

ODETE MEDAUAR

---

# O direito administrativo em evolução

3ª edição



Gazeta Jurídica

Brasília  
2017

institutos. Evidente que as concepções e suas mudanças se entrecruzam, mas o tratamento científico e didático requer exposição separada.

## 5.2 Interesse público

A noção de *interesse público* aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento do poder;<sup>3</sup> configura medida e finalidade da função administrativa.<sup>4</sup> Já foi utilizada no direito francês como critério de caracterização do direito administrativo.<sup>5</sup> Subjacente a grande número de institutos do direito administrativo, apresenta-se como suporte e legitimação de atos e medidas no âmbito da Administração, sobressaindo com frequência nos temas do motivo e fim dos atos administrativos.

O tema emerge também ao se estudar a dicotomia público-privado, pois tradicionalmente se arrola o interesse público como critério de diferenciação.

A presença ampla da expressão *interesse público* no âmbito do direito administrativo contrasta, no entanto, com as dificuldades que surgem ao se tentar apreensão terminológica ou conceitual, dotada de alguma precisão. Já se tornou frequente, nos estudos a respeito, o cotejo de expressões semelhantes.<sup>6</sup>

Mais próxima se coloca a expressão *interesse geral*, utilizada no direito administrativo francês, com as acepções que no direito administrativo pátrio se atribuem a *interesse público*.

O termo *interesse coletivo* vem diferenciado de interesse público quando se pretendem fixar amplitudes diversas por confronto. Assim por exemplo, Ada Pellegrini Grinover, na distinção terminológica que empreende para especificar os interesses difusos, vê nos interesses coletivos “os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega. A sociedade comercial,

3 Marie-Pauline Deswarte, *Interêt générale, bien commun*, in *Revue du droit public*, Paris, set./out. 1988, p. 1309.

4 Berté. *Interpretazione costituzionale*, Pádua: 1987, p. 103.

5 Rivero. *Droit administratif*: 1983, p. 34. Para Cohen-Tanugi, o conceito central e fundador do direito administrativo francês, como da retórica política, é o do interesse geral (*Le droit sans l'État*, 3ª ed. Paris: 1987, p. 110).

6 Como ocorre no artigo de Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e procedura civile*, mar. 1972, p. 57-87, notas 6 a 16.

o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes mas não se confundindo com os interesses individuais”.<sup>7</sup> No entanto, por vezes interesse coletivo aparece como sinônimo de interesse público ou geral. Os dois modos de considerar a expressão se encontram no texto da Constituição pátria de 1988; o art. 5º, inciso XXXIII, confere tratamento diferenciado, ao dispor que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu *interesse particular*, ou de *interesse coletivo* ou *geral*; o art. 173 assimila interesse coletivo a interesse público ou geral: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante *interesse coletivo*...”

No tratamento terminológico compara-se também *interesse público* com *interesse social*, de regra para associar o primeiro à Administração pública ou ao Estado e o segundo à sociedade. Nesta concepção o interesse social seria mais abrangente que o interesse público e traduziria nítida separação da atuação estatal quanto às aspirações da sociedade. Na Constituição de 1988, a expressão *interesse social* vem citada como um dos fundamentos da desapropriação, o que se tornou tradicional na matéria; neste caso, significa justa distribuição da propriedade ou melhor aproveitamento da propriedade, sendo especificação, portanto, do interesse público que fundamenta o uso, pela autoridade administrativa, do poder expropriatório. A expressão é mencionada no plural, no *caput* do art. 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais* e individuais indisponíveis”; neste dispositivo a expressão seria ligada à sociedade em contraposição ao poder estatal.

Para os objetivos do estudo ora efetuado sobre *interesse público*, a expressão diz respeito ao modo como vem utilizada no âmbito do direito administrativo, em geral: fundamento e fim do exercício de funções e da tomada de decisões.<sup>8</sup>

7 A problemática dos interesses difusos, in *A tutela dos interesses difusos*, 1984, p. 30. No mesmo sentido Pizzorusso, que ressalta o confronto entre interesse público de comunidade maior e interesse público de comunidade menor; que seria o interesse coletivo (op. cit., p. 59, nota 6)

8 Outras expressões guardam semelhança com *interesse público*, p. ex., bem de todos (art. 3º, IV da Constituição brasileira de 1988), interesse nacional (art. 176, § 1º, da

Outra dificuldade no exame do tema diz respeito à tradução em fórmula conceitual. Ora se menciona que interesse público consiste na soma dos interesses particulares; ora se diz que vai além dessa soma. Significaria “interesse específico da sociedade, distinto por sua própria essência dos interesses particulares”;<sup>9</sup> e, ainda, soma ou elevação ao máximo de bens e serviços.<sup>10</sup>

Ressalta-se, por vezes, o sentido ético do termo: “a palavra público indica o valor ético no padrão do interesse público aplicado a todo membro da comunidade política: é um valor que se deve distinguir de algo que é vantajoso para uma pessoa e desvantajoso para outra. A palavra “interesse” indica o sentido estimativo do padrão; refere-se a algo em que deveríamos estar “interessados”, muito embora possamos não estar... Por isso, dizer que uma ação é do interesse público significa julgá-la de acordo com uma situação política que é benéfica para todo mundo...”<sup>11</sup>

Mesmo sem exaurir todos os modos de conceituar *interesse público*, logo se conclui no sentido da impossibilidade de chegar a uma definição jurídica precisa; tal noção não corresponde a uma realidade direta e univocamente definível.<sup>12</sup>

Parece possível, no entanto, associá-la ao que deveria ser o bem de toda a coletividade, a uma percepção geral das exigências da comunidade.

A noção de *interesse público* começou a ser utilizada após a Revolução francesa; acreditando no poder da razão, os revolucionários tentavam explicar, de modo racional, a finalidade de sua ação; o interesse público era argumento

---

Constituição), necessidade coletiva, interesse comum, utilidade pública, necessidade pública; quando citadas para justificar decisões, atos, exercício de poderes e funções, medidas excepcionais, vinculam-se à idéia de benefício para todos, de algo benéfico para a coletividade, por vezes em detrimento de interesse restrito, particularizado em indivíduos ou grupos; é o mesmo núcleo de entendimento da expressão *interesse público*.

9 Conceito citado por Demichel. *Le droit administratif*, p. 101.

10 Leys, A pertinência e a generalidade do interesse público, in *O interesse público*, obra coordenada por Carl Friedrich, 1967, p. 240. Nesta obra coletiva realiza-se estudo interdisciplinar sobre a noção de interesse público (com trabalhos de juristas, cientistas políticos, filósofos e economistas).

11 Cassinelli, O interesse público na ética política, in Carl Friedrich (org.). *O interesse público*, 1967, p. 56.

12 Pizzorusso, op. cit., p. 68.

suscetível de propiciar a adesão de todos e, por isso mesmo, de fundamentar o poder do Estado.<sup>13</sup> Ligava-se à separação entre esfera pública e privada, típica do século XIX: ao poder público cabia o zelo pelo interesse público; ao particular, o âmbito privado, e, portanto, o que se referia ao interesse privado. Na concepção clássica da lei como expressão da vontade geral, a Administração figura como executora da vontade geral e intérprete do interesse público. Detinha, assim, seu monopólio, ao identificá-lo, ao torná-lo objetivo de sua função e ao concretizá-lo em atos e medidas. Toda a máquina administrativa atuaria para atender o interesse público, o qual, na concepção do século XIX, apresenta-se limitado, como já se expôs; por isso, os atos e medidas se justificam, mesmo que restrinjam atividades ou direitos de particulares (como na desapropriação e medidas decorrentes do poder de polícia). A Administração realiza, assim, uma espécie de homogeneização dos interesses, o que pressupõe uma concepção de sociedade homogênea, com redução de todos os interesses a um denominador comum. Raciocinava-se, desse modo, em torno de interesse público e interesse individual (privado), de regra em contraposição, para afirmar-se, na atividade administrativa, a primazia do primeiro em relação ao segundo.

Mas, a prática nem sempre se realizou conforme a teoria; antes mesmo da plena expansão do Estado intervencionista já se registravam interferências estatais em esferas vedadas. Depois, de modo mais intenso, o Estado, mediante a Administração, passou a assumir, como seus, interesses que antes permaneciam no setor privado; citam-se com frequência, na doutrina, as práticas de subsídios de várias atividades privadas, como em determinados setores agrícolas e na implantação de indústrias, em notório benefício direto dos particulares, mas sob invocação do interesse público. Assistiu-se, assim, ao que Giannini denomina de “publicização potencial de todo interesse tendo alguma relevância social”.<sup>14</sup> Tornou-se difícil estabelecer, de antemão, a matéria concernente ao interesse público; qualquer assunto, desde que assumido pelo poder público, passava a qualificar-se como interesse público. Passou a vigorar, desse modo, a concepção *nominalista*: interesse público é o que a lei ou a Administração diz que é, mesmo que se trate de algo muito específico.

---

13 Deswarte, op. cit., p. 1291.

14 *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1981, p. 44.

Além dessa indeterminação *a priori* do interesse público, outros fatores acarretaram mudanças na tranqüila dualidade interesse público-interesse privado e na homogeneidade do primeiro. Devem ser lembradas as atuações de particulares, consideradas de interesse público, por exemplo, a de concessionários e permissionários de serviço público. O surgimento de inúmeras entidades descentralizadas levou a um panorama de pluralismo dentro da própria organização e atividade administrativa, com uma pulverização de interesses públicos, mesclando-se os mais amplos aos mais restritos. Além do mais, formaram-se, de modo crescente, grupos, associações, sindicatos, ordens profissionais, cada qual buscando interferir na tomada de decisões para que seus interesses passassem a integrar o interesse público. Hoje muitas associações se criam, não para defesa de interesses particulares de seus integrantes, mas para uma pregação e atividade dirigidas ao mais amplo interesse da coletividade como um todo, como é o caso das associações ambientalistas.

A uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se, uma situação de heterogeneidade;<sup>15</sup> da visão de unicidade, passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina menos antiga refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação.<sup>16</sup> Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua pretensa objetividade.<sup>17</sup>

Ao entendimento de distinção rígida entre interesse público e interesse individual, segue-se a realidade de fluidez nos dois âmbitos, de interconexão intensa. Bem observa Sanchez Morón que a divisão categorial

15 Como assinala Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, 1988, p. 109. Também se referem à não homogeneidade: Azzariti, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. 3, 1988, p. 103, e Sanchez Morón. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid: 1980, p. 31.

16 Piva, *L'amministratore pubblico nella società pluralista*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. 2, 1988, p. 498. Para Cohen Tanugi, nos Estados Unidos há muito tempo se tomou consciência da crise da noção de interesse público; a complexidade dos sistemas sócio-econômicos torna impossível, em amplos setores, uma resposta precisa sobre o que atende ao interesse público e o que favorece interesses particulares; refere-se ao *éclatement* do mito do interesse geral no contato da realidade (*Le droit sans l'État*, 1987, p. 116-122).

17 Azzariti, *op. cit.*, p. 103 e 106.

entre interesses privados individuais e formalmente iguais e interesse geral, distinto daqueles, é mito do século XIX.<sup>18</sup>

Após uma concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade: “já não é o Estado que assume o controle e perfil do que se deva entender por interesse público; mas é a própria sociedade, o conglomerado de associações e organizações, que indicam ao Estado a política a desenvolver e estabelecem ordem de prioridades”.<sup>19</sup> Um exemplo do “compartilhar” expressamente previsto se encontra na Constituição pátria de 1988, que atribui ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Em vários assuntos o interesse público é detectado unilateralmente pela Administração, sobretudo nas hipóteses de necessidade de atuação imediata, em situações de emergência, de grave risco à integridade de pessoas. E mesmo nas atuações de determinação compartilhada do interesse público, a Administração detém a condição de árbitro final e a condição de propiciadora, pelo quadro institucional e procedimental, dos meios com que a identificação pode ser buscada.

Com essa orientação, ocorre mudança no modo de consideração dos múltiplos interesses em confronto, muito bem expressa por Allegretti: “o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social e nasce da composição entre os vários interesses públicos, os interesses privados e de grupo (admitida, portanto uma relação, não de contraposição extrínseca, mas de composição entre os diversos interesses)...; há um valor moralizador da conflitualidade e busca de consenso, previstas e explícitas, que substituem as casuais e ocultas que nascem das *pressões* privadas e corporativas e da ativação facultativa de sujeitos mais vigilantes e dotados”.<sup>20</sup>

18 El principio de participación en la Constitución española, in *Revista de Administración pública*, mai./ago. 1979, p. 172.

19 Torne Jimenez, De la democracia a la participación: remodelación de instituciones administrativas, in *Administración y Constitución (Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles)*, Madrid: 1979, p. 580. No mesmo sentido Crozier, *État modeste, État moderne*, 1989, p. 82. Para Nieto torna-se necessário romper o monopólio interpretativo, de cuja definição devem participar, de algum modo hábil, os cidadãos (*La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo*, in *Revista de Administración pública*, 1975, p. 28).

20 Legge generale sul procedimento e moralizzazione amministrativa, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, 1988, p. 7.

Tende a modificar-se, ainda, o entendimento de sacrifício de um interesse em prol de outro, ou a ideia de primazia de um sobre outro interesse. Cogita-se hoje da função, atribuída à Administração, de *ponderação dos interesses* em confronto; “o princípio é o da não sacrificabilidade *a priori* de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca do estatuto da compatibilidade entre os interesses”; “se é assim, pode-se pensar que a minimização dos sacrifícios exigidos para a obtenção da realização dos interesses torne-se de ordinário o resultado político útil da função”.<sup>21</sup>

Pode-se associar a orientação ora exposta, de necessidade de completa apreciação de todos os fatores e interesses, com vista à sua conciliação e sacrifício mínimo, à previsão do princípio de impessoalidade, para todos os setores da Administração pública, na Constituição federal, art. 37, *caput*,<sup>22</sup> como um dos seus possíveis sentidos.

As considerações acima foram tecidas em 1990, ano em que a 1ª edição deste livro foi escrita e figuram na publicação em 1992. Ao longo da década de 90 do século XX e nos primórdios do século XXI as linhas de transformação apontadas se mantêm na doutrina e mesmo se reforçam, realizando-se na prática administrativa.

Dentre os autores estrangeiros menos antigos que tratam do tema sobrelevam os publicistas italianos. Massera refere-se à “interdependência sempre mais cogente entre o agir administrativo e as necessidades do público; a Administração não tem interesses substanciais próprios que sejam diversos daqueles relativos à realização de concretas utilidades sociais”.<sup>23</sup> Para Benvenuti, “o interesse público não é o do Estado ou da Administração, mas do cidadão; a Administração deve assumir um valor global, isto é, ser um conjunto de cidadãos e de autoridade”.<sup>24</sup> Segundo Travi o interesse público não designa mais um interesse existente *in natura*, superior ou contraposto ao interesse privado, mas designa só o resultado de uma valoração ou de uma

21 Piva, *L'amministratore pubblico nella società pluralista*, op. cit., p. 501.

22 É o sentido conferido por Allegretti ao princípio da imparcialidade que a Constituição italiana de 1947 prevê para a Administração pública (cf. *L'imparzialità amministrativa*. Pádua: 1965, p. 28). A Constituição espanhola de 1978 utiliza o termo objetividade, no art. 103, item 1: “A Administração pública serve com objetividade os interesses gerais”.

23 Individuo e amministrazione nello Stato sociale, in *Riv. trim. dir. e procedura civile*, mar. 1991, p. 45.

24 *Il nuovo cittadino*. Venezia: 1994.

apreciação específica da Administração, conduzidas com base numa norma e tendo por objeto interesses privados ou um conjunto de interesses”.<sup>25</sup> Luisa Torchia observa: “o interesse público cede passo a interesses heterogêneos e conflituais entre si...; interesses públicos são fruto de escolhas concretamente determinadas na necessidade e na contingência histórica determinada; daí poderem ser conflitantes e não poder o conflito ser resolvido *a priori*; daí os estudos sobre a articulação do procedimento e da organização no sentido de mecanismos necessários à articulação dos interesses, abandonando-se a configuração da Administração como um aparato monolítico e compacto; dentre os cânones de legitimação da ação administrativa entra, assim, a capacidade de consideração de todos os interesses relevantes, e a boa qualidade da decisão se mescla à qualidade do equilíbrio alcançado”.<sup>26</sup> Nas palavras de Cassese, o interesse público torna-se resultado do conflito e da harmonização dos interesses individuais.<sup>27</sup>

No direito brasileiro, Floriano de Azevedo Marques enfrenta a questão do interesse público; afirma que “diante do colapso da noção singular e monolítica de interesse público, a função de composição e conciliação entre os diversos interesses caberá sempre à esfera pública. Porém, as instituições, os órgãos e os instrumentos disponíveis a esta *esfera pública redelineada* são bastante diversos daqueles tradicionalmente disponíveis no âmbito do Estado tradicional”.<sup>28</sup>

O texto supra do item 5.2 figura na 2ª edição deste livro, de 2003. A partir daí vozes doutrinárias, exemplificadas a seguir, também se apresentam, sobretudo para ressaltar a mudança de concepção no tema a seguir.

Barnes<sup>29</sup> observa: “a Administração não define sozinha em vários setores o que ao interesse público convém”. Para Chevallier,<sup>30</sup> “o interesse

25 Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni 90, in *Foro Italiano*, 1997, p. 169.

26 La scienza del diritto amministrativo, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2001, p. 112-113.

27 L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3, 2001, p. 647.

28 *Regulação estatal e interesses públicos*. Malheiros, 2002, p. 165.

29 Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación..., in Barnes (org). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, 2ª ed., 2012, p. 311.

30 *L'État post-moderne*. 2ª ed. Paris: LGDJ, 2004, p. 63. Na mesma obra Chevallier afirma: “o referencial do interesse público para fixar a legitimidade da gestão pública não mais

geral não mais aparece como sendo monopólio do Estado ...O interesse geral não é mais considerado como o produto de uma geração espontânea: na base de sua formação se encontram necessariamente interesses particulares dos indivíduos e dos grupos... A ideia de que toda a esfera pública é dominada pelo culto do interesse geral está em causa... A honestidade dos homens políticos, da Administração e de todos os servidores foi seriamente perturbada pela revelação de práticas de corrupção. O Estado não é mais um lugar de pureza, de desinteresse, de altruísmo, mas sede de estratégias individuais em busca de proveito próprio". Na matéria emerge texto de Parejo:<sup>31</sup> "Nas complexas condições em que hoje há de atuar o Estado, se revela de crescente dificuldade não só a autônoma definição abstrata e objetivo-jurídica do interesse público (somente pelas estruturas do poder público), mas também a própria realização deste pela via autoritária e unilateral. De modo crescente, o poder público se vê na situação de apoiar-se na colaboração da economia privada e socorrer-se de fórmulas de concerto, transação e cooperação com grupos sociais e agentes privados, inclusive para a própria definição do interesse público".

Na doutrina brasileira, Cristiano Soares Barroso Maia<sup>32</sup> ressalta: "o interesse público não é bloco unitário...; a sociedade brasileira é marcada pela complexidade e pelo pluralismo...; opiniões e visões do mundo se apresentam muitas vezes de modo contraposto". De seu lado, Bruno Miragem<sup>33</sup> anota: "Não se confundem interesse público e interesse do Estado, nem tampouco estão em contradição o interesse público e o interesse dos particulares". E Vanice Lírio do Valle,<sup>34</sup> após mencionar a diferença entre o interesse público e o interesse patrimonial do Estado, diferença esta afirmada várias vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, assinala a "impossibilidade da absoluta rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade dos padrões de comparação".

---

basta...; a Administração passa de uma legitimação extrínseca, por pertencer ao Estado, a uma legitimação intrínseca, baseada sobre a análise concreta de sua ação...; legitimidade não mais existe *a priori*: deve ser conquistada". (p. 63).

31 *Crisis y renovación en el derecho publico*. Lima: Palestra ed., 2008, p. 61.

32 A (im) pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, in *Forum Administrativo*, Ed. Forum, ano 9, n. 103, set. 2009, p. 25.

33 *A nova Administração Pública e o direito administrativo*. 2ª ed. RT, 2013, p. 295.

34 Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI, in *Forum Administrativo*, Ed. Forum, ano 11, n. 123, 2011, p. 13.

### 5.3 Discricionariedade

No entrecruzar-se da atividade da Administração e do interesse público que ela deve realizar, surge a figura da *discricionariedade*. Tradicionalmente vem conceituada como a faculdade conferida à autoridade administrativa de se orientar livremente quanto à oportunidade e conveniência de seus atos; ou de escolher uma solução entre muitas. Sobressai a ideia de escolha livre, de espaço livre, de seleção de meios para efetivar o interesse público.

Essa ideia de espaço livre pareceria incompatível à visão da Administração submetida à lei e sua fiel executora. Por isso encontra-se afirmação de que a discricionariedade apresenta-se como verdadeiro *carvalho de Tróia* no âmbito do direito administrativo de um Estado de direito.<sup>35</sup> Afirma-se, ainda, que a realização do Estado de direito deixa a desejar em virtude da extensão de atividades do Estado que escapam à esfera jurídica.<sup>36</sup>

No entanto, de modo paradoxal, a existência dessa área livre vem historicamente explicada como resultado da separação e equilíbrio entre poderes, tal como interpretada na França e depois difundida pelo mundo ocidental: o controle jurisdicional só poderia incidir sobre o aspecto da atividade administrativa referente à observância das leis; o controle efetuado pelo juiz não poderia traduzir-se em ingerência nas decisões relativas à conveniência e oportunidade no atendimento do interesse público. Assim, na França, até o início do século XX, o ato discricionário ou de pura administração era o ato insuscetível de apreciação pelo juiz; contra esse ato só cabia recurso administrativo.

A doutrina, de regra, aventa outras justificativas para a discricionariedade: a impossibilidade de disciplinar, por lei, todos os aspectos da vida social em que a Administração atua; a necessidade de deixar margem flexível para que possa apreciar as situações e adotar as medidas mais adequadas ao atendimento do interesse público; "a necessidade de adequar a disciplina de determinadas relações às situações concretas nas quais surgem".<sup>37</sup>

---

35 Repetindo o alemão Huber, García de Enterría menciona a frase (cf. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, in *Revista de Administración pública*, n. 38, 1962, p. 167).

36 Cohen-Tanugi. *Le droit sans l'Etat*. 1987, p. 106.

37 Mortati, *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, 1959.

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.<sup>1</sup>

Mais quatro razões se apresentam em contraposição à supremacia do interesse público.<sup>2</sup>

(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 Santamaría 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 incontestável 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 “superação 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 incontestável 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 Sarmiento (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 Sarmiento (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 Sarmiento* – 2005, p.115 (Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, in Sarmiento. *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 inteligência 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 Lirio 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 autoridades 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”. Mazzamuto<sup>3</sup> 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.