

SUMÁRIO: 9.1 Considerações preliminares; 9.2 Terminologia; 9.3 Supremacia do interesse público sobre o interesse privado; 9.3.1 Doutrina brasileira; 9.3.2 Doutrina estrangeira; 9.4 Indisponibilidade do interesse público; 9.5 Regime jurídico-administrativo; 9.6 Relações de sujeição especial; 9.7 Interesse público primário e interesse público secundário.

9.1 Considerações preliminares

Os capítulos anteriores expuseram as transformações incidentes sobre o Direito Administrativo desde fins dos anos 80 do século XX, que se acentuaram em grande escala nos primórdios do século XXI. A cada espaço de tempo, como se viu e revela copiosa bibliografia, novos tópicos se inserem no rol de temas do Direito Administrativo, os quais afetam ou varrem as tradicionais construções deste ramo.

Embora haja gritante evidência das mudanças na teoria e na prática, notam-se insistências na manutenção e divulgação de ideias ultrapassadas.

No presente capítulo, ausente na edição de 2003, indicam-se, a título de exemplo, *superadas categorias*, iniciando-se com as denominações para mencioná-las, constantes da literatura desde 2003, cujos autores terão somente os nomes citados com datas das publicações, se os respectivos trabalhos foram antes invocados.

9.2 Terminologia

Na *doutrina brasileira* encontram-se várias denominações para essas concepções arcaicas:

a) *focos de atraso; fontes de equívocos* – Diogo de Figueiredo Moreira Neto – 2006 e 2016, respectivamente

b) *religião monoteísta em guerra santa* – Carlos Ari Sundfeld (O direito administrativo entre os *clips* e os negócios, in Aragão; Marques Neto (org) *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, 2008)

c) *dogmas do direito administrativo criados em contextos históricos que não mais existem* – Vitor Rhein Schirato – 2011

d) *velhos dogmas; velhas superstições; fórmulas prontas; institutos e normas que se apresentavam como dogmas; blocos de pedra* – José Carlos Vasconcellos – 2012

e) *lugares comuns do direito administrativo brasileiro tomados quase como verdade absoluta* – Juliana Bonacorsi de Palma – 2015

Na doutrina estrangeira também aparecem essas denominações:

f) *antigas certezas como automatismos intelectuais; figuras retóricas* – Caillosse – 2009 e 2008, respectivamente

g) *velho imaginário da ação pública; velhos entraves jurídicos* – Caillosse – 2008 e 2015, respectivamente

h) *insustentabilidade e debilidade das velhas categorias; velhos paradigmas* – Aldo Travi (Rileggendo Orsi Battaglini), in *Diritto Pubblico*, 1, 2006 (in ricordo di Andrea Orsi Battaglini)

i) *categorias recebidas das incrustações ideológicas do passado; figuras historicamente condicionadas* – Ramajoli – 2010

j) *falsidade dos mitos correntes; construções artificiais e reducionistas* – Luisa Torchia – 2008 (Introdução)

k) *categorias conceituais predefinidas, sem o estudo da realidade do direito administrativo* – Cassese – 2011 (debate sobre o livro organizado por Luisa Torchia, *Lezioni di Diritto Amministrativo progredito*, realizado em Roma, em 20.01.2011, *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2011)

9.3 Supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Essa figura também é invocada sob os títulos “*princípio*” da *supremacia do interesse público* ou *supremacia do interesse público*, a qual, por vezes, é apresentada na condição de pilar do Direito Administrativo.

Ante as transformações advindas nos temas clássicos do Direito Administrativo e a ascensão de novos temas a partir de fins dos anos 80 do século XX, em especial, os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, a consensualidade (incluindo os meios consensuais de solução de conflitos), a governança, além do foco direcionado ao cidadão (e não ao poder), mostra-se notório ser inviável cogitar-se da supremacia do interesse público, por incompatibilidade às novas e contemporâneas feições deste ramo jurídico e, no Brasil, também por fugir aos parâmetros da Constituição de 1988.

Desde 2003 ampliou-se o número de manifestações opostas a tal concepção, na doutrina brasileira e na estrangeira.

9.3.1 Doutrina brasileira

Em outras publicações esta autora lançou razões da superação, elencadas, na sequência, nos contornos gerais.

Odete Medauar – 2008: No preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e no Título I se arrolam os chamados princípios fundamentais, formando os enunciados prévios do seu texto, caracterizadores do lineamento básico do Estado brasileiro; na lista dos fins do Estado se encontra, em primeiro lugar, o de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais; no Título I, o art. 1º, dentre os fundamentos, figura a cidadania, ou seja, o reconhecimento de direitos das pessoas; a seguir vem a dignidade da pessoa humana; tais fundamentos não apresentam natureza de meros enfeites, desprovidos de consequências operacionais; ao contrário: a verdadeira efetividade constitucional exige sua irradiação na prioridade do atendimento dos direitos dos cidadãos por todos os poderes públicos e, ainda, não por último, na construção doutrinária do Direito Administrativo.¹

Mais quatro razões se apresentam em contraposição à supremacia do interesse público.²

(i) Ante a Constituição Federal de 1988, que prioriza os direitos fundamentais, direitos estes essencialmente dos particulares, soa ilógico

¹ Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo? in *Revista do Advogado*, AASP, coord. Fernando Dias Menezes de Almeida, n. 99, set. 2008, p. 102 e 103.

² *Direito administrativo moderno*. 20ª edição, 2016.

e incoerente à diretriz constitucional invocá-lo como princípio do Direito Administrativo.

(ii) Mostra-se pertinente à Constituição de 1988 e à doutrina administrativa contemporânea a ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação de interesses presentes numa determinada situação, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse; o objetivo desta função está na busca de conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios, daí a expansão dos acordos, da negociação, da mediação, da arbitragem, por exemplo, no âmbito da Administração.

Até os autores que se aferram a este princípio reconhecem a necessidade de sua “reconstrução”, de sua adequação à dinâmica social, de sua adaptação visando à harmonização dos interesses.

(iii) O *princípio da proporcionalidade* também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa ao particular, na obtenção de um resultado.

(iv) Tal “princípio” não vem indicado na maioria maciça das obras doutrinárias contemporâneas. Por exemplo, *no direito estrangeiro*: v. Jacqueline Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, 14. ed. Paris, 2015, p. 266-269; Sabino Cassese, *Il diritto amministrativo e suoi principi*, in Sabino Cassese (org.). *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2004. p. 1-15; Elio Casetta. *Compendio di diritto amministrativo*. 11. ed. Milão: Giuffrè, 2011. p. 18-35; João Caupers. *Introdução do direito administrativo*. 8. ed. Lisboa, 2005. p. 66-86; Juan Carlos Cassagne. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: La Ley. vol. I, 2011, p. 166-167; Juan Alfonso Santamaria Pastor (org.) *Los principios jurídicos del derecho Administrativo*. Madri: La Ley, 2010 (não consta “supremacia do interesse público” entre os 42 princípios estudados); Luís Cabral de Moncada, Introdução. Os princípios gerais de direito administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance, in Augusto de Athayde e alii (org.), *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 661-717; *no direito brasileiro*, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Forense, 2014. p. 81-118; Alexandre Santos de Aragão. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. Gen/Forense, 2013, p. (que usa o termo “superado” para tal “princípio”); Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 132-140 (que o menciona para refutá-lo como princípio do direito administrativo relacionado ao chamado “regime jurídico de direito administrativo”).

Para facilitar a explanação de vários outros entendimentos opostos à existência da chamada “supremacia do interesse público”, na doutrina brasileira e estrangeira, os respectivos trechos são invocados apenas com o nome do autor e data, no caso de trabalhos antes citados.

Floriano de Azevedo Marques Neto (Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP) – 2011, p. 105: “O que se põe em cheque no paradigma maduro do direito administrativo é a sustentabilidade de se edificar todo o sistema jurídico a partir de uma ideia a um só tempo absoluta e vazia. Absoluta porque baseada na noção de supremacia, algo incontrastável e inquestionável, inoponível pelo indivíduo. Vazia porque, assim posta, a noção de *interesse público* se mostra vaga, suscetível dos mais diversos preenchimentos ao gosto da autoridade...; a fórmula *supremacia do interesse público* se põe insuficiente para enfrentar os desafios da Administração Pública contemporânea...”

Fernando Dias Menezes de Almeida (Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP) – 2008, p. 337: “Esse viés de autoridade reforçada por poderes especiais – *puissance publique* – marcou diversas concepções teóricas do Direito Administrativo do século XIX e da primeira metade do século XX”; o mesmo autor se refere depois à “superção desse modo de se ver o Direito Administrativo centrado no viés autoridade”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto – 2008, p.104-105 e 123 (*Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*): “subordinação do privado ao público, remanescente do conceito absolutista da supremacia realenga”; “não envolve supremacia ou superioridade da Administração em face dos administrados, o fato de serem atribuídos a sua cura interesses gerais, pois a sua gestão é instrumental para a efetivação dos direitos fundamentais, de modo que, em última análise, são esses apenas os que gozam da incontrastável superioridade constitucional”; 2008, p. 576 e 592 (O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos): “a postura, velha de dois séculos, erguida sobre a tríade *supremacia, imposição e unilateralidade* – reputadas como atributos permanentes e inafastáveis da Administração Pública em suas relações com os administrados – vem cedendo paulatinamente espaço à *consensualidade* e à *negociação*”; “a passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação marca fortemente atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre cidadão e Estado”; tudo concorrendo para que jamais e a qualquer pretexto se permita

invocar supremacias téticas ou *raisons d'État* para sobrepor quaisquer interesses, políticas ou ideologias aos direitos fundamentais”.

Carlos Ari Sundfeld (Professor Titular de Direito Administrativo da GV/ LAW – São Paulo) – 2014, p. 142 e 143: “não é razão para os administrativistas brasileiros se aferrarem à antítese entre público e privado como alicerce do direito administrativo todo...; quem, no Brasil, para definição geral do direito administrativo, apegou-se à antítese e a seus princípios gerais estava, conscientemente ou não, tomando partido por interpretações estatistas para o direito administrativo...”

Alexandre Santos de Aragão (Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ) – 2005, p. 4 (A “supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo, in Daniel Sarmento (org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*): “Não há interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma “supremacia do interesse público”.

Gustavo Binenbojm (Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ) – 2005, p. 126, 129 (Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo, in Sarmento (org.) *Interesses públicos versus interesses privados*: “um dos paradigmas clássicos que se encontram em xeque na atualidade: o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual”; “inconsistência teórica do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o particular com uma sistemática constitucional cidadã, comprometida com a proteção e promoção dos direitos individuais de maneira ponderada... o direito administrativo não tendo mais como ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade”.

Daniel Sarmento – 2005, p.115 (Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, in Sarmento. *Interesses públicos versus interesses privados...*: “os interesses particulares devem ser devidamente sopesados e considerados pela Administração, com emprego do princípio da proporcionalidade, e não atropelados com base na invocação de uma hipotética supremacia do interesse público sobre o privado”.

Paulo Ricardo Schier – 2005, p. 240 e 241 (Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, in Sarmiento. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*): “no plano da dogmática de realização constitucional não se sustenta a tese indiscriminada de existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”; “a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado funcione como verdadeira cláusula geral de restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, olvidando os seus limites e distorcendo todo o regime constitucional dos direitos fundamentais”.

Marçal Justen Filho – 2008, p. 79 (O direito administrativo de espetáculo, in Aragão; Azevedo Marques Neto. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*): “os interesses dos particulares não podem ser reputados como intrinsecamente inferiores a um ‘interesse público em abstrato; o particular é sujeito de direitos”; afirmar que todo e qualquer conflito de interesses entre particular e Estado se resolve pela prevalência do interesse público é uma afirmação inconsistente com a ordem jurídica; e assim se passa precisamente porque a Constituição contempla, antes de tudo, um conjunto de garantias em favor do particular e contra o Estado; a supremacia do interesse público somente é consagrada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeito de direito”.

Diogo Ferraz Lemos Tavares – 2012, p. 19, 24, 199-200 (*A supremacia do interesse público e o direito tributário*): “revisão que a supremacia do interesse público vem sofrendo em todo o globo”; “o desempenho da Administração está estritamente limitado pelos direitos fundamentais dos administrados, não se podendo chegar à conclusão de que a Administração estaria em posição superior”; se o interesse público deve sempre prevalecer, invariavelmente serve de fundamento para toda e qualquer pretensão do Estado frente ao indivíduo”.

Ricardo Lobo Torres – 2012, p. 15 (Apresentação, no livro de Diogo Ferraz Lemos Tavares, referindo-se à supremacia do interesse público): “uma das ideias que começam a se esclerosar rapidamente na vigência constitucional do Estado Fiscal de Direito”.

Umberto Ávila – 2012, p. 12 (Prefácio, no livro de Diogo Ferraz Lemos Tavares): “um dos mitos do direito público brasileiro; o ordenamento constitucional não suporta uma supremacia a priori e abstrata do interesse público sobre o particular”.

Cristiano Soares Barroso Maia – 2009, p. 17 e 25 (A (im)pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, in *Forum Administrativo*, ano 9, n. 103): “Demonstra-se a incompatibilidade do princípio com o projeto de concretização constitucional que se entende adequado, a partir da Constituição Federal de 1988; revela-se anacrônico falar de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no paradigma do Estado Democrático de Direito”.

Isabelle de Baptista – 2011, p. 50 (O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, in *Forum Administrativo*, ano 11, n. 130): “na atual ordem constitucional o que se apresenta com status de supremacia e importa na atuação direta, imediata e concreta da Administração Pública é a efetivação dos direitos e garantias fundamentais”.

9.3.2 Doutrina estrangeira

Giuliano Amato – 2008: “Se está chegando a constatar que, se em princípio não estão as razões de Estado, mas, sim, os direitos e liberdades, então cada limitação deve ter concreta demonstração dos próprios motivos...; vem se dando nova feição às relações entre indivíduo e autoridade, sobre o eixo, sempre mais robusto, da afirmação dos direitos e das liberdades do primeiro e, portanto, da baixa das presunções que eram usadas pela segunda”.

Cassese – 2010 (The rise of Administrative State in Europe): “mudou o paradigma da Administração como um corpo superior”.

Chevallier – 2004: “O interesse geral não é mais considerado como o produto de uma geração espontânea: na base da sua formação se encontram necessariamente interesses particulares dos indivíduos e dos grupos; daí interesse geral e interesse particular não aparecem mais como sendo de natureza radicalmente diferente e sua oposição tende a se quebrar; esta nova visão implica a fixação de vínculos estreitos entre os grupos de interesses: o interesse geral resultará da mais ampla possível confrontação entre os interesses particulares”.

Nicolás Diana e Nicolás Bonina – 2011: “Autores entendem o Direito Administrativo como técnica social cuja finalidade é favorecer a realização, autoafirmação e liberdade do homem em comunidade e não como técnica de subordinação e manutenção das relações de poder dominantes”.

Roberto Dromi – 2005: “Os direitos têm preeminência formal sobre as prerrogativas do Estado”; “novas relações jurídicas põem acento, não na autoridade, mas na liberdade”.

Pablo Oscar Gallegos Fedriani – 2013 (Los paradigmas del derecho administrativo, in Almeida; Marques Neto; Miguel; Schirato. *Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*): “A função da Administração não é atender o bem comum como contrário a bem individual, mas assegurar mediante sua ação os direitos humanos; se o fim da Administração é assegurar estes direitos, já não existe uma relação de submissão do cidadão frente ao Estado, mas uma submissão do Estado frente aos direitos humanos que os cidadãos detêm”.

Pedro Machete – 2010: “os direitos fundamentais constituem e garantem um estatuto constitucional originário”; o estatuto em apreço afasta a ideia de uma posição do cidadão caracterizada por uma sua subordinação, potencialmente ilimitada, ao Estado-poder”.

Bernardo Giorgio Mattarella – 2010: “A ideia de supremacia da Administração começa a ser questionada”; “esses desenvolvimentos convergem para colocar no centro da atividade administrativa a ideia de serviço em favor do cidadão em vez da noção de supremacia da Administração”.

Luciano Parejo Alfonso – 2003: “deixou de responder à realidade que a Administração esteja em relação com os cidadãos em posição subjetiva, sempre igual, de superioridade..., de sorte que os cidadãos estejam ante a Administração em única e constante posição de inferioridade”; “a ideia da articulação da relação Estado – cidadão sobre a base de um princípio universal de superioridade do primeiro sobre o segundo (por isso mesmo súdito) procede do Estado absoluto; depois, o poder de mando passou da pessoa do rei para o fim e a função do Estado; questiona-se a validade deste tratamento” (p. 201 e 202).

Etienne Picard – 2010: “É a liberdade necessariamente privada que se impõe à *puissance publique*; é ela própria que fundamenta a instituição da *puissance publique*, atribuindo-lhe sua função...; é a liberdade privada em geral em seu princípio que se impõe à lei, à Constituição e à instituição política em seu conjunto na medida em que o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (art. 2º da Declaração de Direitos do Homem, 1789)”.

Giuseppe Piperata – 2008: “direito administrativo não mais em grau de assegurar aprioristicamente aquela preeminência baseada sobre uma posição de autoridade dos poderes públicos em relação à sociedade”.

Julio Ponce Sole – 2016: “uma das tendências quanto ao direito à boa administração: diferente tratamento do interesse público, mudando a ideia de que é preexistente, para compreender que é combinação de interesse público e privado, devendo isto ser levado em conta no procedimento de decisão”.

Domenico Sorace – 2006 (*L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della Costituzione nel pensiero de Andrea Orsi Battaglini*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2006): “O princípio da tutela jurisdicional indica um critério de prevalência e estabelece vistosa manifestação do princípio da centralidade das razões do indivíduo e da sua prioridade tendencial em relação a todas as outras, aí incluídos os interesses públicos”.

9.4 Indisponibilidade do interesse público

O chamado “princípio” da indisponibilidade do interesse público igualmente não é encontrado na contemporânea doutrina estrangeira e vem contestado em boa parte da doutrina brasileira afinada às atuais concepções do Direito Administrativo. As obras elencadas no subitem (iv) do item 9.3.1 supra bem o demonstram; nos livros assinados por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Alexandre Santos de Aragão e Marçal Justen Filho as críticas se encontram sobretudo nas páginas 96, 85-86 e 140-141, respectivamente.

Essa “indisponibilidade” constitui fórmula vaga, com ausência de sentido preciso, sendo tautológico afirmar que na atividade administrativa os bens e os interesses não estão à livre disposição dos agentes públicos.

Hoje reinam várias práticas consensuais na atividade administrativa (acordos, negociação, conciliação, mediação, arbitragem, etc.) até mesmo na esfera sancionadora (termo de ajustamento de conduta, compromisso de cessação, etc.). Além do mais, inúmeros bens públicos são utilizados, pelo setor privado, na prestação de serviços públicos (concessão e permissão de serviço público, etc.) ou têm sua gestão transferida a particulares (florestas, teatros, creches, auditórios, hospitais, etc.); como se aventar uma “indisponibilidade” quanto a bens públicos?

E ainda: muitas vezes se alega a “indisponibilidade” como barreira às práticas consensuais na Administração Pública, o que representa negação da realidade e visão desatualizada.

Na sequência são transcritos textos de *autores brasileiros* na matéria, com nome e datas nos trabalhos antes invocados (o direito estrangeiro desconhece tal figura).

Marçal Justen Filho – 2015, p. 140 e 141 (*Curso de Direito Administrativo*, p. 140 e 141): “Adota-se o entendimento de que os direitos fundamentais apresentam natureza indisponível. O núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis”. “O critério da supremacia e indisponibilidade do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas. Mais ainda, a determinação do interesse a prevalecer e a extensão dessa prevalência dependem sempre da avaliação do caso concreto. Trata-se de uma questão de ponderação entre princípios”. “Esse modelo é incompatível com a Constituição, com a concepção do Estado Democrático de Direito e com a própria função reservada ao direito administrativo”.

Juliana Bonacorsi de Palma – 2015, p. 58 e 59: “O princípio da indisponibilidade do interesse público seria o desdobramento do primado do interesse público...Princípio de difícil intelecção e, principalmente, de rasa tradução prática, seu conteúdo jurídico não se apresenta uniforme... Apesar da fluidez, corriqueiramente o princípio é apresentado como óbice à celebração de acordos administrativos pela Administração Pública”.

Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma – 2009, p.85 e 86: “o atual verdadeiro substrato desse princípio da indisponibilidade do interesse público não é algo claramente identificável”; “a celebração de acordos em substituição a atos unilaterais não importa, em caso algum, em qualquer forma de disposição do interesse público. Muito ao contrário, uma vez que (i) os atos bilaterais têm exatamente os mesmos conteúdos e se prestam exatamente às mesmas finalidades dos atos unilaterais, (ii) são, em regra, mais eficientes e menos sujeitos a transgressões por parte de seus destinatários e (iii) são celebrados em valorização de direitos fundamentais consagrados no Estado de Direito, tais como o devido processo legal e a proporcionalidade das decisões da Administração Pública”.

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto – 2012 (Por uma Administração comprometida com o justo, in *Correio Braziliense*, 15.10.2012, coluna Direito&Justiça, tratando da resistência do poder público no efetivo cumprimento dos direitos dos cidadãos e informando que os onze maiores

litigantes em recursos no STF estão no setor público): “É de ser introduzida, sem demora, na mente do administrador... a ideia de que não é favor ou liberalidade..., mas dever jurídico real e concreto, não protelar o efetivo cumprimento da lei sob o falso pretexto de que não lhe é dado dispor do interesse público, como se ele, interesse público, não estivesse, precisa e justamente, no reconhecimento de legítimos interesses dos administrados”.

Vanice Lírio do Valle – 2011 – p. 12 (no item “Da transigibilidade pela Administração e daquilo apontado como o seu óbice agudo: a indisponibilidade do interesse público”): “Objetam alguns com a impossibilidade de atos de disposição em relação ao interesse público. É equívoco palmar”.

9.5 Regime jurídico-administrativo

A expressão “regime jurídico-administrativo” é mencionada por alguns autores para identificar o Direito Administrativo enfeixado em prerrogativas traduzidas pelos chamados “princípio” da supremacia do interesse público e “princípio” da indisponibilidade do interesse público.

Como se expôs nos dois itens precedentes, são noções evanescentes, imprecisas e de viés autoritário, insuscetíveis de permear e caracterizar a grande riqueza que o Direito Administrativo ostenta, e noções de plena dissonância à fulgurante ascensão e consciência dos direitos fundamentais agora reinantes.

A estranheza da locução também se evidencia por inexistir algo similar em outras áreas do Direito; não se invoca, por exemplo: regime jurídico-constitucional, regime jurídico-tributário, regime jurídico-processual, regime jurídico-penal, regime jurídico-civil, regime jurídico-comercial, etc.

E nem se pode atribuir a Maurice Hauriou sua paternidade ou inspiração, pois o “*regime administrativo*” deste autor expressava a centralização da Administração francesa, na fórmula presente na edição de 1927 do *Précis de droit administratif*, cuja transcrição já foi efetuada (Cap. 2, Autores e ideias) e ora se repete por clareza: “a) todas as funções administrativas devem ser fortemente centralizadas e confiadas a poder único; b) este poder, enquanto poder jurídico, é o Poder Executivo; c) daí os agentes serem colocados sob autoridade hierárquica de chefes pertencentes ao Poder Executivo e serem regidos por leis especiais; d) as autoridade administrativas agem por decisões executórias; e) além da lei e do juiz, os indivíduos sentem a autoridade do poder administrativo; f) o poder administrativo é dotado de

autonomia". Mazzamuto³ lembra a acepção presente em Hauriou: "O regime administrativo de Hauriou é uma representação ampla do centralismo administrativo francês; não é centrado na descrição dos princípios que regem a especialidade do direito administrativo..."

Empregando os termos "regime administrativo", "regime jurídico" ou "regime exorbitante", vários administrativistas rechaçam sua natureza derogatória, sua uniformidade e unicidade, sua condição de alicerce do Direito Administrativo. Nesta linha, colacionam-se algumas vozes, a título de exemplo.

Chevallier – 2004, p. 69: "os aspectos derogatórios do regime administrativo tendem a se atenuar numa série de campos; a defesa dos privilégios administrativos passa a segundo plano ante a exigência de proteção dos direitos dos administrados".

Piperata – 2008, p. 200: "O regime jurídico a que se submete a Administração é resultante do entrelaçamento entre regras publicistas e regras privatistas".

Corvalán – 2012, p. 199, 200, 201, 202: "O paradigma clássico (prerrogativas – regime exorbitante) não se ajusta ao novo paradigma que existe no Estado Constitucional de Direito"; "as garantias não podem ser o fundamento parcial do regime exorbitante; com efeito os direitos fundamentais ou os direitos e garantias atribuídos aos cidadãos não constroem a noção de regime exorbitante, mas, sim constituem o ponto de referência e as limitações ou modulações das prerrogativas da Administração"; "não pode ser aceita a categoria dogmática que se apresenta como um "balanceamento" ou equilíbrio entre prerrogativas e garantias"; o novo paradigma põe em crise a própria existência e a justificação da mera existência de prerrogativas clássicas e históricas concebidas à luz do paradigma anterior"; "o novo paradigma não admite a existência das prerrogativas pelo mero fato de que sejam apresentadas como ferramentas válidas para concretizar o interesse público a serviço da Administração Pública... E já não se presume *juris tantum* que o Estado necessite de uma série de prerrogativas *ab initio*".

Maria Tereza Fonseca Dias – 2003, p. 250-251: "A questão do regime jurídico administrativo e do seu corolário básico de que à Administração

³ I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto, in Renna; Saitta (org.). *Studi sui principi del Diritto Amministrativo*. 2012, p. 16.

cabe a defesa dos interesses públicos deve ser discutida, visto que os próprios interesses públicos deixam de ser categorias ontológicas e homogêneas para se tornarem instrumentos de discussão e negociação”.

Carlos Ari Sundfeld – 2014, p. 34, 35, 144, 161, 162: “O direito administrativo hoje: muitos regimes jurídicos”; “com a incrível diversidade das tarefas da Administração contemporânea, é difícil encontrar elementos jurídicos comuns a todas elas; são atuações muitíssimo variadas, com regimes também diversos”; “é realidade no direito positivo: a existência de regimes múltiplos, concebidos para as situações de que tratam”; “direito administrativo: confederação assimétrica de regimes singulares”; “é uma confederação assimétrica, pois reúne regimes com âmbitos de aplicabilidade... bastante desiguais; são regimes em alguma medida singulares, com soluções próprias; a ligação geral entre esses regimes todos se dá em função da qualidade do sujeito que os usa: as entidades, os órgãos e os poderes estatais”.

9.6 Relações de sujeição especial

A expressão *relações de sujeição especial* (ou *relações de poder especial*), de origem alemã na primeira metade do século XIX, aparece para indicar vínculos da Administração Pública com determinados segmentos da sociedade, por exemplo: servidores públicos, alunos de escolas públicas, detentos, pacientes de hospitais públicos; nesta concepção, esses vínculos seriam objeto de tratamento diferenciado, por abranger mais prerrogativas da Administração incidentes sobre tais segmentos do que à sociedade em geral, acarretando, portanto, redução dos seus direitos.

Mostra-se evidente a plena superação da categoria, no atual cenário em que são reconhecidos direitos a todo e qualquer integrante da sociedade, em que reinam direitos fundamentais, direitos ao contraditório e ampla defesa, além de outros aspectos relativos às inovações do Estado e do Direito Administrativo. Daí a pertinência da sua rejeição na doutrina afinada ao contemporâneo.

Na doutrina brasileira, Miriam Wimmer⁴ oferece amplo estudo na matéria e afirma: “a teoria das relações especiais de sujeição, se compreendida como o fundamento de um poder administrativo autônomo que legitimaria

⁴ As relações de sujeição especial na Administração Pública, in *Revista Síntese – Direito Administrativo (RSDA)*, n. 20, ag. 2007, p. 49 e 51.

a imposição de restrições aos direitos fundamentais à margem do direito, é manifestamente incompatível com nosso sistema constitucional.”; e acrescenta: “A utilização do conceito em questão revela-se não só anacrônica e desnecessária, como também perigosa, pelo déficit de racionalidade nas decisões judiciais e pelo confinamento de direitos fundamentais que pode propiciar”.

De seu lado, pontifica Marçal Justen Filho,⁵ no item denominado *A rejeição à tese da sujeição especial*: “A adoção do princípio da legalidade no cenário de um Estado Democrático de Direito conduz à rejeição da teoria da sujeição especial”. “Rejeita-se a tese da sujeição especial pela ausência de fundamento constitucional. Não se localiza na Constituição indicativo que permita afirmar que alguns indivíduos, por se encontrarem em situação de relação peculiar e diferencial, deixariam de ser albergados pela proteção constitucional genérica do princípio da legalidade”.

Na doutrina estrangeira, Schmidt-Assmann⁶ se refere à “superação de velhos dogmas que não resultam compatíveis com as grandes ideias norteadoras” da Constituição alemã, sendo “exemplo mais notório a superação das chamadas *relações de sujeição especial*, que determinou a necessidade, sobretudo, de realizar exaustiva regulação e estruturação legal do Direito escolar”.

Luis Ortega,⁷ no subitem *Os novos direitos* (5.2) menciona as normas incidentes sobre o poder sancionador, os direitos assegurados aos servidores públicos (de greve, de sindicalização, negociação coletiva e outros), os direitos garantidos aos alunos, os direitos dos pacientes; e aventa a eliminação da teoria da sujeição especial.

9.7 Interesse público primário e interesse público secundário

Tal distinção do interesse público surgida na metade do século XX, além de confusa e imprecisa (há inúmeras versões para o significado de um e outro), mostra-se incompatível aos novos tempos do Estado e do

⁵ *Curso de direito administrativo*. 11ªed. 2015, p. 242 e 243.

⁶ *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Trad. Mariano Bacigalupo e alii. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 199 e 200.

⁷ *L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo*, in D'Alberti (org.). *Le nuove mete del diritto amministrativo*. 2010, p. 162, 163 e 164.

Direito Administrativo, pois, sem dúvida, inexistente um interesse público do Estado ou da Administração em contraponto aos direitos dos cidadãos, os quais representam o verdadeiro interesse público. E se o interesse público hoje se extrai da ponderação de vários interesses presentes numa situação, se extrai de práticas de mediação e de acordo, torna-se inviável cogitar-se da citada separação. Nesta linha se apresentam as considerações de Marçal Justen Filho: “Esses interesses do aparato estatal não podem ser reconhecidos como “interesse público”. O chamado “interesse secundário” (Alessi) ou interesse da Administração Pública não é público”. “São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito”.

Para Allegretti⁸ “a ideia de função e de processo administrativo, este norteado pelo contraditório e participação, trazem novo modo de efetuar o confronto entre os interesses, o que torna o interesse público não um dado pré-identificado e realizado de forma autoritária; por isso não se pode, sem equívoco, denominá-lo “interesse primário”.

8 Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica, in *Diritto Pubblico*, 3, 2006, p. 780.