

# **Direito Administrativo I:**

## **Tema: Regime Jurídico Administrativo**

**PROF. DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

# Sumário de Aula

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

- A bipolaridade do direito administrativo: AUTORIDADE X LIBERDADE.
- 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.

- 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.

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

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

- Interesse público primário e interesse público secundário: importância histórica da distinção (Renato ALESSI, Itália, 1949)
- Problemática contemporânea: direitos disponíveis e direitos indisponíveis da Administração pública.
  - 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)

# Ponto 01: A racionalidade do direito administrativo, enquanto ramo jurídico do direito público

**DIREITO ADMINISTRATIVO**

Disciplina Jurídica Autônoma

**Ramo do Direito Público**

Conformado por um **conjunto ordenado, lógico e coerente de princípios e regras** próprios às atividades desempenhadas pela Administração, que delimita seus fundamentos, contornos essenciais, as prerrogativas e privilégios em relação aos particulares e as **restrições** que se sujeita para atender a finalidade pública em sua atuação.

## **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**.

# Ponto 01: A racionalidade do direito administrativo, enquanto ramo jurídico do direito público

## *A bipolaridade do direito administrativo: AUTORIDADE X LIBERDADE*

**ESTADO DE DIREITO**



tensão entre **autoridade e liberdade**: prerrogativas e restrições.

O **ESTADO DE DIREITO** garante a **liberdade** do indivíduo frente ao poder estatal, sendo esta protegida pelo **princípio da legalidade**.

### ➤ **Restrições:**

A Administração Pública **não** pode limitar os direitos individuais sem fundamento jurídico, estando sua atuação, portanto, limitada pelas finalidades públicas

### ➤ **Prerrogativas:**

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.

## *LIBERDADE DA AUTORIDADE x AUTORIDADE DA LIBERDADE: significado e intercorrências*

“conceito que envolve a disciplina jurídica peculiar ao Direito administrativo, que se caracteriza por objetivar equilíbrio entre a satisfação dos interesses coletivos e a proteção das liberdades individuais. Daí surge a bipolaridade: autoridade da Administração, de um lado; e a liberdade do indivíduo, do outro” (NOHARA, 2016, p. 7).

# Ponto 02: O “interesse público” como fundamento e finalidade da atuação da Administração Pública: problemática e atualidade

A **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.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS

## Conteúdo Material do Interesse Público

**Personalização do 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).

# Ponto 03: O Regime Jurídico da Administração Pública: a coexistência entre o direito público e o direito privado na disciplina jurídica da Administração Pública

## Regime Jurídico da Administração Pública

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**).

# Ponto 03: O Regime Jurídico da Administração Pública: a coexistência entre o direito público e o direito privado na disciplina jurídica da Administração Pública

## EXEMPLO

### 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.

# Ponto 04: O Regime Jurídico da Administração Pública: 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.**

**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).

# Ponto 04: O Regime Jurídico da Administração Pública: conceito e fundamentos

## *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 um ramo do Direito Público alicerçado em dois princípios (pilares) fundamentais, que determinam o regime jurídico-administrativo:

- **Supremacia do Interesse Público**
- **Indisponibilidade do Interesse Público**

Fonte: (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 53-94).

# Ponto 05: Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado: construção e reconstrução. |

## PONTOS FOCAIS:

### 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).

“A expressão interesse público pode ser associada a bem de toda a coletividade, à percepção geral das exigências da vida em sociedade” (MEDAUAR, 2015, p. 161)

- Há pluralidade de princípios e interesses e **inexiste hierarquia** pré-estabelecida entre eles.
- Afastamento do antagonismo entre interesses públicos e privados: **meramente aparente**.
- 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.

# Ponto 05: Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado: construção e reconstrução.

*Dever de ponderação: princípio da proporcionalidade*

**Nova Ordem  
Constitucional**



pluralidade de interesses e  
ponderação de valores.

**Estado Democrático como Estado de Ponderação:**  
não há critério de solução *a priori*

O Juízo de Ponderação é exercido em múltiplas esferas do ordenamento jurídico:  
Constituição Federal, Leis, Decisões Administrativas, Decisões Judiciais

“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).

# Ponto 05: Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado: construção e reconstrução.

## *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 Administrativos

- 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;

**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)

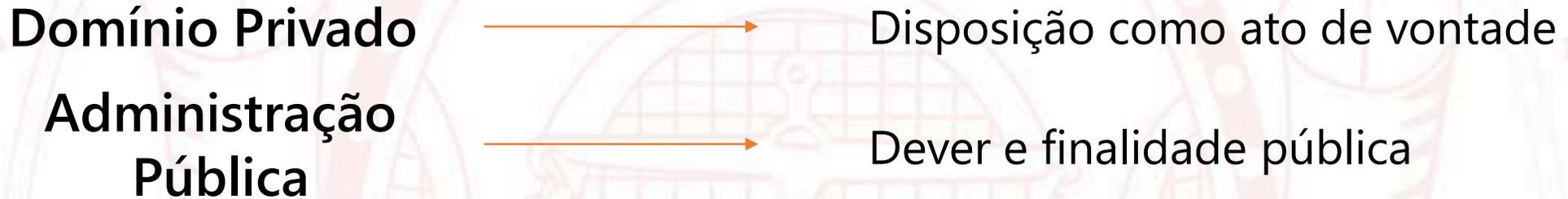
# Ponto 05: Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado: construção e reconstrução.

## *Prerrogativas públicas, privilégios e restrições: conceitos, diferenciação e exemplificação*

- **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 Fazenda Pública

# Ponto 06: A Indisponibilidade do Interesse Público: construção e reconstrução.



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

**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.

## Ponto 06: A Indisponibilidade do Interesse Público: construção e reconstrução.

*Interesse público primário e interesse público secundário: importância histórica da distinção (Renato Alessi, Itália, 1949)*

Interesse Público Primário



as finalidades públicas do Estado

Interesse Público Secundário



o interesse instrumental da pessoa jurídica

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 estanque, não representa senão um dos interesses secundários existente no grupo social (ALESSI, 1949:123).

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

# Ponto 06: A Indisponibilidade do Interesse Público: construção e reconstrução.

## *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

# Ponto 06: A Indisponibilidade do Interesse Público: construção e reconstrução.

## *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

“O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública. Não há interesse público legítimo ao se procrastinarem pagamentos efetivamente devidos, pois o interesse público está na correta aplicação da lei, de acordo com a melhor interpretação possível diante do caso concreto, em benefício da coletividade, dos cidadãos integrantes da coletividade.” (DALLARI, 2002, p. 16)

# Ponto 06: A Indisponibilidade do Interesse Público: construção e reconstrução.

## *A renúncia a direito pela Administração Pública: autorização legislativa*

- Desnecessidade de lei específica;
- Acordos ou transações judiciais pela Administração Federal:

**Lei nº 9.469/1997.** 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 nº 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.”

**NCPC - Art. 174.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

# Ponto 06: A Indisponibilidade do Interesse Público: construção e reconstrução.

## *A renúncia a direito pela Administração Pública: autorização legislativa*

- Desnecessidade de lei específica;
- Acordos ou transações judiciais pela Administração Pública em geral:

**LINDB (Del. 4.657/1942)** Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo: [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

II – (VETADO); [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

§ 2º (VETADO). [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

# Ponto 06: A Indisponibilidade do Interesse Público: construção e reconstrução.

## *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 patrimonialidade do direito
- Possibilidade de transação
- Administração Pública paritária

### Embate Jurisprudencial

- 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.
- Cláusulas-padrão: ANP, ANTT, ANAC
- Decretos regulamentadores: RJ 46.245/18; 8.465 (Portos)
- Relicitações: Lei 13.448/17 (União); Lei 16.933/2019 (São Paulo)

# Ponto 06: A Indisponibilidade do Interesse Público: construção e reconstrução.

## *A Mediação: Consensualismo na atividade administrativa*

### ▪ **Tendência no direito comparado**

- União Europeia : mediação para melhoria 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 auto composição 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.

## Ponto 07: A Administração Pública Brasileira na Constituição de 1988: entre deveres e prerrogativas (MEDAUAR, Odete, 2008)

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” (MEDAUAR, 2015, p. 134).

# Referências Bibliográficas

- 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.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. Revista Interesse Público, n. 13, p. 11-24, 2002.
- DROMI, Roberto. Procedimiento administrativo. Tucuman : UNSTA, 1982. p. 11-13: Prefácio.
- 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.
- NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- 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.
- 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.