

Direito Administrativo I:

Ponto 2: Regime Jurídico-Administrativo



PROF. DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), fevereiro de 2016.

Sumário de aula

1. A racionalidade do direito administrativo, enquanto ramo jurídico do direito público.

1. A bipolaridade do direito administrativo: AUTORIDADE X LIBERDADE.
2. LIBERDADE DA AUTORIDADE x AUTORIDADE DA LIBERDADE: significado e intercorrências.

2. O “interesse público” como fundamento e finalidade da atuação da Administração Pública: problemática e atualidade

3. Regime jurídico da Administração Pública: a coexistência do direito público e do direito privado na disciplina jurídica da Administração Pública.

1. Exemplificação:

4. Regime jurídico-administrativo: conceito e fundamentos

1. Importância da doutrina de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO

5. Supremacia do interesse público sobre o privado: construção e reconstrução.

1. Dever de ponderação: princípio da proporcionalidade
2. Prerrogativas públicas, privilégios e restrições: conceitos, diferenciação e exemplificação

6. A indisponibilidade do interesse público: construção e reconstrução

1. Interesse público primário e interesse público secundário: importância histórica da distinção (Renato ALESSI, Itália, 1949).
2. Problemática contemporânea: direitos disponíveis e direitos indisponíveis da Administração pública.
 - a. Mediação, conciliação, transação e arbitragem envolvendo a Administração Pública.

7. A Administração pública brasileira na Constituição de 1988: entre deveres e prerrogativas (Odete MEDAUAR, 2008).

8. Caso Prático

1.A racionalidade do direito administrativo, enquanto ramo jurídico do direito público

➤ Sendo o Direito Administrativo uma disciplina jurídica autônoma, do **ramo do direito público**, deve estar conformado por um **conjunto ordenado, lógico e coerente de princípios e regras** próprios às **atividades desempenhadas pela Administração Pública**, delimitando-lhe os fundamentos, os contornos essenciais, as **prerrogativas e privilégios** em relação aos particulares e as **restrições** a que se sujeita para atender a **finalidade pública** em sua atuação.

É um regime marcado, doutrinariamente, pelos seguintes axiomas:

- **Supremacia do interesse público sobre o particular**
- **Indisponibilidade do interesse público**

As **finalidades públicas** da Administração estão delimitadas no ordenamento jurídico, tendo como centralidade, atualmente, o **sistema dos direitos fundamentais**.

1.A racionalidade do direito administrativo enquanto ramo jurídico do direito público

1.1 A bipolaridade do direito administrativo: AUTORIDADE X LIBERDADE

A origem do direito administrativo associada à conformação do **Estado de Direito**: tensão entre **autoridade e liberdade: prerrogativas e restrições**.

A liberdade do indivíduo frente ao poder do Estado é a justificação do Estado de Direito e o fundamento do **princípio da legalidade**. A Administração não pode limitar os direitos individuais sem fundamento jurídico, estando sua atuação, portanto, limitada pelas finalidades públicas (**restrições**)

A autoridade é a característica da atuação administrativa que se refere ao exercício de suas **prerrogativas** para a **satisfação de interesses coletivos**, de modo que possa assegurar a realização do **interesse público**.

1.A racionalidade do direito administrativo enquanto ramo jurídico do direito público

1.2 LIBERDADE DA AUTORIDADE x AUTORIDADE DA LIBERDADE: significado e intercorrências

É preciso ponderar "prerrogativas públicas e garantias individuais, liberdade da autoridade e autoridade da liberdade", pois "é o equilíbrio destes dois pontos que, em um Estado de direito moderno, leva à paz e à justiça na sociedade." (DROMI, Roberto. Prefácio à obra coletiva *Procedimiento administrativo*, Tucuman, Argentina: Ediciones UNSTA, 1982, p. 13).

2. O “interesse público” como fundamento e finalidade da atuação da Administração Pública: problemática e atualidade

A razão de ser da Função Administrativa encontra fundamento no **interesse público**. Há uma **ideia estrutural de interesse público** que baliza a unidade lógica do Direito Público e do Direito Administrativo, uma **categoria abstrata que expressa o fundamento, os fins e os limites do ordenamento**.

Constitucionalização do conceito de interesse público: a centralidade do sistema dos direitos fundamentais como diretriz de atuação administrativa.

Conteúdo material do interesse público: DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Personalização do Direito Administrativo: “*o ser humano, a dignidade humana e os direitos fundamentais foram assumidos como valores fundamentais na Constituição de 1988*” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 163).

“*A Administração Pública tem, portanto, a missão precípua de realizar direitos fundamentais, individuais e coletivos.*” (OLIVEIRA, 2010, p. 161)

3. Regime jurídico da Administração Pública: a coexistência do direito público e do direito privado na disciplina jurídica da Administração Pública

- **Regime jurídico da Administração Pública** é um conceito em sentido amplo, que compreende os regimes de **direito público** e de **direito privado** a que pode submeter-se a Administração Pública.
- De forma geral, a **Administração atua sob regime de direito público**, mas há hipóteses em que está **constitucionalmente autorizada** a atuar sob **regime de direito privado**.

Quando se submete a **regime de direito privado**, a Administração se nivela ao particular, deixando de exercer as **prerrogativas** de Poder Público na relação jurídica, mas **nunca** se despe de determinados **privilégios e restrições** concernentes à **finalidade pública** de sua atuação (DI PIETRO, 2011, p. 61).

3. Regime jurídico da Administração Pública: a coexistência do direito público e do direito privado na disciplina jurídica da Administração Pública

➤ 3.1 Exemplificação:

Constituição Federal:

Art. 173. 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**, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que **explorem atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua **função social e formas de fiscalização** pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao **regime jurídico próprio das empresas privadas**, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, **observados os princípios da administração pública**;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a **responsabilidade dos administradores**.

4. Regime jurídico-administrativo: conceito e fundamentos.

- O Regime Jurídico-Administrativo é um sistema orgânico e coerente das regras e princípios, de base constitucional e interpretativa, que rege a atuação da Administração Pública.

O regime jurídico-administrativo na doutrina brasileira

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: Conjunto de **prerrogativas e restrições** a que está sujeita a Administração. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios (2011, p. 62-63).

Marçal Justen Filho: o regime de direito administrativo é produzido por princípios e por regras de direitos fundamentais. Quando se alude aos princípios de direito administrativo, estão na verdade sendo indicados os direitos fundamentais (2014, p.174).

4. Regime jurídico-administrativo: conceito e fundamentos.

4.1 A importância da doutrina de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO

Buscou a definição de um regime jurídico lógico, coerente e sistemático. Preocupações de unidade científica - conceito estrutural de interesse público, cujo conteúdo é delimitado no sistema normativo.

Situou o Direito Administrativo como ramo do Direito Público alicerçado em **dois princípios fundamentais**, que determinam o **regime jurídico-administrativo**:

- **supremacia do interesse público**
- **indisponibilidade do interesse público**

Em cada um desses **axiomas basilares o jurista** fundamentou toda a conformação doutrinária **regime jurídico-administrativo**.

5. Supremacia do interesse público sobre o privado: construção e reconstrução.

O conceito vazio de interesse público

- Exercício arbitrário da discricionariedade administrativa
- Legitimação anti-democrática do sacrifício de **interesses privados**

A invocação ao interesse público toma em vista a realização de direitos fundamentais.(JUSTEN FILHO, 2014, p. 159).

- Há uma **pluralidade** de princípios e interesses e inexistente **hierarquia** pré-estabelecida entre eles
- Afasta-se o **antagonismo aparente** entre **interesses públicos e privados**.
- **Não há colisão** entre **direitos individuais** ou privados e **interesses públicos** na Constituição de 1988: a realização de direitos individuais constitui-se o conteúdo do interesse público, a partir da afirmação de direitos fundamentais:

Individuais, Coletivos, Sociais, Econômicos, Políticos.

5. Supremacia do interesse público sobre o privado: construção e reconstrução.

5.1 Dever de ponderação: princípio da proporcionalidade

- A nova ordem constitucional: **pluralidade de interesses e ponderação de valores.**
- **Estado Democrático como Estado de Ponderação:** não há critério de solução *a priori*
- Juízo de ponderação em múltiplas esferas do ordenamento: Constituição, Lei, Decisão Administrativa e Decisão jurisdicional.

*“...um sistema jurídico é produzido pela **conjugação de princípios jurídicos** associado a **técnicas de hermenêutica.**” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 165).*

*“Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo **dever de proporcionalidade**.” (BINENBOJM, 2008, p.105).*

5. Supremacia do interesse público sobre o privado: construção e reconstrução.

5.2 Prerrogativas públicas, privilégios e restrições: conceitos, diferenciação e exemplificação.

- **Prerrogativas Administração Pública:** instrumentos jurídicos para assegurar autoridade à Administração Pública na consecução de seus fins (DI PIETRO, 2011, p. 62):

restrições à propriedade privada

Cláusulas exorbitantes nos contratos

Autoexecutoriedade dos atos administrativo

- **Restrições da Administração Pública:** são limites à autoridade da Administração, para tutelar as finalidades públicas e salvaguardar liberdades: “*Observância da lei e do direito*” (DI PIETRO, 2011, p. 62)

A observância de princípios constitucionais da legalidade, moralidade, publicidade;

Sujeição à regra do concurso seleção de pessoal;

Sujeição ao processo de licitação para contratação pública;

5. Supremacia do interesse público sobre o privado: construção e reconstrução.

- **Privilégios Administração Pública:** alguns autores não fazem distinção acerca de prerrogativas e privilégios, mencionando-os como sinônimos (DI PIETRO, 2011, p. 62; BINENBOJM, 2008, p.114).
 - Privilégios e interesses públicos secundários (da pessoa jurídica)
 - “Privilégios” de caráter processuais conferidos à Fazenda Pública:

- Prazo especial em dobro (NCPC art. 183);
- Não se dá o efeito principal da revelia (NCPC art 344/345);
- Reexame necessário de decisões contrárias à Fazenda Pública (NCPC - Art. 496);
- Execução por precatórios (CF/88, art. 100);
- Formação unilateral de título executivo - inscrição em dívida ativa – Lei 6.830/1980.
- Dispensa de adiantamento de custas (NCPC, art. 91);
- Regime especial de tutela contra a fazenda pública

6. A indisponibilidade do interesse público: construção e reconstrução.

- **A indisponibilidade do interesse público** é um axioma do regime jurídico-administrativo tal como tradicionalmente construído e implica que o órgão encarregado de sua realização não tem poder de disposição sobre ele, porque a Administração Pública não titulariza esse interesse.

Domínio privado – disposição como ato de vontade
Administração pública – dever e finalidade pública

- Problematizando: a indisponibilidade antecede o caráter público do interesse. **Os direitos fundamentais é que** são, por força de normas constitucionais, **indisponíveis**, por isso se constituem **interesses públicos** (JUSTEN FILHO, p. 2014, p. 158). Portanto:

As restrições aos interesses públicos não estão em um princípio superior e abstrato de indisponibilidade, mas na Constituição Federal.

6. A indisponibilidade do interesse público: construção e reconstrução.

- **6.1 Interesse público primário e interesse público secundário: importância histórica da distinção (Renato ALESSI, Itália, 1949).**

O interesse público não é nenhum outro que o interesse coletivo primário, considerado como objeto de direta tutela da ação administrativa, enquanto o interesse da administração enquanto sujeito jurídico a si estanke, não representa senão um dos interesses secundários existente no grupo social (ALESSI, 1949:123).

Interesse primário – as finalidades públicas do Estado.

Interesse secundário – o interesse instrumental da pessoa jurídica.

- **O interesse secundário ou instrumental** pertence ao Estado enquanto sujeito de direito, ao lado de todas as personalidades jurídicas. **Interesses individuais** do Estado.
- **Interesses secundários** não desfrutam de supremacia abstrata ou a priori sobre o interesse particular, sendo passível a sua mitigação ou **disponibilidade** mediante o exercício da ponderação. O **interesse primário**, contudo, não é passível de ponderação, antes é o critério de ponderação

6. A indisponibilidade do interesse público: construção e reconstrução.

6.2 Problemática contemporânea: direitos disponíveis e direitos indisponíveis da Administração Pública

- Os interesses do Estado são, de regra, indisponíveis. Contudo, a Administração Pública não atua como sujeito jurídico em si. Não defende posição subjetiva em contrariedade à lei.
- A Administração Pública tem o poder de abdicar de pretensões sem fundamento jurídico:

Dever de anular atos ilegais;

Dever de recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos;

- **Direitos indisponíveis** da administração estão constitucionalmente estabelecidos: competências públicas e poderes necessários à realização dos direitos fundamentais;
 - A reforma da Lei de Arbitragem: **direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública**
-

6. A indisponibilidade do interesse público: construção e reconstrução.

6.2.a Mediação, conciliação, transação e arbitragem envolvendo a Administração Pública.

Aspectos processuais da indisponibilidade: composição em juízo (Conciliação e transação);

- Submissão da Administração à legalidade: pretensão sem fundamento jurídico não se constitui direito (dever de cumprir obrigações permanece depois de instaurado o processo judicial);
- Disposição do direito de ação e não do direito material em si;
- Dever de moralidade e boa fé: a utilização do processo judicial - Estado, o maior litigante.

Pressupostos e limites:

- processo administrativo;
- submissão ao controle pelos órgãos de fiscalização;
- isonomia entre particulares: vedação a seleção arbitrária
- respeito a ordem de execução do regime de precatórios

*“Os interesses pragmáticos da administração que não encontrem amparo no ordenamento não constituem interesse público”
(TALAMINI, 2005, p. 62)*

6. A indisponibilidade do interesse público: construção e reconstrução.

6.2.a A renúncia a direito pela Administração Pública: **autorização legislativa**

- desnecessidade de lei específica;
- acordos ou transações judiciais pela Administração Federal:

Lei 9469/1997. Art. 1º. O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

Lei 10.259/2001 – Juizados Especiais Federais: conciliação, transação e acordo em causas até 60 (sessenta) salários mínimos - Art. 3º c/c art. 10, parágrafo 1º: “Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.”

6. A indisponibilidade do interesse público: construção e reconstrução.

6.2.a Arbitragem:

▪ Superações dogmáticas:

- Indisponibilidade de direitos tutelados pelo Poder Público e inviabilidade de contratação
- Contratações e prática de atos de gestão pelo Poder Público
- Arbitrabilidade objetiva supõe patrimoniabilidade do direito
- Possibilidade de transação
- Administração Pública paritária

▪ Embate na jurisprudência:

- STJ; Resp nº 904813-PR; Rel. Min. Nancy Andrighi; d.j. 20/10/2011; órgão julgador: 3ª Turma; DJe28/02/2012
- TCU; TC 003.499/2011-1 [AC-2573-38/12-P]; Rel. Min. Raimundo Carreiro; Plenário; Data da Sessão 26/09/2012

▪ Evolução legal

- Tendência da legislação de setores regulados por leis especiais
 - Lei das Parcerias Público Privadas – Lei nº 11.079/2004, art. 11, inciso III;
 - Art 1º, § 1º LArb (alterada pela Lei nº 13.129/2015): *A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*
-

6. A indisponibilidade do interesse público: construção e reconstrução.

6.2.a Mediação: Consensualismo na atividade administrativa

▪ Tendência no direito comparado

- União Europeia : mediação para melhor do mercado interno controlado por entes supranacionais
- EUA: *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996, que alavancou o uso de ADR no âmbito das agências federais

▪ Novo Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105 de 16 de março de 2015)

- Art. 174: institucionalização da mediação na Administração Pública

▪ Lei de Mediação (Lei federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015)

- Marco regulatório da mediação na Administração Pública brasileira - Positivação do procedimento mediativo

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

7. A Administração pública brasileira na Constituição de 1988 - entre deveres e prerrogativas (Odete MEDAUAR, 2008).

Odete MEDAUAR alerta que:

“ Assim, as atividades da Administração Pública configuram-se, em princípio, como função. A referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder. Os limites postos pelo ordenamento ao exercício do poder administrativo correspondem à exigência de garantir o vínculo do poder ao fim para o qual foi atribuído. Mediante a idéia de função o poder administrativo apresenta, portanto, conotação peculiar, pois se canaliza a um fim, implicando, além de prerrogativas, deveres, ônus, sujeições” (2015, p. 134).

8. Caso Prático

O Município do Rio de Janeiro ajuizou execução buscando a cobrança de multa aplicada a um morador que realizou ligação de água sem licenciamento. Entre a aplicação da multa e o ajuizamento da ação passaram-se mais de 13 anos.

O executado opôs exceção de pré-executividade alegando que a Fazenda Pública deve observar os prazos estabelecidos em lei, especialmente o prazo de cinco anos do Código Tributário Nacional, motivo pelo qual o valor estaria fulminado pela prescrição. O Poder Judiciário Fluminense rejeitou a defesa com fundamentos processuais, dizendo inviável apreciar a prescrição por meio de exceção de pré-executividade.

O executado recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que, após receber o processo, afetou o recurso como representativo de controvérsia (Recurso Especial Repetitivo nº 1.105.442/RJ). Na sequência, todos os Estados da Federação, o Distrito Federal e o Município de São Paulo intervieram no feito na condição de *amicus curiae*, emparelhando seus argumentos a favor do Município do Rio de Janeiro.

No julgamento, após reconhecer a existência de uma lacuna legislativa sobre o tema, o STJ buscou na ideia de interesse público o fundamento para estabelecer o prazo prescricional de créditos de natureza administrativa. Neste particular, um ponto que atraiu a atenção foi o antagonismo nas percepções sobre o interesse público, assim:

8. Caso Prático

Municípios do Rio de Janeiro e São Paulo: o interesse público seria atendido com a aplicação do prazo mais benéfico em prol da Fazenda Pública, assim autorizando que a prescrição se desse em vinte anos a teor do artigo 2.028 do Código Civil.

Estado do Rio de Janeiro: o Decreto nº 20.910/32 regula a prescrição “contra” a Fazenda Pública, por efeito que sua aplicação simétrica rivalizaria com o princípio da supremacia do interesse público, dado que igualaria o Estado ao particular.

Demais Estados interessados: o interesse público deve orientar no sentido de viabilizar o Estado auferir as receitas financeiras oriundas da exploração econômica dos bens públicos disponíveis.

Ministro Hamilton Carvalhido: o interesse público legítimo reside na submissão do poder do Estado ao Direito, sobretudo aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, significando que a limitação temporal do exercício do poder de polícia deve ser equivalente à prescrição do particular.

Ministro Herman Benjamin: a Constituição atual põe o interesse público na posição de sobreprincípio, com prevalência sobre os demais, de modo que a aplicação isonômica de regras de prescrição tenderia a anular a eficácia dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Ao final e por maioria de votos, o recurso especial foi provido para fixar a prescrição quinquenal dos valores, com aplicação da regra prevista no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

8. Caso Prático

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDÊNCIA DO DECRETO Nº 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. É de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32).

2. Recurso especial provido.

(STJ: REsp 1.105.442/RJ, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009)

QUESTÕES:

(i) Considerando as fontes do direito administrativo, você entende que o STJ poderia estabelecer prazo sem amparo em lei específica?

(ii) A partir do acórdão do STJ, você consegue identificar elementos que distinguem as variadas percepções apresentadas pelas partes e votos quanto à ideia de interesse público?

Referências

- ALESSI, Renato. *Direito administrativo*. Milano: Giuffrè editore, 1949, v. 1, 514p.
 - BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28 .ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.53-94.
 - BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 81-124.
 - JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 105-188.
 - MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
 - OLIVEIRA, Gustavo Justino. *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 598-640.
 - OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito administrativo democrático*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 159-187.
 - DROMI, Roberto. *Procedimiento administrativo*. Tucuman : UNSTA, 1982. p. 11-13: Prefácio.
 - TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, v. 128, out. 2005, p. 59-77.
-