

Transformações do “regime de Direito Administrativo” – A propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública***

Juan Gustavo Corvalán

Resumo: O regime jurídico-administrativo, construído no Direito francês como um regime exorbitante do Direito Privado, que o derroga “para mais” e “para menos”, tem sido utilizado como fundamento para legitimar a criação e o exercício das prerrogativas, privilégios e potestades da Administração Pública. Este artigo tem como objetivo analisar se tal explicação amolda-se ao paradigma contemporâneo do Estado Constitucional de Direito, buscando apresentar um novo ponto de partida para justificar e validar a existência das prerrogativas do Poder Público.

Palavras-chave: Regime jurídico-administrativo. Regime exorbitante. Prerrogativas da Administração Pública. Direitos fundamentais. Potestades.

Sumário: **1** Preliminarmente – **2** O “novo paradigma” do Direito Administrativo? – **3** A concepção das prerrogativas da Administração Pública no paradigma anterior – **4** A enunciação clássica do regime exorbitante e o equilíbrio entre prerrogativas e garantias como critério clássico diferencial do Direito Administrativo – **5** A reconstrução do regime de Direito Administrativo – **6** O atual paradigma do regime de Direito Administrativo – Um novo ponto de partida para justificar e validar a existência de prerrogativas da Administração Pública – **7** Sinopse do atual paradigma sobre o qual se deve edificar o “regime de Direito Administrativo”

1 Preliminarmente

O novo paradigma do Estado Constitucional de Direito conserva a mesma preocupação que tem estado presente ao longo da história do Direito Público: “a salvaguarda da pessoa frente ao exercício arbitrário do poder público”. É esse um dos objetivos primordiais da proteção internacional dos direitos humanos.^{[1](#)}

Já transcorrida mais de uma década do século XXI, podemos afirmar sem temor que se intensifica radicalmente o processo refundacional das ciências jurídicas iniciado em meados do século XX. Fenômenos como o efeito expansivo das constituições, os novos cenários locais, regionais e mundiais, assim como a crescente aceleração das profundas mudanças produzidas já há mais de 60 anos, suscitam desafios inéditos nas disciplinas do Direito.^{[2](#)}

O Direito Público se reconfigura ao compasso de importantes mudanças culturais e tecnológicas que aceleram qualitativa e quantitativamente seu processo de transformação. Neste complexo esquema, as equações Estado-cidadão e Direito Público-seus ramos afrontam complexos cenários e se encontram em plena busca da adaptação e reconfiguração de suas bases.^{[3](#)}

Este fenômeno, por exemplo, se evidencia no ramo do Direito Público que maiores avanços dogmáticos apresentou no último século. Assim, um dos máximos expoentes do Direito Penal no mundo — Roxin — alerta desde fins da primeira década do século XXI acerca da mudança de paradigma^{[4](#)} e da reestruturação dos cimentos da ciência jurídico-penal.

O precitado autor desenvolve sua tese⁵ sobre as variáveis⁶ de sistematização,⁷ internacionalização,⁸ funcionalidade, eficácia, eficiência,⁹ coordenação, universalidade¹⁰ e consenso.¹¹

Estas categorias, sem dúvida, constituem a essência e as pautas centrais através das quais se decodifica o novo paradigma do Direito Público.

Se partirmos da premissa de que o Direito Constitucional há de operar em dois sentidos, então, por um lado, deve verificar a constante revisão dos dogmas tradicionais; por outro, deve poder constituir-se como receptor de novas tendências — e aqui é onde o Direito Administrativo também contribui para forjar a dogmática e evolução do Direito Constitucional.

O Direito Administrativo deve edificar-se sobre os princípios e valores constitucionais formais e substantivos,¹² uma vez que representa o campo de verificação e experimentação do Direito Constitucional: é à “práxis administrativa que incumbe tornar operativos os grandes e abstratos conceitos constitucionais”.¹³

2 O “novo paradigma”¹⁴ do Direito Administrativo?¹⁵

Na Argentina, o mais recente tratado de Direito Administrativo se refere ao “novo paradigma do Direito Administrativo”.¹⁶ A construção deste esquema pode ser sintetizada do seguinte modo:

Segundo Balbín o paradigma anterior — básico — do Direito Administrativo versava sobre o equilíbrio existente entre: 1) o poder, e particularmente suas prerrogativas, em um extremo, e 2) os direitos das pessoas, no outro.¹⁷ Para o precitado autor, este esquema “não nos permite resolver os problemas atuais” e portanto — afirma — os pilares que sustentam o paradigma anterior devem ser reconstruídos.¹⁸

De modo esquemático, tentamos sintetizar a reconstrução que o autor leva a cabo¹⁹ em relação aos seguintes aspectos:

- a) Os direitos. No que diz respeito a eles, corresponde: (i) situar no centro da cena os direitos sociais e coletivos (e não os direitos individuais); (ii) conferir ênfase à inatividade estatal (já que o Direito Administrativo se construiu sobre o foco das atividades estatais);
- b) As prerrogativas e seus limites;
- c) O interesse público.

O precitado tratadista expressamente tenta remontar um quebra-cabeça composto pelas seguintes peças: (i) o poder e sua justificação, é dizer, o interesse público; (ii) seus limites; (iii) os direitos das pessoas; (iv) o equilíbrio entre o poder e os direitos.²⁰

Ao referir-se às prerrogativas, o mencionado autor — seguindo Ferrajoli — entende que elas — assim como o interesse estatal e o poder — devem apoiar-se necessariamente no “reconhecimento e respeito dos direitos das pessoas e não em conceitos evanescentes ou de corte autoritário. Esse é

o porquê e sua justificação”.²¹

Sobre essa base Balbín sustenta que o paradigma já não é o interesse público e o equilíbrio entre poderes e direitos — poder vs. direitos —. Para ele, o novo paradigma é direitos vs. direitos e este é — sob essa óptica — o campo próprio do Direito Administrativo. É um ramo do Direito Público que, conforme sua tese, tem como fundamento o reconhecimento de direitos.²²

Em suma, a partir dessa concepção doutrinária o paradigma atual é marcado pelo: “equilíbrio do poder entendido como o conjunto de prerrogativas que perseguem o reconhecimento de direitos versus outros direitos. Esse equilíbrio entre direitos com intermediação do poder estatal e suas prerrogativas é o paradigma, então, do Direito Administrativo atual”.²³

A nosso juízo é fundamental investigar essa tese que, embora nos situe em um passo a frente da anterior concepção, na realidade não logra desvirtuar a essência e a base estrutural sobre a qual se justifica, sustenta, e valida a existência do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública no Estado Constitucional.

3 A concepção das prerrogativas da Administração Pública no paradigma anterior

a) Introdução

Ainda que admitamos que assumir e validar a existência de um novo paradigma não “necessariamente supõe destruir as construções anteriores”, parece-nos vital verificar se as instituições históricas e clássicas são compatíveis com a nova lógica que impõe o novo paradigma — o Estado Constitucional e a plena vigência dos direitos fundamentais. Cremos que neste aspecto avançou muito pouco o Direito Administrativo, e, particularmente, a jurisprudência.

Para poder apreciar este fenômeno, é imprescindível tomar como exemplo duas das categorias fundamentais que foram apresentadas como a nota distintiva ou o critério diferencial do Direito Administrativo moderno: o regime exorbitante e as prerrogativas da Administração Pública.

Para compreender definitivamente como incidem as prerrogativas da Administração Pública na concepção do Direito Administrativo, é de imprescindível importância enunciar brevemente seu conteúdo histórico e o desenvolvimento conceitual do país de onde foram inspiradas a partir de um plano dogmático moderno. Referimo-nos ao Direito francês.

É bem sabido que nosso sistema jurídico — e muitos outros países no mundo — seguiram em essência a pedra de toque do regime administrativo francês. O esquema das prerrogativas na França, postulado há mais de 60 anos, é, substancialmente, aquele que historicamente foi importado por diversos países e o qual atualmente eles aplicam.

Basta para isso a remissão às lúcidas palavras de Jean Rivero:

Pode-se [...] discernir entre os Direitos Administrativos continentais traços comuns? Há um que me parece essencial. Todos procedem do mesmo princípio fundamental, que os opõe ao Direito Privado: o reconhecimento, em benefício da Administração, de um conjunto de poderes que a colocam, frente ao administrado, em situação de superioridade. Puissance publique ou Herrschaft,

a expressão francesa e a palavra alemã [...] denotam substancialmente a mesma ideia: enquanto os Direitos Privados organizam as relações de pessoas juridicamente iguais, os Direitos Administrativos continentais [...] procedem de uma relação desigual: consagram os poderes da Administração. Mas os delimitam e, por isso mesmo, os limitam.²⁴

b) A explicação do Direito Administrativo através das prerrogativas – A formulação francesa do regime exorbitante

O surgimento do constitucionalismo moderno não determinou a eliminação de uma série de prerrogativas que se inscreveram sobre antigos privilégios monárquicos. Note-se que no berço do Direito Administrativo moderno, o Direito Administrativo francês, ele foi historicamente explicado pela presença das prerrogativas da Administração Pública.²⁵ Vejamos muito sinteticamente.

Jean Rivero, um dos maiores administrativistas franceses, desde 1953 se perguntava se existia um critério do Direito Administrativo.²⁶ Nessa busca o autor aludiu sinteticamente a diversas teorias doutrinárias que pretenderam atribuir ao Direito Administrativo um critério distintivo que o caracterizasse. Sem nos determos em todas as concepções doutrinárias — por exemplo, na noção de utilidade pública concebida por Marcel Waline,²⁷ ou no critério de *puissance publique* de Hauriou²⁸ — daremos ênfase ao denominado “sistema derogatório do direito comum”.

A noção do sistema “derrogatório do direito comum” foi sustentada e sintetizada por Rivero do seguinte modo: as regras de Direito Administrativo se caracterizam pelas derogatórias ao direito comum que o interesse público exige.²⁹

Derrogatória no sentido de que, a partir de um ponto de vista da Administração, se produz “para mais” frente às relações entre particulares. Como consequência, se reconhece à Administração um conjunto de prerrogativas. E “derrogatória para menos”, pois minimiza as prerrogativas em certos casos e nega à Administração as possibilidades jurídicas que estão à disposição dos particulares.³⁰

Este esquema revela uma questão central a respeito do nascimento e autonomia do Direito Administrativo.³¹ Assim, este ramo do Direito Público, segundo Rivero, “somente pode ser definido em comparação com o direito comum”.³²

Pois bem, este desenho de derrogações para mais ou para menos caracteriza, segundo Weil, “o conjunto de elementos exorbitantes desta ação”. Aqui esse autor francês acentua o conjunto de elementos exorbitantes presente nos atos jurídicos, na função pública, no regime de bens e obras públicas.³³

Nesta apertada síntese, podemos evidenciar a forma como a doutrina francesa assentou as bases que em seguida diversos países reproduziram em seus sistemas jurídicos sem que se advertisse uma mudança substancial no que se refere a essa temática.

De fato, a influência da concepção francesa é tal que, por exemplo, é invocada em idênticos termos em relação ao ato administrativo e a outras categorias do Direito Administrativo. Assim, entre outras prerrogativas, a teoria da decisão executória para os atos jurídicos³⁴ na França se reproduziu na Espanha³⁵ através da noção de “autotutela declarativa” e, na Argentina, por intermédio da presunção de legitimidade do ato administrativo.³⁶

c) A concepção atual das prerrogativas na França

Os traços históricos na concepção das prerrogativas atualmente sobrevivem na construção do Direito Administrativo francês atual. Assim, a partir das obras de Braibant/Stirn e Rivero/Waline podemos extrair os elementos essenciais que compõem as principais prerrogativas do Direito francês. Referimo-nos ao que se denomina “poderes de decisão e de execução” por parte da Administração.^{[37](#)}

Continua-se explicando a “técnica de decisão executória” a partir da sua diferenciação com o Direito Privado.^{[38](#)} Alude-se aos privilégios como técnicas que são reconhecidas à Administração para obter a execução de uma decisão. Fala-se assim do “poder de ação unilateral” ou do “privilégio da decisão prévia”.

O “poder de ação unilateral” que se concretiza através do “ato administrativo unilateral” se define como o poder da Administração para modificar unilateralmente o ordenamento jurídico por sua própria vontade.^{[39](#)}

Braibant e Stirn consideram o “privilégio da decisão prévia” — por eles também denominado de “privilégio de ação de ofício” ou “privilégio da decisão executória” — como a faculdade que tem a Administração de não recorrer a um juiz para executar o ato administrativo. Pode operar *per se* o “título executório”.^{[40](#)}

Por outro lado, Rivero e Waline consideram que o “privilégio da decisão prévia” consiste no fato de que a decisão executória goza da presunção de conformidade ao Direito.^{[41](#)}

De um ou outro modo, o reconhecimento desses privilégios determina duas consequências. Primeiro, o recurso eventualmente interposto pelo particular não ostenta efeito suspensivo, portanto não suspende a executoriedade do ato. Segundo, a carga argumentativa pesa sobre o recorrente e não sobre a Administração.^{[42](#)} Estas prerrogativas, em regra, são consideradas como “irrenunciáveis”, na medida em que se justificam pelo interesse público e geral.^{[43](#)}

4 A enunciação clássica do regime exorbitante e o equilíbrio entre prerrogativas e garantias como critério clássico diferencial do Direito Administrativo

a) O “regime exorbitante”

Os esquemas doutrinários de muitos países reproduziram em termos quase idênticos um dos critérios distintivos essenciais do Direito Administrativo francês.

Sem realizar um levantamento exaustivo, tomemos como exemplo o Direito espanhol. Na Espanha precocemente a doutrina concebeu os privilégios ou prerrogativas da Administração como derivação do *imperium* que supõe uma situação exorbitante. Inclusive, as prerrogativas situavam a Administração em uma posição de superioridade em relação à justiça.^{[44](#)} García de Enterría e Fernández, mais recentemente, entendem que uma das principais características da Administração

Pública é o exercício de “um elenco de prerrogativas exorbitantes do Direito comum, de um quadro de poderes de atuação dos quais não desfrutam os sujeitos privados”.⁴⁵

Os precitados autores reproduzem a concepção de Rivero⁴⁶ quando afirmam que “Junto aos privilégios, para mais e para menos [...] existe todo um quadro de garantias para os cidadãos”.⁴⁷ Portanto, os autores espanhóis concluem que o Direito Administrativo, como Direito próprio e específico, “é feito, pois, de um equilíbrio (logicamente difícil, mas possível) entre privilégios e garantias. Em última análise, todos os problemas jurídico-administrativos consistem [...] em buscar esse equilíbrio”.⁴⁸

Esta concepção dos célebres juristas hispânicos se conecta — ainda que eles não o expressem — de modo direto com a noção de “autotutela administrativa” por eles concebida.⁴⁹ Com efeito, segundo García de Enterría e Fernández as categorias inseridas em tal noção — que se incorporou a partir do Antigo Regime, conforme reconhecem os mesmos autores — até hoje se apresentam como “técnicas” que se justificam pela necessidade de que a Administração gestione com objetividade os interesses gerais.⁵⁰

Quais são então as categorias que se encontram presentes na chamada “autotutela administrativa”?

De modo muito sintético, a categoria da “autotutela administrativa”⁵¹ — que claramente reproduz em essência a teoria da decisão executória na França — pode ser esquematizada do seguinte modo:

- a) pretende posicionar a Administração em relação aos tribunais;⁵²
- b) possibilita que a Administração tutele por si mesma suas próprias situações jurídicas;⁵³
- c) assim como a prerrogativa, é geral⁵⁴ e obrigatória,⁵⁵ não obstante ser inicial, prévia e não definitiva;⁵⁶
- d) adquire sua justificação por contraste com o direito comum⁵⁷ e com sustento em razões de “diligência e eficácia na gestão pública”.⁵⁸

Quais são então as técnicas ou categorias concretas que cristalizam a noção de autotutela?

Trata-se, essencialmente, das chamadas prerrogativas que a doutrina clássica reconhece à Administração:⁵⁹ autotutela declarativa — presunção de legitimidade ou legalidade dos atos administrativos — e autotutela executiva — executoriedade do ato administrativo.⁶⁰ Em suma, a categoria da autotutela administrativa não é mais que a enunciação das prerrogativas da Administração Pública — estritamente a teoria da decisão executória na França — sob outra roupagem dogmática.⁶¹

Na Argentina,⁶² a doutrina clássica atual constrói a categoria do “regime exorbitante” — ou também chamado “regime administrativo”⁶³ — de modo análogo ao esquema clássico francês.⁶⁴ Sem prejuízo dos matizes e de certos autores que adotam outra postura, decidiu-se selecionar

como ponto de partida as teses de Comadira e Escola.

Esses autores entendem que a exorbitância do Direito Administrativo deriva da especificidade de seu conteúdo equilibrado de prerrogativas e garantias — além do seu caráter de direito comum da Administração Pública.⁶⁵ A partir deste quadro argumentativo derivam as seguintes prerrogativas da Administração Pública:⁶⁶ (i) substanciais⁶⁷ e (ii) processuais.⁶⁸

Após, aludem às garantias substanciais e processuais do administrado. As primeiras estão compostas pelos seguintes elementos: (i) o princípio da juridicidade; (ii) a propriedade; (iii) a igualdade; (iv) a razoabilidade do atuar administrativo; (v) o acesso à justiça, entre outros.

Entre outras garantias processuais se referem ao: (i) informalismo a favor do administrado, e (ii) ao devido procedimento prévio a todo ato administrativo.⁶⁹

Sobre esta plataforma, chegamos ao ponto central que evidencia o critério essencial do Direito Administrativo: o equilíbrio entre as garantias e as prerrogativas a serviço do interesse público.⁷⁰ Comadira e Escola aclaram, não obstante, que “É necessário [...] aderir-se a uma visão servicial e não opressiva da prerrogativa pública e a uma concepção solidária do direito individual”.⁷¹

Em suma, a partir desta perspectiva, o regime exorbitante se impregna de tal modo no Direito Administrativo que integra a definição de numerosas noções que fazem parte desse ramo do Direito Público. Por exemplo, o regime exorbitante compõe o conceito de ato administrativo na tese dos referidos autores.⁷² Advirta-se que na França a aplicação de prerrogativas de poder público ainda hoje constitui um critério fundamental da noção de ato administrativo.⁷³

b) O tratamento dogmático clássico das prerrogativas da Administração Pública na Argentina

Já advertimos que a concepção clássica concebe as prerrogativas da Administração Pública como parte integrante de outra noção: o regime exorbitante, no qual também a doutrina clássica situa as garantias que constituem sua contraface. O Direito Administrativo pretende ser decodificado e explicado à luz do equilíbrio entre ambas.⁷⁴

Pois bem, sob um ponto de vista estrito, atualmente as prerrogativas da Administração Pública são consideradas a partir dos seguintes traços:

(i) são *instrumentos técnico-jurídicos* pelos quais se exerce o poder ou potestade;⁷⁵

(ii) são potestades públicas caracterizadas pelo *imperium* estatal;⁷⁶

(iii) encontram seu *fundamento no regime jurídico exorbitante* — de Direito Público;

(iv) têm por finalidade a eficaz realização e distribuição do bem comum.⁷⁷ De fato este aspecto teleológico é o que para Barra “explica e justifica a utilização desses privilégios em princípio inadmissíveis no Direito Privado”;⁷⁸

(v) são poderes abstratos, gerais e irrenunciáveis;⁷⁹

(vi) colocam o cidadão em uma situação de sujeição, pois ele deve suportar o seu exercício.⁸⁰

5 A reconstrução do regime de Direito Administrativo

Suponhamos que a crise seja uma condição necessária para o surgimento de teorias novas e perguntemo-nos então como respondem os cientistas à sua presença [...]. Por mais que comecem a perder a fé e a tomar logo em conta as alternativas, não renunciam ao paradigma que os levou à crise.

(Thomas Kuhn)⁸¹

a) Introdução

Como pudemos apreciar, as prerrogativas da Administração e o regime exorbitante se relacionam de modo estrito, a partir do plano estrutural, com a distinção entre Direito Público e Direito Privado. Note-se que desde a mais qualificada doutrina constitucionalista argentina se parte da concepção francesa para cindir esses dois ramos do Direito.

Assim, Sagües postula a base da separação entre Direito Público e Privado sob um critério genérico: o Direito Público compreende o mundo jurídico relativo ao Estado e suas notas distintivas são: (i) a superioridade hierárquica ou jurídica⁸² sobre o Direito Privado⁸³ e (ii) a imperatividade de suas prescrições.⁸⁴

De certa forma, se reproduz a clássica concepção Kelseniana pela qual se postulava a “autonomia” e “heteronomia” — similar ao esquema teórico de “autotutela” — como manifestação do binômio Direito Privado/Direito Público⁸⁵ ou Direito Privado/Direito Administrativo.⁸⁶

Resulta evidente, então, que os cimentos estruturais a partir dos quais se constrói a cisão entre Direito Administrativo — como ramo autônomo do Direito Público — e Direito Privado têm como sustento imediato as construções de exorbitância, a superioridade jurídica ou hierárquica, a imperatividade e a presença de regras diversas — inversas, em muitos casos — ao Direito Privado.

É um esquema cujo *iter* sequencial pode resumir-se do seguinte modo: o Estado em exercício de sua “soberania” manifesta seu *imperium* através de um de seus órgãos mediante a utilização de técnicas — ou através do exercício de certas potestades — que pretendem concretizar o bem comum e que subvertem a lógica e as regras essenciais de funcionamento das relações jurídico-privadas.⁸⁷

É este o “paradigma compartilhado” — com matizes sutis — por diferentes países nos quais se aperfeiçoa com nitidez a filiação francesa do Direito Administrativo, cuja construção evidencia a presença de prerrogativas e garantias que constituem um regime exorbitante.⁸⁸

Nos pontos subsequentes, tentaremos demonstrar que o esquema descrito já não se ajusta, ao menos parcialmente, ao novo paradigma que rege o Estado Constitucional de Direito.

Sem embargo, antes de tudo é importante aclarar — seguindo Schopenhauer — que a controvérsia é útil para as duas partes; como uma colisão de cabeças que serve para retificar os próprios pensamentos e também enxergar novos pontos de vista.⁸⁹ Como afirma Nieto, é o método mais adequado para fazer amadurecer as novas ideias e para conseguir um autêntico progresso científico.⁹⁰

Ainda mais quando se trata de chegar a uma interpretação conforme a um Estado Constitucional de Direito, o qual deve primar por um debate em torno de ideia “sobre” ideia, e não de ideia “contra” ideia. Como bem ilustra Ferrajoli, “a verdade é contingente, relativa e segundo o estado dos conhecimentos e experiências que são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que possuímos”.⁹¹

b) A reconstrução jurídico-dogmática do regime exorbitante

É importante aclarar que sob nenhum ponto de vista postulamos a eliminação ou derrogação da autoridade e do exercício de certas prerrogativas por parte dos órgãos estatais. Em realidade, postulamos a sua reconstrução e justificação à luz de fundamentos compatíveis com o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito. Vejamos.

Bem sinteticamente advertimos que a concepção da prerrogativa consagrada pelos sistemas jurídicos — nos âmbitos normativo, doutrinário e jurisprudencial majoritários⁹² — continua ancorada na lógica do anterior paradigma.

Pois bem, como já o expusemos, na doutrina tradicional a exorbitância do Direito Administrativo se deriva, em teoria, da especificidade de seu conteúdo equilibrado de prerrogativas e garantias.

A nosso critério, uma breve análise das denominadas “garantias” que integrariam o regime exorbitante evidencia que elas não podem ser o fundamento parcial deste. Assim, o princípio da juridicidade, o direito de propriedade, a igualdade, a razoabilidade do atuar administrativo e o acesso à justiça se erigem como pilares do Estado Constitucional de Direito, e situá-los na construção de um “regime exorbitante” não se apresenta como uma solução correta a partir do plano metodológico e jurídico-dogmático.

Com efeito, os direitos fundamentais ou os direitos e garantias conferidos aos cidadãos não integram a noção de regime exorbitante; pelo contrário: constituem o ponto de referência e, eventualmente, as limitações ou modulações às prerrogativas da Administração Pública. Ao se sustentar, porém, a existência de um regime exorbitante, este deve ser construído com base no núcleo essencial que determina uma exorbitância em sentido lato: as prerrogativas.

Diga-se desde já que tal construção estará sujeita aos direitos fundamentais, às “garantias” dos cidadãos e à concreção do bem comum; não obstante, em nosso entender isso não justifica, a partir do plano metodológico, construir uma categoria dogmática que se apresenta como um “balanço” ou “equilíbrio” entre prerrogativas e garantias.

Ou, dito de outro modo, o denominado regime exorbitante não é mais do que as prerrogativas da Administração para “mais” ou para “menos” em relação ao direito comum ou privado. As garantias e os direitos dos cidadãos não integram o regime exorbitante. Na realidade constituem os pontos de referência e, eventualmente, os limites ou as modulações que, em certos casos, poderiam impedir a criação, justificação e aplicação de certas prerrogativas nas mãos da Administração Pública.

6 O atual paradigma do regime de Direito Administrativo – Um novo ponto de partida para justificar e validar a existência de prerrogativas da Administração Pública

O Estado Constitucional de Direito determina a existência de novos fundamentos para validar a presença das prerrogativas da Administração Pública.⁹³

Até agora, a modulação vem sendo operada por meio da postulação e enunciação das garantias através do regime exorbitante. Já assinalamos que tais garantias constituem o ponto de referência, a base e o ponto de partida — mas não o de chegada — sobre os quais se devem forjar e modular as prerrogativas. Elas, a nosso juízo, não devem integrar, sob o prisma de um estrito plano metodológico e jurídico-dogmático, a noção de regime exorbitante.⁹⁴

Pois bem, no anterior paradigma a existência das prerrogativas da Administração Pública se assentava na noção de soberania estatal⁹⁵ e se justificava e regia pela seguinte lógica: a Administração, com o fim de concretizar os cometidos públicos, “necessita”, “requer” ferramentas ou “potestades” alheias, em regra, ao direito “comum”.

De fato, a tal ponto chega a construção argumentativa das prerrogativas que, em certos casos, umas foram sustentando outras. Assim, a reclamação administrativa prévia se justificou, entre outros argumentos, pela presunção de legalidade dos atos administrativos.⁹⁶

Por que a Administração ou o Estado, a partir da postura clássica, necessita desses instrumentos ou potestades? Para concretizar o bem público.

Como reagem os operadores jurídicos frente a elas? São aceitas e se postula que elas devam respeitar as garantias e os direitos dos cidadãos.

Nesse *iter* é fundamental nos determos um passo antes, entendendo-se que a prerrogativa seja, *a posteriori*, “equilibrada” em teoria pelas garantias.

O novo paradigma põe em crise a própria existência e a justificação da mera existência das prerrogativas clássicas e históricas concebidas à luz do paradigma anterior. Portanto, em rigor, o novo cenário vem a transformar as próprias bases da distinção entre Direito Público e Direito Privado.

A nosso ver, não apenas as transforma, como também, *prima facie*, as situa em um papel secundário ao standardizar regras jurídicas globais que transversalmente atravessam todos os ramos do Direito. Este fenômeno altera os cimentos dos ramos do Direito Público — ao menos a partir de sua concepção clássica — e dilui o critério rígido do anterior esquema que se explicava e articulava em função da sólida e pétrea distinção entre Direito Público e Direito Privado.⁹⁷

Agora, cabe perguntar-se: este novo cenário determina a eliminação das prerrogativas? De modo algum. Em nosso entender, o Estado Constitucional de Direito refuncionaliza ou reformula o ponto de partida das prerrogativas da Administração Pública, na medida em que põe em crise a concepção tradicional e o modo histórico em que foram e são exercidas por parte da Administração Pública.

É dizer, o fundamento e a construção do “regime de Direito Administrativo” não podem ter exclusiva sustentação na equação “soberania-*imperium*-prerrogativa-interesse público”.

Já não se valida, *per se*, a prerrogativa. Já não se presume que, *iuris tantum*, concretizará o interesse público. Sem que desconheçamos que ela desempenha um papel essencial no exercício do poder público, agora nos esforçamos para que a implantação e existência das prerrogativas venham precedidas por um teste que, a título ilustrativo, postulamos do seguinte modo, sem pretender esgotar a problemática. As prerrogativas da Administração Pública se ajustam ao Estado Constitucional sempre e quando:

- a) Sejam instauradas pelo órgão legislativo;
- b) Não sejam admitidas de modo implícito, nem tampouco sejam concebidas pela própria Administração no exercício de seu poder regulamentar;
- c) Com antecedência ao seu estabelecimento e utilização, em teoria, devem submeter-se a um teste de compatibilidade com os direitos fundamentais. Em concreto, *a priori*, seu desenho deve prever que no esquema no qual se inserem, tutelarão em abstrato de modo eficaz e eficiente tais direitos;
- d) Deve-se contemplar a incidência concreta das prerrogativas em relação aos “direitos de acesso” que se erigem como pressupostos e premissas centrais do Estado Constitucional;
- e) Deve-se realizar um diagnóstico, *a posteriori* e em concreto, com vistas a avaliar sua eficácia e eficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ao interatuar no sistema no qual se desempenham. As prerrogativas, nesses termos, devem ser ponderadas sob um ponto de vista sistêmico e estrutural;
- f) Se se comprova — de ofício ou a pedido da parte — a inutilidade da prerrogativa em casos concretos, independentemente de isso corresponder a razões internas ou externas a ela:⁹⁸
 - (i) ou se ajusta em curto prazo o sistema estrutural para que ela cumpra seus fins e se torne eficaz e eficiente — ainda que no caso concreto não deva ser aplicada; (ii) ou se opera a sua retirada como instrumento ou potestade a serviço da Administração.

É dizer, 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. Isso é uma condição necessária, mas não suficiente, sob uma perspectiva sistêmica protetora dos direitos fundamentais. Já não se presume *iuris tantum* que o Estado requeira uma série de prerrogativas abinitio. Ademais, devem se configurar um plus de exigências prévias e posteriores em relação à sua existência, implementação e funcionamento.

Em outros termos, seu estabelecimento e uso não podem ser sustentados pela mera remissão, *in*

abstracto, às noções de “soberania”, “divisão de poderes” ou às “garantias” como “equilibrantes” dentro de um regime exorbitante.

Com essas palavras, vale aclarar, não propugnamos pela desapareição da autoridade. Mais ainda, o novo paradigma não alterou a racionalidade dos “poderes”, de sorte que eles continuam sendo presididos por uma ideia central: seu reconhecimento⁹⁹ e eficácia como condição indispensável do seu exercício.¹⁰⁰ Tudo isso, com vistas a concretizar a efetividade dos direitos fundamentais.

Não é em vão que um dos tratados com hierarquia constitucional na Argentina — a Declaração Americana dos Direitos do Homem — estabelece que: “Toda pessoa tem o *dever de obedecer à Lei e demais mandamentos legítimos das autoridades* de seu país e daquele em que se encontre”.¹⁰¹

Portanto, a reconfiguração essencial da legitimação do poder e da noção de soberania estatal torna obsoletas e deslegítima as bases sobre as quais descansam as prerrogativas clássicas da Administração Pública. Com razão se afirma, como visto anteriormente, que a prerrogativa deve fundar-se no reconhecimento e no respeito dos direitos das pessoas, e não em conceitos evanescentes ou de corte autoritário.¹⁰²

Por último, é importante assinalar que o fundamento, a legitimação e a validação das prerrogativas da Administração Pública tampouco podem ser subtraídos do esquema estrutural de divisão de poderes que resulta modulado — assim como elas — por parâmetros jurídicos supranacionais, cujo controle se exercita através de órgãos jurisdicionais supranacionais.

Este fenômeno condiciona e limita a autodeterminação dos Estados individuais a fim de consagrar as prerrogativas. Por tudo isso, modifica-se o cenário clássico francês que consagra a decisão unilateral executória. O novo contexto quer estabelecer, por sua vez e em certos casos, um diferente ponto de apoio na face prévia à tomada de decisões como fonte de legitimação: a participação e o consenso.

7 Sinopse do atual paradigma sobre o qual se deve edificar o “regime de Direito Administrativo”

O novo esquema estrutural modulou radicalmente o *iter* sequencial que sustentava o regime de Direito Administrativo anterior. O Estado já não pode criar uma prerrogativa que não se ajuste a padrões universais. Tampouco, a nosso ver, pode recorrer ao conceito de soberania ou *imperium* como único e exclusivo fundamento. A Administração não deve utilizar instrumentos técnico-jurídicos ou potestades incompatíveis com o novo Estado Constitucional de Direito.

A autêntica mudança de paradigma, então, relaciona-se com o ponto de partida na concepção de tais instrumentos — as prerrogativas. Nesses termos, afirmar que as prerrogativas devem estar a serviço da equação “direitos vs. direitos” não modifica substancialmente a concepção histórica pela qual as prerrogativas se erigiram como instrumentos que pretendiam intermediar ou equilibrar para garantir o bem-estar público.

Nesse bem-estar ou interesse público também se achava presente o equilíbrio dos direitos, ainda que, talvez, apresentado sob outra roupagem teórica.

O salto qualitativo, a nosso juízo, é dado pelo questionamento e reformulação das bases ou cimentos na construção dos “instrumentos” ou prerrogativas clássicas e históricas das quais se serviu e se serve a Administração atualmente. Sua existência, justificação, seu regime jurídico e implementação, devem se submeter ao teste que descrevemos — sem pretender esgotar a análise — e aos padrões do sistema global.

Reiteramos: o novo paradigma não valida a lógica histórica e tradicional na utilização de instrumentos jurídicos dos quais se vale a Administração no seu exercício do “poder”, pois já não se presume que eles garantirão a concretização do interesse público.

Pelo contrário, o novo sistema de Direito Público tenta pôr em evidência que a concepção histórica da prerrogativa e a sobrevivência das prerrogativas clássicas da Administração não desempenharam nem desempenham a função instrumental equilibrante entre direitos vs. direitos.

Sobre esta plataforma, nossa tese pode ser resumida do seguinte modo: *já não se presume que as prerrogativas históricas e clássicas da Administração Pública possibilitarão o equilíbrio entre “direitos vs. direitos”*.¹⁰³ *Deve-se demonstrar ab initio e em abstrato, a posteriori e em concreto, que o estabelecimento e a utilização de uma prerrogativa em um sistema, de modo eficaz e eficiente, tutelam os direitos fundamentais.*

Além dos passos que desenvolvemos, o modo de averiguar se elas cumprem com a sua função é dado *prima facie* pelo cumprimento das regras ou padrões jurídicos supranacionais, cuja vigência, essa sim, presume *iuris tantum* sua eficácia e eficiência na tutela dos direitos fundamentais.

Em definitiva, *o novo paradigma põe à prova, modula e inverte, em certas hipóteses, a matriz vertebral sobre a qual se criou e se concebe de modo majoritário o regime exorbitante ou de Direito Administrativo atual.*

Transformations of the “Regime of Administrative Law” – On the Exorbitant Regime and the Prerogatives of Public Administration

Abstract: The regime of Administrative Law, built in French Law as an exorbitant regime in comparison with Private Law, which derogates it “for more” and “for less”, has been used as the basis for legitimizing the creation and exercise of prerogatives, privileges and powers of Public Administration. This article aims to analyze if such an explanation conforms to the contemporary paradigm of Constitutional Law State, seeking to provide a new starting point to justify and validate the existence of the prerogatives of Public Power.

Key words: Regime of administrative law. Exorbitant regime. Prerogatives of public administration. Fundamental rights. Authority powers.

Recebido em: 14.08.2012

Aprovado em: 20.12.2012

* Artigo traduzido do espanhol (“Transformaciones del ‘régimen de derecho administrativo’. A propósito del régimen exorbitante y de las prerrogativas de la Administración Pública”) para o português por Daniel Wunder Hachem (Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional da UniBrasil. Membro fundador e Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do NINC (Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção) da Universidade Federal do Paraná. Editor Acadêmico da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Advogado).

** Agradeço muito especialmente a valiosa colaboração de Laura Inés Iorio na tradução da doutrina francesa.

1 Ver CIDH, caso “Acevedo Jaramillo y otros”. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C nº 144, parágrafo 213 e jurisprudência ali citada.

2 Uma aproximação desses aspectos no Direito de Família pode ser vista em TAPIA, Mauricio, R., *Constitucionalización del derecho de familia. El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social*, em *Revista de derecho de familia*, nº 51, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 187 a 221.

3 A obra monumental de Ferrajoli é uma amostra disso. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.

4 Expressamente Roxin alude à “mudança de paradigma” no processo penal. Ver, ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción Manuel Abanto Lima: Vásquez: Grijley, 2007. p. 12.

5 ROXIN, p. 3-4. O autor apresenta 6 pontos entre os quais se encontram os que nos parecem mais relevantes e aplicáveis a todos os ramos do Direito Público.

6 Aclaramos que Roxin não o apresenta nessa ordem. Seleccionamos as noções que evidenciam os elementos centrais de suas teses.

7 No Direito Administrativo alemão, a sistematização é o eixo central da obra de Eberhard Schmidt-Assmann (*Teoría general del derecho administrativo como sistema*).

8 Na tese de Ferrajoli, um dos fatores que evidenciam a crise da atual democracia constitucional é dado pelo fim do Estado nacional como monopólio exclusivo da produção jurídica. O autor fala de um emaranhamento da velha estrutura piramidal das fontes que se produz pela existência de ordenamentos internacionais vinculantes (Ver, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011. t. II, p. 79-80).

9 Segundo o célebre penalista alemão, a administração da justiça penal cada vez mais se desliza em direção a um pensamento de eficiência orientado pela chamada funcionalidade (Ver ROXIN. *La teoría del delito en la discusión actual*, p. 7).

¹⁰ Para Roxin, a ciência jurídico-penal supranacional deve elaborar de maneira cooperativa a solução de tarefas comuns. Fala-se assim de “universalidade dos métodos” da ciência jurídico-penal, o que poderia determinar, segundo o autor, um Código Penal mundial no âmbito do Direito internacional penal (ROXIN, p. 19-30).

¹¹ No Direito Processual Penal, por exemplo, Roxin adverte uma tendência a substituir o processo penal contraditório por um processo consensual. De fato, o célebre penalista alemão se pergunta se no futuro se necessitarão de dois ordenamentos processuais, um contraditório e outro consensual (Ver ROXIN. *La teoría del delito en la discusión actual*, p. 12-13).

¹² As decisões constitucionais fundamentais determinam os processos de tomada de decisões dos poderes públicos e oferecem padrões ou modelos para a atuação administrativa. Ademais, as normas constitucionais que contêm ou regulam os objetivos e fins do Estado condicionam também a teoria das funções administrativas (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría General del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 51).

¹³ Ver, SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 17. Textualmente afirma o agudo autor alemão: “A práxis administrativa há de tornar operativos os grandes e abstratos conceitos constitucionais” (*Idem*, p. 17-18).

¹⁴ O termo paradigma é utilizado neste estudo apenas com efeito didático, como um conceito que pode representar a lógica de funcionamento geral de um sistema. Extraímos a noção do epílogo da famosa obra de Thomas Kuhn, onde o autor aclarou que, basicamente, atribuiu à palavra “paradigma” dois sentidos diferentes. Em um — que é o que empregamos — a locução “paradigma” faz alusão a toda a constelação de crenças, valores, técnicas e demais, compartilhados pelos membros de uma dada comunidade. Nas palavras de Kuhn: “Um paradigma é o que compartilham os membros de uma comunidade científica”. Não se deve perder de vista que o autor no ano 1969 publicou o epílogo à sua obra publicada quase sete anos antes. Nele se ocupou das diversas críticas e também precisou, entre outros aspectos, o modo com o qual utiliza o termo paradigma (Ver KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. 2. reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 2010. p. 301 *et seq.*). Segundo Kuhn, a definição é, como ele mesmo o reconhece, circular. Com efeito, postula que um paradigma é aquilo que compartilham os membros de uma comunidade científica e, por sua vez, uma comunidade científica é composta por pessoas que compartilham um paradigma (*Idem*, p. 304).

¹⁵ Coincidimos com Balbín quando afirma que a criação e aceitação de um novo paradigma não necessariamente supõe destruir as construções anteriores realizadas sob o velho paradigma (Ver BALBÍN, Carlos. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2011. t. I, p. 173).

¹⁶ Ver, BALBÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 169-174. No prólogo a seu Tratado o precitado tratadista aclara que: “o pilar de construção do Direito Administrativo não deve ser o poder do Estado, mas sim o reconhecimento e exigibilidade dos direitos”. *Idem*, p. X.

¹⁷ BALBÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 169.

¹⁸ BALBÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 169-170. O autor se refere aqui aos limites do

poder e, em particular, aos princípios que justificam o poder estatal.

¹⁹ BALBÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 170-171.

²⁰ BALBÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 171.

²¹ BALBÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*.

²² E conclui: “e em tal sentido deve-se explicar o poder público” (Ver BALBÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 172).

²³ BALBÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 174. Conclui portanto Balbín que: “O Direito Administrativo não deve pois analisar-se a partir do poder e de suas prerrogativas, mas sim a partir dos direitos fundamentais, e esses últimos não somente como limites daquele, mas como justificação do próprio poder”.

²⁴ RIVERO, Jean. Hacia un derecho común europeo: nuevas perspectivas en derecho administrativo. In: *Páginas de derecho administrativo*. Temis: Bogotá, 2002. p. 202. O artigo foi publicado na França sob o título: “Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif”, em *Nouvelles perspectives d’un droit commun de l’Europe* (Bruxelles: Bruylant, 1978. p. 389-406).

²⁵ Afirma em tal sentido Prosper Weil: “Durante muito tempo, doutrina e jurisprudência deram ênfase às prerrogativas de poder público colocadas à disposição da Administração e, de fato, tais prerrogativas se encontram em quase todas as matérias do Direito Administrativo” (Ver WEIL, Prosper. *Derecho administrativo*. Reimpresión. Civitas: Madrid, 1989. p. 83-84).

²⁶ RIVERO, Jean. ¿Existe un criterio de derecho administrativo?. In: *Páginas de derecho administrativo*. Temis: Bogotá, 2002. p. 27 et seq. O artigo original foi publicado na França sob o título: Existe-t-il un critère du droit administratif? (*Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n. 2, p. 279-296, avril/juin, 1953).

²⁷ RIVERO. ¿Existe un criterio de derecho administrativo?. In: *Páginas de derecho administrativo*, p. 30.

²⁸ Segundo Rivero a noção de poder público não deixou de estar no coração da busca do critério do Direito Administrativo (Ver RIVERO. ¿Existe un criterio de derecho administrativo?. In: *Páginas de derecho administrativo*, p. 33).

²⁹ Cabe reproduzir textualmente os fundamentos que sustentam esta conclusão de Jean Rivero: “A finalidade de interesse público, comum a todas as regras do Direito Administrativo [...] vai, com efeito, realizar-se mediante uma dupla série de derogatórias do direito comum. As primeiras — e aqui torna-se a encontrar as conclusões de M. Vedel —, respondem à noção de poder público; aqui, para retomar a expressão que já se empregou, a derogatória sob o ponto de vista da Administração se produz “para mais”; frente às relações entre particulares tomadas como referência básica, reconhece-se à Administração um conjunto de prerrogativas que permite à sua vontade produzir, frente às pessoas privadas, efeitos jurídicos que não se encontram nas relações dessas pessoas, fundadas na igualdade jurídica. Aqui, o interesse público exige, em prol da

Administração, maiores prerrogativas do que as concedidas a todos pelo direito comum. Por outro lado, encontram-se as regras nas quais a mesma exigência de interesse público chega a minimizar estas prerrogativas; é a derogatória “para menos”, a que nega à Administração as possibilidades jurídicas que estão à disposição dos particulares” (Ver RIVERO. *¿Existe un criterio de derecho administrativo?*. In: *Páginas de derecho administrativo*, p. 41).

³⁰ RIVERO, *idem*.

³¹ Na Argentina, Cassagne é um dos poucos autores que expressamente ressalta a filiação francesa do regime administrativo “derrogatório ou exorbitante do Direito Privado” (Ver CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. t. II, p. 16).

³² RIVERO. *¿Existe un criterio de derecho administrativo?*. In: *Páginas de derecho administrativo*, p. 42. Segundo o célebre autor francês, esta afirmação constitui uma verdade histórica e também uma necessidade prática. Ao contrário, Benoit considera que o Direito Administrativo historicamente não é em absoluto o resultado de um esforço de derrogação, diferenciação ou adaptação em relação às regras do Direito Privado. Para ele, o Direito Administrativo apareceu na realidade com seus aspectos próprios desde que nasceu uma forma de organização social (BENOIT, Francis Paul. *El Derecho Administrativo francés*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1977. p. 86).

³³ WEIL. *Derecho administrativo*, p. 84.

³⁴ Esta teoria parte da base de que a Administração pode modificar unilateralmente a situação jurídica dos administrados sem recorrer ao juiz (WEIL. *Derecho administrativo*, p. 85).

³⁵ É notória a influência do Direito francês na obra de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. Esses autores reproduzem o esquema francês sob o título “A especificidade do Direito Administrativo e suas características: o equilíbrio entre privilégios e garantias” (*Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1974. t. I, p. 51 et seq.).

³⁶ Consagrada legislativamente pelo art. 12 da Lei Nacional de Procedimento Administrativo argentina.

³⁷ BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard *Le droit administratif français*. 7^e éd. Paris: Dalloz, 2005. p. 201 et seq.

³⁸ BRAIBANT; STIRN. *Le droit administratif français*, p. 202.

³⁹ BRAIBANT; STIRN. *Le droit administratif français*, p. 202 e RIVERO, Jean; WALINE, Marcel *Droit administratif*. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006. p. 344.

⁴⁰ BRAIBANT; STIRN. *Le droit administratif français*, p. 204.

⁴¹ RIVERO; WALINE. *Droit administratif*, p. 364.

⁴² BRAIBANT; STIRN *Le droit administratif français*, p. 204 e RIVERO; WALINE *Droit administratif*, p. 364, 365.

[43](#) BRAIBANT; STIRN. *Le droit administratif francais*, p. 204-205, com citação do julgado *Conseil d'État*, 30 maio 1913, Préfet de l'Eure.

[44](#) Este autor espanhol distinguia os privilégios ou potestades “para fora” (atuar com coação frente a terceiros) e “para dentro” (a decisão prévia, entre outros) (FOS GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1974. v. 1, p. 402 *et seq.* *apud* GRAU, Armando E. *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*. La Plata: Platense, 1971, p. 71-72).

[45](#) GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 51. Ver, também, MIR PUIGPELAT, Oriol. El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 162, p. 71-72 sept./dic. 2003.

[46](#) A tal ponto chegou a influência francesa na Espanha que Ramón Parada reconhece expressamente que os elementos teóricos definitórios do sistema processual administrativo que se instaurou na França pela legislação de 1845 foram “copiados” — ainda que algo a mais, algo a menos, sublinha — do sistema francês (PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 55, p. 66).

[47](#) GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 64. Em consonância com a doutrina francesa, Parada afirma que os privilégios “para mais” estão compensados por outros privilégios “para menos” ou limitações às quais se sujeita a Administração e que igualmente operam no âmbito da garantia (PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. t. I, p. 25). Também Mir Puigpelat reproduz a concepção de Rivero (MIR PUIGPELAT. El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública*, p. 72).

[48](#) GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 53.

[49](#) Na verdade, a noção de autotutela foi desenvolvida na Itália em fins da década de 1950 por Feliciano Benvenuti, voz Autotutela (diritto amministrativo), em *Enciclopedia del Diritto* (t. IV, 1959, p. 539 *et seq.* *apud* LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Límites constitucionales de la autotutela administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 115, p. 60, ene./abr., 1988).

[50](#) Textualmente expressam: “As técnicas de autotutela que expusemos se justificam hoje [...] pela necessidade de que a Administração gestione com objetividade os interesses gerais...” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 528).

[51](#) Na Argentina, entre outros autores, Grecco seguiu em essência a concepção da autotutela administrativa concebida por García de Enterría. Ver GRECCO, Carlos. Autotutela administrativa y proceso judicial. In: MUNOZ Guillermo A.; GRECCO, Carlos M. *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 215-231 (também publicado em *La Ley*, t. 1980-B, Sec. Doctrina).

[52](#) GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 515.

[53](#) GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*.

[54](#) GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 516.

[55](#) GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 517.

[56](#) GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 533.

[57](#) De fato, García de Enterría e Fernández se ocupam de explicar a noção de autotutela administrativa à luz do conceito de “paz jurídica” e por contraste com a autotutela privada que é excepcional (não geral), facultativa (não obrigatória) e precisa de um reconhecimento legal explícito. Concluem então que “a autotutela da Administração difere notavelmente dos casos de autotutela privada” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ *Curso de Derecho Administrativo*, p. 515-516, 518).

[58](#) GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 518.

[59](#) Esta circunstância foi advertida com acerto por Cassagne. (*Derecho administrativo*, t. II, p. 20).

[60](#) Também os autores enunciam classes de autotutelas ao se referirem a: “autotutela reduplicativa”, “autotutela conservativa” e “autotutela agressiva” (GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 518).

[61](#) De fato, determinado setor da doutrina explica a “autotutela” pela “desigualdade” em relação aos sujeitos de direito comum e, então, se exemplifica com as prerrogativas “próprias” da Administração (LLOP BARCELONA, Javier. De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 127, p. 172, enero/abr. 1992. Em similar sentido, Fernando López Ramón (Límites constitucionales de la autotutela administrativa. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 115, p. 57 et seq., ene./abr. 1988).

[62](#) A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina também se refere ao regime exorbitante como um regime de Direito Público no qual o Estado goza de prerrogativas que resultariam exorbitantes para o Direito Privado e que compõem o marco no qual se desenvolve seu poder de governo (CSJN. “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público”, sentencia del 02.06.00, considerando 9º). Cabe aclarar que estas manifestações dizem respeito ao regime de emprego público.

[63](#) Segundo Cassagne, embora o regime exorbitante se configure como o sistema próprio e típico do Direito Administrativo, esta denominação não responde ao seu significado originário e por isso afirma que se denomina “regime administrativo”, cujo conteúdo se integra, além das prerrogativas de poder público, com as garantias que o ordenamento jurídico institui a favor dos particulares para compensar o poder estatal e harmonizar os direitos individuais com os interesses públicos que o Estado persegue (CASSAGNE, Juan Carlos *Derecho administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. t. I, p. 122).

[64](#) De fato Comadira e Escola ao se referirem ao regime exorbitante trazem à colação Prosper Weil (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge *Derecho administrativo argentino*. México: Porrúa, 2006. p. 10). Em consonância, Cassagne expressamente reconhece que a ideia da exorbitância constitui um traço típico do Direito Público, historicamente conectado com a concepção

continental do *régime administratif*, elaborado pela doutrina francesa (CASSAGNE. *Derecho administrativo*, t. II, p. 16 com citação de LAUBADÉRE, André de. *Traité élémentaire de Droit administratif*. 5^e éd. Paris: LGDJ, 1970. t. I, p. 28-29).

⁶⁵ Ver, COMADIRA; ESCOLA. *Derecho administrativo argentino*, p. 9. Com antecedência Linares se referiu ao “sistema exorbitante” para expressar que existem obrigações a cargo de particulares que têm como contrapartida atribuições de potestades do Estado através da Administração. “Potestades públicas administrativas e facultades exorbitantes são portanto conceitos relacionados como gênero (faculdade) e espécie (facultades exorbitantes) (LINARES, Juan Francisco. *Derecho Administrativo*. 2. reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 148).

⁶⁶ Para evidenciar uma enunciação das principais prerrogativas, ver Juan Carlos Cassagne (*Derecho administrativo*, t. II, p. 20-23).

⁶⁷ Entre outras, aludem à presunção de legitimidade e executoriedade de seus atos, e ao regime privilegiado dos contratos e bens.

⁶⁸ Entre outras, referem-se ao esgotamento da via administrativa e aos prazos de caducidade do artigo 25 da Lei Nacional de Procedimento Administrativo argentina.

⁶⁹ COMADIRA; ESCOLA. *Derecho administrativo argentino*, p. 9-10.

⁷⁰ COMADIRA; ESCOLA. *Derecho administrativo argentino*, p. 10.

⁷¹ COMADIRA; ESCOLA. *Derecho administrativo argentino*, p. 12.

⁷² Textualmente estes autores definem o ato administrativo como “uma declaração emitida por um órgão estatal, ou um ente público não estatal, no exercício de função administrativa, sob um regime jurídico exorbitante, produtora de efeitos jurídicos diretos e individuais em relação a terceiros” (COMADIRA; ESCOLA. *Derecho administrativo argentino*, p. 249).

⁷³ Ver, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, P. Devolvé, B. Genevois (*Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. 2. ed. atual. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009. p. 27), observações ao caso TC 9-diciembre-1899, ASOCIACIÓN SINDICAL DEL CANAL [GIGNAC, Rec. 731.

⁷⁴ Uma crítica extrema a este esquema pode ver-se em Inés D’Argenio (Un enfoque erróneo en la concepción del derecho administrativo. *Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, n. 48, p. 309 et seq., 2004). Uma réplica a esse trabalho pode ser encontrada em Alberto M. Sánchez (Acerca de los cuestionamientos al derecho administrativo como régimen exorbitante. *Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, n. 50, p. 869 et seq., 2004).

⁷⁵ BARRA, Rodolfo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ábaco, 2002. t. I, p. 273.

⁷⁶ Esta é a conceituação atribuída por Cassagne (*Derecho administrativo*, t. II, p. 19).

⁷⁷ Sustenta textualmente Cassagne: “a prerrogativa se fundamenta nas exigências do bem

comum" (CASSAGNE. *Derecho administrativo*, t. II, p. 18).

⁷⁸ Ver BARRA. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 273. Este autor enuncia as principais prerrogativas presentes na relação jurídico-administrativa e faz alusão a: (i) presunção de legitimidade de seus atos; (ii) princípio da executoriedade; entre outros.

⁷⁹ CASSAGNE. *Derecho administrativo*, t. II, p. 19. Marienhoff também considera que as potestades não são renunciáveis, assim como Comadira. Ver MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. t. I, p. 624 com citação de Romano: *Corso di diritto amministrativo* (Padova, 1937. p. 143-144, de Giannini: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1950, p. 268) e Julio Rodolfo Comadira (*Derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003. p. 475).

⁸⁰ Ver CASSAGNE. *Derecho administrativo*, t. II, p. 19.

⁸¹ Ver KUHN. *La estructura de las revoluciones científicas*, p. 165.

⁸² Ver. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. t. I, p. 5-21.

⁸³ Kelsen considera inexacto postular que o órgão estatal pode ser considerado como superior à pessoa privada (KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo Garcia Maynez. México: Imprenta Universitaria, 1949. p. 216).

⁸⁴ Ver, SAGÜES, Néstor P. *Teoría de la Constitución*. 1. Reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 66, com citação de PRÉLOT, Marcel; BOULOUIS, Jean *Institutiones politiques et droit constitutionnel*. 8^e éd. París: Dalloz, 1980.

⁸⁵ Kelsen o exemplifica do seguinte modo: no contrato de mútuo as obrigações contratuais não adquirem existência contra ou sem a vontade do indivíduo que resultará obrigado. Aqui se configura o princípio da autonomia. Ao contrário, na ordem de pagar um imposto a obrigação está determinada por uma norma secundária de cuja criação não participa o sujeito que resulta obrigado. Isto era o princípio de heteronomia na tese de Kelsen. A partir deste antagonismo Kelsen funda a distinção entre o Direito Privado, que regula as relações entre sujeitos iguais, e o Direito Público, que regula as relações entre sujeito inferior e outro superior (KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 216). Gordillo apresenta a equação entre Direito Privado e Direito Público sob o binômio subordinação-coordenação. No primeiro (Direito Público) há subordinação porque se confere ao Estado uma certa superioridade jurídica sobre o particular. No segundo (Direito Privado) há coordenação porque as relações ali se encontram em um plano de maior igualdade (GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 5-21).

⁸⁶ Na tese de Kelsen, "A diferença entre Direito Administrativo, como Direito Público, e Direito Privado, não está no fato de que a relação entre o Estado e a pessoa privada seja diferente da que existe entre particulares, mas sim na criação heterônoma e autônoma de normas secundárias" (KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 216-217). Em rigor, a nosso ver não há diferenças substanciais entre o regime de derrogações ou de "desigualdades" do sistema francês e a interpretação Kelseniana. Em ambos os casos, configura-se a capacidade do órgão estatal para

impor sua vontade sem o consentimento, ou ainda — em certas hipóteses — contra a vontade, circunstância que, por regra, não se apresenta nas relações jurídicas privadas.

⁸⁷ É também um postulado básico deste esquema o fato de que tal *iter* tem por objeto a concretização do bem ou interesse público.

⁸⁸ Um sério estudo na Espanha ratifica este “paradigma compartilhado”. Assim, Mir Puigpelat, após analisar a evolução histórica do conceito de Direito Administrativo, com lastro nas concepções de numerosos autores franceses, alemães e espanhóis, conclui: “das principais definições deste conceito vertidas até hoje se desprende que o Direito Administrativo é concebido normalmente como o ordenamento jurídico próprio e específico da Administração-aparato, consistente em um conjunto de normas e princípios exorbitantes do Direito aplicáveis ao resto dos sujeitos — em um conjunto de derrogações para mais e para menos do Direito Privado, segundo a acertada expressão de RIVERO — estabelecidos para conciliar o interesse geral e o interesse particular” (MIR PUIGPELAT. *El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional*. *Revista de Administración Pública*, p. 70).

⁸⁹ Ver SCHOPENHAUER, Arthur. *El arte de tener razón*. Traducción de Dionisio Garzón. Madrid: Edar, 2004. p. 67.

⁹⁰ Ver, NIETO, Alejandro. Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 57, p. 11, sept./dic. 1968. Este autor considera, ademais, que o debate científico (a propósito de sua réplica a um trabalho de Ramón Parada) estimula a generosidade e o recíproco conhecimento dos autores. Por sua vez, Parada, na réplica a Nieto, sustentou: “a infrequência do contraste polêmico na elaboração doutrinária do Direito, o que é, a meu juízo, a causa profunda de outros vícios metodológicos que permitem duvidar muito seriamente da produção bibliográfica [...] suponha um similar progresso científico [...] as atitudes críticas têm valor por si mesmas, com independência, inclusive, dos resultados” (PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 59, p. 42, maio/ago. 1969).

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. 2. ed. Trotta, 1997. p. 50.

⁹² Recordemos que sob um ponto de vista metodológico, estabelecemos que em certos casos utilizamos a acepção “paradigma” para descrever a “constelação de crenças, valores e técnicas” que está representada indistintamente ou concorrentemente pela dimensão normativa, doutrinária e jurisprudencial em um determinado Estado ou território.

⁹³ Salomoni com acerto afirmou que as normas de direitos fundamentais estabelecidas na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos modificaram substantivamente as categorias jurídicas conhecidas. Assim, sustenta que se transformou: “a base de sustentação do Direito Administrativo tal qual o estudamos classicamente” (SALOMONI, Jorge Luis. Denuncia de ilegitimidad, seguridad jurídica y derechos fundamentales. In: *Jornadas sobre cuestiones de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: RAP, 2006. p. 915-916).

⁹⁴ Gordillo sustenta que a distinção entre Direito Público e Privado encontra sustentação em leis

que regem as relações do Estado com os particulares, que “vão acumulando prerrogativas e privilégios para o Estado [...]. Essas prerrogativas e disposições peculiares constituem um todo estruturado e regido por princípios próprios: as que começam sendo exceções se tornam norma geral e assim as regras do Direito Privado se veem substituídas por aquelas” (GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 5-22).

⁹⁵ O julgado da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina “Vicente Seste y Antonio Seguich c/Gobierno nacional” constitui um exemplo claro onde se vincula a soberania com a prerrogativa que assumiu a forma de um pressuposto processual: o consentimento do Estado. Assim, neste caso os autores demandaram uma indenização pelo tempo superior que haviam servido como representantes de guardas nacionais, uma vez denegada na instância administrativa. A Corte sustentou expressamente: “Que é um dos atributos da soberania, reconhecido universalmente, que aquele que a investe não pode ser conduzido perante tribunais de outro foro sem seu expresso consentimento...” (Ver, 29-9-864, Fallos, v. 1, p. 317. Ver também GRAU, Armando E. *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*. La Plata: Editora Platense, 1971. p. 72-73). Como bem afirma Grau, em seguida a Corte Suprema considerou que a autorização legislativa era um privilégio do Estado. 25.11.915, “Ferrocaril central argentino c/Fisco Nacional”, Fallos, v. 122, p. 251 e Armando E. Grau (*Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, p. 85).

⁹⁶ GRAU. *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, p. 86.

⁹⁷ Segundo Muñoz Machado, configura-se uma real e profunda aproximação entre muitas instituições do Direito Público e do Direito Privado (MUÑOZ MACHADO, Santiago *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. 2. ed. Madrid: Lustel, 2009. t. I, p. 71).

⁹⁸ Ainda que resulte vital que, ao realizar o diagnóstico, avalie-se a sua utilidade ou inutilidade imanente, do mesmo modo em que é fundamental ponderar o sistema no qual se inserem.

⁹⁹ Inclusive, um dos baluartes do esquema supranacional — a Corte Interamericana de Direitos Humanos — convalidou a presunção de legalidade dos atos administrativos. A nosso juízo, isso se desprende de modo implícito do Informe Nº 110/00, caso 11.800 “César Cabrejos Bernuy”, Perú 4 de dezembro de 2000, parágrafo 39. Sem embargo, é importante aclarar que o Tribunal considera que quando se apresenta a reedição de atos administrativos anulados de forma repetitiva, a presunção de legalidade de tais atos deve ser desvirtuada em favor do direito a uma proteção judicial efetiva do indivíduo. *Idem*, parágrafo 40.

¹⁰⁰ “O poder necessita ser reconhecido para exercer-se perduravelmente, na falta do quê se convola rapidamente na violência e no assassinato” (SUIPOT, Alain. “*Homo juridicus*”, *ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 209).

¹⁰¹ Ver artigo XXXIII. Grifos nossos.

¹⁰² BALBÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 171. Gordillo também sustenta que já não se satisfaz mais a decisão “unilateral executória” da Administração (GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*, p. 2-22).

¹⁰³ Talvez por isso atualmente quase todas as prerrogativas históricas e clássicas são tão

combatidas por um setor importante da doutrina. Em outro estudo nos ocupamos de aprofundar em uma das prerrogativas mais controvertidas que configuram a relação entre Administração e Justiça (CORVALÁN. Agotamiento de la vías. Tutela Judicial Efectiva: hacia una modulación razonable del acceso a la justicia. *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, n. 76, abr./jun. 2011, p. 481 et seq.).

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo”: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=89230>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo”: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 49-73, jan./mar. 2013.