade, segundo Dieter Grimm, acha-se na sua validade jurídico-positiva (*conceito normativo*), que as diferencia dos conceitos mais antigos de constituição (como no Direito natural), e na ampliação de suas funções em três sentidos distintos: (i) elas não apenas regulam as formas de exercício do poder estatal legítimo, modificando-o, mas elas próprias geram a legitimidade desse poder, produzindo *efeitos constitutivos*; (ii) seus efeitos são *completos*, atingindo e obrigando todos os aspectos do poder estatal e não somente alguns; (iii) seus efeitos são *universais*, redundando em benefício a todos aqueles que estiverem submetidos ao poder.<sup>34</sup>

A reunião de tais características próprias do novo conceito de Constituição, que revelam uma pretensão de regulação completa e unitária da organização e do exercício do poder, só foi possível com o colapso da ordem medieval. O cenário de descentralização do poder, desenvolvido como anexo à propriedade da terra, com sua divisão dos direitos de autoridade entre diversos titulares autônomos e de igual hierarquia, que impedia uma diferenciação entre Estado e sociedade, seja na esfera pública ou na privada, não propiciava condições adequadas à adoção de uma Constituição no sentido moderno. Desse modo, “só um poder público

<sup>30</sup> “En particular, el principio de independencia de la jurisdicción, de reconocimiento de la libertad y de los derechos fundamentales, no podía operar más que en un sentido antiautoritario. Las normas de derecho administrativo tenían pues, si puede emplearse la metáfora, dos polos, uno dirigido a salvaguardar la autoridad, y otro a salvaguardar la libertad. Según las fuerzas que han operado en la Historia, ha oscilado de uno a otro de los polos” (GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Traducción de M. Baena de Alcázar e J. M. García Madarí. Madrid, 1980. p. 55).

<sup>31</sup> MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. 4. ed. Roma: Laterza, 2006. [2001]. p. 201 et seq.

<sup>32</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito comparado. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, jan./mar. 1998. p. 71.

<sup>33</sup> SEELAENDER. O contexto do texto:..., *op. cit.*, p. 278.

<sup>34</sup> GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales, op. cit.*, p. 48.

distinto e diferenciável da sociedade poderia oferecer o ponto de partida para um trabalho de regulação expressamente dirigido à organização e exercício do poder e à concepção unitária deste”.<sup>35</sup>

## 2.1 Constitucionalismo moderno e ilustração – *A volonté générale* como fundamento do Estado de Direito

Impende notar a efervescência das condições necessárias à sedimentação do moderno Estado de Direito já presentes no período do Absolutismo. Conforme adverte Pietro Costa, “começa a se formar, entre os séculos XVII e XVIII, uma nova visão do sujeito, dos direitos, da soberania, desenvolve-se um ‘discurso da cidadania’ que acaba por constituir a condição de surgimento, o terreno de formação da expressão Estado de Direito”.<sup>36</sup> Segundo o autor, é o processo de redefinição do “léxico político-jurídico” desenvolvido na Europa entre os séculos XVII e XVIII que possibilita a absorção da solução proposta pela noção de Estado de Direito à problemática da relação entre poder e Direito.<sup>37</sup>

Esse processo de mudança na vida política, que já se podia entrever nos séculos anteriores, acelera-se no final do século XVII com o nascimento do constitucionalismo nos Estados europeus e com a eclosão da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, passando a afetar ainda mais a relação do Estado com os indivíduos,<sup>38</sup> que começa a ser reorientada. A sociedade burguesa depara-se com um problema de construção: de um lado, tinha de proporcionar ao Estado o monopólio do uso legítimo da violência; de outro, precisava impedi-lo de empregar esse poder contra a autonomia dos indivíduos. E é a Constituição moderna que traduz a solução adequada a esse impasse, pois representava a regulação jurídica do poder estatal.<sup>39</sup> O sentido moderno do constitucionalismo (que tem suas raízes no restrito Direito urbano da Europa ocidental do período concernente aos séculos XI e XII),<sup>40</sup> torna-se um meio de instauração do Estado de Direito, autorizando-se e legitimando-se o poder político do Estado, estabelecendo fronteiras ao seu exercício mediante a imposição de amarras jurídicas. O valor que está por trás desse modelo estatal é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos — que passam a ser o escopo político mais importante.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op. cit., p. 51.

<sup>36</sup> COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 102.

<sup>37</sup> COSTA. O Estado de direito..., op. cit., p. 103.

<sup>38</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. (Parte general, t. 1). p. II-2.

<sup>39</sup> GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op. cit., p. 59.

<sup>40</sup> De forma precoce, as cidades europeias daquele período eram análogas aos Estados modernos e à estrutura orgânica da própria Igreja (“na medida em que possuíam pleno poder e autoridade legislativa, executiva e judicial, incluindo o poder para a tributação, cunhar moedas, estabelecer pesos e medidas, organizar exércitos, fazer alianças e iniciar uma guerra. Por outro lado, o poder estatal e a autoridade das cidades, assim como a da Igreja, estava sujeita a várias restrições constitucionais.”) Para mais detalhes sobre estas “restrições constitucionais”, ver: BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução de Eduardo Takemi Hataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006. [1983]. p. 492 et seq.

<sup>41</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 21.

O retrato que revela a construção da noção moderna de Constituição e do Estado de Direito só pôde ser pintado em virtude de um conjunto de condições propícias, explicadas por Dieter Grimm da seguinte maneira: (i) a existência de um poder estatal unitário; (ii) a positivação do Direito; (iii) o surgimento de um grupo da população interessado na mudança da estrutura de poder e com a força necessária para desencadeá-la; (iv) a separação entre Estado e sociedade, com a ideia de que a prosperidade desta seria possível por meio das decisões livres das vontades individuais; (v) a ruptura revolucionária com o poder estatal tradicional e, por consequência, a necessidade de constituir um novo poder estatal legítimo e compatível com a autonomia da sociedade. Tais condições só se encontraram no Estado moderno com a ascensão da burguesia moderna e as revoluções levadas a efeito por essa classe social.<sup>42</sup>

Dentre tantas outras, uma das circunstâncias históricas concretas que foi crucial para conduzir a essa nova forma de organizar a vida coletiva é a formação da sociedade capitalista burguesa. Este modelo pode ser observado desde a baixa Idade Média, com o desenvolvimento das cidades, sendo potencializado pelo desenvolvimento comercial e, posteriormente, industrial e financeiro, que exigia cada vez mais um sistema político que respondesse aos anseios de livre desenvolvimento do comércio e da concorrência, sem os obstáculos das intervenções do Poder Público e com incrementação da segurança jurídica.<sup>43</sup>

A origem do constitucionalismo moderno como uma ruptura revolucionária promovida pelo liberalismo burguês em prol da instauração de um Estado de Direito, em que pese a conjugação das primordiais influências inglesa e norte-americana, encontra sua expressão máxima na Revolução Francesa de 1789, consoante as lições de autores como Maurizio Fioravanti, Dieter Grimm, Horst Dippel, Pietro Costa, Sabino Cassese, Massimo S. Gianini, Eduardo García de Enterría e Peter Häberle (só para citar alguns).<sup>44</sup> O movimento da ilustração, e a Revolução que lhe seguiu, foi um importantíssimo marco real e simbólico cujas consequências liberais são insofismáveis.

A influência desse movimento reverberou para o mundo contemporâneo de forma muito mais intensa que a Revolução Americana ou Gloriosa no sentido de disseminar ideias universais de liberdade que requeriam, inclusive, uma inovadora forma de administração pública (cuja implantação havia sido tentada por Turgot), mas fora fracassada pela resistência conservadora — um tiro no pé da própria monarquia.<sup>45</sup> Nesse paradigmático movimento, opera-se a difusão dos ideais burgueses de assegurar a liberdade em suas diversas manifestações,

<sup>42</sup> GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op. cit., p. 61.

<sup>43</sup> ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, op. cit., p. 131.

<sup>44</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 36; GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op. cit., p. 61; DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 17; COSTA. *O Estado de direito...*, op. cit., p. 107; CASSESE. *La costruzione del diritto amministrativo...* op. cit., p. 1-93; GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo...*, op. cit., p. 45 et seq.; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983. [1974]. p. 15; HÄBERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad...*, op. cit., passim.

<sup>45</sup> GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade...*, op. cit., p. 256.

impedindo a ingerência do Estado na esfera jurídica individual dos particulares, como forma de garantir a autonomia privada e a plena liberdade econômica, pela tomada do poder político. É o legítimo fenômeno iluminista, que dura até os dias de hoje, em que pese a localização histórica da ilustração como berço de tal movimento no século XVIII.<sup>46</sup>

A burguesia francesa de então (e não só ela, mas também parte da aristocracia e de outros setores do Terceiro Estado) lançou mão das teorizações iluministas da ilustração, aproveitando as lições de exponenciais pensadores e adaptando-as ao sabor de seus interesses, elaborando princípios filosóficos próprios que sustentavam a sua ideologia. Entretanto, quando assume o controle do poder político essa mesma burguesia olvida-se da universalidade daqueles princípios, não os aplicando todos na prática ou defendendo-os apenas de maneira formal — o que não reduz a importância do pensamento e do movimento como fenômenos de transformação social; todavia, é marca da interpretação que será levada a efeito: a da felicidade individual como consequência da liberdade (notadamente em relação ao Estado).

Conforme aduz Eduardo García de Enterría, todo o ideário político da Revolução Francesa concentra-se no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual expressa, já em seus artigos 1º e 3º, a concepção de que a soberania reside na nação, partindo-se do pressuposto de que, se os homens são livres e iguais, só deles mesmos pode surgir um poder que lhes afete.<sup>47</sup> Significa que apenas a comunidade pode dispor sobre si mesma, criando as normas que lhe disciplinarão, raciocínio incontestavelmente extraído do arcabouço das teorias contratualistas.

O pensamento contratualista típico da ilustração,<sup>48</sup> muito especialmente as reflexões de Jean-Jacques Rousseau, constituiu o suporte teórico da Revolução,<sup>49</sup> adotando como justificativa para a existência do Estado a necessidade de tutelar melhor as liberdades dos indivíduos que preexistiriam a ele — uma compreensão que repercutiria, logicamente, no rompimento com o modelo absolutista de exercício do poder político. Em sua célebre obra intitulada *Do Contrato Social*, Rousseau formula a fundamentação necessária para dar supedâneo a uma noção de Estado fundada na *soberania popular*, na qual o poder político é titularizado e exercido diretamente pelo povo, como mecanismo assecuratório da liberdade individual.

A arquitetura de sua teoria pode ser, em apertada síntese, assim definida: (i) a sobrevivência do indivíduo exige a sua associação com outros homens, que somente mediante a união de forças serão capazes de derrubar os obstáculos da natureza; (ii) é necessário “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e em que

<sup>46</sup> ROUANET. *Mal-estar na modernidade*, op. cit., p. 120 et seq.

<sup>47</sup> ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, op. cit., p. 103.

<sup>48</sup> Por conta dos objetivos deste estudo, será conferido enfoque mais detido ao contratualismo de Jean-Jacques Rousseau. Uma visão panorâmica acerca das teorizações de outros pensadores do contratualismo moderno pode ser encontrada em: GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. 5.ed. Porto Alegre: L&PM, 1986.

<sup>49</sup> FIORAVANTI. *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 38.

cada um, ao unir-se a todos, só a si mesmo obedeça e continue tão livre como antes”;<sup>50</sup> (iii) a solução está na celebração de um pacto social, composto por cláusulas tacitamente admitidas e reconhecidas, que se resumem basicamente nos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum a pessoa e os bens, sob a suprema direção da vontade geral; e ainda recebemos de cada membro, na qualidade de parte indivisível do todo”;<sup>51</sup> (iv) esse ato de associação origina um corpo moral e coletivo, que assume em uma unidade a personalidade política que se forma da união de todas as personalidades individuais, expressando a sua vontade comum.

A originalidade da reflexão rousseauiana repousa na apresentação da ação política como algo que não distingue classes sociais e resulta por se amalgamar na vontade geral. É o povo, e não mais o monarca, que passa a exercer a soberania: por meio da vontade geral é exercida a soberania popular, já que a sua titularidade remete-se à nação ou ao ente coletivo — “ao corpo”, na dicção de Pietro Costa.<sup>52</sup> A soberania popular defendida por Rousseau exprime a lógica de que “sendo o soberano o eu comum, o corpo coletivo, coincidindo os muitos com um único, a relação do sujeito com o soberano é regida pela convicção de que o ‘corpo não pode causar dano a seus membros’”.<sup>53</sup> Assim, a soberania não pode ser atribuída a nenhum indivíduo ou estamento específico;<sup>54</sup> ela emana do povo entendido como um corpo homogêneo, que deve exercê-la com exclusividade.

A incorporação desse modo de pensar o poder político, com a inserção do conceito de *soberania popular*, configurou *passos agigantados para a época*, pois significava uma fissura enorme com a ideologia própria do *Ancien Régime*.<sup>55</sup> No Absolutismo, com a soberania exercida exclusivamente pelo monarca, prevalecia a vontade do Rei, que o autorizava excepcionar ou dispensar a qualquer tempo o comando de uma lei, ou mesmo avocar a seu bel-prazer um processo para julgá-lo ao seu talante,<sup>56</sup> sem qualquer garantia de segurança jurídica ou previsibilidade. É sob esse aspecto que Guillaume Merland remarca a ruptura ocorrida em relação ao *Ancien Régime*: se na Monarquia Absoluta a lei era vista como “a expressão do bel-prazer do rei”, fruto do arbítrio real legitimado pela soberania do direito divino, após a Revolução a soberania é transferida do direito divino à nação, e a lei passa a ser compreendida como produto da razão humana.<sup>57</sup>

A manifestação da *vontade geral* só poderia se instrumentalizar por intermédio da lei, de sorte que a identificação da vontade soberana do povo se daria através do Poder Legislativo — aí estava, talvez, a principal tese de Rousseau.<sup>58</sup> Somente a lei, fonte máxima do direito, com seus caracteres de generalidade e abstração,

<sup>50</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*. Lisboa: Presença, 1973. [1762]. p. 21.

<sup>51</sup> ROUSSEAU. *Contrato social*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>52</sup> COSTA. O Estado de direito..., *op. cit.*, p. 104.

<sup>53</sup> COSTA. O Estado de direito..., *op. cit.*, p. 104-105.

<sup>54</sup> ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44.

<sup>56</sup> ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>57</sup> MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*. Paris: L.G.D.J., 2004. p. 30-31.

<sup>58</sup> É a posição de Maurice Vile: “La principal tesis de Rousseau en su Contrato Social, publicado por vez primera en 1762, era que las leyes sólo podían emanar de la voluntad general de la comunidad; así, el poder legislativo era el ejercicio de la voluntad soberana del pueblo” (VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 199).

seria a expressão da *vontade geral*, o que lhe autorizaria proibir e impedir, obrigar e ordenar, é dizer, restringir os direitos e liberdades dos cidadãos.<sup>59</sup> A ideia é explicada por Léon Duguit da seguinte forma: (i) as liberdades individuais limitam a atuação do Estado às ações necessárias para protegê-las, e na exata medida necessária para salvaguardá-las; (ii) é necessário, no entanto, que essa própria liberdade seja limitada para possibilitar a vida social; (iii) logo, a restrição das liberdades só se justificaria se tivesse por objetivo assegurar a própria liberdade, e o único meio autorizado para proceder tal limitação seria a lei, expressão da vontade geral.<sup>60</sup>

Ocorre que na construção originária de Rousseau, havia um rechaço em relação a qualquer forma de delegação do poder legislativo: este deveria ser exercitado diretamente pelo povo. Isso constituía um entrave à aplicação da sua teoria a uma grande nação como a França;<sup>61</sup> não obstante, a relevância por ele conferida à soberania do povo corroborava perfeitamente com o ambiente revolucionário de então, o que exigiu sérias adaptações (e até mesmo distorções) do seu pensamento.

Com isso, a Constituição francesa de 1791 admitiu expressamente a delegação do poder legislativo com a adoção de um sistema representativo,<sup>62</sup> contrariando a ideia original de Rousseau.<sup>63</sup> Todavia, proclamava-se a soberania indivisível e inalienável do povo, aludindo que a nação só poderia exercer os seus poderes delegando-os aos seus representantes, que eram a Assembleia, o Rei e a judicatura eleita.<sup>64</sup>

Tudo isso, é claro, com a prevalência do Poder Legislativo sobre os demais, como forma de assegurar a realização da *vontade geral* que só poderia se expressar através da lei elaborada pelo povo. Entendia-se que a *vontade geral* expressava o interesse público ao criar a lei. De tal sorte, era mediante o respeito à legalidade — expressão do interesse público — que a proteção das liberdades individuais estaria garantida.<sup>65</sup>

## 2.2 A legalidade como expressão do interesse público – Uma construção teórica iluminista de contraposição ao arbítrio e proteção ao indivíduo

O modelo estanque de separação de poderes que presidiu as Constituições francesas após a Revolução de 1789 distinguiu-se pela supervalorização do Poder Legislativo sobre os demais, com a justificativa de que somente a lei seria capaz

<sup>59</sup> FIORAVANTI. *Los derechos fundamentales*:... op. cit., p. 39-40.

<sup>60</sup> DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 27.

<sup>61</sup> VILE. *Constitucionalismo y separación de poderes*, op. cit., p. 202.

<sup>62</sup> A Assembleia de 1789 rejeitou a adoção do bicameralismo, sob o argumento de que o poder legislativo é uno e indivisível, de modo que, se o soberano não pode ser dividido, também o poder legislativo não o poderia ser. Isso porque, o “legislativo era o espelho da Nação soberana e não admitia qualquer fragmentação” (DIPPEL. *História do constitucionalismo moderno*:... op. cit., p. 102-103).

<sup>63</sup> ENTERRÍA. *La lengua de los derechos*:... op. cit., p. 105.

<sup>64</sup> VILE. *Constitucionalismo y separación de poderes*, op. cit., p. 210.

<sup>65</sup> DESWARTE, Marie-Pauline. *Intérêt général, bien commun. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, n. 5, p. 1310, sep./oct. 1988.

de assegurar efetivamente os direitos individuais; o legislador seria incapaz de lesionar tais direitos, eis que encarnaria a vontade geral do povo.<sup>66</sup> Por seu turno, os juízes e administradores públicos deveriam basear-se sempre nas previsões legislativas gerais e abstratas, como forma de impedir um tratamento personalizado e privilegiar a igualdade no sentido formal.

A razão dessa valorização excessiva da lei estava na sua vinculação com o conceito de vontade geral e na necessidade de proteção das liberdades individuais: como as leis eram elaboradas pelo corpo unitário da nação, e como os representantes do povo jamais criariam normas atentatórias contra as liberdades individuais, logo, as leis seriam sempre justas, pois refletiriam a vontade do povo, garantindo sua felicidade e assegurando que o exercício do poder político pelo Executivo se desse sempre de forma limitada. A noção de interesse geral nesse período representa um limite fundamental ao poder do legislador: o autor da lei deve sempre ter como objetivo a satisfação do interesse geral, sob pena de tornar-se ilegítima a sua intervenção.<sup>67</sup> De acordo com Eduardo García de Enterría, esse papel reservado à lei é exatamente o que explicará a influência decisiva da Revolução Francesa no Direito Público europeu.<sup>68</sup> Não bastava transferir a titularidade do poder do monarca ao povo; a grande novidade trazida por essas transformações foi restringir o exercício do poder através da lei, considerando-a como expressão da vontade geral do povo, e edificando sobre essa ideia os pilares do Direito Público moderno. A supremacia da lei torna-se o corolário desse ramo do Direito, fundamental à estruturação do Estado, e que se apresenta como a regulação jurídica do poder político.

Como bem elucida Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade não ostentava apenas o escopo de promover uma estruturação formal do aparelho burocrático estatal, da sua composição orgânica e seus esquemas de atuação. Com a consagração de tal princípio “o que se pretendeu e se pretende, a toda evidência, foi e é, sobretudo, *estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia*”.<sup>69</sup> O mesmo sentido é atribuído ao princípio por Jesús González Pérez, que identifica em sua formulação clássica como “uma das garantias essenciais do administrado que é necessário manter intangível e conservar como uma das mais preciosas conquistas da luta frente às arbitrariedades dos governantes”.<sup>70</sup>

Não é outra a posição de Fernando Garrido Falla, para quem o Estado de Direito e o princípio da legalidade têm por finalidade primordial assegurar a liberdade dos cidadãos contra os desmandos do soberano. O autor sublinha a novidade da situação, se comparada com os momentos históricos precedentes: “Possivelmente, isto é o que há de mais rigorosamente inédito frente aos

<sup>66</sup> FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 73.

<sup>67</sup> MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, op. cit., p. 27.

<sup>68</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos...*, op. cit., p. 70.

<sup>69</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 186. (grifos no original).

<sup>70</sup> Tradução livre. No original: “una de las garantías esenciales del administrado que es necesario mantener intangible y conservar como una de las más preciosas conquistas de la lucha frente a las arbitrariedades de los gobernantes” (PÉREZ, Jesús González. *El administrado*. Madrid: Publicaciones Abella, 1966. p. 31).

estados anteriores que o Estado moderno atravessa em sua evolução. A partir da Revolução francesa, o asseguramento da liberdade dos cidadãos, dos súditos, vai constituir uma preocupação fundamental”.<sup>71</sup>

A garantia de que a lei seria fielmente observada, com o intuito de respeitar as liberdades individuais por ela protegidas, estava na imposição de absoluta subserviência da atuação estatal aos comandos legais, que só poderia agir *secundum legem*,<sup>72</sup> do que decorria uma inafastável subordinação da Administração Pública ao Poder Legislativo. Essa subjugação, que determinava uma posição abstencionista ao Estado, era a salvaguarda do interesse burguês de impedir as interferências do Poder Público nas relações jurídicas interprivadas e nas esferas jurídicas individuais. Isso porque, partia-se da premissa de que a sociedade detém mecanismos de autogoverno que conduzem automaticamente à felicidade, desde que os indivíduos possam agir sem impedimentos. O bem comum não era algo materialmente definido, a ser buscado e determinado pelo Estado; ele resultava da concorrência das decisões das vontades individuais, ou seja, seria uma consequência do pleno exercício das liberdades individuais.<sup>73</sup> O interesse público estava na proteção do desenvolvimento dos interesses privados.

Esse sistema não tornou o Estado supérfluo na consecução do interesse geral; pelo contrário, a própria liberdade individual dependia do funcionamento da ordem social, que carecia de organização e proteção pelo Estado, e a sociedade necessitava de um elemento de coesão que permitisse a ação coletiva imprescindível a essa organização e proteção da liberdade.<sup>74</sup> A Administração Pública exercia, assim, um papel fundamental, desde que respeitasse a proibição de ingerência indevida sobre os particulares.

Era essa, afinal, a vontade geral que fundamentava a existência do Estado de Direito, assegurado pelo constitucionalismo moderno francês: a proteção do individualismo. E foi sobre essas bases que se formou o Direito Administrativo moderno de matriz francesa, bem como a primeira noção de interesse público ou interesse geral que se pode identificar na modernidade. Concepção esta, todavia, distinta daquela que viria a predominar do século XX, ainda que nela obviamente radicada.

Mesmo com o reconhecimento da presença de uma natural mentalidade autoritária, tipicamente pré-revolucionária, mesmo no século XIX, não é possível ignorar as mudanças profundas realizadas na estrutura institucional francesa pós-revolucionária. Conforme reconhece Jacques Chevallier, no moderno Estado de Direito “a fonte da autoridade é a legalidade: ela é fundada em um estatuto jurídico, não é mais um poder soberano mas sim uma competência limitada”.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Tradução livre. No original: “Posiblemente esto es lo que tenga más rigurosamente inédito frente a los estadios anteriores que atraviesa en su evolución el Estado moderno. A partir de la Revolución francesa, el aseguramiento de la libertad de los ciudadanos, de los súbditos, va a constituir una preocupación fundamental” (FALLA. *Las transformaciones del régimen administrativo*, op. cit., p. 20).

<sup>72</sup> MORENO, Fernando Díez. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 138.

<sup>73</sup> GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op. cit., p. 58-59.

<sup>74</sup> GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op. cit.

<sup>75</sup> Tradução livre. No original: “La source de l'autorité, c'est la légalité: elle est fondée sur un statut juridique, ce n'est plus un pouvoir souverain mais une compétence limitée” (CHEVALLIER, Jacques. L'intérêt général dans l'Administration française. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 41, n. 4, p. 326, 1975).

Não obstante ao tempo de Luiz XIV existir organização administrativa, não se tratava do Direito administrativo moderno e sim de um “Direito de polícia”. O “*Traité de la Police*”, de Nicolas de la Mare, é exemplo típico da tratativa da matéria neste período, estabelecendo um quadro completo das leis administrativas da antiga França e refletindo a imagem do velho Direito, com todos os seus abusos, violências e inutilidades.<sup>76</sup>

O chamado “Direito público absolutista” é fundado não na prevalência do interesse público e na garantia de direitos, mas sim na “veneração, obediência e fidelidade” dos súditos segundo as respectivas prescrições da ordem divina. A obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, escrita por Donat e cuja primeira edição foi publicada em 1689, continha um capítulo de *Droit Public* em que se denotava expressa a inexistência de limites jurídicos ao poder, pois a decisão final estava remetida à prudência do soberano. Não ressaltar a profunda mudança das representações entre antigo e novo regime (ainda que com manutenção parcial das práticas) é ignorar a história, e o fato de que “frente a toda esa construcción religiosa o mítica, barroca y misteriosa”, a revolução reduz o poder a um “mecanismo humano, común, ordinário, racional”.<sup>77</sup>

O Direito Administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior, somente tendo sido realmente cultivado depois que seus princípios passaram a ser deduzidos da natureza do homem e da sociedade e não do poder divino. E nesse caminho sem dúvida também foi importante a teoria do Direito construída na Itália, particularmente com a publicação da obra de Giandomênico Romagnosi, intitulada *Principii fondamentali di Diritto amministrativo*, em 1814.<sup>78</sup>

A estrutura do Estado Absolutista enfrentou distintos desafios em épocas específicas, mas em geral tendia a ser um “amontoado mal-cerzido de instituições surgidas em diferentes etapas de sua evolução organizacional”.<sup>79</sup> Como obra da revolução têm-se três frentes fundamentais: 1. Destruição da quase totalidade da Administração do Antigo Regime, promovendo uma aparente ruptura com o passado; 2. Tentativa de implantação de uma administração racional uniforme e coerente, dividindo-se a França em departamentos e comunas; e 3. Reformulação dos princípios de filosofia política, adotando-se o primado da lei, separação entre autoridades administrativas e judiciárias, liberalismo político e promoção da igualdade formal.<sup>80</sup>

A Revolução Francesa produz uma ênfase na ideia de direitos subjetivos que obviamente aponta para a construção de um sentido de interesse público desconhecido para o Antigo Regime. O princípio da vontade geral sobrepôs-se à supremacia constitucional, inibindo o surgimento de um efetivo controle de constitucionalidade (o que em geral se coloca como um ponto negativo em face da Revolução Americana). Por outro lado, na França instaurou-se um forte

<sup>76</sup> CASTRO, Augusto Olympio V. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906. p. VI.

<sup>77</sup> ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, op. cit., p. 100, 102.

<sup>78</sup> CASTRO. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*, op. cit., p. IX.

<sup>79</sup> SEELAENDER. O contexto do texto..., op. cit., p. 268.

<sup>80</sup> RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 27-28.

“princípio de responsabilidade de todos os representantes e agentes públicos” (artigo 15 da Declaração de 1789). A responsabilidade do Estado aparece nesse contexto como uma decorrência da ainda incipiente ideia de proteção aos direitos individuais.<sup>81</sup>

A assertiva de que o Direito Administrativo tem origem autoritária é tão anacrônica quanto inócua. Afinal, não teria também o Direito Privado uma origem autoritária? Ou realmente em suas reminiscências originárias foi o princípio da autonomia privada um baluarte da liberdade dos indivíduos?<sup>82</sup>

Nem bom, nem mau; nem milagre, nem pecado. A história do Direito como um todo, e do Direito Administrativo em particular, denota uma profunda dificuldade de combinação entre os planos do ser e do dever ser. Quando se olha para os dias de hoje e é verificada a herança deixada e a utilidade que dela faz o sujeito moderno, bem se vê que foi o legado liberal e democrático que prevaleceu. Legado este que não é uma invenção do século XXI.<sup>83</sup>

Ele se pauta na vontade geral de proteção dos direitos individuais, cristalizada na lei, figurando a Administração Pública como executora dessa vontade geral e intérprete do interesse público, responsável por concretizá-lo em atos e medidas.<sup>84</sup> É por isso que a noção de interesse público “aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento do poder; configura medida e finalidade da função administrativa”.<sup>85</sup> O que não se pode é pretender igualar a noção de vontade geral própria do período de formação originária do Direito Administrativo, logo após a consolidação do constitucionalismo moderno de finais do século XVIII a meados do século XIX, com a concepção contemporânea de interesse público, característica do século XXI.

### 3 O interesse público e o Direito Administrativo da ilustração como escudos contra a arbitrariedade

A noção de interesse público encontra-se intimamente relacionada com o Direito Administrativo, a ponto de autores como François Saint-Bonnet afirmarem que “seria possível escrever uma história do interesse público [*intérêt général*] que seria o fio condutor de uma história do direito administrativo”.<sup>86</sup> No mesmo sentido conclui José Luis Meilán Gil, após ampla digressão sobre os critérios definitórios do Direito Administrativo.<sup>87</sup> Já Guylain Clamour arrola diversas expressões metafóricas utilizadas para explicar a relação entre o conceito de interesse público e o Direito Administrativo, tais como “noção-mãe”, “espinha

<sup>81</sup> ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, op. cit., p. 76, 142.

<sup>82</sup> Sabe-se que não foi. Sobre o caráter também autoritário do Direito privado ver: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Del Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2006.

<sup>83</sup> GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade...*, op. cit., p. 281.

<sup>84</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 189.

<sup>85</sup> MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução*, op. cit., p. 185-186.

<sup>86</sup> Tradução livre. No original: “Il serait possible d’écrire une histoire de l’intérêt général qui serait le fil d’Ariane d’une histoire du droit administratif” (SAINT-BONNET, François. *L’intérêt général dans l’ancien droit constitutionnelle*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 10).

<sup>87</sup> GIL, José Luis Meilán. *El proceso de la definición del derecho administrativo*. Madrid: Escuela Nacional de Administración pública, 1967. p. 70 et seq.

dorsal”, “alma”, “pedra angular da ação pública”, “coração do Direito Público, como a autonomia da vontade para o Direito Privado”, “alfa e ômega do Direito Administrativo”.<sup>88</sup> Trata-se de uma categoria que irradia o conjunto total das instituições do Direito Administrativo.<sup>89</sup>

No entanto, como menciona o autor francês, nada obstante a expansão desse conceito às terras do Direito Constitucional, do Direito Comunitário e do Direito Privado, a noção de interesse público tem sido atacada em razão da sua abstração e questionada quanto à sua adequação à realidade contemporânea.<sup>90</sup> Da mesma forma, as origens do Direito Administrativo no contexto pós-revolucionário francês têm sido alvo de severas críticas de parcela da doutrina lusitana e brasileira, como antes mencionado. Com fulcro nas bases teóricas até agora lançadas, que revelam a conjuntura do surgimento do Direito Administrativo da ilustração e da sua correspondente concepção de interesse público, passa-se à refutação de tais objeções.

### 3.1 Supremacia do interesse público – A ausência de identidade entre a noção típica do liberalismo oitocentista e a sua concepção contemporânea

O equívoco em que incidem alguns autores, ao endereçarem indevida crítica à utilização da supremacia do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo, radica-se na inexistente identidade que parecem imprimir entre a noção de interesse público própria do liberalismo oitocentista e a sua compreensão hodierna. Todavia, conforme advertem Georges Vedel e Pierre Devolvé, a noção de interesse público não é invariável no tempo e no espaço, adaptando-se de acordo com a época e com o país.<sup>91</sup> Nessa toada, como bem observa o administrativista espanhol Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, “admite diferentes entendimentos em função do módulo constitucional em que nos encontremos. Não é igual o conceito que se pode manejar de Direito Administrativo no Estado Liberal de Direito, à versão que pode apresentar o modelo de Estado Social e Democrático de Direito”.<sup>92</sup> O mesmo alerta é feito, dentre tantos outros, por Fernando Garrido Falla, Jacques Chevallier, Jorge Luis Salomoni, Marie-Pauline Deswarte e Guylain Clamour.<sup>93</sup> É preciso, pois, estremar cada uma dessas compreensões para que se possa denunciar a improcedência das referidas críticas.

<sup>88</sup> CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006. p. 16.

<sup>89</sup> TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: L.G.D.J., 1977. p. 287.

<sup>90</sup> CLAMOUR. *Intérêt général et concurrence:..., op. cit.*, p. 18-19.

<sup>91</sup> VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992. p. 517.

<sup>92</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El concepto del derecho administrativo y el proyecto de Constitución Europea. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 23, p. 13-14, jan./mar. 2006.

<sup>93</sup> FALLA. *Las transformaciones del régimen administrativo*, *op. cit.*, p. 83; CHEVALLIER, L'intérêt général dans l'administration française, *op. cit.*, p. 325; SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia. *Actualidad en el derecho público*, Buenos Aires, n. 18-20, p. 135-136, ene./dic. 2002; DESWARTE. *Intérêt général, bien commun*, *op. cit.*, p. 1312; CLAMOUR. *Intérêt général et concurrence:..., op. cit.*, p. 21.

A percepção do que seria o interesse público na perspectiva do Estado Liberal burguês estava estreitamente vinculada com os direitos fundamentais de matriz liberal, que nesse período eram vistos como proteções individuais dos particulares contra as arbitrariedades da Administração. O respeito ao interesse público estava na inexistência de obstáculos impostos pelo Poder Público ao exercício das liberdades, notadamente na esfera econômica, mas não só. A concepção liberal do interesse público refletia-se pela garantia dos interesses privados, ideia largamente difundida pela classe dominante. O interesse privado se colocava diante do interesse público, eis que o bem comum não era algo materialmente definido pelo Estado ou pela coletividade: ele estaria no livre desenvolvimento das vontades individuais,<sup>94</sup> limitadas às fronteiras estabelecidas pela lei.

Essas aproximações da noção de interesse público traziam consigo a ilusão de que seria possível uma homogeneização dos interesses sociais, pressupondo, portanto, uma sociedade homogênea, capaz de resumir todos os interesses individuais a um denominador comum, descrito nos textos legais. Se a lei expressava fielmente o interesse geral, a ideia que se transmitia com tal discurso era a de que todos os indivíduos teriam, indistintamente, seus anseios tutelados pela proteção legal das liberdades. Para Jean Rivero, o interesse geral no período em análise engloba um número limitado de tarefas bem definidas: “a defesa nacional e a actividade internacional, a manutenção da ordem, a criação de condições gerais que permitam o jogo da economia — moeda, vias de comunicação —, a Justiça. (...) Por fim, as Finanças provêem à reunião dos meios necessários para fazer viver este conjunto”.<sup>95</sup> Não por coincidência, tais atividades eram justamente aquelas consideradas essenciais pela burguesia para o exercício da liberdade econômica.

Na sua protohistória o Direito Administrativo moderno edificou-se sobre o discurso basilar de que o Estado é responsável pela busca do interesse público como um “dever negativo” garantidor da felicidade individual (sustentada pelo ideal de autonomia). Isso ocorre seja pela identificação da vontade geral do povo pelo poder legislativo, com a sua consequente enunciação dos diplomas legais, seja pela aplicação desse interesse geral pela Administração Pública, por meio da concretização dos comandos da lei. Tal interesse, na França pós-revolucionária, giraria em torno do respeito às liberdades individuais e do impedimento de quaisquer interferências, não autorizadas pela lei, da Administração nas esferas jurídicas dos particulares.

Nesse sentido, pode-se inferir que no período pós-revolucionário vigia na França uma perspectiva individualista de interesse público, de bem comum, ou, até mesmo, de felicidade. Em verticalizado estudo acerca da concepção de bem comum sob o prisma do Direito Constitucional, Alfonso Santiago assevera que, sobre a relação entre o indivíduo e a sociedade política, é possível, de modo esquemático e sintético, anotar a existência de pelo menos três visões radicalmente distintas do homem, com significativas repercussões para a vida social, política e

<sup>94</sup> GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op. cit., p. 58.

<sup>95</sup> RIVERO. *Direito administrativo*, op. cit., p. 30.

econômica: (i) o *individualismo*; (ii) o *coletivismo* ou *totalitarismo*; e (iii) o *personalismo solidário*.<sup>96</sup> É dentro da primeira concepção que se insere a noção de bem comum no momento histórico em exame.

O individualismo, originado na confluência das correntes iluministas europeias, representa uma visão atomizada da vida social, na qual o homem é compreendido como um ser ilhado e desconectado dos demais, cuja existência se esgota em si mesmo. O motor que move a vida do homem, para o viés individualista, é a busca exclusiva do próprio interesse individual, de maneira que a impossibilidade de os indivíduos compartilharem uma visão comum do bem leva a sociedade a se organizar em torno do alcance dos interesses particulares, com um mínimo de coordenação de tais interesses. Consoante essa perspectiva, a origem do Estado está no pacto social que os indivíduos realizam voluntariamente, cedendo parcela de seus interesses individuais para conseguir proteger o restante de seus interesses.<sup>97</sup> Como reafirma Marie-Pauline Deswarte, para tal concepção “o interesse geral é um simples prolongamento dos interesses particulares”.<sup>98</sup>

O bem comum, para a óptica individualista, reduz-se à proteção eficaz dos direitos e interesses individuais, e a isso se resume a atuação do Estado. E o Direito tem como função primordial apenas permitir e garantir o desenvolvimento autônomo dos próprios interesses pessoais, o que leva a uma contraposição entre indivíduo e Estado, concebendo-se a Administração Pública como uma ameaça à liberdade individual que deve ser controlada e restringida para assim ser propiciada a felicidade do povo e da nação. Como consequência, o individualismo exige um Estado mínimo e abstencionista, que em matéria econômica deixa quase tudo à livre iniciativa particular e à ação das forças do mercado.<sup>99</sup> O cidadão liberal relaciona-se à comunidade política na medida em que esta seja capaz de tutelar os seus direitos em face do Estado, sendo concebida como “o instrumento de realização e proteção dos direitos individuais”,<sup>100</sup> não havendo preocupação em relação à participação do indivíduo na comunidade para a formação de valores comuns.

Uma demonstração dessa perspectiva individualista pode ser vista no artigo 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que assim dispôs: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica o outro; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limites somente aqueles que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela lei”. Além do fato de que apenas a lei poderia impor limites aos direitos e liberdades individuais, o único motivo que poderia ser invocado para tanto era a garantia do gozo dos mesmos direitos e liberdades pelos demais membros da sociedade. Em consequência, aduz Maurizio Fioravanti que “o legislador não poderá limitar as posições jurídicas

<sup>96</sup> SANTIAGO, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional: el personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. p. 50.

<sup>97</sup> SANTIAGO. *Bien común y derecho constitucional:..., op. cit.*, p. 51-55.

<sup>98</sup> DESWARTÉ. *Intérêt général, bien commun..., op. cit.*, p. 1299.

<sup>99</sup> SANTIAGO. *Bien común y derecho constitucional:..., op. cit.*, p. 55-57.

<sup>100</sup> KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: repensando a igualdade e a diferença a partir do pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 335.

subjetivas dos cidadãos por outros motivos: o bem comum, a utilidade social coletiva, a justiça social...”. Ou seja, o único tipo de interesse que justificaria a restrição de um direito individual seria outro direito igualmente individual, tornando matéria de *interesse público* a proteção do *interesse privado*.

Disso decorre a impossibilidade de se encontrar identidade entre essa noção de interesse público, contemplada na França de finais do século XVIII e início do século XIX, e o significado que contemporaneamente atribui-se a essa expressão no Direito Administrativo brasileiro. O próprio sentido da supremacia do interesse público liberal construído no século XIX com base na autonomia privada apresenta sustentação bastante diversa da supremacia do interesse público como princípio do regime jurídico administrativo típico do Estado de bem-estar social de final de século XX.<sup>101</sup>

O individualismo próprio do Estado Liberal acabou por ensejar uma profunda desigualdade social, mormente com a Revolução Industrial. E foi justamente a superação do liberalismo através do advento do Estado Social que engendrou o abandono da perspectiva acentuadamente individualista da noção de interesse público, suplantando-a por uma compreensão mais aproximada da ideia de bem comum. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em obra referencial publicada originariamente em 1991, “nesse tipo de concepção [própria do Estado Social], o *interesse público* identifica-se com a ideia de *bem-comum* e reveste-se, mais uma vez, de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano”.<sup>102</sup> Com isso, “o interesse público perde o caráter utilitário adquirido com o liberalismo”.<sup>103</sup>

Nesta senda, Vera Bolgár pontua que, nos tempos presentes, é sob a forma “social” que a antiga busca do interesse público (“*intérêt général*”) se insere no Direito positivo, de sorte que, se antigamente os elementos dominantes do Direito eram o “particular” e o “individual”, as Constituições e os Códigos recentes regem-se pelo “social” e pelo “público”, com todos os interesses que eles representam, os quais muitas vezes situam-se em um patamar superior em relação aos interesses particulares.<sup>104</sup>

Essa noção social do interesse público, voltada à realização dos fins coletivos ligados ao bem-estar geral, é também acolhida no Direito Argentino, como evidenciam Rafael Bielsa<sup>105</sup> e Héctor Jorge Escola.<sup>106</sup> Na mesma trilha caminha Jorge Luis Salomoni, ao identificar como consequência do conceito de interesse

<sup>101</sup> GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade:..., op. cit.*, p. 258.

<sup>102</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 157.

<sup>103</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 56, p. 40-41, jul./ago. 2009.

<sup>104</sup> BOLGÁR, Vera. *L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 17, n. 2, p. 335, 1965.

<sup>105</sup> “En sustancia, la acción defensora del interés público es positiva (...). El interés público es progresista, dinámico; su dirección es casi siempre económica, de bienestar general o social... En el interés público, el impulso es de bienestar general” (BIELSA, Rafael. *Principios de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1963. p. 830-831).

<sup>106</sup> “La noción de bienestar general (...) encuentra su correlato jurídico en la idea de ‘interés público’ (...) El interés público, así entendido, es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo” (ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como el fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 31).

público a “obrigação constitucional do Estado de promover o bem-estar geral e a prosperidade do país e das províncias”.<sup>107</sup> É de se notar, ainda, que é de autoria desse jurista platino uma interessante concepção de interesse público fundada na realização dos direitos fundamentais e, muito especialmente, dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais. Para o autor, a finalidade do conceito de interesse público reside na “proteção dos direitos essenciais do homem, e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade”.<sup>108</sup> É possível, segundo o professor argentino, compreender o bem comum dentro do contexto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como “um conceito referente às condições da vida social, que permite aos integrantes da sociedade alcançar o maior grau de desenvolvimento pessoal e a maior vigência dos valores democráticos”.<sup>109</sup>

A interpretação do que vem a ser interesse público nas quadras do Estado Social e Democrático de Direito, e que se difere, logicamente, daquela conferida pelo Estado Liberal, é explicada na doutrina espanhola por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, ao identificar interesses gerais (*intereses generales*) com a satisfação dos direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos e sociais.<sup>110</sup> O Professor Catedrático de Direito Administrativo recorda que, se no Estado Liberal os direitos fundamentais se reduziam a limitar o exercício do poder político, orientando-se à proteção do indivíduo singularmente considerado, no trânsito em direção ao Estado Social, com a superação do clássico fosso entre Estado e sociedade, tais direitos passam a configurar um conjunto de valores que orientam a ação positiva da Administração Pública, exigindo a sua realização efetiva mediante prestações estatais.<sup>111</sup> Assim, o interesse geral do Estado Social dirige-se à potencialização e ao robustecimento dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor: “o conceito de interesse público, ou se se preferir interesse geral, (...) em última instância robustece a operatividade dos direitos fundamentais”.<sup>112</sup>

Na França, a importância e a complexidade da noção atual de interesse público (*intérêt général*) é indiscutível, eis que o conceito funciona como critério de aferição de constitucionalidade das leis.<sup>113</sup> No juízo de conformidade das leis

<sup>107</sup> Tradução livre. No original: “obligación constitucional del Estado de promover el bienestar general y la prosperidad del país y las provincias” (SALOMONI, Jorge Luis. *Interés público y emergencia. Actualidad en el derecho público*, Buenos Aires, n. 18-20, p. 136, ene./dic. 2002).

<sup>108</sup> Tradução livre. No original: “protección de los derechos esenciales del hombre, y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad” (SALOMONI, Jorge Luis. *Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino*. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo Juan. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 25).

<sup>109</sup> Tradução livre. No original: “un concepto referente a las condiciones de la vida social, que permite a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos” (SALOMONI. *Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino*. *Op. cit.*, p. 25).

<sup>110</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Derecho administrativo y constitución*. Granada: CEMCI, [s.d.]. p. 103.

<sup>111</sup> MUÑOZ. *Derecho administrativo y constitución, op. cit.*, p. 104.

<sup>112</sup> Tradução livre. No original: “El concepto de interés público, o si se quiere interés general, (...) en última instancia robustece la operatividad de los derechos fundamentales” (MUÑOZ. *Derecho administrativo y constitución, op. cit.*, p. 115).

<sup>113</sup> Sobre o tema, ver a aprofundada investigação de MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 30-31. Uma condensação de suas ideias pode ser encontrada em MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 35-46.

com a Constituição, compete ao *Conseil Constitutionnel* analisar se os objetivos perseguidos pelo legislador com a elaboração do diploma legal se identificam com o *intérêt général*. Para tanto, não basta que a lei fundamente-se em uma justificação extraída do interesse geral; o juiz constitucional utiliza técnicas destinadas a essa apreciação, como o exame da adequação do objetivo da lei com as providências por ela adotadas (*exigence d'un objectif d'intérêt général adéquat*) e da suficiência do interesse geral para a adoção de medidas restritivas a direitos e liberdades (*exigence d'un objectif d'intérêt général suffisant*).<sup>114</sup> Nota-se, seguramente, que tal categoria não implica a adoção da mesma ideia de interesse público difundida na França pós-revolucionária de fins do século XVIII (ainda que a ela se remeta para fins de configuração, pois mesmo os institutos mais próprios do seu tempo são também fruto do passado que permitiu sua constituição — e o caso do interesse público é paradigmático neste sentido).

A concepção contemporânea de interesse público no Direito Administrativo brasileiro é descrita de forma lapidar por Celso Antônio Bandeira de Mello, em trecho de sua obra cuja precisão conceitual exige literal transcrição: “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 pelo simples fato de o serem.”<sup>115</sup> Em outra passagem, assinala o jurista: “o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)”.<sup>116</sup> O autor distingue: (i) o interesse individual relativo às conveniências de cada cidadão no que diz respeito aos assuntos de sua vida particular – interesse de uma pessoa singularmente considerada (como, por exemplo, o interesse de determinado sujeito de não ter um bem seu desapropriado); do (ii) interesse igualmente pessoal desses mesmos indivíduos ou grupos considerados como membros da coletividade maior na qual estão inseridos – o legítimo interesse público, retratado como aspecto público dos interesses particulares (como o interesse, daquele mesmo sujeito, de que exista o instituto da desapropriação).

Dessas duas categorias de interesses traçadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas a primeira era levada em conta no liberalismo oitocentista, e identificada com a ideia de vontade geral: o respeito ao interesse particular de cada indivíduo, singularmente considerado. A segunda noção referida pelo autor representa uma concepção de interesse público que leva em conta o bem-estar de cada um sob a óptica da sua participação na coletividade, vale dizer, o denominador comum dos interesses de cada indivíduo numa perspectiva coletiva, cujo conteúdo não pode descurar dos interesses individuais, eis que constitui, ele próprio, uma faceta destes. Trata-se, evidentemente, de uma noção categorial essencialmente distinta daquela forjada sob a égide do Estado Liberal (e exponencialmente mais complexa). Sobre essa transformação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com a propriedade que lhe é peculiar, acentua de modo ímpar que:

<sup>114</sup>MERLAND. L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *op. cit.*, p. 41 *et seq.*

<sup>115</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183. (grifos no original)

<sup>116</sup>MELLO. A noção jurídica de interesse público, *op. cit.*, p. 182.

Assim como o princípio da legalidade saiu de sua fórmula rígida e formalista, própria do Estado *legal* e chegou a uma fórmula muito mais ampla que se ajusta ao Estado de Direito propriamente dito, também o princípio do interesse público começou como proposição adequada ao Estado liberal, não intervencionista (com o já assinalado cunho utilitarista) e assume feição diversa para adaptar-se ao *Estado social e democrático de Direito*, adotado na Constituição de 1988.<sup>117</sup>

No direito italiano, reclama referência a obra de Renato Alessi que, baseado na doutrina de Carnelutti e Piccard, estabelece uma distinção fundamental para o conceito de interesse público. Ao versar sobre o exercício da função administrativa sob a óptica da posição jurídica da Administração Pública, o autor ressalta duas peculiaridades. A primeira delas reside no fato de que à Administração compete, normalmente, o poder de fazer prevalecer coativamente a sua vontade sobre a do sujeito privado. Para tanto, e por incumbir-lhe a tutela do interesse público, poderá a Administração fazer preponderar o interesse público sobre o interesse individual que lhe for contrário, mas só — e somente só — “quando se trate de interesse cuja prevalência já esteja em abstrato previamente disposta em um ato legislativo primário, cuja aplicação concreta pressuponha um futuro ato administrativo concreto”.<sup>118</sup> Assim, a supremacia do interesse coletivo sobre o individual só terá lugar quando encontrar seu fundamento no Direito objetivo, mediante uma atribuição explícita ou implícita, específica ou genérica, por parte da norma jurídica legislativa.<sup>119</sup>

Há, pois, um limite claro identificado pelo administrativista supracitado: a necessidade de o interesse público que se fará prevalecer estar previamente definido pelo Direito positivo. Diante da possibilidade de o Poder Público esquivar-se desse limite, utilizando-se da prerrogativa conferida pela lei para finalidade diversa daquilo que seria a satisfação do interesse público, exsurge a segunda peculiaridade do exercício da função administrativa: a distinção entre interesse coletivo primário (*interesse collettivo primario*) e interesses secundários (*interessi secondari*),<sup>120</sup> colhida da doutrina de Carnelutti e Piccard. O *interesse coletivo primário* é formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, expressão unitária de uma multiplicidade de interesses coincidentes. Somente este interesse poderá ser considerado como interesse *público*. Ele se difere tanto do interesse de um particular individualmente considerado quanto do interesse do aparato administrativo, que, por sua vez, são ambos *interesses secundários*. Tanto o interesse singular de um indivíduo quanto o interesse da Administração Pública enquanto pessoa jurídica podem conflitar ou coincidir com o *interesse coletivo primário* (que é o verdadeiro *interesse público*). Tais *interesses secundários* só poderão ser perseguidos pelo Estado quando houver coincidência entre eles e o *interesse público*.

<sup>117</sup> DI PIETRO. O princípio da supremacia do interesse público, *op. cit.*, p. 43.

<sup>118</sup> Tradução livre. No original: “allorchè si tratti di interessi la cui prevalenza sia stata in astratto già preventivamente disposta da un atto dispositivo primario legislativo la cui applicazione concreta presupponga appunto un futuro atto concreto di disposizione da parte dell’amministrazione” (ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l’esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 229).

<sup>119</sup> ALESSI. *Principi di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 230.

<sup>120</sup> ALESSI. *Principi di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 232-233.

Note-se, nessa esteira, que a construção da noção de supremacia de interesse público delineada por Celso Antônio Bandeira de Mello e acompanhada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, inerentes a uma visão atual da categoria do interesse público, afastam-se tanto do prisma individualista do interesse geral insito ao Estado Liberal<sup>121</sup> quanto da ideia de “razões de Estado” típica do Absolutismo,<sup>122</sup> que supostamente autorizaria o acobertamento de arbitrariedades estatais sob o manto protetor do interesse público. É nessa exata medida que se equivocam os autores que insistem em identificar na concepção contemporânea de interesse público um caráter autoritário: a noção hodierna dessa categoria jurídica arrima-se na compreensão do interesse geral como produto da solidariedade social, é dizer, como resultado dos anseios de uma coletividade ou mesmo de um cidadão enquanto membro do corpo social (e não apenas individualmente considerado).

Conforme extraído das lições de Renato Alessi, difundidas no direito brasileiro por Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público, na sua leitura atual, não é algo abstrato, etéreo, inatingível. O seu conteúdo jurídico não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio Direito positivo.<sup>123</sup> Desse modo, a significação do que vem a ser o interesse público será determinada de forma objetiva pelo ordenamento jurídico, particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição.<sup>124</sup> A qualificação de determinado interesse como público é promovida pela Constituição “e, a partir dela, [pel]o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”.<sup>125</sup>

Autores que defendem a Constituição, e o cumprimento de seus dispositivos tais como postos, obviamente que, mesmo não tratando expressamente do assunto, também defendem o regime de direitos fundamentais nela estabelecidos. O fato de remeterem aos constitucionalistas o trato mais específico do assunto, não denota qualquer forma de desconsideração. Se alguns administrativistas passaram a também tratar, expressa e diretamente, dos direitos fundamentais como objeto do Direito administrativo, parece ótimo, mas do ponto de vista cognoscitivo, nenhuma novidade lhes cabe. No máximo, trata-se de uma mudança de sistematização do assunto, cujo caráter é, portanto, metodológico. Defender o todo claramente implica na defesa, ainda que implícita, das partes. Os administrativistas cuja produção teórica destacou-se no período pós-88, em geral, adotam esta visão. Claro que a mudança simbólica também é importante

<sup>121</sup> Diferentemente do que alega Alexandre Santos de Aragão, ao sustentar que a “supremacia do interesse público (...) remete a paradigmas oitocentistas já felizmente superados” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 22).

<sup>122</sup> Sobre essa noção, ver: SAINT-BONNET, François. *L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnelle*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.

<sup>123</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 67.

<sup>124</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho administrativo*: instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control. Barcelona: Ariel, 2003. p. 770.

<sup>125</sup> MELLO. A noção jurídica de interesse público, *op. cit.*, p. 190.

e pode, inclusive, surtir efeitos. Todavia, a pretensão de novidade, acompanhada de uma crítica ontológica ao conhecimento precedente, carece de respaldo lógico e histórico.

É justamente por esse motivo que não há qualquer incompatibilidade com o Estado Democrático do Direito e com o regime jurídico dos direitos fundamentais a ele inerente o atual reconhecimento da supremacia do interesse público como princípio jurídico. Pelo contrário: como assevera de forma contundente Luciano Parejo Alfonso, “a supremacia do interesse geral ou público sobre o interesse privado ou particular (...) deriva do Estado de Direito e, mais concretamente, da sujeição de todos os cidadãos à Constituição e ao ordenamento jurídico”.<sup>126</sup> Essa compreensão decorre da consolidada visão que hoje se compartilha da própria noção de interesse público, até porque, como adverte Guillaume Merland, “a distinção herdada da Revolução francesa entre interesse público [*intérêt général*] e interesses particulares não é tão clara como antes”.<sup>127</sup> Até porque, os interesses particulares daquele determinado momento histórico também ostentam natureza bem diferente daquela relativa aos interesses que são protegidos constitucionalmente nos dias atuais.<sup>128</sup>

Não há dúvidas de que o interesse público “por definição, engloba os interesses de cada um dos cidadãos que formam parte do Estado”.<sup>129</sup> E é por isso que, com a sua prevalência sobre os interesses particulares “se está consagrando e protegendo o próprio interesse que se sacrifica formalmente”.<sup>130</sup> Na construção sugerida por Eberhard Schmidt-Assman, ao traduzir a ideia de bem-estar geral, o interesse público revela-se como o interesse comum formado a partir da confluência de variados interesses, coletivos e particulares. E a sua determinação é uma questão que depende acima de tudo do próprio Direito positivo, o qual “oferece normalmente para levá-la a cabo regras de procedimento e critérios materiais”.<sup>131</sup>

Portanto, a doutrina jusadministrativista contemporânea, ao sustentar a existência e aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico pátrio, nada mais faz do que evidenciar a imperatividade da observância dos mandamentos constitucionais e jurídicos em geral na atividade do Estado, conferindo prevalência e respeito ao conteúdo das normas jurídicas em detrimento de interesses egoísticos que se encontrem em dissonância com os anseios dos indivíduos enquanto partícipes da coletividade. Impede-se com isso, inclusive, a preponderância de interesses essencialmente privados de determinados administradores públicos (quando colidentes com o interesse público

<sup>126</sup> Tradução livre. No original: “la supremacía del interés general o público sobre el interés privado o particular (...) deriva del Estado de Derecho y, más concretamente, de la sujeción de todos los ciudadanos a la Constitución y al ordenamiento jurídico” (ALFONSO. *Derecho administrativo...* op. cit., p. 773).

<sup>127</sup> Tradução livre. No original: “la distinction héritée de la Révolution française entre l’intérêt général et les intérêts particuliers n’est plus aussi nette qu’avant” (MERLAND. *L’intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 38).

<sup>128</sup> SAINT-BONNET. *L’intérêt général dans l’ancien droit constitutionnelle*, op. cit., p. 18.

<sup>129</sup> FALLA. *Las transformaciones del régimen administrativo*, op. cit., p. 86.

<sup>130</sup> FALLA. *Las transformaciones del régimen administrativo*, op. cit., p. 86-87.

<sup>131</sup> SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons/INAP, 2003. p. 166-167.

primário), como se públicos fossem, bem como de interesses particulares da entidade pública, quando dissonantes do bem-estar social. O importante é nunca seja esquecida a radical distinção entre direitos (sejam fundamentais ou não) e interesses. O princípio da supremacia não trata do problema (também clássico) do conflito entre direitos individuais e bem-estar coletivo; entre direito particular e interesse público. Neste caso, a solução jurídica terá que ser de outra ordem.<sup>132</sup>

Aliás, impende salientar que, tamanha é a obviedade da compatibilidade da noção contemporânea de interesse público e da sua supremacia com os postulados do Estado Democrático de Direito, que diversos ordenamentos jurídicos considerados democráticos possuem tal categoria consagrada em seus textos constitucionais e legais. É caso da Constituição espanhola, que estabelece em seu art. 103.1 que “La Administración Pública sirve con objetividad los *intereses generales* y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

Interpretando tal dispositivo, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz aduz que a ideia de serviço objetivo aos interesses gerais indica certamente o sentido e o alcance do papel da Administração Pública em relação à cidadania, eliminando-se, em razão de tal princípio constitucional, “toda reminiscência de arbitrariedade, de abuso”.<sup>133</sup> Percebe-se, com isso, a improcedência da afirmação de que o recurso à noção de interesse público é tributário de uma concepção autoritária de Direito Administrativo. Ademais, o jurista ibérico identifica na garantia do interesse público “a principal tarefa do Estado e, por isso, do Direito Administrativo”.<sup>134</sup>

Por sua vez, a República de Costa Rica alberga expressamente a supremacia do interesse público sobre o privado como norma jurídica, ao definir em sua *Ley General de Administración Pública*, no art. 113, que:

1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan *primordialmente el interés público*, el cual será considerado como la *expresión de los intereses individuales coincidentes* de los administrados.
2. El *interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública* cuando pueda estar en conflicto.
3. En la apreciación del *interés público se tendrá en cuenta*, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y *justicia para la comunidad y el individuo*, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> Não cabe aqui uma maior digressão sobre este importante tema, que implicaria um esforço incompatível com os limites deste ensaio. Ademais, a tratativa da questão foi realizada de forma mais ampla em trabalho anterior. Cf. GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público: entre direitos e interesses. In: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*..., op. cit., p. 304 et seq.

<sup>133</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público). *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, p. 18, abr./jun. 2005.

<sup>134</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El marco constitucional del derecho administrativo español (el Derecho administrativo constitucional). *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 29, p. 127-128, jul./set. 2007.

<sup>135</sup> Extraído de ROJAS FRANCO, José Enrique. Presentación de la obra jurídica del doctor Álvaro Mora Espinoza. In: MORA ESPINOZA, Álvaro Enrique. *El deber de hacer de la administración* (supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional). San José: IJSA, 2009. p. 18 (grifos nossos).

Observe-se que o número 1 do art. 113 reafirma as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: o interesse público deve ostentar prevalência no exercício da função administrativa, e seu conteúdo se revela como a expressão dos interesses individuais coincidentes, é dizer, dos indivíduos enquanto parte do corpo social. A ideia é reforçada no número 3, quando afirma que a apreciação do interesse público demanda, antes de tudo, a consideração do valor de justiça para a comunidade e para o indivíduo, não podendo preponderar a mera conveniência particular. Por sua vez, o número 2 confirma a assertiva do autor segundo a qual, no conflito entre o interesse público primário (da sociedade) e o secundário (da entidade estatal), deve-se emprestar supremacia ao primeiro.<sup>136</sup>

Tecidas tais considerações, e retomando a sistematização das diferentes concepções de bem comum apresentada por Alfonso Santiago — (i) o *individualismo*; (ii) o *coletivismo* ou *totalitarismo*; e (iii) o *personalismo solidário*<sup>137</sup> — a única conclusão a que se pode chegar é a de que, se a noção de interesse público própria da filosofia política liberal-revolucionária se enquadra na perspectiva individualista do bem comum, a concepção contemporânea acomoda-se em perspectiva inquestionavelmente diversa, comumente enquadrada como típica de um personalismo solidário que se pauta na identificação do interesse público no seio de um sistema constitucional positivo,<sup>138</sup> e não na abstrata vontade geral do povo.

Isso implica a mudança de um ideal de felicidade como direito subjetivo de não intervenção para a imposição ao Estado de um princípio objetivo de felicidade como dever positivo.<sup>139</sup> Conforme ressalta Fernando Garrido Falla, em passagem de incrível atualidade, estamos em um momento em que possivelmente interesse mais aos indivíduos “ter um sistema perfeito de seguridade social e bons serviços públicos do que seguir crendo no dogma da liberdade pela própria liberdade, que para tantos miseráveis não implicou outra coisa do que uma bela liberdade para morrer de fome”.<sup>140</sup> Destarte, diante do conteúdo semântico que se pode extrair da concepção de interesse público no liberalismo francês, parece ser indubitável que estabelecer uma origem para a noção atual de interesse público em qualquer período precedente ao século XX reflete a promoção de um acentuado equívoco arqueológico.<sup>141</sup>

### 3.2 A formação do Direito Administrativo como representação antiautoritária do liberalismo em face do Absolutismo

Observadas as circunstâncias históricas em meio às quais surgiu o constitucionalismo moderno, os fundamentos filosóficos que serviram de base à

<sup>136</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69.

<sup>137</sup> SANTIAGO. *Bien común y derecho constitucional*:..., *op. cit.*, p. 50.

<sup>138</sup> “O personalismo e o individualismo significam duas atitudes bem distintas ante o homem e ante a vida” (SANTIAGO. *Bien común y derecho constitucional*:..., *op. cit.*, p. 77).

<sup>139</sup> Sobre a questão ver o capítulo em obra anterior intitulado “A felicidade como fundamento do interesse público”. Cf. GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade*:..., *op. cit.*, p. 325-372.

<sup>140</sup> Tradução livre. No original: “tener un sistema perfecto de seguridad social y unos buenos servicios públicos que el seguir creyendo en el dogma de la libertad por la libertad misma, que para tantos desgraciados no ha implicado otra cosa que una bella libertad para morir de hambre” (FALLA. *Las transformaciones del régimen administrativo*, *op. cit.*, p. 32).

<sup>141</sup> GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade*:..., *op. cit.*, p. 286.

sua construção e consolidação na França de finais do século XVIII e início do século XIX, e a noção de interesse público que emergiu naquele período (bem como a sua transformação e suas distinções em relação à concepção contemporânea), cumpre empreender uma incursão nos pressupostos de formação do Direito Administrativo, cuja feição e características originárias oferecem elementos de contraposição ao regime autoritário que lhe precedeu: o Absolutismo.

Sobre esse aspecto, é importante assinalar o significado que se está atribuindo à expressão “formação do Direito Administrativo”: sob tal alcunha, quer-se aludir à criação de um campo autônomo do saber jurídico, uma disciplina sistematizada e organizada a partir de elementos próprios que se relacionam harmoniosamente de forma lógica e coerente. A advertência é relevante no sentido de que parcela da doutrina, acertadamente, aduz que mesmo antes da submissão do poder estatal à ordem jurídica (Estado de Direito), já havia normas administrativas no período medieval, mas que se enquadravam em outros ramos jurídicos, tal como no Direito Civil.<sup>142</sup> Ademais, era possível detectar no Estado Absolutista a presença de um conjunto de normas que regulava as relações do Estado com os particulares. Quanto a esse último, o Direito Administrativo (ou, melhor dizendo, as suas raízes) esgotava-se em uma única regra: um direito ilimitado para o Estado administrar, sem o reconhecimento de direitos aos indivíduos.<sup>143</sup>

Gaston Jèze justamente caracteriza o grande passo evolutivo do Direito Administrativo (para uma disciplina pautada por princípios gerais fundados na teoria do serviço público) como um momento de superação do momento consistente na interpretação privatista de institutos tipicamente ligados à atividade público-estatal (hermenêutica essa, segundo o autor, decorrente da predominância do pensamento de Laferrière e de sua importância como membro e presidente do Conselho de Estado Francês). Por paradoxal que seja, teses como a que distingue atos de império e atos de gestão,<sup>144</sup> ou que proclamavam a irresponsabilidade do Estado, eram construídas a partir de uma linguagem e racionalidade retirada do Direito privado.<sup>145</sup>

Portanto, muito embora se deva admitir que já havia normas jurídicas que disciplinavam as relações entre Estado e indivíduo anteriormente ao Estado de Direito, certo é que a sua sistematização em uma disciplina autônoma do

<sup>142</sup> BACELLAR FILHO. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa:..., *op. cit.*, p. 1.

<sup>143</sup> GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. II-1-2. O jurista argentino discorda, assim, da alegação taxativa de que não havia um Direito Público à época do Absolutismo, eis que o próprio princípio que instituiu um poder ilimitado e as normas que dele derivavam constituem um certo ordenamento positivo, ainda que não se reconhecesse um ramo do conhecimento em torno dele. Posição contrária parece ser sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando assevera que “O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47).

<sup>144</sup> Para uma explicação sobre o desaparecimento da distinção entre atos de império e atos de gestão, ver os itens “I. *La distinction des actes administratifs d'autorité et des actes administratifs de gestion*” e “II. *Disparition de cette distinction*” do *Chapitre V* de DUGUIT, León. *Les transformations du droit public*, *op. cit.*, p. 147-155.

<sup>145</sup> “... los juristas imbuidos de ideas civilistas, imperturbables, imaginaban ya ficciones, ya excepciones a sus pretendidas reglas generales sacadas del Derecho civil. Los más concienzudos completaban los términos del Derecho civil por adjetivos, por epítetos desinados a hacer ver que las cosas no pasaban idénticamente en Derecho privado y en Derecho público. Así se habla hoy todavía de contrato administrativo, de mandato de Derecho público, de tutela administrativa, de propiedad pública, de derechos de potencia pública, del estado de minoridad de los Municipios y establecimientos públicos, etc” (JÈZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928. p. 25).

saber só ocorreu após um lento processo de amadurecimento doutrinário e jurisprudencial. De todo modo, conquanto o Direito Administrativo tenha experimentado significativas transformações em sua evolução, o que traz o risco de se fazer algumas simplificações excessivas quanto à sua história, marcada por complexidades, descontinuidades e peculiaridades, “o valor demonstrativo do começo do constitucionalismo moderno não pode ser desconhecido”.<sup>146</sup>

Com o constitucionalismo moderno, entra em pauta a árdua e contínua luta em face das imunidades no exercício do poder político,<sup>147</sup> fixando-se um quadro timbrado pelas manifestações revolucionárias contra as arbitrariedades do Estado.<sup>148</sup> A forma encontrada para controlar o poder estatal foi a sua subordinação às normas jurídicas, que passaram a reconhecer a existência de direitos individuais aos particulares, modificando a relação entre Estado e indivíduo, na medida em que este deixa de ser visto como *súdito* e passa a ser encarado como *cidadão*, sujeito de direitos. É precisamente nesse ponto que exsurge a necessidade do Direito Administrativo: a nova relação Estado/indivíduo demanda uma nova regulação jurídica, que deve ser orientada por uma racionalidade e princípios próprios.

O pensamento ilustrado propicia uma significativa ruptura com o modelo de Estado Absolutista próprio do *Ancien Régime*. Na sua relação com os particulares, o Estado exercia um arbitrário poder de polícia, podendo impor obrigações ou limitações às esferas jurídicas individuais sem possibilidade de oposição jurídica por parte do atingido.<sup>149</sup> Essa ausência de barreiras ao agir estatal justificava, ainda, a irresponsabilidade jurídica do soberano, isto é, não se aceitava a ideia de que o Estado estivesse obrigado a reparar os prejuízos que causasse aos indivíduos, pois vigia a crença de que o Rei era incapaz de causar danos (*le roi ne peut mal faire*).<sup>150</sup>

Outra característica fundamental do Absolutismo reside na centralização dos poderes do Estado nas mãos do soberano, competindo-lhe de forma exclusiva a elaboração das leis, a resolução das controvérsias jurídicas e a administração das atividades públicas. O exercício dos poderes pelos funcionários explicava-se apenas em função da delegação do soberano, que os titularizava. Essa é a razão pela qual larga parcela da doutrina identifica o nascedouro do Direito Administrativo com a Revolução Francesa e o Estado de Direito,<sup>151</sup> pois nesse momento histórico, em que se firma a subordinação do poder estatal ao sistema jurídico, operam-se transformações nos pressupostos próprios do Estado de

<sup>146</sup> GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., p. II-2-3.

<sup>147</sup> Sobre o tema, ver ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983. [1974].

<sup>148</sup> GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., p. II-3.

<sup>149</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 34.

<sup>150</sup> Sobre o tema, aduz Romeu Felipe Bacellar Filho: “A teoria da irresponsabilidade do Estado teve sua formação com o crescimento dos Estados Absolutos e consagrou-se, fundamentalmente, com a afirmação da ideia de soberania. Ao soberano cabia o exercício da tutela de direitos, o que levava ao contra-senso da afirmação de que em razão de tal fato não poderia o Rei agir contrário a esta tutela” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 293).

<sup>151</sup> Nesse influxo, RIVERO. *Direito administrativo*, op. cit., p. 19; ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como el fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 37; MELLO. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 47; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

Polícia, com a criação de normas que passam a disciplinar de forma diferenciada as relações entre governantes e cidadãos, concedendo a esses últimos direitos e liberdades individuais e contendo o poder político.<sup>152</sup>

A ruptura com os cânones do regime absolutista, responsável pela metamorfose do sistema político e jurídico, impõe a sistematização de um novo ramo jurídico capaz de reger as novas relações que se estabelecem na sociedade francesa. Há, contudo, questionamentos quanto à efetiva ocorrência de uma ruptura com o *Ancien Régime*, no período pós-revolucionário. Odete Medauar menciona que autores franceses, espanhóis e italianos acenam para uma continuidade do Direito Administrativo surgido após a Revolução Francesa, com preceitos e institutos próprios do Antigo Regime.<sup>153</sup> Na doutrina lusitana, Paulo Otero chega a denunciar uma suposta “ilusão garantística da gênese do Direito Administrativo”,<sup>154</sup> encontrando eco em alguns autores brasileiros contemporâneos, como Gustavo Binbenjy.<sup>155</sup>

Nesses termos, o argumento supostamente crítico de que o Direito Administrativo não possuiria origem garantística porque não se originou do Parlamento, mas dos tribunais, produz um equívoco de interpretação. Autores como Paulo Otero parecem estar enganados quando propõem que há uma origem unívoca (jurisprudencial), como se o Conselho de Estado não fosse fruto do seu tempo e das demandas nele contidas (e, portanto, do avanço do espírito garantístico tipicamente revolucionário). Tal interpretação, de forma historicamente insubstancial, limita a possibilidade do garantismo ao Direito judicializado pelo contencioso, exaltando o fato de que os revolucionários eram contra a submissão dos atos administrativos pelos magistrados simplesmente porque queriam “impedir que o espírito de hostilidade reinante nesses últimos contra a Revolução limitasse a liberdade de ação das autoridades administrativas revolucionárias”.<sup>156</sup> Essa é uma visão reducionista do movimento, seguramente mais complexo do que seu retrato meramente intencionalista/voluntarista propõe.<sup>157</sup>

O reinado de Luis XIV foi marcado por uma péssima situação financeira da França, não causada, mas agravada, pela extravagância da corte. As tentativas de ampliação dos impostos, rompendo-se com a imunidade fiscal da aristocracia, foram alvo de resistência por parte dos *parlements* (que eram formados exclusivamente pelos extratos nobiliários, pois estavam excluídos os plebeus da sua composição). A aristocracia recusou-se peremptoriamente a perder seus privilégios econômicos, principalmente considerando que não teriam qualquer incremento de direitos políticos em detrimento do poder monárquico. É neste momento que os magistrados passaram a se utilizar da linguagem retórica burguesa, cujo

<sup>152</sup> MELLO. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 47.

<sup>153</sup> MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução*, op. cit., p. 17 et seq.

<sup>154</sup> OTERO. *Legalidade e Administração Pública...*, op. cit., p. 275 et seq.

<sup>155</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 9 et seq.

<sup>156</sup> OTERO. *Legalidade e Administração Pública...* op. cit., p. 275.

<sup>157</sup> Sobre a crítica ao Direito Administrativo, a partir do modelo de jurisdição administrativa adotado pela França, ver: DUBOIS, Françoise; ENGUÉLÉGUÉLÉ, Maurice; LEFÈVRE, Géraldine; LOISELLE, Marc. *La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique*. In: *Le droit administratif en mutation*. Paris: PUF, 1993. p. 149-174, especialmente o item “A) *La critique de la juridiction administrative*”, p. 151 et seq.

ideário estava em franca ascensão. Conforme destaca Perry Anderson “um dos ramos da aristocracia francesa mais marcados pelo conservadorismo inveterado e pelo espírito de casta” torna-se o grupo defensor das “liberdades”, defendendo arduamente o princípio da separação de poderes e o controle dos atos da Administração sobre suas prerrogativas privadas e direitos consolidados.<sup>158</sup>

Propor uma “ilusão garantística da gênese” sem diferenciar quem seria o “sujeito não garantido” resulta na sustentação de uma tese tipicamente neoliberal, direcionada à proteção de apenas um dos estrados da sociedade. Na França dos séculos XVII e XVIII era somente a classe aristocrática a efetivamente protegida pelos magistrados, inclusive contra as constantes investidas do rei e suas tentativas de incursão na modernidade. Não poderia ser outra a tarefa revolucionária que não a de defender um sistema que não recaísse nas mãos dos magistrados, desenvolvendo-se assim uma peculiar interpretação do princípio de separação dos poderes que prestigiava a figura dos intendentés. Rivero aponta que os revolucionários, “dominados pela lembrança do combate secular travado pelos Parlamentos contra a Administração real entenderam subtrair a atividade dos administradores ao controle do poder judicial”. Não foi por outra razão que a Administração pública ficou imune ao acesso judicial comum e que se desenvolveu uma teoria de recusa do controle da discricionariedade. Acreditava-se que a liberdade estaria muito mais garantida se ao Judiciário não fosse conferida a prerrogativa de se imiscuir no trabalho legítimo dos representantes da vontade popular. Daí a origem, desde o ano VIII da Revolução, do Conselho de Estado.<sup>159</sup> O que não significou, por esta razão, a inexistência de controle do poder administrativo. Quando André de Laubadère defende a existência de “razões práticas” para a firmação da jurisdição administrativa, isso não significa que ele concorde que tal fenômeno retratou um mero pretexto para a realização de um objetivo político concreto,<sup>160</sup> como propõe a leitura (equivocada) de Paulo Otero.<sup>161</sup>

O fato de um sistema político-administrativo não se enquadrar no sistema de três funções independentes (como no ideário de Montesquieu ou no modelo dos dias atuais) não indica a inexistência de controle dos poderes estatais. É uma ilusão reputar à existência do sistema tripartite a condição de critério determinante do caráter autoritário ou não do regime. Não se nega que, efetivamente, os revolucionários em geral (burguesia, jacobinos, e até liberais partidários do rei) possuíram forte hostilidade aos tribunais judiciais, cuja origem aristocrática-medieval era fortemente contrária ao espírito moderno. Entretanto, primeiro, isso não significa que sua posição era mais ou menos “garantística” porque pretendia que a Administração julgasse ela própria. Como aponta André de Laubadère,

<sup>158</sup> ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista*. Tradução de João Roberto Martins Filho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. [1974]. p. 105 et seq.

<sup>159</sup> RIVERO. *Direito administrativo, op. cit.*, p. 23.

<sup>160</sup> Isso fica bem claro quando da leitura do capítulo “Les fondements du système français” do seu tratado original. Cf. LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. v. I. 8<sup>o</sup> éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980. p. 401 et seq.

<sup>161</sup> Paulo Otero afirma: “A invocação do princípio da separação dos poderes foi um simples pretexto para que, visando um objectivo político concreto de garantir um efectivo alargamento da esfera de liberdade decisória da Administração Pública, tornando a sua actividade imune a qualquer controle judicial, se construisse um modelo de contencioso em que a Administração se julgaria a ela própria” (OTERO. *Legalidade e Administração Pública...*, op. cit., p. 275).

na prática, quando o magistrado comum “é chamado a conhecer do contencioso administrativo, mostra-se em geral menos corajoso que o juiz administrativo, na censura jurídica dos atos da administração”.<sup>162</sup>

Tal situação faz cair por terra qualquer interpretação de que o afastamento da justiça comum era um meio de ampliação do arbítrio do Poder Público e/ou redução das garantias individuais. Segundo, a criação da justiça especializada não era apenas uma estratégia política da cúpula revolucionária, para ampliar a sua ação administrativa. Na realidade, tratava-se de uma mudança decorrente de forte apelo popular (o que em uma visão moderna pode parecer paradoxal, mas a partir de uma análise histórica não anacrônica da jurisdição administrativa e do princípio da separação dos poderes parece perfeitamente compreensível).

Assim, ainda que se possa entrever semelhança das construções teóricas elaboradas nessa seara após a Revolução com práticas próprias do regime precedente, parece ser inegável a ocorrência de um rompimento com a racionalidade que norteava as relações Estado/indivíduo no Absolutismo. Desse modo, não ressaltar a profunda mudança das representações entre antigo e novo regime (ainda que com manutenção parcial das práticas) é ignorar a história. O Direito Administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior. No modelo pós-revolucionário, a grande mudança reside na submissão do Estado aos ditames legais, o que faz com que ele deixe de ser irresponsável juridicamente, passando a responder pelos danos que causar aos particulares; seus atos tornam-se controláveis e passíveis de impugnação; consagram-se direitos e garantias de liberdade aos indivíduos, que não podem ser violados pelo Estado; o poder político é limitado, sobretudo diante da supremacia da lei e da separação dos poderes.<sup>163</sup>

Não se pode deixar de observar que essa mudança institucional do Estado de Polícia ao Estado de Direito não se realizou do dia para a noite, nem em todos os aspectos de uma só vez. Foram (e continuam sendo) sucessivas etapas, inseridas num longo processo histórico, no caminho do abandono dos princípios autoritários do Absolutismo.<sup>164</sup> Por conseguinte, o Direito Administrativo não surge repentinamente, com a edição de uma lei ou com o julgamento de um litígio envolvendo a Administração Pública, como destaca Fernando Garrido Falla: “el Derecho administrativo no surge ex novo en un momento determinado”.<sup>165</sup> Nem mesmo é possível afirmar que já chegou a uma “etapa evolutiva final”.

Nesse sentido, em que pese a inquestionável relevância para o Direito Administrativo da Lei do 28 *pluviose* do ano VIII (17.02.1800), que pela primeira vez conferiu à Administração Pública francesa uma organização juridicamente estabelecida sob os princípios da hierarquização e da centralização, e do célebre

<sup>162</sup> “... Il est appelé à connaître du contentieux administratif, se montre en général moins hardi que le juge administratif, dans la censure juridique des actes de l’administration” (LAUBADÈRE. *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 405).

<sup>163</sup> Para uma análise mais detida sobre o assunto ver o capítulo de obra anterior intitulado “Por uma histórica não-anacrônica da jurisdição administrativa e do princípio da separação dos poderes” (GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade*:... op. cit., p. 263-283).

<sup>164</sup> GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., p. II-3.

<sup>165</sup> FALLA, Fernando Garrido. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 18.

caso *Blanco* julgado pelo Conselho de Estado em 1873, ocasião em que pela primeira vez um órgão jurisdicional autônomo criou princípios próprios de Direito Público para julgar um litígio cujo objeto era a responsabilidade civil do Estado, nenhuma dessas circunstâncias pode isoladamente ser considerada como a data de nascimento do Direito Administrativo.

O surgimento desse campo do saber jurídico — e o seu gradual aperfeiçoamento — deriva das condições históricas que começaram a exigir a elaboração de instrumentos jurídicos hábeis a refrear a atuação da Administração Pública para salvaguardar a liberdade e a integridade das esferas jurídicas individuais. Não é à toa que a primeira feição substantiva que assume o Estado de Direito no final do século XVIII e início do século XIX é uma conotação liberal, abstencionista, que lhe rendeu o rótulo de *État Gendarme* ou Estado Guarda-Noturno, visto que nessa configuração a Administração Pública deveria ser restringida a limites mínimos, cabendo-lhe somente agir para garantir a ordem pública, sem se imiscuir nas relações econômicas, sociais e jurídicas estabelecidas entre particulares.<sup>166</sup> O Direito Administrativo apresentava-se como o conjunto de normas voltadas a essa finalidade: conter as manifestações indesejadas da Administração Pública a fim de que os indivíduos, livres, conquistassem sua felicidade de forma autônoma.

Não se desconhece que o Direito Administrativo pós-revolucionário (de caráter formalmente liberal) não surgiu inserido em uma realidade totalmente transformada. Como pondera Ernst Cassirer, o século das luzes permaneceu ainda muito dependente do pensamento dos séculos anteriores. Todavia, o autor ressalta que “apesar de ter adotado a maioria dos seus materiais de outras fontes e de ter desempenhado, nesse sentido, um papel subalterno, nem por isso [a ilustração] deixou de instituir uma forma de pensamento filosófico perfeitamente nova e original”. Por decorrência da profunda transformação vivenciada, as questões que o século XVIII parece ter herdado do passado “deslocaram-se e sofreram uma mudança característica de significação.”<sup>167</sup>

Autores clássicos do Direito Administrativo do século XX, como Jean Rivero, estavam bem cientes desta conjuntura. Com a revolução, os serviços administrativos do século XVIII especializam-se cada vez mais em tarefas precisas e sua organização passa a adotar certo “estilo militar” (centralizada, hierarquizada). Apesar da filosofia liberal, tais atividades são exercidas em regra pela via autoritária; e ainda que submetidas à legalidade são, na prática, pouco contidas. E uma das razões disso é justamente o fraco desenvolvimento do Direito Administrativo. A justiça administrativa especial oferece poucas garantias ao particular (em comparação com o que hoje se imagina possível). Entretanto, o avanço dos institutos do Direito Administrativo acompanha a paulatina incorporação de tais garantias e não o inverso. Se a administração do ano VII respondia a um regime autoritário na ordem pública e liberal na ordem econômica, aos poucos estes postulados se inverteram: o liberalismo foi para a ordem política e a autoridade foi para a ordem econômica.<sup>168</sup>

<sup>166</sup> ESCOLA. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, op. cit., p. 22-23.

<sup>167</sup> CASSIRER. *A filosofia do iluminismo*, op. cit., p. 9-10.

<sup>168</sup> RIVERO. *Direito administrativo*, op. cit., p. 28-29.

Não é possível concordar com as conclusões radicais de Paulo Otero ao propor que há “uma perfeita continuidade entre o modelo de controlo administrativo adoptado pela Revolução Francesa e aquele que vigorava no *Ancien Régime*”.<sup>169</sup> A interpretação que o autor confere a algumas de suas fontes referenciais para a sustentação de sua hipótese (notadamente, André de Laubadère e Vasco D. P. da Silva) também carece de uma visão alternativa.<sup>170</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva reconhece que embora tenha existido uma continuidade, esta não significa “plágio” — ou seja, não há identidade ou perfeita continuidade. Ao tempo em que a Revolução Francesa “não fez tábua-rasa da realidade político-jurídica anterior”, é certo que “ela introduziu profundas alterações e transformações no domínio administrativo”. Como aponta o autor, as instituições recebidas do Antigo Regime serão reenquadradas no novo modelo. “O liberalismo político gerou, assim, um modelo de Administração original e típico”.<sup>171</sup> No mesmo sentido, e de forma mais detalhada, Bernardo Sordi e Luca Mannori ressaltam as profundas diferenças entre a estrutura administrativa típica do mundo antigo com aquela que prevaleceu nos oitocentos (inclusive pecuiliarizando o próprio período tipicamente revolucionário para distingui-lo do liberalismo clássico que lhe seguiu).<sup>172</sup>

Já a partir de uma análise da posição original de André de Laubadère em seu *Traité de droit administratif*, é possível inferir que o autor é claríssimo ao defender, contrariamente à leitura efetuada por Paulo Otero (e reproduzida por Binbenojm), a inexistência dessa gênese autoritária. Aliás, Laubadère cogita expressamente posicionamentos como o de Albert Venn Dicey (que critica o sistema francês em benefício do anglo-saxão) por intermédio dos seguintes questionamentos: “Uma tal concepção [a francesa] não sacrificaria os interesses e liberdades do indivíduo? Não seria anti-liberal?”. E na sequência responde que não, pelo contrário, arguindo razões teóricas e pragmáticas para justificar a sua contrariedade.<sup>173</sup> Antes dele, Gastón Jèze também criticou Dicey, que, apoiado na anglofilia de Tocqueville, acreditava ser o Direito Administrativo francês equivalente a um “arbitrário administrativo” (esquecendo-se das várias características de autoridade/privilegio

<sup>169</sup> OTERO. *Legalidade e Administração Pública...*, op. cit., p. 275.

<sup>170</sup> Entre as principais fontes referenciais de Paulo Otero estão as obras de André de Laubadère e de Vasco P. da Silva. Cf. LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude, GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 266 (o autor cita especificamente a 11. ed. 1990. p. 248). E também cita: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*, op. cit., p. 27.

<sup>171</sup> SILVA. *Em busca do ato administrativo perdido*, op. cit., p. 39.

<sup>172</sup> Vale a pena a leitura do seu capítulo terceiro, intitulado “La fine dell’ordine antico”, devido à riqueza de detalhes a respeito da estrutura administrativa do período e suas transformações. Cf. MANNORI; SORDI. *Storia del diritto amministrativo*, op. cit., p. 182 et seq.

<sup>173</sup> “A priori, le système français est, de ce point de vue, de nature à susciter des craintes. L’existence d’un juge spécial et, par suite, d’un droit especial pour l’administration, ne signifie-t-elle pas privilège de juridiction et droit d’exception? Une telle conception ne sacrifierait-elle pas les intérêts et les libertés de l’individu? N’est-elle pas antilibérale? Ce sont précisément ces craintes qui inspirent aux Anglo-Saxons leur prévention à l’encontre des notions de régime administratif, droit administratif, juge administratif. D’où les critiques adressées par certains auteurs anglo-saxons contre le système français (notamment Dicey, op. cit., ch. XII). Il est certain que la formule française aurait pu, à l’épreuve, s’orienter dans un sens antilibéral si nos tribunaux administratifs s’étaient considérés comme ayant avant tout pour mission de défendre et de développer les prérogatives de l’administration. Mais on ne peut pas dire qu’il en ait été ainsi. La jurisprudence du Conseil d’Etat, en particulier, a su concilier les exigences de l’action administrative avec les libertés individuelles”. E, em nota de rodapé continua: “C’est surtout, on le verra, en ce qui concerne le fondement de la responsabilité que la jurisprudence française se montre hardie et libérale” (LAUBADÈRE. *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 408).

que também existiam na *rule of law*, tais como a famosa regra de irresponsabilidade do rei — *The King can do no wrong*.<sup>174</sup>

A história constitucional inglesa e americana denota disparidade entre os resultados esperados da Constituição e os pretensos princípios básicos nela contidos por influxo da conjuntura que lhe serviu de base cultural. Na Inglaterra dos séculos XVIII e XIX, o exercício do poder facilmente se tornava repressivo mesmo no quadro do *rule of law*, pois o fato é que não existia um efetivo poder institucional que pudesse controlar o Parlamento, principalmente quando este agia a mando do rei<sup>175</sup> (e nem mesmo a mentalidade dos ingleses havia consolidado um sistema de direitos inalienáveis, apesar da vitória na esfera das ideias deste conceito). Na América do Norte do final do século XVIII a ideia predominante sobre a representação política tinha por base o “axioma britânico segundo o qual é a propriedade que confere ao homem o direito de fazer-se representar”. Ou seja: “a propriedade é a regra de representação” e não a efetiva soberania popular, apesar da retórica que envolveu a formação do sistema constitucional norte-americano.<sup>176</sup> É justamente este fato que levou os defensores do *New Deal* a promover uma forte crítica ao sistema da *common law*, por ser um “mecanismo de insulamento da distribuição de riqueza e de benefícios legais em relação ao controle coletivo”. Segundo Cass Sunstein essa visão denunciava o fato de que o “catálogo de direitos do *common law* incluía, ao mesmo tempo, muito e muito pouco — uma excessiva proteção do interesse estabelecido dos proprietários e uma proteção insuficiente dos interesses dos pobres, idosos e desempregados”.<sup>177</sup>

Não parece razoável supor que a evolução promovida pelo Conselho de Estado francês tenha sido realizada em sentido contrário ou independente à influência da Revolução Francesa (para o bem e para o mal). Procurar uma clivagem histórica entre os dois fenômenos, tornando-os independentes, é uma tentativa inglória de adequada recuperação histórica, a partir de interpretações parciais. Afinal, os franceses não se tornaram liberais do dia para a noite. Nem mesmo sua concepção de liberdade, igualdade ou fraternidade é a mesma que para os indivíduos contemporâneos. As palavras das declarações podem ser iguais, mas o seu sentido certamente não o é (veja-se o caráter paradoxalmente arbitrário do próprio conceito jacobino de vontade geral). Não é por outro motivo que a história das mentalidades sempre esteve tão ligada às estruturas mentais de longa duração (ainda que hoje se saiba que esta ligação não é imprescindível).

Também não é por outra razão que os historiadores do Direito são tão críticos em relação à busca por comparações diretas entre o sentido dos institutos jurídicos existentes no passado e seu entendimento contemporâneo.<sup>178</sup> A não

<sup>174</sup> JÈZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 29.

<sup>175</sup> DIPPEL. *História do constitucionalismo moderno...*, op. cit., p. 123.

<sup>176</sup> DIPPEL. *História do constitucionalismo moderno...*, op. cit., p. 87.

<sup>177</sup> SUNSTEIN, Cass. R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo et al (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 132.

<sup>178</sup> Sobre o assunto ver os comentários referentes às premissas de uma abordagem histórica do Direito elaboradas por Ricardo Marcelo Fonseca. Cf. FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato do trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002. p. 25 et seq.

ser do ponto de vista simbólico (que não deixa de ser importante), qualquer relação de identidade de sentido entre o signo “interesse público” do século XIX e aquele presente em realidades posteriores (como a pós-Constituição de 1988) configura um anacronismo historiográfico. A própria tentativa de identificar o sentido do “dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos” com a teoria da prevalência da vontade geral revolucionária é um equívoco grave.<sup>179</sup>

O procedimento de busca de uma “gênese autoritária” identificada nos fatos ocorridos na passagem do século XVIII para o XIX, além de ser uma visão bastante restritiva dos acontecimentos do período, conduz a uma análise teórica pouco consistente, principalmente quando proclama por uma falta de libertação do caráter autoritário, que estaria presente até os dias de hoje, como se houvesse um vínculo histórico linear entre aquele passado e este presente. Tal linearidade é constituída *a posteriori*, nestes termos, perfeitamente passível de sucumbir à crítica de autores como Ricardo Marcelo Fonseca ao destacarem o equívoco típico da teoria historicista que acaba sendo “forjada pelos condicionantes do tempo que está a se debruçar sobre o passado, e que, por isso, normalmente se mostra completamente incompatível com a complexidade do próprio passado para o qual o estudo deveria ser fiel”.<sup>180</sup>

Obviamente que existem vínculos e recíprocas influências entre o passado e o presente, porém, sua relação não se opera de forma simples e direta. Mas o fato é que parece bastante conveniente para o amparo a algumas teses atuais a identificação de tais “raízes históricas”. É típico da racionalidade ocidental do século XX, e mais ainda do XXI (notadamente após a influência positivista), a tentativa perene de ver o presente sempre como mais democrático e evoluído que o passado, proclamando-se por um futuro ainda mais promissor (desde que feita a devida revisão no pensamento constituído nos termos das teorias revisionistas). A própria palavra “mudança” adquiriu um sentido fortemente positivo e simbolicamente benfazejo.

Assim, conforme antes relatado, as ideias de (i) *soberania popular*, (ii) *separação de poderes* e (iii) *supremacia da lei* — considerada esta como expressão da *vontade geral* —, serviram de alicerce para a limitação dos poderes da Administração Pública e para a proteção do pleno desenvolvimento das liberdades individuais, que estavam na base dos interesses da classe dominante: a burguesia. É a partir dessa lógica que o Direito Administrativo moderno se constrói, tendo como objeto as leis voltadas à contenção da atividade administrativa.

Se a lei emana do povo, ela exprime a sua vontade geral, que deve ser respeitada para permitir o exercício harmônico das liberdades individuais. A Administração Pública deveria, pois, submeter-se rigidamente aos mandamentos legais para que não houvesse qualquer ingerência indesejada na esfera jurídica individual dos cidadãos. Logo, se a justificativa da supremacia da lei estava na

<sup>179</sup> Binenbojm defende textualmente que “o velho dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, a quebra de isonomia”. Cf. BINENBOJM. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade...* op. cit., p. 123.

<sup>180</sup> FONSECA. *Modernidade e contrato do trabalho...* op. cit., p. 26.

necessidade de proteção da vontade geral (que em última instância se traduzia no anseio de maximização das liberdades), a sua repercussão direta no âmbito da Administração Pública era clara: “Uma vez fixada a lei, a única tarefa que incumbe às autoridades públicas é a de assegurar a sua tradução na realidade: tal é o papel do Executivo. A Administração é uma função essencialmente executiva: encontra na lei o fundamento e o limite da sua actividade”.<sup>181</sup>

Havia uma nítida diferenciação entre os parlamentares no Poder Legislativo e o Rei e seus funcionários no Poder Executivo: enquanto aqueles detinham carácter de representação, externando a vontade popular, estes apenas eram escolhidos pelo povo para exercer fielmente as atividades administrativas sob o manto da lei.<sup>182</sup> Em outros termos, pode-se dizer que o Parlamento era responsável por manifestar a vontade geral através da representação do povo, ao passo que os funcionários da Administração Pública não passavam de agentes incumbidos de executar essa vontade geral. A distinção fica clara na redação do artigo 2º da Seção II, Capítulo IV, Título III, da Constituição francesa de 1791: “Os administradores não têm nenhum carácter de representação. São agentes eleitos temporariamente pelo povo para exercer, sob a vigilância e autoridade do Rei, as funções administrativas.”

De tais premissas pode-se inferir, segundo Paulo Otero, que “os membros do poder executivo não têm a possibilidade de formar uma vontade autónoma, eles ‘não são os senhores do povo, mas os seus oficiais’. O poder executivo carece de qualquer autonomia jurídica de decisão perante os actos do legislativo: o executivo ‘deve executar sempre a lei e apenas a lei’”.<sup>183</sup> Tomando-se como pressuposto esse raciocínio, a realização das atividades administrativas pelo Poder Executivo nada mais era do que aplicar literalmente as ordens legais, que, por sua vez, representavam a vontade geral do povo; logo, a atividade da Administração Pública significava a realização concreta do interesse geral plasmado na letra da lei. Se administrar significa aplicar a lei, o objeto da atividade da Administração Pública consiste em materializar a vontade geral. Executar a lei através da Administração será empregar ao conteúdo de atos concretos o interesse geral expresso na lei, conferindo a esses atos a legitimidade democrática da decisão legislativa.<sup>184</sup> Aí está a justificativa da concepção estrita de separação dos poderes e da submissão da Administração ao Poder Legislativo.

É sob o influxo dessas ideias que se pode tentar detectar nesse momento de formação do Direito Administrativo moderno os embriões da noção de interesse público. Após a Revolução Francesa, essa noção começa a se desenvolver no sentido de opor-se aos interesses personalistas dos governantes, devendo prevalecer a vontade geral no exercício das atividades públicas. Era uma forma de afastar a gestão da função administrativa do arbítrio do Rei, tornando-se o interesse público um “argumento suscetível de propiciar a adesão de todos e, por

<sup>181</sup> RIVERO. *Direito administrativo*, op. cit., p. 20.

<sup>182</sup> ENTERRÍA. *La lengua de los derechos*:... op. cit., p. 106-107.

<sup>183</sup> OTERO. *Legalidade e Administração Pública*:... op. cit., p. 62.

<sup>184</sup> OTERO. *Legalidade e Administração Pública*:... op. cit., p. 65.

isso mesmo, fundamentar o poder do Estado”.<sup>185</sup> Razão pela qual muitos autores afirmam que a noção de interesse público surge com a afirmação dos direitos individuais, como mecanismo de oposição ao domínio absolutista, tendo como marco inaugural a Revolução Francesa.<sup>186</sup>

Fugindo-se de uma análise fático-historicista (em geral simplificadora) rumo a uma verificação histórica a partir das mentalidades, não parece ser crível negar que o rompimento fundamental no paradigma jusadministrativo ocorreu por intermédio da superação do Antigo Regime. E isso ocorre porque o fundamento da prevalência da verticalidade do poder do rei não possui contrapartida. O interesse público pautado na vontade geral (e na soberania popular) possui uma característica original e radicalmente distinta que é a *sujeição como contrapartida da prerrogativa*. Ou seja, o Estado só pode mais que os indivíduos porque, por outro lado, ele pode menos (devido à sua submissão à vontade do povo). Nesse sentido, Jacques Chevallier lembra que nesse período, como as prerrogativas necessárias à consecução do interesse geral poderiam representar um perigo às liberdades individuais, foi criada “uma série de limites institucionais — o princípio da separação de poderes —, jurídicos — o dogma da primazia do direito e o princípio da legalidade —, e políticos — o direito de resistência —, destinados a evitar todo risco arbitrário e garantir que o poder agisse no sentido do interesse coletivo”.<sup>187</sup> As prerrogativas especiais das quais dispõe a Administração só se justificam pelos deveres aos quais está sujeita, que consistem em realizar a solidariedade social.<sup>188</sup> Interessante verificar que os críticos da supremacia pouco falam da questão da indisponibilidade.

Mesmo que, na prática, o mundo tenha vivido muitos anos (talvez séculos) de uma atuação ainda arbitrária dos Poderes Públicos, a mudança de “representação” e sentido do poder não pode ser ignorada ou recusada, pois foi por intermédio dela que se tornou possível a construção de um novo fundamento de legitimidade ao Direito público. No século XVIII, as típicas situações de carência democrática eram fruto de um tempo próprio, cujas mutações conviviam com permanências culturais reacionárias.

E o Brasil? Já está prescrita uma Carta de Direitos desde a Constituição de 1824, logo reforçados pela proclamação da República. Direitos obviamente consagrados apenas no plano formal e conviventes com uma prática essencialmente centralizadora e não democrática, além de fortemente patrimonialista.<sup>189</sup> Será que

<sup>185</sup> MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução, op. cit.*, p. 189.

<sup>186</sup> De todo modo, cabe salientar que há autores que alocam a origem do interesse público em outros momentos históricos, como Ruy Cirne Lima, que se refere à noção de interesse público já nos textos jurídicos romanos, e Gerhart Niemeyer, que sustenta a existência dessa noção em toda a história da teoria política, “de Platão e Aristóteles, a Locke, Adam Smith e Stuart Mill, passando por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino” (GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade... op. cit.*, p. 254).

<sup>187</sup> CHEVALLIER, Jacques. L'intérêt général dans l'administration française. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 41, n. 4, p. 328, 1975.

<sup>188</sup> CHEVALLIER. L'intérêt général dans l'administration française, *op. cit.*, p. 329.

<sup>189</sup> Na realidade, em termos de sua estruturação político-administrativa o Brasil monárquico vivenciou uma mutação constante de movimentos centralizadores e descentralizadores, obviamente com prevalência do primeiro, ainda que não de forma pacífica. Este, aliás, tornou-se um dos principais temas de debate político no período posterior a 1860, cabendo destaque à interessante controvérsia entre as posições do Visconde do Uruguai e do deputado Aureliano Cândido Tavares Bastos. Sobre o assunto, conferir: FERREIRA, Gabriela Nunes. *Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 1999.

isso torna o regime jurídico do período um modelo autoritário? Se comparado com o regime jurídico-constitucional contemporâneo, sem qualquer dúvida. Se considerado o tempo histórico de seu reconhecimento, certamente que não.

Seria um anacronismo imaginar que a Constituição de 1824 foi essencialmente autoritária, mesmo se considerada a existência do poder moderador. Da mesma forma é um anacronismo imaginar que a experiência autoritária com a qual conviveu o Direito Administrativo em seus primeiros passos realmente o marque como um instrumento normativo essencialmente autoritário. Não é por outra razão que Jean Rivero vai afirmar que “a obra do ano VII só toma o seu relevo quanto confrontada com as tradições em relação às quais teve que tomar posição: a do *Ancien Régime* e da Revolução”.<sup>190</sup> O mesmo ocorre com a história do constitucionalismo inglês e americano. Suas experiências arbitrárias ou não democráticas tipicamente consideradas não desabonam os créditos inerentes ao avanço que sua teoria constitucional ocasionou para o paradigma ocidental de orientação ideológica. Avanços incidentes sobre o passado e que contra ele se colocam, ainda que bastante incipientes em relação às potencialidades que construíram para o futuro dos direitos humanos.

O caminho de desenvolvimento dos institutos do Direito Administrativo denota, seja por intermédio da doutrina (que sempre foi concomitante e até precedente à jurisprudência do contencioso, influenciando-a),<sup>191</sup> seja pela própria jurisprudência (com destaque ao Conselho de Estado francês), um meio de resistência em face da realidade predominantemente adversa. Sabino Cassese identifica que a incrementação da estrutura do novo Estado que surge na transição para o século XIX, sua correspondente legislação administrativa e a reordenação promovida pelo *Conseil d’Etat*, não seria suficiente para a “decolagem” do Direito Administrativo se não fosse acompanhada pela produção de um grupo que denomina de *efforts d’inventaire*, um notável corpo de operadores do Direito, professores e juristas que se dedicaram à matéria.<sup>192</sup> Uma importante demonstração da histórica batalha entre a esfera das ideias e a esfera das mentalidades; conflito este que define as instituições.

Sendo assim, ver na origem dos “institutos administrativos” (o pensamento, a ciência, as representações) um ranço autoritário é um equívoco flagrante. Os temas do serviço público e da responsabilidade civil do Estado são exemplos ilustrativos da tentativa de se efetuar uma inversão dos padrões típicos do Antigo Regime; a ênfase na temática do controle do “excesso de poder” é a demonstração mais significativa desse fenômeno, que produziu uma influência direta no Brasil já durante o regime monárquico.<sup>193</sup> O que jamais irá significar que a França do século

<sup>190</sup> RIVERO. *Direito administrativo*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>191</sup> Para confirmar esta proposição basta uma breve leitura dos trabalhos do Visconde do Uruguai, colmatando as impressões retiradas do repertório de jurisprudência do Conselho de Estado Francês com a farta doutrina administrativista concomitante, sempre analítica e crítica do sistema do contencioso administrativo e de sua relação com os direitos dos indivíduos em face dos interesses do Estado. Cf. URUGUAI, Visconde do. Ensaio sobre o direito administrativo. In: CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002.

<sup>192</sup> CASSESE. La costruzione del diritto amministrativo:..., *op. cit.*, p. 13.

<sup>193</sup> Sobre o assunto são interessantes as considerações do Visconde do Uruguai, recepcionando a doutrina francesa com palavras que poderiam ser expressas nos dias de hoje sem qualquer reparação, como se observa do tópico “excesso de poder e ilegalidade”. Cf. URUGUAI. Ensaio sobre o direito administrativo, *op. cit.*, p. 145.

XIX chegou perto de ser um Estado de Direito nos contornos em que hoje ele é estabelecido em termos de liberdade, igualdade e segurança jurídica (o mesmo ocorre com os Estados Unidos, a Inglaterra e, mais obviamente ainda, o Brasil).

## 4 Conclusão

As reflexões levadas a efeito no presente ensaio prestam-se a evidenciar que a tentativa de rejeitar a ideia de supremacia do interesse público e de imputar às origens do Direito Administrativo e de seus institutos clássicos uma pecha autoritária, propondo-se, em seu lugar, “novos paradigmas”, não passa muitas vezes de manobra voltada à fuga do regime jurídico próprio de Direito Público, que confere à Administração determinadas prerrogativas (e impõe-lhe sujeições) imprescindíveis à consecução dos interesses sociais.

Não há como negar que mesmo a peculiar noção de interesse público tecida no século XIX e os instrumentos disponibilizados pelo ferramental do Direito Administrativo típico da ilustração constituíram inobjetable avanço no que tange à proteção do cidadão, se comparados às práticas arbitrárias do Antigo Regime. A submissão estrita da Administração Pública aos trilhos da lei, a responsabilização do Estado pelos danos causados aos indivíduos, o dever de prestação de serviços públicos e a possibilidade de controle do Poder Público em razão de suas exorbitâncias no exercício do poder político são exemplos claros dessa transformação. É preciso compreender as especificidades históricas que renderam ensejo à formação de tais conceitos e institutos, sob pena de se incorrer em anacronias e equívocos historiográficos, pontuados ao longo deste estudo.

O interesse público, hodiernamente, traduz uma noção distinta daquela compartilhada no liberalismo oitocentista, a qual, por sua vez, já retratava um progresso em prol do indivíduo se comparada com a concepção característica do Estado Absolutista. Hoje, é possível admitir a sua supremacia como princípio do regime jurídico informador do Direito Administrativo sem qualquer constrangimento, desde que se compreenda adequadamente o que se quer significar com tal locução. Entendendo o interesse público como aquele resultante da parcela coincidente dos interesses individuais de determinada sociedade, externado pela dimensão coletiva desses interesses e fixado pelo próprio Direito positivo cuja ontologia é constitucional — tal como defendem Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Romeu Felipe Bacellar Filho — não há qualquer perigo de confundi-lo com o interesse secundário, relativo aos anseios da máquina estatal ou da pessoa física do administrador público; nem mesmo de ser promovida uma restrição inconstitucional de direitos subjetivos — situações estas que revelariam, aí sim, uma concepção autoritária dessa categoria (e não se nega que tais anomalias ocorram a todo o tempo na práxis administrativa brasileira — mas as irregularidades no plano do ser não são capazes de desconstituir o regime jurídico nele incidente; pelo contrário, devem servir de mote para sua constante defesa e reafirmação).

Quanto às alegações pretensamente críticas e supostamente originais de que a gênese do Direito Administrativo, especialmente em razão do princípio da separação de poderes, repousa sobre bases antidemocráticas, pôde-se demonstrar

a obviedade de que uma leitura dessa natureza ignora todas as superações do ranço arbitrário do Absolutismo operadas pelas revoluções burguesas, em especial a Revolução Francesa. Refutar as conquistas alcançadas por esse paradigmático movimento em matéria de direitos e garantias fundamentais reconhecidos ao cidadão em face do Estado, mediante a construção e afirmação paulatina do Direito Administrativo, significa fechar os olhos a todos os importantes reflexos suscitados nesse período no âmbito da proteção dos direitos humanos.

A toda evidência, o Direito Administrativo contemporâneo reclama, realmente, uma releitura de seus institutos à luz dos postulados democráticos vigentes nas Constituições atuais, permeadas pelas exigências do modelo social do Estado de Direito. E isso requer, sem dúvida, a transformação de determinados conceitos não mais condizentes com essa nova realidade. Não obstante, isso não quer dizer, como bem ressaltou Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “que estejamos assistindo o enterro das instituições clássicas do Direito Administrativo. (...) Não se trata, de nenhuma maneira, de uma substituição ‘*in toto*’ de um corpo de instituições, conceitos e categorias por outro”.<sup>194</sup> Cuida-se, tão só e unicamente, de compreender o fenômeno jurídico e as instituições políticas de acordo com a realidade hodierna e os anseios sociais atuais, sem que para isso seja necessário rejeitar as conquistas do passado por observá-las com as lentes do presente.

## Referências

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.

ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho administrativo: instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control*. Barcelona: Ariel, 2003.

ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista*. Tradução de João Roberto Martins Filho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. [1974].

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, jan./mar. 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>194</sup> Tradução livre. No original: “que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. (...) No se trata, de ninguna manera, de una sustitución de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro” [MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El marco constitucional del derecho administrativo español (el derecho administrativo constitucional), *op. cit.*, p. 129].

- BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formatação da tradição jurídica ocidental*. Tradução de Eduardo Takemi Hataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006. [1983].
- BIELSA, Rafael. *Principios de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1963.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOLGÁR, Vera. L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 17, n. 2, 1965.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENALLAT, Michel (Org.). *História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil*. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Unisinos, 2004. [2001].
- CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (Org.). *Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002.
- CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unido. In: CASSESE, Sabino (Org.). *Trattato di diritto amministrativo*. 2. ed. t. 1, Milano: Giuffrè, 2003.
- CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. Campinas: Editora Unicamp, 1994. [1932].
- CASTRO, Augusto Olympio V. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.
- CHARTIER, Roger. *A história cultural entre práticas e representações*. Tradução de Manuela Galhardo. Lisboa: Difel, 1990. [1985].
- CHEVALLIER, Jacques. L'intérêt général dans l'administration française. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 41, n. 4, 1975.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. [2008].
- CHEVALLIER, Jacques. Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général. In: *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 1. Paris: PUF, 1978.
- CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006.
- COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. [1967].
- DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, n. 5, sep./oct. 1988.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 56, jul./ago. 2009.
- DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DUBOIS, Françoise; ENGUÉLÉGUÉLÉ, Maurice; LEFÈVRE, Géraldine; LOISELLE, Marc. La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique. In: *Le droit administratif en mutation*. Paris: PUF, 1993.
- DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza, 1994.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983. [1974].
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como el fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- ESPINOZA, Álvaro Enrique Mora. *El deber de hacer de la administración* (supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional). San José: IJSA, 2009.
- FALLA, Fernando Garrido. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- FERREIRA, Gabriela Nunes. *Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007.
- FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato do trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.
- GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Traducción de M. Baena de Alcázar e J. M. García Madarí. Madrid, 1980.
- GIL, José Luis Meilán. *El proceso de la definición del derecho administrativo*. Madrid: Escuela Nacional de Administración pública, 1967.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. (Parte general, t. 1).

- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Del Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2006.
- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 5.ed. Porto Alegre: L&PM, 1986.
- HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.
- JÈZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: repensando a igualdade e a diferença a partir do pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. v. I. 8<sup>e</sup> éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. v. 1. 12. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. 4. ed. Roma: Laterza, 2006. [2001].
- MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.
- MATTOS, Paulo et al. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*. Paris: L.G.D.J., 2004.
- MERLAND, Guillaume. L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.
- MORENO, Fernando Díez. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

MOUËL, Jacques Le. *Crítica de la eficacia: ética, verdad y utopía de un mito contemporáneo*. Traducción de Irene Agoff. Barcelona: Paidós, 1992. [1991].

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Derecho administrativo y constitución*. Granada: CEMCI, [s.d.].

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El concepto del derecho administrativo y el proyecto de Constitución Europea. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 23, jan./mar. 2006.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El marco constitucional del derecho administrativo español (el derecho administrativo constitucional). *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 29, jul./set. 2007.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público). *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, abr./jun. 2005.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PÉREZ, Jesús González. *El administrado*. Madrid: Publicaciones Abella, 1966.

RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

ROJAS FRANCO, José Enrique. Presentación de la obra jurídica del doctor Álvaro Mora Espinoza. In: MORA ESPINOZA, Álvaro Enrique. *El deber de hacer de la administración* (supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional). San José: IJSA, 2009.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. [1993].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*. Lisboa: Presença, 1973. [1762].

SAINT-BONNET, François. L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnelle. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.

SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo Juan. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia. *Actualidad en el derecho público*, Buenos Aires, n. 18-20, ene./dic. 2002.

SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESÍN, Domingo Juan. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SANTIAGO, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional: el personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons/INAP, 2003.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, n. 55, dez. 2007.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNSTEIN, Cass. R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo *et al.* (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: L.G.D.J., 1977.

URUGUAI, Visconde do. Ensaio sobre o direito administrativo. In: CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992.

VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201. ISSN: 978-85-7700-391-4.