

RECEBIDO EM: 15/04/2019

APROVADO EM: 13/06/2019

# UMA ANÁLISE HISTÓRICA DO CONCEITO DE RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL A PARTIR DA OBRA DE CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

*A HISTORICAL ANALYSIS OF THE CONCEPT OF  
SPECIAL SUPREMACY BASED ON THE WORK OF CELSO  
ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO*

*Victor Epitácio Cravo Teixeira*

*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Especialista em Regulação das Telecomunicações pela Fundação Instituto Nacional de Telecomunicações - Inatel. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Procurador Federal (Advocacia-Geral da União).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A genealogia do conceito de relação de sujeição especial; 2 Incongruências do uso contemporâneo do conceito de relação de sujeição especial; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo visa investigar a genealogia do conceito de supremacia especial, a partir da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. O instituto da supremacia especial remonta ao administrativista alemão Otto Mayer, cujos trabalhos foram fortemente influenciados por dois outros publicistas do século XIX, Paul Laband e Carl Friedrich Gerber. Há forte correlação entre o comentado instituto e a consolidação da ciência do direito segundo o método dogmático juspositivista, elaborado pelos dois últimos autores citados. A supremacia especial então construída sustentava a prática administrativa de disciplinar variados aspectos da vida social, sem que os atos administrativos decorrentes dessa atuação estatal pudessem ser de qualquer forma atacados. A partir dessa investigação foi possível analisar a incongruência da defesa do instituto da supremacia especial por Celso Antonio Bandeira de Mello, que insiste na difícil tarefa de conciliar visões de mundo díspares: o estado de direito formulado segundo o constitucionalismo alemão de meados do século XIX e o estado democrático de direito pensado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo; Supremacia Especial; História do Direito.

**ABSTRACT:** This article intends to investigate the genealogy of the concept of special supremacy, based on the work of Celso Antônio Bandeira de Mello. The institute of special supremacy dates back to the German administrativist Otto Mayer, whose works were strongly influenced by two other nineteenth-century publicists, Paul Laband and Carl Friedrich Gerber. There is a strong correlation between the commented institute and the consolidation of the science of law according to the dogmatic juspositivist method, elaborated by the last two authors cited. The special supremacy thus conceived made possible the administrative practice of disciplining various aspects of social life, while the administrative acts resulting from this state action remained safe from judicial intervention. From this investigation it was possible to analyze the incongruence of the defense of the institute of special supremacy by Celso Antonio Bandeira de Mello, who insists on the difficult task of reconciling disparate worldviews: the rule of law formulated according to the German constitutionalism of the mid-nineteenth century and the democratic rule of law established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil promulgated in 1988.

**KEYWORD:** Administrative Law; Special Supremacy; History of Law.

## INTRODUÇÃO

Uma portaria do Ministério da Saúde que discipline as condições para o acesso a unidades básicas de saúde obedece ao princípio da legalidade, ainda que sobre o tema nada esclareçam os textos de lei? As duras exigências impostas em edital de licitação de radiofrequências podem ser consideradas juridicamente válidas, mesmo que não tenham sido especificadas na legislação pertinente? Esses são exemplos de questionamentos que afligem todos os juristas os quais, de uma maneira ou de outra, travam relações cotidianas com a administração pública.

A doutrina administrativista majoritariamente adotada no Brasil costuma citar como cânone basilar do direito público a máxima segundo a qual “o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido” (MELLO, 1995, p. 961). É o que ensina há décadas Celso Antônio Bandeira de Mello, provavelmente o jurista vivo mais citado nos tribunais superiores nacionais.<sup>1</sup> A tensão entre o princípio da legalidade tal qual lecionado nas universidades e a considerável liberdade com que a administração pública se desincumbe de seus deveres se revela, nas lições desse renomado publicista, por meio de um conceito-chave, largamente utilizado para uma atuação administrativa relativamente livre, criativa e versátil: as relações de sujeição especial (CRAVO, 2014).

Sobre esse conceito-chave, Mello (1995, pp. 966-967) afirma que existem certas relações entre poder público e administrados que são especiais em relação às demais. Nessas relações haveria uma liberdade administrativa muito mais ampla. Nelas a supremacia da administração seria a regra. Dessa maneira, existiriam determinados sujeitos que:

por haverem travado com o poder público um vínculo específico, veem-se colhidos por mandamentos, por injunções peculiares, em suma, por uma disciplina de comportamentos só pertinente aos dessarte vinculados e que lhes é imponível pela própria administração (MELLO, 1995, p. 968).

---

1 Uma simples consulta ao nome de Celso Antônio Bandeira de Mello no banco de jurisprudência unificada do Conselho da Justiça Federal ([www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)) demonstrou que esse autor foi cadastrado como doutrina citada nas seguintes quantidades de acórdãos por tribunal: 87, no Supremo Tribunal Federal; 725, no Superior Tribunal de Justiça; 1975, no Tribunal Federal Regional da 1ª Região; 32, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região; 330, no Tribunal Federal Regional da 3ª Região; 205, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e 564, no Tribunal Federal Regional da 5ª Região. Em comparação, a mesma busca realizada pelo nome de outro famoso administrativista, Marçal Justen Filho, revelou o total de 565 acórdãos. Ambas as consultas foram realizadas no dia 13 de janeiro de 2018.

A título de exemplo Mello (1995, pp. 968) cita como exemplo do exercício do poder especial decorrente de tal relação as disposições e determinações emanadas do Banco Central e dirigidas às entidades integrantes do sistema financeiro, tal qual definido na legislação específica. De igual modo, todas as demais relações travadas entre agências reguladoras e agentes administrados poderiam ser enquadradas sob o manto das relações especiais de sujeição. Raciocínio semelhante foi externado pelo voto condutor da Ministra Rosa Weber, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874 (BRASIL, 2018), na qual não deixou de prescindir da opinião doutrinária de Celso Antônio. Ali afirmou que as relações de sujeição especial autorizam o abandono da legalidade estrita, em toda situação onde se verifique a existência de justo título que subordine o cidadão a um conjunto específico de normas jurídica.

Ao explicar o uso prático desse conceito, Bandeira de Mello não explora a origem histórica dessa construção jurídica, ou mesmo problematiza adequadamente a respeito da visão de Estado sobre a qual se apoiam tais conceitos. Convém, entretanto, investigar a formação histórica dos conceitos jurídicos, uma vez que pode revelar a consistência – ou eventual incongruência – da argumentação acadêmica que neles se apoia. Um conceito formulado em determinada época, dependente de um dado contexto jurídico-político, pode vir a sofrer incompatibilidades essenciais ao ser transplantado para o atual panorama constitucional brasileiro.

Seguindo essa linha de pensamento, este trabalho pretende traçar a genealogia do conceito de supremacia especial, a partir da obra, ainda hoje amplamente utilizada na prática jurídica, de Celso Antônio Bandeira de Mello. As próximas linhas se dedicarão a essa investigação.

## 1 A GENEALOGIA DO CONCEITO DE RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

Bandeira de Mello (2004, p. 720) aponta que o nascimento do conceito de relação de sujeição especial (ou supremacia especial, como prefere chamar a doutrina italiana e espanhola) remonta ao administrativista alemão Otto Mayer. Explica que a concepção original da supremacia especial implicava admitir a existência de um campo de atuação da administração cuja legitimidade não deriva diretamente da lei, mas, sim, da própria relação jurídica travada com o administrado. Tratava-se de uma exceção ao poder geral de polícia<sup>2</sup>, no qual as regras relacionadas a restrições

2 O termo polícia guarda origens medievais, sendo resultado de uma variação etimológica da palavra *politia* (política), com o sentido de regulamento, governo e boa ordem relativos à cidade. Em seu nascedouro, não existia diferença entre a polícia e a política, tal qual essa fora tratada por Platão e

à liberdade e à propriedade necessitariam de amparo imediato da lei. Enquanto no poder de polícia vigorava a “reserva de lei”, as relações de sujeição especial se incluíam no que Otto Mayer chamaria de “poderes domésticos” da administração<sup>3</sup>.

Embora Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 721) tenha advertido que não faria “uma exposição sobre as concepções políticas e o conseqüente panorama jurídico institucional vigente na Alemanha do séc. XIX”, destacou que a noção de “poderes domésticos” acarretava a insindicabilidade dos atos dele emanados. Isso ocorreria porque as relações oriundas dos “poderes domésticos” seriam disciplinadas por regras de direito, mas por relações puras de poder.

Vale notar que as considerações expostas por Mello sobre o tema decorrem de fontes bibliográficas indiretas, a exemplo dos publicistas Renato Alessi e Alfredo Gallego Anabitarte, professores de direito administrativo nas universidades de Bologna e Madri em meados da década de 1960, respectivamente. Ao analisar a obra de Alessi (1971, pp. 251-263) referenciada por Mello, *Principi di Diritto Amministrativo*, nota-se que o autor italiano não fez qualquer referência a Otto Mayer, ou mesmo à origem da doutrina da supremacia especial. Já Gallego Anabitarte (1961), em seu artigo intitulado “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de

---

Aristóteles (NAPOLI, 2003, pp. 31-33). O governo da cidade e a administração da casa (economia, a ciência da aquisição de bens) eram comparáveis, na concepção mercantilista de mundo. Entretanto, a partir do século XIII, começou a despontar uma diferenciação funcional no emprego dos termos política e polícia, apesar da equivalência essencial de seus significados. Enquanto o vocábulo política era reservado à disciplina científica, cujas teorias filosóficas circunscreviam-se ao âmbito das universidades e dos sábios, o termo polícia passava a ser manejado, ao lado da expressão governo, para designar o domínio onde a prática do saber político realmente se concretizava (FOUCAULT, 1988, p. 818). A polícia, assim, adquiria uma racionalidade instrumental e prática, sendo a expressão preferida para a redação dos atos legislativos, representando uma tradução particular e material da política (NAPOLI, 2003, p. 33). O escopo da atividade policial crescia à medida das necessidades de centralização da monarquia francesa, a partir do início do século XV. Surgia então a expressão polícia geral, inserida numa ordenação real datada de 1413, denotando que a intervenção do rei em favor do bem público passava a ser global. Como assinala Paolo Napoli (2003, pp. 37-38), o alargamento da noção de polícia geral, que passava a incluir temas tão diversos como o domínio reais, moeda, impostos, magistrados, águas e florestas, terminou por abranger a totalidade do governo político ao fim do século XVI, equivalendo ao estabelecimento da ordem no país como um todo. Jean Domat (1625-1696), considerado um dos principais juristas do reinado de Luís XIV, entendia a polícia geral como o meio pelo qual o governo soberano zelava pela ordem universal do Estado e pelo bem público, estendendo-se a polícia pela administração da justiça, pelas armas, pelas finanças, e por tudo aquilo que possa demandar o uso de autoridade, incluindo a designação das ocupações das pessoas em prol do estabelecimento da referida ordem (DOMAT, 1829, p. 28).

3 Otto Mayer (MAYER, 1903, p. 92) designava “reserva de lei” as hipóteses constitucionais de exclusão da livre iniciativa do poder executivo. Essa livre iniciativa existiria para todos os demais assuntos, em decorrência da força, da vontade e da responsabilidade que são próprios desse poder.

la legalidad de la administración”, apontou o jurista alemão Paul Laband como o precursor da comentada doutrina, ainda que tenha atribuído a Otto Mayer o papel de grande disseminador da noção de sujeição especial.

De fato, após a publicação da obra *Deutschen Verwaltungsrecht* no ano de 1895/96, Otto Mayer, professor da Universidade de Strassburg, passou a ser considerado o criador e principal expoente do moderno método administrativo. Munido da formação tradicional em direito civil (como era comum a todos os juristas formados em meados do século XIX na Alemanha, a exemplo de Laband e Gerber, os quais serão abordados em seguida), Mayer consolidou por meio da referida obra sua própria dogmática do direito administrativo, elaborando academicamente a construção de instituições administrativas que pretendiam fazer do direito administrativo um sistema inteiramente independente no contexto do Estado de direito, distanciando-se, inclusive, do direito constitucional (STOLLEIS, 2001, pp. 392-393)<sup>4</sup>.

A primeira referência às relações de sujeição especial na obra de Mayer<sup>5</sup> (1903, pp. 126-128) aparece por ocasião da diferenciação entre os conceitos de decisão e disposição. O primeiro caso, segundo Mayer, consistiria em atos administrativos praticados em virtude de conteúdo juridicamente vinculado, sendo o caso de aplicação de uma regra de direito preexistente a um caso concreto. As disposições, por outro lado, compreendem os atos derivados da vontade da autoridade competente, os quais tanto podem criar uma relação jurídica nova entre o administrado e o poder público como desenvolver uma relação preexistente. É a propósito das disposições nascidas do desenvolvimento de relações preexistentes que Mayer entende pertinente explorar o conceito de relação de sujeição particular, sob a qual o particular se encontraria submetido a um mais

4 O método administrativo de Mayer, portanto, aplicava o positivismo jurídico legado de Gerber para o direito administrativo como uma ciência específica, apartada da ciência da administração e da ciência política, cujas disciplinas derivaram da antiga cameralística alemã. O moderno direito administrativo, incrustado no modelo de *Staatsrecht* (Estado de direito), passava a se dedicar estritamente a aspectos legais, relegando quaisquer aspectos empíricos a outras ciências. Stolleis (2001, pp. 374-376) chega mesmo a apontar que as décadas finais do século XIX foram dominadas por um impulso de eliminar toda análise e teoria prática da alçada do direito, deixando-o puramente formal. As ciências naturais e as disciplinas técnicas que se imiscuíam com a *Polizeivissenschaft* (Ciência da Polícia) tomaram rumo próprio e ganharam status de ciências independentes. A própria polícia passou a ser apenas um capítulo dentro dos compêndios de direito administrativo, como aquele publicado por Mayer. Assim, desapossado de influências interdisciplinares, o direito administrativo desenvolveu um positivismo que o tornou científico e apolítico, preocupado em estabelecer conceitos gerais e universalizantes e criar uma dogmática de princípios, com um nível de abstração que pudesse compatibilizar com a doutrina administrativista francesa. Esse foi o principal feito do método de Mayer: desenvolver uma seção geral perfeita para o direito administrativo, replicável mundo afora.

5 Esse autor a denominava relação de sujeição particular, de acordo com a tradução francesa.

amplo poder da administração. Sobre tanto, Mayer oferece um exemplo que, em razão de sua clara didática, vale a pena transcrever:

“Para explicar a coisa por meio de um exemplo, a concessão de um caminho de ferro seria um ato jurídico de direito público; mais tarde, o ato que resolveria a questão de saber se certa linha está nele compreendida seria uma decisão; a injunção consistente em tomar uma certa medida técnica seria uma disposição que faz valer as obrigações resultantes da concessão; ela não seria, pois, nem um ato jurídico ou sequer uma decisão. Tudo emana talvez da mesma autoridade, tomando a mesma forma, e apreendendo a natureza comum de ato administrativo.” (MAYER, 1903, p. 128)<sup>6</sup>

Em outra passagem, Mayer (1903, p. 137) explica que tal relação de sujeição é criada especialmente para um sujeito ou, sobretudo, para uma certa pluralidade de sujeitos, que passam a estar ligados ao Estado mediante uma obrigação geral de reger sua conduta em função de um determinado interesse público. Nesse ponto, Meyer anota que Laband já havia anteriormente se servido do mesmo conceito para esclarecer as relações dos funcionários públicos frente ao Estado. Entretanto, o professor de Strassburg deixa claro que a ideia das relações de sujeição particular não se limita a esse exemplo, abrangendo o poder de supervisão, o poder de direção dos estabelecimentos públicos e o poder das corporações públicas sobre seus membros. Em todos esses casos o poder executivo, “independente da delegação de uma lei e do estabelecimento de verdadeiras regras de direito, pode formular regras que obrigam aqueles aos quais elas se destinam”<sup>7</sup>.

Paul Laband foi uma eminente autoridade no campo do direito constitucional alemão a partir de 1871, quando se tornou professor na Universidade de Königsberg. A larga influência desse autor se deve ao estrondoso sucesso de sua obra, *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cujos primeiros fascículos começaram a ser publicados em 1876. Laband foi o grande responsável pela consolidação da corrente juspositivista entre os estados germânicos, ao realizar, por meio de raciocínios puramente lógicos, uma construção dogmática baseada no direito constitucional positivo do Império. O objetivo desse autor era a consolidação unificada de princípios fundamentais e norteadores do direito constitucional alemão (STOLLEIS, 2001, pp. 325-323).

6 Tradução livre realizada pelo autor.

7 As regras de direito dessa espécie, emanadas do poder executivo, são denominadas por Mayer de prescrições, em oposição às ordenanças, as quais derivariam sua validade diretamente da lei.

Sobre o tema da supremacia especial, convém notar que Laband não chegou a empregar a expressão relação de sujeição especial para designar a relação entre o funcionário público e o Estado. Entretanto, Laband (1901, p. 102) foi enfático ao afirmar que a situação do funcionário somente poderia ser explicada por uma noção de “relação de serviço de uma espécie particular”. Se, de um lado, a relação de serviço se basearia num acordo livre e voluntário por parte do funcionário, de outro, seu conteúdo seria preenchido por uma relação de poder. Assim como a convenção entre suserano e vassalo na Idade Média abrangia mais que um contrato inserido no direito das obrigações, assentando-se no dever de fidelidade e devotamento de natureza moral, também a relação entre funcionário e administração pública transcenderia o direito civil. Todavia, a entrada no serviço público difere da mencionada relação feudal, tanto quanto de outros contratos de serviço público, pela determinação e pelo objetivo dos serviços prometidos. Diferentemente desses dois outros casos, o funcionário presta serviços próprios do Estado e tendo em vista o bem geral do Estado (LABAND, 1901, pp. 106-120).

Vale notar que Laband era discípulo de Carl Friedrich Gerber, que lhe inspirou a missão de levar à frente o projeto de construção de um sistema de direito com fundamento positivista (STOLLEIS, 2001, p. 320). Em 1865, Gerber publicou sua mais influente obra, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*, com o objetivo de purificar o direito público (então sinônimo de direito constitucional) de tudo quanto fosse extrajurídico, principalmente das considerações puramente éticas ou materialmente políticas (STOLLEIS, 2001, p. 318).

Na visão de Gerber (1971, p. 22), o Estado como organismo era um conceito que pertencia ao domínio da ética; o direito não chamava o Estado à existência mediante uma forma jurídica, mas o pressupunha já como existente, como fato dado, e passava a determiná-lo somente na medida em que se adaptava ao movimento de seus membros, segundo o critério próprio da ideia de organismo. Assim, Gerber (1971, pp. 26-27) opinava que a possibilidade de construção de um sistema constitucional sólido somente poderia existir numa época em que o direito público não fosse tratado como um objeto cujo conteúdo qualquer um acreditasse poder preencher com sua visão subjetiva. O direito, que exigiria o concreto e o real, portanto, não poderia embasar-se em puras abstrações, em meras ideais. Contudo, no ponto em que abordou a concretude do direito, Gerber advertiu que não pretendia, em absoluto, propor ou apoiar um determinado sistema político, pois sua abordagem era exclusivamente jurídico-científica. A política

seria sua matéria, mas jamais o seu escopo.<sup>8</sup> A matéria do direito público assim delimitada consistiria na soma de princípios e institutos jurídicos logicamente deduzidos a partir do direito posto (GERBER, 1971, p. 98).

Gerber (1971, p. 96) entendia (assim como Laband<sup>9</sup>) que o objeto do direito público como doutrina científica seria o estudo do direito pertinente ao Estado enquanto tal. Todo o vasto material de cunho social, econômico e moral que habita o organismo do Estado se encontraria fora dos limites da ciência jurídica. Essa se contentaria em dar forma às condições externas da vida estatal, recebendo o referido material cultural como dado da realidade estranho à influência do direito. A atividade administrativa corresponderia à atuação direta do poder soberano de império, vinculado à realização do interesse coletivo. Para Gerber (1971, p. 117), ainda que a ação administrativa devesse se concretizar eminentemente secundum legem, mesmo os atos administrativos praticados sem respaldo direto em lei seriam juridicamente válidos, se gozassem de certos pressupostos jurídicos (finalidade pública, sobretudo) e de autorização estatal. Entre as atuações da administração pública que frequentemente não estavam sob o amparo de previsão legal, Gerber (1971, p. 179) citou os atos de controle da atividade estatal e o exercício da polícia administrativa, que se realizaria sobre as ocupações humanas geralmente consideradas úteis. Muitas dessas atividades úteis seriam, anos mais tarde, incluídas por Otto Mayer no âmbito das relações de sujeição particular entre indivíduo e o Estado.

## **2 INCONGRUÊNCIAS DO USO CONTEMPORÂNEO DO CONCEITO DE RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL**

Percebe-se, desde já, que o conceito de supremacia especial, ainda hoje utilizado como suporte dogmático para explicar o elevado grau de discricionariedade infralegal em variadas atividades da administração pública, é uma criação jurídica cuja ancestralidade pode ser traçada até o período da formação do Estado Alemão, em meados do século XIX. Enquanto construção histórica, a noção de supremacia especial inevitavelmente carrega consigo marcas da visão de mundo sustentada pelos autores que a desenvolveram ao longo das décadas seguintes. Àquela época havia consenso sobre a capacidade de o poder executivo agir por

8 Não se pode deixar de notar que tal abordagem juspositivista proposta por Gerber é, em si, tomada de posição politicamente conservadora, na medida em que se propunha a tornar estável o sistema político existente. Michael Stolleis (2001, p. 316) observa, ainda, que Gerber era conhecido por suas posições politicamente conservadoras, e por gozar da boa graça dos governantes.

9 Afirmações semelhantes podem ser encontradas nos prefácios às edições alemãs da obra de Laband (1900, pp. 1-10).

vontade própria em todas as situações em que não houvesse reserva legal expressamente prevista no texto constitucional. O poder executivo agiria por força própria, como afirmou Otto Mayer (1903, p. 92). Da mesma forma, era então um tempo em que os atos administrativos praticados sob o âmbito de uma relação de sujeição especial não seriam caracterizados como ato jurídico, mas enquanto pura expressão de poder de comando, informada por critérios técnicos extrajurídicos, tal qual ilustrado no exemplo fornecido acima pelo próprio Mayer (1903, p. 128).

O instituto da supremacia especial, academicamente moldado para legitimar sob ponto de vista do direito a vivência empírica da administração alemã do século XIX, decerto não pode escapar de certas incongruências, ao ser transportado para a realidade constitucional brasileira após 1988. Sentindo o desconforto resultante de um tal transplante conceitual, mas sem deixar de o defender<sup>10</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 724) enumera uma extensa lista de condicionantes ao emprego do instituto da supremacia especial dentro do cenário constitucional brasileiro, dentre as quais constam: existência de lei que autorize a expedição de regras infralegais; adequação entre os meios prescritos e os fins legais perseguidos; obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; impossibilidade de restrição de direitos e deveres decorrentes de lei.<sup>11</sup>

É possível então notar a com clareza as diferentes percepções do papel do direito sustentadas por Mello e pela tríade de autores alemães que dão paternidade ao conceito da supremacia especial, Mayer, Laband e Gerber. Esses últimos partilhavam a percepção de que o direito público seria um sistema unificado e íntegro resultante de operações lógicas de construção de princípios e institutos jurídicos que explicassem a realidade empírica da vivência do Estado, a partir das normas positivadas. Para eles, a ciência do direito fundada nesse método não deveria se imiscuir nas áreas de atuação de outras disciplinas, como a economia, a moral, a cultura, limitando-se a coletar delas insumos que deveriam ser apreciados pelo direito como realidade indiscutível. Diferentemente, a dogmática jurídica sustentada por Mello, ainda que também amparada na visão positivista

---

10 Mello (2004, p. 722) afirma que seria “impossível, impróprio e inadequado” que todas as disposições a serem expedidas no âmbito da supremacia especial “devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei”.

11 Chama atenção a semelhança entre os condicionantes acima elencados e os critérios definidos por Mello (MELLO, 2012, pp. 82-83) para identificar o desvio de poder na prática de atos administrativos discricionários: contaminação por intuítos pessoais; escolha da opção desarrazoada ou incoerente; incidência de desproporcionalidade do ato em relação aos fatos. Essa similaridade leva a crer que o instituto da supremacia especial seja desnecessário dentro do sistema jurídico sustentado pelo próprio Mello.

de um sistema jurídico único e íntegro, defende o aumento do papel do direito na avaliação dos dados da realidade produzidos por outras áreas de conhecimento. Para tanto, invoca a utilização de construções jurídicas como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O que antes era cuidadosamente definido por Mayer, Laband e Gerber como um espaço de livre e incontestável de atuação da administração pública, Mello agora lança sobre esse mesmo espaço uma sombra de ambiguidade. Se, de um lado, reconhece a legitimidade do exercício de um poder de comando estatal acentuadamente alargado, de outro, exige a observância de condicionantes que, na prática, tendem a inviabilizar o próprio exercício da supremacia especial.

### **3 CONCLUSÃO**

O estudo da formação histórica dos conceitos jurídicos é importante para revelar a consistência da argumentação que os emprega fora de seus contextos originais. Este trabalho se concentrou na pesquisa da genealogia do conceito de supremacia especial, a partir da obra, ainda hoje amplamente utilizada na prática jurídica, de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Constatou-se que o instituto da supremacia especial remonta ao administrativista alemão Otto Mayer, cujos trabalhos foram fortemente influenciados por dois outros publicistas do século XIX, Paul Laband e Carl Friedrich Gerber. Revelou-se forte correlação entre o comentado instituto e a consolidação da ciência do direito segundo o método dogmático juspositivista, elaborado pelos dois últimos autores citados. Além disso, a supremacia especial então construída sustentava a prática administrativa de disciplinar variados aspectos da vida social, sem que os atos administrativos decorrentes dessa atuação estatal pudessem ser de qualquer forma atacados.

A partir dessa investigação foi possível analisar a incongruência da defesa do instituto da supremacia especial por Celso Antonio Bandeira de Mello, que insiste na difícil tarefa de conciliar visões de mundo díspares: o estado de direito formulado segundo o constitucionalismo alemão de meados do século XIX e o estado democrático de direito pensado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

**REFERÊNCIAS**

- ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo*, v. I. Milano: Giuffrè, 1971.
- ANABITARTE, A. G. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho. *Revista de Administración Pública*, v. 34, p. 11–52, 1961.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4874/DF. Inteiro Teor., 2018.
- CRAVO, V. *Poder Regulamentar e Legitimidade Democrática*. Curitiba: Prismas, 2014.
- DOMAT, J. *Les quatre livres du droit public*. Paris: Firmin Didot Père et Fils, 1829.
- FOUCAULT, M. La technologie politique des individus. In: *Dits et écrits*. vol. IV. [s.l: s.n.]. p. 813–828.
- GERBER, C. F. VON. *Diritto pubblico*. [s.l.] Giuffrè, 1971.
- LABAND, P. *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Tome I. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900.
- LABAND, P. *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Tome II. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.
- MAYER, O. *Le droit administratif allemand*, Tome I. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.
- MELLO, C. A. B. DE. Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, v. 7, p. 961–970, 1995.
- MELLO, C. A. B. DE. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, C. A. B. DE. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- NAPOLI, P. *Naissance de la police moderne: pouvoir, normes, société*. Paris: La Découverte, 2003.
- STOLLEIS, M. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001.