

04/08

♣ **Bibliografia:**

Celso Antônio – Curso de direito administrativo (linguagem difícil)

Maria Sylvania Zanella

José dos Santos Carvalho Filho

Murilo: [murilomelovale@gmail.com](mailto:murilomelovale@gmail.com)

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

- ✓ **Conceito:** Estuda as relações jurídicas relacionadas à gerência das funções do Estado. Possui um viés subjetivo, ou seja, todas as pessoas que estão incumbidas à esta atividade, e um viés objetivo, sendo a própria atividade que visa atender o interesse da sociedade.

A Teoria Contratualista buscou justificar o porquê de termos que obedecer a um poder absoluto. O pressuposto de aceitação do Estado é que ele existe para atender o interesse da coletividade. As pessoas se absterem de certos direitos em prol do bem comum, da ordem e etc.

O Estado **visa atender o interesse coletivo**, público, mas esse interesse se modifica com o decorrer do tempo. É um *munus* público: obriga a certos encargos em benefício da coletividade ou da ordem social.

- ✓ **Funções do Estado:** uma das funções do estado é criar normas. O interesse da coletividade é a imposição de condutas através de normas. O Estado deve, também, executar as normas, e solucionar conflitos.

Antigamente as funções do estado estavam acumuladas em um determinado órgão, como o rei, por exemplo. No final da idade média, discutiu-se como eliminar o poder absoluto do rei. Desta forma, surgiram órgãos autônomos e independentes, dividindo as três funções em três Poderes. Para Kelsen só existe 2 poderes: o de criar normas (legislativo) e aplicar as normas (executivo e judiciário).

**Administração Pública ≠ Poder executivo:** a adm. pública está presente nos 3 poderes, apesar de estar preponderantemente no Poder executivo. A adm. pública administra, através de concursos públicos, por exemplo, e também legisla, criando normas sobre a organização de suas funções. Também soluciona conflitos: abertura de processos administrativos.

Ato de governo: veto presidencial, por exemplo, quando ainda não existe norma. Assim, não é Administração Pública. Outros exemplos: convenções internacionais, declarar guerra, estado de sítio, etc.

**DIREITO ADMINISTRATIVO**

A administração pública sempre existiu, enquanto existiu governo, com sua origem em meados de 1850, mas seu conceito subjetivo sempre sofre alterações.

Teve como divisor de águas a Revolução Francesa, que questionou a arbitrariedade do Estado, submetendo-o às normas, surgindo o Estado de Direito. A submissão do Estado à lei = princípio da legalidade. O Estado passou a ser voltado para resguardar o cidadão e os poderes passam a ser delimitados pela lei. Essa delimitação surgiu com o Conselho de Estado, que se separou do Conselho do rei. A jurisprudência do Conselho de Estado criou o regime jurídico administrativo. O Conselho de Estado era um órgão administrativo como via recursal da decisão de seus próprios ministros, enquanto o poder judiciário estaria voltado pra resolver conflitos entre particulares.

☞ **Regime Jurídico Administrativo:** É uma disciplina jurídica que rege normas específicas entre Estado e particular.

Surgiu na França. Na época a Inglaterra rejeitava esse ramo, pois vigorava o Common Law (quando primeiro se cria o litígio para depois se criar a norma). Todos os demais direitos decorreriam do Direito Penal, Civil, e Administrativo.

O regime jurídico é um sistema que pode ser dividido por dois grandes **princípios**:

**Princípio da supremacia:** é a supremacia do interesse público sobre o privado. Não significa que o interesse privado será suprimido, busca fundamentar determinados institutos do Estado para que faça que sua vontade sobrevalia sobre a vontade individual e privada.

Interesse público é um conceito muito abstrato, mas é aquele interesse de cada um, em comum, enquanto integrante de uma coletividade.

O interesse público primário é o verdadeiro interesse a que se destina a Administração Pública, pois este alcança o interesse básico da coletividade e possui supremacia sobre o particular. Já no que diz respeito ao interesse público secundário este visa o interesse patrimonial do Estado.

**Crítica:** alguns autores dividem o interesse privado da instituição com interesse público dela. No entanto, mesmo sendo interesses “egoísticos” do Estado, seriam, em tese, interesse público. Desta forma, é interesse público atender ao interesse dos particulares. Ao contrário do que diz Humberto Ávila, instrumentos arbitrários seriam justificados por esse princípio, mas não quer dizer que o interesse dos particulares não serão atendidos.

**Princípio da indisponibilidade:** decorre da própria natureza da atividade da adm. pública. O poder público tem poder, mas ele “pode e deve poder”, não cabendo ao Estado definir quando vai atender o interesse público, pois sempre deve atender a esse interesse. Traz a ideia de continuidade na prestação de serviços, devendo o Estado sempre existir. Os servidores tiram férias, mas o Estado não. O Estado gere algo que não é dele, devendo, então, prestar contas daquilo que faz. Disso, decorre obrigações, como transparência, direito de petição, publicidade, motivação (toda decisão deve ser fundamentada faticamente e juridicamente).

11/08

☞ **Poderes/ Prerrogativas da Administração Pública:**

- 1) Poder Normativo: a função legislativa cabe preponderantemente ao Poder legislativo. As normas criadas devem ser interpretadas e aplicadas, mas é impossível que as normas regem todas as situações, sendo necessária a criação de normas infralegais (portarias, resoluções) que aplicam a lei ao caso concreto. Essas normas são abstratas, que busca regulamentar leis, com fundamento na própria lei, mas que cabe à administração pública editá-la.

**Norma inválida ou ilegal:** as normas infralegais não podem criar normas contra a lei. **Art. 84, IV da CR.** Busca organizar e reorganizar a função adm., sem implicar em aumento de despesas, por exemplo, pois as alterações devem ser consentidas pelo povo, representado pelo poder legislativo.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Todo ato administrativo deve estar amparado em uma norma, senão será ilegal, mas a lei não consegue prever todos os casos para serem regulamentados, então, nesses casos, devemos aproximar a lei aos casos concretos criando leis infralegais. **Apesar de ser fonte do direito, não pode inovar no ordenamento jurídico**, mas deve pegar uma lei já existente e fazer uma interpretação mais sistemática para chegar ao caso concreto.

- 2) **Poder Disciplinar**: prerrogativa de aplicar e executar sanções contra seus próprios servidores. Não são todos os tipos de sanções que podem ser aplicadas. Deve ser realizada por meio de um devido processo que se resguarde o contraditório e a ampla defesa. **Art. 5º, LV da CR.**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

- 3) **Poder de Polícia**: nunca pode deixar de perseguir o interesse público. Visa restringir, criar abstenções e regular determinadas situações em prol do interesse público. Serve para frenar, condicionar, limitar direitos e atividades particulares e econômicas. A segurança pública e a lei da usura são exemplos que limitam a atividade particular em prol do interesse público. **Art. 78 do CTN.**

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

**O poder de polícia não pode ser delegado.** O Presídio é uma atividade exclusivamente estatal, não é um exercício que pode ser delegado ao particular.

**Obs:** É **consubstanciado em um Poder Normativo**: a adm. pública exerce atividades administrativas, sendo atos administrativos que visam preservar o interesse público (atividades exclusivamente do Estado). No liberalismo, o Estado visava preservar direitos básicos, já no Estado social, passou a intervir no particular, pois há atividades que tem um interesse social tão grande que o Estado deveria atuar, como o transporte, água, luz, correios, etc. O Estado cria então normas específicas, mas pode descentralizar a sua atividade nas autarquias (Administração indireta), ou delegar o serviço para um particular exercer, orientando no que deve ser feito.

A constituição define quais são os serviços públicos.

As agências reguladoras são entidades que foram criadas com o propósito de policiar atividades dos particulares. Ex: ANATEL (autarquia), ANA, que estabelecem inúmeras normatizações que restringem o exercício de determinada atividade.

Portanto, o Poder de polícia é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública, para condicionar e restringir o uso e gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. É a faculdade de manter os interesses coletivos e de assegurar os direitos individuais feridos pelo exercício de direitos individuais de terceiros. Visa à proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico. Constitui limitação à liberdade e os direitos essenciais do homem.

Como o Estado pode induzir alguém a seguir uma determinada finalidade? Temos como exemplo o caso de uma pessoa não exercer a função social de seu terreno, a prefeitura, então, poderia determinar uma edificação compulsória, e na hipótese de descumprimento, incidiria um aumento progressivo do IPTU até ela cumprir o determinado.

**(Internet):** O poder de polícia administrativo, responde pela presença da Administração no que pode afetar na esfera econômica do indivíduo, exceto na liberdade de ir e vir. A polícia administrativa objetiva a manutenção da ordem pública geral, impedindo preventivamente possíveis infrações das leis. Tanto pode agir preventivamente, como repressivamente. Em ambas as hipóteses, a sua função é impedir que o comportamento do indivíduo cause prejuízos para a coletividade. Inclui os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.

Já a polícia judiciária (aplica CPP) é a atividade desenvolvida por organismos, de caráter repressivo e ostensivo, com a função de reprimir a atividade de delinquentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal. Incide sobre as pessoas, e é exercido por órgãos especializados como a polícia civil e a polícia militar, de forma que a limitação da liberdade só poderá ser realizada por determinados agentes e com treinamento. Tem como finalidade, auxiliar o Poder Judiciário no seu cometimento de aplicar a lei ao caso concreto, em cumprimento de sua função jurisdicional.

- 4) Poder Hierárquico: decorre da própria competência de se **autoorganizar**, criando órgãos ou entidades que vão colaborar com a administração.

**Ex:** fenômeno da desconcentração: criam-se pessoas jurídicas (Estados, municípios, União) para administrar, e cada ente divide-se em órgãos e sub-órgãos (entes despersonalizados), até chegar em secretarias e servidores. O Chefe do Estado terá o objetivo de atender o interesse da sociedade (como em um condomínio), mas não pode realizar sozinho, e necessita de auxiliares. Pode também ser criada uma pessoa jurídica, pela descentralização: foram criados outros entes, por exemplo (estados e municípios), mas vinculados à própria União, para que os entes possam exercer determinada atividade determinada pela própria união, mas ficando a cargo da pessoa jurídica determinar o seu funcionamento interno e suas hierarquias. É o exemplo são as autarquias: como a UFMG, que é um governo autônomo, mas pertencente ao governo, com objetivos específicos, voltadas ao ensino, pesquisa, extensão, etc. É como um braço desmembrado da administração pública, mas possui as mesmas prerrogativas (direitos e deveres) da administração, nos limites de sua própria atuação.

Já as Empresas Estatais, são divididas em Empresas Públicas (100% capital público) e Sociedade de Economia Mista (aberto para bolsa de valores, mas com 51% de capital público).

Fundações: em si, são autarquias, mas se diferencia delas pela possibilidade de existência de fundações privadas.

- 5) Poder vinculado/ discricionário: alguns livros dizem que é poder, e outros não. Alguns entendem que em determinadas situações, o legislador confere ao administrador o poder de definir se vai adotar uma determinada conduta ou não, nos casos não previstos pelo legislador: é o poder discricionário. Outros autores **dizem que não é poder, mas um ato administrativo**, cabendo a ela definir se o ato irá ou não existir, sendo um atributo de exercício da administração pública, não uma prerrogativa. A linha divisória entre poder discricionário e não discricionário também tem muitas divergências. Alguns entendem que é discricionário apenas quando a lei permite duas ou mais situações igualmente justas e possíveis de serem aplicadas. Já o poder vinculado, o administrador possuiria apenas uma opção para agir legalmente.

## 14/08

- ♣ **Regime Jurídico**: O direito administrativo surgiu com a Revolução Francesa, de modo a determinar que o Estado deveria atuar quando a vontade popular requisitasse. Naquela época a presença do Estado representava um problema. A finalidade deste ramo é positivar o agir da administração pública, estudando seu comportamento. O administrador não poderia fazer tudo o que quer, mas o que a coletividade quer.

É o ramo do direito que disciplina o agir da administração pública, e **não se confunde com o poder executivo**, pois a adm. pública está presente em todos os demais poderes. O direito administrativo pertence a todo ato administrativo, independentemente de qual dos Poderes. Quem está no exercício da função administrativa deve alcançar o interesse público, pois de administra coisas alheias. A base do direito administrativo se sustenta sob o binômio: de um lado, tem-se a necessidade de conter o administrador para que ele não aja desviando-se do interesse público, mas ao mesmo tempo deve conferir ferramentas para que ele possa administrar.

**Obs:** A sua atividade sustenta em algumas ideias:

**.O interesse público é indisponível:** A adm. pública é um guardião do interesse público, agindo em nome da coletividade, e não pode dispor desse interesse. Se um servidor cometeu alguma falha, deve-se apurar o real cometimento da falha, e aplicar-se ao final de um processo legal a pena correspondente.

**.Supremacia do interesse público sobre o privado:** se nós vivemos em coletividade, o agir administrativo deve ser voltado para a tutela do interesse desta coletividade. Se houver uma colisão entre o interesse particular e o coletivo, prevalece o interesse da coletividade. Neste giro, a Administração poderá desapropriar a propriedade particular, mas ao mesmo tempo terá que pagar uma indenização. Não quer dizer que vai deixar de lado a proteção do particular, pois a sua proteção também é interesse público. Assim, essa supremacia passou a ser discutida, pois muitos doutrinadores acreditam que a Constituição de 1988, ao garantir a Dignidade Humana, teria confirmado a supremacia do indivíduo. Mas, o fato da Constituição privilegiar o indivíduo, não vai contra o interesse coletivo, pois ambos coincidem.

**.Interesse público primário:** é o real, é a síntese da coletividade, sendo um interesse comum a todos.

**.Interesse público secundário:** interesse das pessoas jurídicas que integram a administração pública.

**Ex:** o interesse dos entes da federação é arrecadar, mas esse interesse da pessoa jurídica nem sempre coincide com o de toda a coletividade. Neste giro, alguns autores consideram que o interesse secundário não poderia ter supremacia.

## ♣ Princípios

**Art. 37, caput, da CR,** determina os princípios que regem o direito administrativo: L.I.M.P.E.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

- **Legalidade:** o administrador só pode fazer o que estiver determinado na lei, que pressupõe uma manifestação coletiva. Este fato se dá, pois no momento de sua criação, o Estado era visto como um mal, devendo ser limitado. Aplicando-se rigorosamente este princípio, temos que o Estado não poderia agir quando não há lei, hoje o paradigma é diferente, pois queremos um administrador proativo, mas não arbitrário. **Assim, no caso de não haver lei para o caso concreto, o administrador poderá criar uma norma? Sim!** Se visando o interesse coletivo e agindo de acordo com o ordenamento jurídico como um todo. O administrador que tem uma postura proativa deve ser submetido ao controle. Passa a ser feito o exame da proporcionalidade e razoabilidade das decisões administrativas, buscando-se o resultado justo e adequado. A conduta do Administrador Público deverá ser dosada pelo interesse público. Esse princípio também se relaciona com o da segurança jurídica. A CR determina também que deve ser garantido o contraditório e a ampla defesa, não podendo agir de imediato, devendo respeitar as garantias processuais. Levava a uma deslegalização?

- **Impessoalidade:** importa que a administração pública trate os cidadãos de maneira igualitária na medida em que eles forem iguais. Daí surge concursos de precatório, licitação, etc. O administrador não tem a prerrogativa de escolher a sua massa laboral definitiva, deve ser feita por um instrumento que trate todos de maneira igualitária, que é o concurso. A exceção é para os cargos comissionários, de confiança, que são definidos sem concurso.  
Os atos dos administradores públicos não são atribuídos a pessoa do administrador. Nesse sentido, se o administrador causar prejuízos a terceiros, a responsabilidade será do Estado, que é objetiva, sendo os atos lícitos ou ilícitos. Já os agentes públicos respondem subjetivamente perante o Estado, que acionam em regresso o agente causador do dano.  
A promoção do agente público não pode ser pelo administrador, pois os seus atos devem ser neutros e impessoais.
- **Moralidade:** não se trata de moral comum, mas sim de moralidade pública, de como a conduta do administrador deve seguir, indo além de lícito, sendo moralmente aceitável. Nasce como um reforço, uma forma de dizer que não adianta apenas argumentar que agiu legalmente, se não tinha finalidade pública. Nasceu para verificar o desvio de finalidade. A moralidade pública é agir de acordo com interesses coletivos. Hoje, com a massificação das leis, é difícil encontrar uma situação que é só imoral, pq quando é imoral também será ilegal. Normalmente, a moralidade está ligada a outro princípio.

## 18/08

Continuação...

O Art. 37, caput, da CR apresenta alguns princípios de forma explícita, mas isso não quer dizer que não existem outros princípios expressos ou implícitos igualmente importantes para o direito administrativo.

- **Eficiência:** esse princípio foi introduzido em 1998 com a EC 19. Isso não quer dizer que antes de ser previsto expressamente na constituição, a administração não visasse a eficiência e produzisse o melhor resultado possível. Essa introdução foi mais para explicitar uma ideia já existente. A partir dessa introdução, outras leis foram impactadas com as novas disposições e passou a ver a atividade de administrador com um olhar mais crítico.  
O direito administrativo está alicerçado por deveres a cumprir e para que possa cumpri-los o ordenamento oferece prerrogativas e poderes, ou seja, instrumentos para que possa executar esses deveres. Esse princípio significa que o administrador deve exercer seus deveres da melhor forma possível, na medida e quando necessário, precisando otimizar resultados, ou seja, de forma menos onerosa possível. Fala-se em empregar tempo e dinheiro, na quantidade adequada para se alcançar o resultado esperado.

No governo FHC propôs-se uma alteração do aparato estatal, o que desencadeou uma reforma da atividade administrativa pública. Na época, existia um ministério chamado MARE, liderado pelo ministro Bresser Pereira, onde foram produzidos diversos trabalhos buscando reestruturar a administração pública, partindo do pressuposto da eficiência. Essa eficiência implica em um **controle de resultados**, a fim de buscar um resultado importante para a população. Houve, então, a tentativa de desburocratizar a atividade pública.

**Ex:** a licitação se tornou um processo burocrático, que não destinava a garantia da igualdade e celebração de um bom contrato. Assim, buscou-se introduzir o pregão, que é uma modalidade de licitação que nasce dessa ideia de eficiência.

Outra ideia é a concentração em atividades que fossem realmente importantes e realmente efetivas, que demandassem a presença do Estado. Assim, levou ao aumento da presença da iniciativa privada.

**Ex:** A ideia era delegar os serviços públicos que admitissem uma contraprestação (cobrança) à iniciativa privada, e ficaria a cargo do Estado controlar o executor. Isso nos leva ao advento da **Lei de Concessão de Serviços Públicos (Lei 8987/95)**. É o caso dos serviços de telecomunicações, por exemplo, que eram monopólio do Estado, e foram delegados nesta época. Todos os serviços públicos que admitem exploração econômica foram sendo concedidos para áreas privadas. Surgiram, também, **as agências reguladoras**, pela necessidade de fiscalizar e controlar aqueles que executam os serviços (autarquias).

**Mas e os serviços que o Estado presta, mas não pode cobrar?** Qual seria a forma administrativa de se conseguir eficiência? Não poderia ser concessão, porque a concessão pressupõe a cobrança pelo serviço. Assim, começaram a surgir entidades do terceiro setor: Lei das Organizações Sociais (OS – Lei 9637) e a Lei 9790 da OSCIP. São as entidades públicas: não pertencentes ao Estado, mas é pública pois seu dever também é público.

Resumindo, buscou-se focar em resultados, e atuar naquilo que realmente demandasse a atuação do Estado, não adiantando ter uma grande carga de servidores, mas sem eficiência. Com a inserção do princípio da eficiência, introduziu-se um conflito com o princípio da legalidade clássico, que deixou de ser o mesmo. Não se existe eficiência com Estado mínimo e parado. Antes do princípio da eficiência poderia se falar em adoção de qualquer comportamento, estando amparado na lei e pelo ordenamento. Com o princípio da eficiência, o administrador tem que escolher não só amparado na lei, mas teria que escolher a melhor opção, se preocupando com o resultado. Foi dada uma maior liberdade ao administrador, mas condicionada a uma melhor busca de resultados. Antes, o Judiciário também não interferia no Processo Administrativo, de modo que a punição realizada pelo Administrador contra o funcionário público não era apreciada. Após o advento do princípio da eficiência, todo o processo começou a ser apreciado, tendo em vista que a finalidade era atingir a eficiência.

- **Publicidade:** A finalidade do princípio da publicidade é dar satisfação à comunidade, sendo o princípio por meio do qual atribui o dever ao administrador de dar ciência à população dos meios praticados. Publicidade não se confunde com marketing, pois se estabelece um dever do administrador de dar ciência à população dos atos que são por ele praticados. Essa ciência é por divulgação em diários oficiais, imprensa, propaganda e etc. Parte do pressuposto que a administração pública deve divulgar tudo, salvo aquilo que coloque em risco a segurança nacional ou que aflija a imagem e honra das pessoas. Diferencia de transparência, no sentido que nem sempre as pessoas entendem a publicidade. A transparência, nesse caso, é um adeno, e busca transmitir uma informação compreensível ao público, não somente publicar seus atos, para que as pessoas possam realizar um juízo crítico por aquilo que é publicado, e que ela possa conseguir entender o que é dito.

A Lei de acesso à informação é uma garantia desses princípios. Prevê que todo mundo tem direito de saber e compreender tudo o que acontece na administração pública. A pessoa não



precisa justificar porque quer a informação. Não interessa o que ela fará com a informação, mesmo que ela seja responsabilizada. Antes a transparência era passiva, hoje a transparência deve ser ativa, independente de requerimentos.

➤ **Atividades da Administração Pública:**

- 1) **Serviço Público:** serviço é uma atividade em que se oferece comodidade ou utilidade. A comodidade é aquela que o Estado rotulou como de extrema importância para o cidadão e usuário, tendo como base a constituição. **Existe um limite, ou as leis podem determinar quais são os serviços públicos? Qual é o limite?** A constituição também assegura a liberdade de iniciativa, mesmo ela sendo social, de forma que o Estado não é onipresente. Se o serviço é considerado público, deve ser criado um regime jurídico ao redor, e esse serviço não pode parar, com previsão de continuidade dos serviços. Assim, até a constituição atual, não havia direito de greve dos servidores públicos. Hoje é assegurado o direito de greve, mas a norma prevê que “ele será regulamentado por lei complementar”. Apesar de ser previsto na constituição, até hoje não foi regulamentado. Antes, a jurisprudência entendia que não poderia haver greve porque ainda não tinha lei regulamentando, mas o STF passou a entender que poderia sim haver greve, mas com um quantitativo mínimo, em razão da essencialidade do serviço.

**O serviço teria que ser necessariamente gratuito? Não.** Mas pode ser cobrado de qualquer maneira? Deve cobrar um valor que não iniba o uso do serviço público. É uma questão política e jurídica. Não há previsão na constituição de tarifa zero, só fala que “pode ser o transporte ser concedido”, e a concessão pressupõe que será tarifado. É a ideia de Modicidade Tarifária.

**O particular poderia prestar livremente o serviço quando ele é considerado público? Não.** A partir do momento em que o serviço é considerado público, o particular não poderá exercer de modo livre, sem prévia autorização. Quando é público, ou o Estado vai atuar ou vai por alguém no seu lugar. Alguns serviços públicos só o Estado poderá executar diretamente, enquanto outros, poderá executar mediante terceiros (concessões, OS's, etc.), mas, nesses casos, o Estado atuará regulando a atividade. É a ideia de exclusividade.

**Tudo que é serviço público pertence exclusivamente ao Estado, ou pode ter alguma atividade em um limbo?** Tudo que é ligado à saúde é público? Educação e saúde são serviços públicos, obrigando o Estado a oferecer, mas a constituição garantiu também a possibilidade de participação privada nessas áreas. Os serviços públicos são em sua maioria exclusivos do Estado, mas há atividades que a iniciativa privada pode atuar sem a ótica do serviço público, autorizados pela Constituição. **Ex:** Milton campos, área de estética.

**Art. 199.** A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

**Art. 209.** O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

## 21/08

Continuação...

Em alguns casos, os serviços públicos podem ser prestados por terceiros, em outros se exige que o Estado seja ativo. Mesmo quando se pede uma ação direta do Estado, poderá ter a ação privada em conjunto, como a Educação e a Saúde.



**Ex:** Existem hospitais que atendem os particulares, mas ao mesmo tempo prestam serviços aos SUS. A partir do momento em que o Hospital, por livre escolha, assume o convênio com o SUS, realizando a contraprestação do Estado, será serviço público, nesta situação.

- 2) **Poder de Polícia:** Essa expressão nos leva, incorretamente, ao serviço militar ou à polícia civil. Essa expressão - poder de polícia - foi consagrada constitucionalmente, aparecendo em uma série de leis. **Ex:** A nossa ordem tributária consagra alguns tipos de tributos, como a taxa (que é gênero), que pode ser taxa por serviço público divisível, ou pelo poder de polícia.

O poder de polícia é a atividade por meio da qual o Estado adequa comportamentos das pessoas que compõem a coletividade, para que não haja problemas. A lei que irá estabelecer comportamentos que devem ser adotados pelos particulares, fixando as obrigações de fazer e suportar, bem como as obrigações de não fazer (omissão). Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, se não é virtude de lei.

O ente federado que mais trabalha com o poder de polícia é o município, pois possuímos maior contato com a nossa cidade. O município irá estabelecer como será a calçada, a limpeza de lote vago por meio de notificações e etc.

A partir do momento que a ordem jurídica estabelece as obrigações de fazer, não fazer ou suportar, o Administrador Público deverá cobrar os comportamentos previstos em lei. Quando se está diante de uma obrigação de fazer, o Administrador irá cobrar tal comportamento, impondo multas e notificações. Nas obrigações de não fazer, como as leis de trânsito, o indivíduo deve respeitar e deixar de estacionar em local proibido, por exemplo, e é o poder público que organizará essa atividade, determinado onde será permitido ou não estacionar. Nas obrigações de suportar, como no caso da fiscalização, não será possível expulsar o fiscal, devendo suportar a presença do mesmo.

**Poder de polícia x serviço público:** enquanto o último é uma utilidade, de modo que o poder público disponibiliza um serviço, o poder de polícia é uma atividade necessária, não gerando um benefício direto, isto é, não representa uma comodidade própria do serviço público. O poder de polícia possui esse lado negativo, gerando apenas um benefício indireto do Estado. É uma atividade por meio da qual a atividade Administrativa se mostra latente.

**O poder de polícia não pode ser delegado.** Caso fosse possível a delegação, estaria desnivelando a sociedade, atribuindo maior poder a uns que aos outros. Entretanto, admite-se contratar alguém para auxiliar o poder de polícia. **Ex:** uma pessoa faz uma obra sem alvará (licença, documento do município que verifica se o projeto está de acordo com a lei). Se o Município entender que é necessário demolir o que já foi feito, notificando o sujeito, mas este descumprir, o poder público poderá contratar uma empresa para realizar a demolição. Não é a empresa que escolhe se vai ou não demolir, a decisão é do Estado, de modo que a empresa só cumpriu o serviço solicitado. O auxílio se dá apenas nas atividades materiais, não no poder de escolha.

- 3) **Fomento:** É atividade por meio da qual a Administração Pública incentiva, estimula, impulsiona alguém a realizar uma atividade. A iniciativa privada também poderá incentivar. O Estado estimula através de benefícios tributários, incentivando empresas; na área educacional, por meio do Ciências sem Fronteiras; entidades públicas sem interesse lucrativo, transferindo recursos; patrocínio para esportes; subvencionando as atividades; disponibilizando bens (doando ou permitindo o uso de bem público); cedendo pessoal ou servidores públicos para trabalhar nas organizações sociais, etc.

Nesse sentido, o fomento aparece como transferência de recursos, isenções tributárias e transferência de pessoal. São várias as leis que tratam de fomento, como a Lei de Organizações Sociais, as normas sobre patrocínio, leis das microempresas e etc. A lei poderá ser municipal, estadual ou federal.

- 4) **Intervenção do Estado no domínio econômico:** Trata-se do Estado atuando, ou como protagonista (um agente do mercado), ou oferecendo um serviço (não sendo serviço público), e o Estado presta ou vende bens que produz.

A forma direta do Estado atuar na ordem jurídica brasileira é através de banco, mineradora ou companhia siderúrgica. Representa uma atividade excepcional, não rotulado como serviço público, estando, portanto, para atuação do particular. Assim, a presença do Estado deve ser limitada, nos termos do **art. 173 da CR:**

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. [GRIFEI]

Deste modo, a atuação direta do Estado só será bem-vinda se a Constituição solicitar, como no caso do petróleo, ou em casos que compreende um dos requisitos de relevante interesse coletivo, ou por imperativos de segurança. O relevante interesse coletivo se justifica na medida em que a iniciativa privada não estiver atendendo o interesse da sociedade. O imperativo de segurança está ligado à segurança nacional, como a fabricação de armas e etc.

A forma tradicional de o Estado intervir no domínio econômico é de modo distante, apenas observando o mercado, sem ser o protagonista. No exemplo do mercado automobilístico, o Estado reduz o IPI, estimulando a compra de carros.

No mesmo diapasão, o Estado poderá estimular o surgimento de empresas, bem como verificar o comportamento das empresas com a finalidade de proteger o consumidor. **Ex:** duas empresas querem se unir, mas o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) deve verificar os efeitos dessa fusão, liberando-a ou não. Representa o Estado controlando a economia.

No caso dos serviços públicos que admitem cobrança, como a COPASA e CEMIG, a cobrança não tira a essência de serviço público. A atividade é considerada serviço público, pois o legislador entendeu como tal, e o fato de cobrar ou não, não interfere na questão.

## 25/08

- **Conceito:** A Administração Pública seria uma alusão a um conjunto de órgãos e entidades aos quais se entrega o exercício das atividades administrativas. Quando empregamos o vocábulo em letras maiúsculas seria essa alusão a esses órgãos e essas pessoas jurídicas que vão realizar as atividades administrativas. Não há uma ligação direta e imediata entre a Administração e o poder executivo, pois engloba dentro de si órgãos do legislativo, judiciário e também do executivo. Esses os órgãos assumem a responsabilidade de exercer alguma das funções administrativas. Divide-se em:
  - **Administração Pública Direta:** são os entes federados, aqueles aos quais a constituição responsabilizou diretamente pelas atividades administrativas. A CR, em especial para o serviço

público e o poder de polícia, determinou a esses entes o desempenho dessas obrigações. É uma obrigação que já nasce da constituição, não precisando de lei posterior ou algum registro, de forma que já nasce com missões que a própria constituição os entrega.

Esses entes federados podem, para poderem desenvolver suas atividades, se autodividir internamente, mas sem surgir nova pessoa jurídica, mas apenas criando unidades internas que vão se especificando e especializando em determinadas funções. Esse processo em que se criam pequenas unidades administrativas da mesma pessoa jurídica tem como finalidade fazer com que cada fragmento se especialize em determinada função. Essas unidades são chamadas de **órgãos**. Este processo é assemelhado ao que ocorre com o nosso corpo. O órgão não é um novo ser, não detém personalidade. São unidades despersonalizadas.

**Ex:** o município normalmente se divide em prefeitura e câmara. A prefeitura se divide em secretarias, que se dividem em secretarias especializadas de educação e saúde, podendo até ter órgãos compostos por apenas uma pessoa. Já os estados terão, o judiciário, o ministério público, o tribunal de contas (que só podem existir nos municípios que já tinham tribunal de contas antes de ficarem a cargo dos estados). Esses 3 órgãos sempre estarão presentes nos estados, além do governo e da assembleia.

**Se a câmara é órgão podemos falar em patrimônio da câmara? Não**, pois são órgãos, não pessoas jurídicas. Mas como fazer para que cada órgão defenda suas prerrogativas funcionais?

**Como resolver um conflito interno entre dois órgãos?** Através da separação de poderes para evitar abusos. O prefeito é o representante legal do município, mas também é chefe de um dos órgãos, não podendo resolver o conflito, pois perderia sua imparcialidade. Em princípio, os órgãos não possuem representatividade processual porque não são pessoas, e não poderiam ir a juízo. Só que o direito cria algumas alternativas, como é o caso do espólio e da massa falida, pelo que se admite a presença de uma “coisa” em juízo. Assim, esses órgãos estarão em juízo para resolver o conflito através de um outro órgão, quando não houver uma solução administrativa que pacifique. O Procurador do município é quem atua em favor do executivo e o procurador da câmara em favor da câmara.

**Crítica:** há teses defendidas por procuradores que eles, na verdade, não defenderiam o executivo, no sentido de máquina pública, mas defenderiam o interesse público que o executivo venha a defender, pois se não tiver de acordo com o interesse público os procuradores não teriam que atuar.

- **Administração Pública Indireta:** A divisão interna em órgãos não é a única forma de organização, podendo atuar com um modelo mais sofisticado, sendo opção política administrativa. Pode-se ter um município enxuto, atuando ao seu lado outras pessoas jurídicas, que são independentes do centro, o município, mas orbitam ao seu redor. Assim, o município faria com que surgisse “uma nova vida”, como um processo de “gestação”. Essas entidades são chamadas entidades indiretas ou descentralizadas. São entidades com funções administrativas e independentes que cuidam de um determinado serviço específico.

**Ex:** SLU, em BH, cuida do serviço de lixo, e não é órgão, mas orbita a administração pública. O patrimônio da entidade é separado do município, assim, se a pessoa trabalha para SLU ela será servidora desta empresa, não do município, e caso ela cause mal a terceiro, o terceiro terá que entrar com ação contra a SLU, que possui um corpo jurídico próprio para se defender.

O **princípio da especialização** que faz nascerem essas pessoas jurídicas. Não se cria nenhuma entidade sem que exista um compartilhamento entre executivo e legislativo. Se o executivo

decidir criar uma entidade, deve escrever as razões para o legislativo, que irá co-participar. O projeto de lei é mandado para a casa legislativa que irá aprova-lo ou não.

**Quando se tem a lei, já tem a pessoa jurídica? Ou precisa de registro?** As duas opções são previstas constitucionalmente. As pessoas jurídicas de direito público nascem pela constituição, outras pessoas nascem depois (via indireta), mas são criadas pela lei, não precisando de registro. Já as pessoas jurídicas de direito privado, nascem através da lei e do registro.

**A independência desses entes é total e absoluta? Não!** É relativizada, pois o executivo é quem escolhe o comando dessas entidades, podendo trocar as suas funções, com exceção das agências reguladoras. Boa parte dessas entidades não tem receita própria, sobrevivendo do repasse do executivo. A independência é mais teórica que prática. Essa independência é mais no sentido jurídico: é mais de possuir corpo próprio do que independência político-administrativa, pois sofre impacto das deliberações do ente principal.

As entidades surgiram no fim da década de 90. Exemplos:

Autarquias: temos as ordinárias (comuns) e as extraordinárias. **Ex:** agências reguladoras e consórcios, que nem sempre são autarquias, - Lei 11.107.

Fundações: é uma pessoa jurídica que tem como base o patrimônio destinado a uma finalidade específica. Podem ser criadas pelo Estado ou pelo particular. **Ex:** fundação Xuxa Meneghel. Geralmente as fundações tem haver com áreas sociais: cultura (Fundação Clóvis Salgado), educação, etc.

Empresas Estatais: o Estado incorpora práticas do universo privado, e vice-versa. **Ex:** a responsabilidade objetiva do Estado foi apadrinhado pelo âmbito civil. As Empresas, também, nasceram da iniciativa privada, mas o Estado as utiliza, surgindo as Empresas Estatais, que são criadas para desempenhar as funções de prestar serviços públicos ou para explorar uma atividade econômica, através de um modelo adequado: o empresarial. Essas empresas estatais (gênero) podem ser de dois tipos:

Sociedades de Economia Mista: o seu capital é tanto público quanto privado (é aberto), mas o controle da empresa estará nas mãos do Poder Público, embora não seja o único titular. **Ex:** na venda de ações da CEMIG, foi incluído na venda o poder de veto. Itamar Franco queria desconstituir esse poder de veto, pois o Estado deve ter o controle sobre a Empresa.

Empresas Públicas: significa que podem delas participar entes federados e entidades da adm. indireta. Mas quais? **Poderia participar uma Sociedade de Economia Mista? Sim!** Assim, dentro da empresa pública acaba tendo um pouco de capital privado, o que desconstitui o próprio conceito.

O **Decreto lei 1967** traz esses conceitos.

28/08

## AUTARQUIA

**Conceito:** são pessoas jurídicas regidas pelo direito público, criadas por lei, com a finalidade de cuidar de algumas atividades administrativas, com especialidade. A única coisa que elas não poderão

fazer, dada a sua natureza jurídica, é explorar atividade econômica, pois para se comportar como se fosse um particular, o regime jurídico utilizado tem que ser próprio para isso, ou seja, ser pessoa jurídica privada, que possui flexibilidade no seu dia-a-dia. Sendo direito público, as autarquias não conseguiriam comportar-se como as pessoas de direito privado. Se o estado quiser criar uma pessoa jurídica para explorar atividade econômica, não é através da autarquia que ele irá atuar, será através das empresas.

As autarquias exercem atividades típicas do Estado. Nasceram com o seu patrimônio e suas responsabilidades, assim a pessoa jurídica que criou a autarquia não responde pelos atos desta, a não ser subsidiariamente. Dessa forma, a pessoa jurídica que a criou, pode solicitar, mediante projeto de lei, a extinção dessa autarquia. Se os servidores das autarquias adquiriram estabilidade, e a autarquia foi extinta pela pessoa jurídica, esta terá que realocar os servidores. Essa proteção pressupõe estabilidade, pois a proteção está vinculada ao serviço, não à autarquia. O servidor é aproveitado e recolocado em outro local. Se não tiver onde colocar, o servidor ficará “em disponibilidade”, como se fosse “férias remuneradas”, proporcional ao tempo de serviço que foi executado.

Pode ser que os trabalhadores das autarquias não sejam servidores públicos:

Os servidores são os trabalhadores do Estado, e em sentido amplo, abrange os **servidores estatutários**, que antigamente eram chamados de funcionários públicos, e adquirem o cargo mediante concurso público, pois seus direitos e deveres estão previstos no Estatuto, que é lei. Há três tipos cargos: efetivo, comissionado e vitalício (caso dos magistrados, ministros e conselheiros do tribunal de contas;

Os **empregados públicos** são vulgarmente chamados de celetistas, e são aqueles regidos pela CLT. A relação de emprego não gera estabilidade, e é mão de obra típica das empresas do Estado.

Em princípio, as autarquias não teriam empregados públicos, apenas servidores estatutários. Só que o entendimento dominante é que seria possível trabalhadores serem empregados. Nesse caso, apenas os servidores estatutários, excetuados os comissionados, serão absorvidos na hipótese de extinção da autarquia.

**Licitação:** As autarquias são obrigadas a seguir a lei geral de licitação 8666/93, pois as autarquias nascem semelhantes à pessoa jurídica criadora, e são uma extensão dos entes federados: “filho de peixe, peixinho é”.

**Obs: Agências Reguladoras:** são autarquias especiais, pois têm características que outras não possuem, a exemplo da UFMG. Nas universidades, por exemplo, para nomear o reitor, tem a oitiva da comunidade acadêmica, diferentemente do INSS, pois não há a oitiva dos aposentados.

Essa terminologia “autarquias especiais” começou a ser usada na década de 90, para fazer alusão à essas agências reguladoras, que são autarquias extremamente distintas das comuns.

Na década de 90 começou a desestatização, visando redistribuir as funções do Estado. No governo FHC, houve um programa de desenvolvimento muito acentuado, influenciado por discursos estrangeiros de que seria importante que o Estado atuasse em funções que realmente demandasse sua participação, devendo ser incentivada a participação privada naquilo que houvesse **“ganho de eficiência”**. Nesse sentido, previa-se que o Estado deveria deixar pouco a pouco as atividades econômicas para que houvesse maior participação da iniciativa privada. Foi o período das diversas privatizações de empresas estatais.

Da mesma forma, visou-se a transferência da execução de determinadas atividades do Estado para outras pessoas, através das concessões, que só eram admitidas quando possível a cobrança do usuário. Surgiu também as “entidades do terceiro setor”, que exerciam atividades próprias do Estado, mas que não poderiam ser cobradas.

O entendimento correto da época era que o Estado deixaria de ser executor, para se tornar regulador. O Estado apenas mudaria suas funções, pois não pode se desonerar delas.

Regular significa traçar os comportamentos que devem ser observados por aqueles que vão exercer os serviços, sendo estabelecidas diretrizes para os executores. Essas agências nascem para ser partes do Estado, mas sem a influência política, e **dirigentes com mandato**. Assim, os dirigentes teriam os nomes chancelados pelo Estado, e não poderiam ter mandatos coincidentes com o mandato do Presidente da República, de maneira que ao final do governo FHC, por exemplo, uma vez saindo do governo, o seu sucessor não poderia simplesmente substituir essas pessoas enquanto o mandato delas vigorassem. Dessa forma buscou “apolitizar” essas agências. Os mandatos oscilam dependendo das agências, e as escolhas dos cargos deveriam ser absolutamente técnicas.

Buscou, também, dar a elas **autossustentabilidade**. No entanto, elas não poderiam ser independentes sem autonomia financeira. Assim, pensou-se em uma fonte própria de recursos, pois elas não sobrevivem apenas com fiscalização.

A mão de obra inicialmente pensada para as agências era a figura do empregado, por sua instabilidade, pois seria a mais adequada para que existisse sempre uma regulação atuante. No entanto, o STF considerou inconstitucional. Isso traz diversos questionamentos, como a hipótese da BH Trans poder exercer o poder de polícia, se sua mão de obra é composta por empregados, e sem estabilidade, não poderiam exercer essa atividade. Esse questionamento foi enfatizado por Marco Aurélio para demonstrar que as agências reguladoras não poderiam ter mão de obra instável.

**Licitações:** criticava-se muito a aplicação da Lei 8666/93 no processo de licitação, pois ela impunha muita burocracia. Hoje, temos leis posteriores que fragilizam essa lei. Pensaram-se formas diferentes para fugir da aplicação desse diploma legal, como o **pregão**.

Temos basicamente três tipos de agências:

As criadas para o Estado regular os serviços de telecomunicações públicos e privados, como a ANATEL. Outras agências se voltam para a área econômica, como a ANP (agência nacional do petróleo), que atua na área do petróleo. Outras voltadas para a saúde.

No governo Lula, o ministro Zé Dirceu criticou essa independência das agências, que poderia ser prejudicial ao país. É o exemplo do reajuste da cobrança dos serviços de telecomunicações, que dependiam decisão da ANATEL, e que podiam influenciar a questão inflacionária.

## 01/09

### ♣ Modelos de Autarquia Especial:

#### CONSÓRCIOS

Às vezes utilizamos a palavra “consórcio” para fazer referência a um agrupamento de empresas em uma licitação. Há licitações que demandam objetos complexos, necessitando de que as empresas se agrupem, pois uma só provavelmente não teria condições de participar sozinha da licitação. O consórcio, nesse caso, seria apenas uma união de empresas de direito privado, para que elas participem juntas e possam ganhar, formando uma nova pessoa jurídica.

**Consórcio x convênios:** Já o consórcio em estudo é aquele quando os entes federados convivem em um federalismo de cooperação. Não quer dizer que há 100% de cooperação, pois o art. 24, por exemplo, estabelece um federalismo de competição.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

A constituição leva os entes federados a se juntarem, formando os consórcios. De acordo com Meirelles, consórcio entre entes federados seria um mero acordo entre eles, com a finalidade de fazer com que os objetivos comuns sejam alcançados. Esse consórcio deveria ser entre entes de mesma “estatura”, ou seja, ou entre municípios, ou entre os próprios Estados. Nesse sentido, a União não poderia integrar os consórcios.

Já os convênios seriam ajustes celebrados entre pessoas da administração pública, que pode ser os entes e até particulares. É um ajuste mais democrático que o consórcio, permitindo uma pluralidade de participantes, mas o núcleo é o mesmo, ou seja, um acordo. Será convênio quando não houver repasse de dinheiro ao particular pela administração, ou seja, quando não houver uma contraprestação, pois o particular e o Poder Público teriam se unido mediante objetivos que os aproximaram. Assim, em um convênio com um particular, a administração pública não estaria simplesmente contratando o particular, pois seria contrato, não convênio.

Ainda, de acordo com Meirelles, poderia haver consórcio intermunicipal, ou seja, municípios que se agrupam com pessoas e recursos, em torno de um problema, para que, de maneira organizada, consigam resolvê-lo.

A **EC 19/98** trouxe a ideia de eficiência, e alterou o **art. 241 da CR**, reformulando esse conceito de Meirelles. Passou a prever que os entes federados podem celebrar convênios de cooperação e também instituir consórcios, incluindo a União. Para que a União institua um consórcio, só poderá ser em relação a um ente que não seja ela mesma.

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os **consórcios públicos e os convênios de cooperação** entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Os convênios e os consórcios teriam **dois objetivos principais**: (1) **gestão associada de serviços públicos**: gerenciamento compartilhado de serviços públicos. Essa gestão associada teria a finalidade de utilidade e comodidade, e não poderá existir quando houver poder de polícia, pois é uma atividade conformadora. O entendimento dominante é que essa gestão deve ter o sentido macro, podendo haver união para o exercício de outras atividades administrativas que não sejam serviços públicos. (2) **para existir uma transferência total ou parcial de bens, encargos e pessoal**: **Ex**: os municípios do vale do aço fazem um acordo em que todas as licitações seriam feitas de maneira centralizada, havendo transferência de encargos para os consórcios. Esse consórcio teria a função de licitar para todos os municípios que integram os consórcios.

**Consórcio com pessoa jurídica (Lei 11.107/2005)**: Entendia-se a precariedade desses vínculos deveria ser diminuída, criando um mecanismo para torna-los definitivos. Pensou-se em uma forma dos entes terem “filhos”, para que sejam unidos. Foi, então, enviado um projeto de Lei para que os consórcios passassem a ser uma pessoa jurídica, fruto da união entre os entes federados, sendo, portanto, mais difícil desconstituir o vínculo. O consórcio seria um novo ente da administração pública.



Nesse sentido, quanto mais pessoas no consórcio, haverá mais dinheiro, mas também será mais difícil gerenciar. **Ex:** Em BH temos o consórcio para apoio às mulheres com riscos a sua integridade; consórcio em torno da saúde; ambos com a roupagem de pessoa jurídica.

Como se monta o consórcio? Se for nascer uma pessoa jurídica, com suas próprias responsabilidades e patrimônio, não bastará que o executivo simplesmente decida pela sua criação, mas deverá ser enviado o projeto de lei para votação na casa legislativa.

A lei busca que o consórcio não seja desfeito, de forma que se haver uma doação, e o consórcio acabar, não terá um retorno, só terá se criar uma doação vinculada ao período de existência do consórcio.

Esse consórcio pode ser: **de direito público**, que seria a autarquia e associação pública, e **de direito privado**, que não é autarquia, mas também não tem um nome específico. São públicos porque são formados por entes federados, mas a lei previu uma dupla possibilidade: o consórcio ser público e regido pelo direito público, ou ser público, mas regido pelo direito privado. O modelo de autarquia seria a primeira opção, e seria um modelo de autarquia interfederativa, como uma interseção dos “pais”.

Para se montar o consórcio há primeiramente um protocolo de intenções, que é a intenção do executivo em criar uma pessoa jurídica. Esse protocolo é enviado para votação na casa legislativa, para que seja autorizada a criação do consórcio, tanto público quanto privado. Assim, deve ter um processo legislativo para qualquer caso de consórcio. Se for para fazer uma alteração substancial do consórcio, com alteração de finalidade, ou se alguma pessoa quiser entrar, por exemplo, também deverá ser enviado protocolo para a casa legislativa.

**Aspectos importantes:** se o consórcio visa exercer o poder de polícia, como fiscalizar o meio ambiente, seria mais adequado o consórcio de direito público, pois só assim ninguém irá questionar a sua fiscalização. O argumento contrário ao consórcio de direito privado que exerce poder de polícia é que a parte não poderia multar. Mas, se for um consórcio voltado para prestação de um serviço público, como saneamento básico, já poderia haver consórcio de direito privado, pois não haveria questionamento. A diferença entre os dois, então, é que para o exercício do poder de polícia, é mais recomendável o consórcio de direito público.

**Obs:** Todos os anos os entes fazem um **contrato de rateio**, para ratear as despesas de determinado consórcio. Em caso de descumprimento, o ente poderá ser excluído do consórcio mediante decisão da assembléia geral, e é uma votação realizada entre os chefes do executivo.

**Regime Laboral:** a lei prevê que, para o consórcio de direito privado, a mão de obra deve ser o empregado, aplicando-se um regime “seletista”, e os direitos e deveres desses empregados estão previstos na CLT. Mas a Lei é omissa quanto ao regime laboral do consórcio de direito público, criando uma discussão doutrinária, em que uns entendem que silêncio da lei se justificada, pois deixou a escolha livre, enquanto outros entendem que se é público, a mão de obra deve ser pública, só podendo ser os servidores estatutários. Outra corrente entende que só poderia ser empregado, por causa da estabilidade dos servidores. Nesse caso, se o consórcio acabar, e o regime laboral for servidor público, eles teriam que ser realocados.

**Licitação:** os dois consórcios, tanto público quanto privado, estão sujeitos à Lei 8666/93, que foi modificada para estimular o consorciamento. **Ex:** um dos benefícios do consórcio é que, se o valor do objeto for até R\$8.000,00 não precisará de licitação para compra-lo se não houver consórcio, mas se houver, esse valor dobra.

## FUNDAÇÕES

São pessoas jurídicas criadas em torno de um patrimônio e destinada a cumprir uma finalidade. Podem ser criadas tanto por particulares quanto pelo poder público.

Geralmente, são criadas para atuar na área social. Há três linhas de entendimento sobre a **diferença entre fundação e autarquia**:

- a) De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello as autarquias e fundações seriam tão iguais que existiriam as expressões, tais como, fundação autárquica ou autarquia fundacional, porque no fundo, a Constituição trata as duas da mesma forma, como é o caso da imunidade tributária, que é aplicável às duas.
- b) Esta corrente considera que, nos termos do art. 37, XIX da CR, a lei cria a autarquia, enquanto autoriza a criação das fundações. As fundações, então, precisariam de registro, e seriam de direito privado.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XIX - somente **por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de** empresa pública, de sociedade de economia mista e de **fundação**, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

- c) Corrente intermediária. Considera que, no momento em que uma fundação é criada, resolve-se se ela será de direito privado ou de direito público. Assim, tanto faz se ela for constituída por poder público, ou pelo privado, pois tanto a autarquia quanto a fundação possuem imunidade tributária.

**Licitação:** mesmo se for constituída por direito privado, porque a fundação deve licitar? Porque ela faz parte da administração pública e deve prestar contas.

## EMPRESAS ESTATAIS

As empresas são típicas da iniciativa privada, mas o ordenamento admite que o Estado a crie. Um dos objetivos para a criação da empresa estatal é a **exploração de uma atividade econômica**, e para isso, deve se comportar como se fosse da iniciativa privada, pois estaria competindo com ela.

Temos como exemplo o Banco do Brasil. É uma empresa estatal, e na medida do possível, terá um comportamento igual ao do âmbito privado, pois será diferente naquilo que envolver o interesse público, como é o caso da necessidade de realizar concursos. Na década de 70 eram grandes o número dessas empresas.

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 empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 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.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

**Elas precisam licitar? Sim.** Mas a CR prevê que as empresas estatais licitariam mediante lei própria, pois como têm comportamento de iniciativa privada, as licitações devem ser mais rápidas. No entanto, essa lei nunca foi feita, e pelo que parece, nunca vai ser, pois a Petrobras criou uma tese jurídica afirmando que se não há lei, não haverá também a aplicação da Lei 8666/93, criando uma regra própria de licitações, o que o STF concordou.

**Cabe M.S. por ato praticado por uma pessoa que trabalha em uma empresa estatal?** Os mandados de segurança são cabíveis frente a um direito líquido e certo, contra um ato lesivo praticado por autoridade e que não há *habeas data*. Mas pode-se falar em autoridade na Petrobras? Sim, na circunstância em que age com interesse público, como em concursos públicos. Caberá o M.S. quando a empresa estatal aparecer em sua versão de autoridade, mas em princípio não caberá M.S., pois essas empresas são travestidas de particular.

**Responsabilidade civil:** essas empresas seriam objetivamente ou subjetivamente responsáveis? Nos termos do art. 37, §6º da CR, somente as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos seriam objetivamente responsáveis. Dessa forma, as pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica não seriam objetivamente responsáveis. Dessa forma, pela CR, essas empresas estatais não possuem responsabilidade objetiva, mas pelo CDC isso será possível, quando houver relação de consumo.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - **As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos** responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

## 04/08

Continuação...

As empresas estatais buscam trazer para dentro da administração pública o modelo privado de empresa. Pode atuar mediante:

- a) **Exploração da atividade econômica:** atua em uma área tipicamente privada, como se fosse um particular. Ex: banco do Brasil.
- b) **Prestação de serviço público:** pode criar autarquias, fundações, delegar a atividade para um particular através de concessão, de PPP, e a última opção seria o estado criar uma empresa própria para prestar o serviço.

**O que atrai a criação de empresas estatais?** A possibilidade de lucro não é o que move o Estado para a prestação de um serviço público mediante empresas estatais, mas é movido pela Constituição.

A empresa estatal, que é pessoa jurídica de direito privado, é intermediária entre a atuação do Estado, prestando serviço público de maneira tradicional, por meio de uma pessoa jurídica de direito público, e a entrega dessa atividade a um particular, quando o serviço público admitir cobrança. Essa empresa propicia certa liberdade de atuação ao Estado, em razão da mão de obra ser “empregada”, que não possui estabilidade, sendo mais flexível. É o exemplo dos correios, que são empresas estatais prestadoras de serviços públicos, e em decisões do STF, eles teriam imunidade tributária, sob o argumento de que é uma atividade monopolizada pelo Estado.

Quais os tipos de serviço público pode ser concedida ao particular? São aqueles passíveis de cobrança, tais como a CEMIG, COPASA, GASMIG.

As licitações que permitem fazer bons contratos em menor tempo possível são aquelas sujeitas as regras das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, como a Petrobrás, pois a EC 19 alterou o art. 173 da CR, estabelecendo que a normas de licitações deveriam ser disciplinadas em lei própria, que nunca foi criada, sendo então permitida a autorregulação. Essas empresas estatais atuam em um mercado competitivo com o particular, fazendo com que seja necessário um regime mais flexível de trabalhadores e normas de licitações que estabeleçam um procedimento mais rápido.

Quem trabalha na empresa estatal não é estável, mas também não é um sujeito absolutamente desprotegido, tendo em vista os princípios que regem a atuação da administração pública.

Como a atividade que essas empresas exercem é pública, mais fácil admitir o M.S. contra atos das empresas estatais prestadoras de serviço público. O M.S. é aplicável contra atos de autoridade, que existem eventualmente nas estatais exploradoras de atividade econômica, ao contrário das prestadoras de serviço público.

#### ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

As atividades descentralizadas ligadas à União são realizadas pela: Infraero, IBGE, UFMG, INSS, FUNAI, Caixa, BB, e etc. Dessa forma, dentro da União temos os órgãos (como o Ministério da

Saúde, a Presidência, etc.), e as pessoas jurídicas de direito privado ligadas à União, que já existiam por vontade privada e não nasceram do Estado, mas ficam próximos à ele, apesar de não terem liame jurídico. Elas são as entidades do terceiro setor.

**Conceito:** são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por particulares e com finalidade pública, não sendo criadas para a satisfazer interesse do particular. O 1º setor é o Estado, enquanto o 2º é a Iniciativa Privada capitalista. O 3º setor é a Iniciativa Privada com finalidade pública, que também chamada de 3º setor público, mas não estatal.

Essa expressão “3º setor” foi criada na década de 90, durante o governo FHC. Nessa época, já existia essa modalidade, mas só se concretizou mediante o surgimento das Leis das O.S. (9637/98) e das OSCIP’s (9790/90). Essas leis nasceram por uma questão ideológica que reforçava a necessidade de redução da atuação do Estado.

**O.S. Lei (9637/98):** é um título jurídico que se dá a uma entidade, entidade esta que não nasce como uma O.S., mas a partir do momento que é uma O.S., estará apta a **celebrar contrato de gestão**, que é um contrato por meio do qual o poder público estabelece uma série de metas. O conceito de metas difere do conceito de finalidade, pois as metas são mais restritas, buscando cumprir certas finalidades em um lapso de tempo, enquanto a finalidade é algo que deve sempre ser atendida, sem um prazo definido para ser alcançado. Enquanto O.S., o poder público poderá lhe entregar dinheiro, ceder servidores pagados pelo Estado, emprestar patrimônio.

A O.S. nasce por uma opção do Estado em entregar a atividade ao particular. Mas gerou muita polêmica, pois em seu art. 1º, afirma que as empresas poderão ser qualificadas ou não, e isso significaria uma discricionariedade administrativa, pois é uma decisão do ministro. Confere-se um amplo poder decisório aos ministros de dar ou não o título de O.S., e sem o título, não haverá contrato de gestão.

Art. 1º O Poder Executivo **poderá qualificar** como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Esse modelo foi considerado melhor, pois se entendia que o particular conseguiria, por ter maior liberdade, atingir as metas de forma mais eficiente. Mas a grande crítica é a possibilidade de entregar dinheiro público nas mãos dessas entidades, que muitas vezes não empregam esse dinheiro de forma adequada. É o caso dos escândalos mais recentes que envolvem essas entidades privadas. O governo **Dilma editou em 2014 a lei 13.019**, que estabelece regras para a entrega de dinheiro público aos particulares, para evitar que elas sejam utilizadas com viés político partidário.

Outro problema dessas entidades são as questões de isonomia que podem surgir, como o caso de servidor que é pago pela união, mas presta os serviços para a O.S., realizando as mesmas atividades que outro que é empregado da O.S., mas recebe menos que este.

Apesar de ser muito criticado, é um modelo que continua sendo utilizado com a ideia de permitir uma gestão mais flexível.

08/09

Continuação...

Criou-se um decreto que obrigava as O.S.'s e outras entidades a licitarem, no entanto, não há uma lei que as obrigue a licitar. Dessa forma, o decreto foi entendido como inconstitucional, tendo extrapolado seus limites. A O.S., então, cria seus próprios regulamentos, podendo ou não licitar.

A O.S. é o modelo mais polêmico, pois parte do pressuposto que é o âmbito privado que vai atuar melhor em áreas sociais, muito ligadas ao Estado. Esse instituto representa uma ideologia daquele momento, e embora seja um modelo que continuou a ser utilizado, ele reflete a ideia de que o âmbito privado seria melhor executor das atividades a ela designadas.

As vantagens conferidas pelo título O.S. são delimitadas por lei.

**OSCIP Lei (9790/90):** é organização da sociedade civil de interesse público e veio para substituir, na esfera federal, as entidades de utilidade públicas. São entidades que também nascem da esfera privada, por vontade dos particulares, sem finalidade lucrativa, e também atuam na área social, mas não atuam exatamente nas mesmas áreas sociais das O.S.

Possui algumas identificações com a O.S., pois ambas podem atuar na saúde e na educação. Mas as OSCIP nem sempre atua prestando um serviço público, mas podem atuar visando uma utilidade pública, como os segmentos de promoção da paz, do voluntariado, etc.

Essa lei é considerada melhor que a lei da O.S., pois ao contrário da O.S., não confere uma discricionariedade na decisão de conferir esse título à empresa privada. Será OSCIP quando preencher as condições determinadas por lei. É um ato contínuo de concessão do título.

Essa Lei também proíbe que essas entidades tenham atuação política ou partidária, o que não tem na Lei da O.S.

As entidades de colaboração com o interesse público que preencherem os requisitos, devem pedir o título OSCIP, que é dado pelo Ministério da Justiça, e devem fazer um pacto com a administração pública, se comprometendo a cumprir metas. O apoio que recebem, conforme a lei, é apenas pecuniário, ou seja, só dinheiro. Não tem a possibilidade de utilizar patrimônio público gratuitamente.

Da mesma forma que a O.S., pode ou não licitar, criando seus próprios regulamentos.

Na esfera estadual e municipal, as leis aplicadas não é exatamente igual às leis federais da O.S. e da OSCIP, mas mistura a característica das duas figuras, por razão de organização administrativa. Não precisa copiar exatamente o modelo federal, mas esses modelos são ainda muito utilizados e não caíram em desuso.

### PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A palavra “poder” dá a ideia de que a administração pública goza de prerrogativas e tratamentos diferenciados, sem que isso tenha uma justificativa. Na verdade, quando se fala em poderes, é o mesmo que dizer que são instrumentais para que a administração pública consiga desempenhar os seus deveres. Não se pode dissociar poderes e deveres. Os deveres são constitucionalmente impostos e o ordenamento busca criar mecanismos para que a administração pública possa desempenhá-los. Possui quatro grandes categorias:

#### ↳ Poder Disciplinar:

A administração pública trava uma relação de sujeição especial com os servidores, com alunos que estudam em estabelecimentos públicos, com os pacientes na área de saúde pública, etc.

Essa relação é chamada de especial, pois é uma relação diferenciada, não sendo a mesma que se estabelece entre a administração pública e um cidadão qualquer, em que a adm. pública é detentora de poderes e deveres. A relação que tem com seu corpo funcional é outra gama de direitos e deveres.

A adm. utiliza da força laboral mediante contraprestação. O cidadão, a partir do momento em que é servidor público, no caso de infração administrativa, terá um tratamento diferenciado pelo Estatuto e pela CLT. Os servidores estão sujeitos ao Estatuto, e a adm. não poderá deixar de puni-lo pela prática de alguma infração pelo **princípio da indisponibilidade do interesse público**.

A CR veda o anonimato, mas reconhece que é através dele que as pessoas denunciam. A denúncia, então, pode ser anônima, mas sendo ou não, deve ter um mínimo de elementos que possibilite a investigação. A denúncia pode ser apenas uma informação de algo que tenha conhecimento, não sendo propriamente uma denúncia. Nesses casos, a administração poderá abrir um **processo administrativo disciplinar (PADI)**. O PADI possui como polo passivo a figura do “acusado”. No entanto, pode ocorrer que o polo passivo seja incerto. Nesse caso, deverá ser **aberta sindicância**, equivalente ao inquérito policial, em que a administração reúne informações básicas necessárias para, se for o caso, instaurar um processo administrativo disciplinar.

Pode ocorrer que, com a sindicância não se consiga identificar nem a autoria, nem a materialidade. A sindicância não é obrigatória, mas é comum, e em regra, apenas com a sindicância não se pode punir ninguém, em razão da falta do contraditório e da ampla defesa. É possível que no Estatuto de algum município se preveja sindicância com viés punitivo, mas deverá ter contraditório e ampla defesa, sob pena de ser inconstitucional.

No entanto, a punição máxima que se pode dar através da sindicância é a **advertência**, que é a punição mais branda, sendo uma anotação dando ciência de que houve um fato não ajustado ao interesse público, e que a sua prática reiterada poderá acarretar punições mais graves. A pessoa também poderá ser **suspensa** por até 30 dias. Ela não irá trabalhar, mas também ficará sem receber. A suspensão normalmente possui um impacto moral e financeiro.

Outras punições mais graves são a **demissão**, a **cassação de aposentadoria**, que não podem ser aplicadas apenas pela sindicância.

**PADI**: o primeiro ato do processo é uma Portaria Inaugural, onde deve estar dito tudo o que for necessário para informar ao polo passivo do quê ele deve se defender. A portaria deve possibilitar o entendimento da acusação. A partir daí terá o desenvolvimento do processo, que é diferente do processo judicial, porque a administração atuará nas duas pontas: ela começa o processo e irá decidir o processo.

Parte da doutrina não gosta do termo “processo” para a adm. pública porque nos remeteria a figura do processo judicial em que o juiz apenas decide, não começa o processo, mantendo-se equidistante das partes. O processo seria uma relação jurídica e o procedimento uma sequência de atos (nomenclatura mais correta).

Forma-se uma **comissão** para conduzir o processo, e essa comissão deve ser instituída previamente ao fato, pela vedação ao tribunal de exceção e pelo princípio do juiz natural. Assim, deve haver uma corregedoria com membros a ela já ligados. O ideal é que os seus membros sejam pessoas de provimento efetivo, não comissionado, pois os efetivos seriam estáveis, evitando pessoas que atuem no sentido de condenar ou absolver. Essa comissão se responsabiliza pelo processo.

O polo passivo tem direito à defesa, mas o ideal é ela seja técnica. O STJ formulou a **súmula 343**, obrigando que o Estado assegure a defesa técnica se o polo passivo não pode ou não quer pagar advogado. A defesa técnica seria condição de validade do processo administrativo, ainda que pago pelo Estado. Mas o STF editou a **súmula vinculante nº 05** que determina que a atuação de defensor técnico não é regra, será apenas se o Estatuto em que o servidor estiver sujeito tiver previsto.



Súmula nº 05: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Súmula nº 343: É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

**Decadência:** ocorre quando o Estado perde o direito e dever de agir contra o servidor. Busca concretizar a segurança jurídica, determinando um prazo para adm. punir. A prescrição não é cabível aqui porque ela faz perder o direito de exigir do outro uma determinada conduta, enquanto a decadência é a perda de um direito próprio.

Após, cabe à comissão indeferir ou não as provas protelatórias, e ao final, **recomenda a aplicação de uma pena**. Não é a comissão que pune, pois seu parecer é remetido a uma autoridade superior. Essa autoridade dependerá do Estatuto e da organização do ente federado. Alguns Estatutos definem que o parecer será remetido para o chefe do executivo, e esse parecer é meramente **recomendativo**, ou seja, a autoridade pode dissentir do parecer fundamentadamente para agravar a penalidade, para inocentar, etc. (o dissentimento não pode ser feito de forma subjetiva). Da decisão, pode-se recorrer, mas não é em si uma garantia do duplo grau, pois será remetido para a mesma pessoa.

O processo é público, mas não podemos ignorar que a presunção de inocência. Nesse sentido, a professora considera que enquanto não haja decisão final, não poderia divulgar o caso. Mas na adm. pública vigora o princípio da publicidade e da transparência, devendo tudo ser divulgado.

A decisão é passível de análise pelo judiciário.

E quando será punido? Aqui emprega também o **princípio da tipicidade**. A pena que se aplica é aquela prevista no Estatuto correlato ao ato infracional. Problema: nem sempre os tipos infracionais são objetivos, e nem sempre há uma pena só para cada tipo infracional. A administração pública deve buscar analisar racionalmente a amplitude das normas, e punir uma conduta que repercute para a própria instituição. A avaliação administrativa deve ser **razoável e racional**. É rejeitado pelo Estatuto diferenciar em ato comissivo e omissivo.

Se as penas são de efeitos diferentes, como decidir qual aplicar? Hoje o judiciário faz uma análise “de mérito” sobre o processo administrativo.

**Pode ser punido se não agiu dolosa ou culposamente? Não.** A responsabilidade administrativa deve necessariamente examinar culpa ou dolo.

É possível, ao recorrer da decisão, a “**reformatio in pejus**”? **Não há consenso**. Parte da doutrina entende que é possível com base no princípio da legalidade, no caso, por exemplo, de errar na aplicação da pena. Por outro lado, os opositores defendem que mitigaria o direito da pessoa à ampla defesa, pois ela ficaria com medo de recorrer, para que não haja uma pena pior. Nesse sentido, o polo passivo não poderia ser prejudicado por um erro da administração pública.

A lei de processo administrativo federal nº 9.784/99 é uma lei que cuida do processo administrativo em geral, não sendo voltada ao servidor ou ao PADI, e admite a reformatio in pejus.

Diferentemente, quanto à figura da revisão, tradicionalmente, os Estatutos determinam que não pode haver reformatio in pejus.

Às vezes, ser punido penalmente possui menos repercussão que a punição administrativa. A demissão, por exemplo, tem efeitos mais rigorosos do que uma multa no âmbito penal.

Se a lei permitir, a administração pública pode aplicar penas a outras pessoas. Ex: contrata empresas para executar obras. Elas estarão sujeitas às suas sanções, previstas nas leis que regem os contratos com a administração pública, sobretudo na Lei de licitações e contratos 8666/93. Quatro blocos de sanções: advertências, multa contratual, declaração de inidoneidade, impedir que empresa participe de novas licitações.

Nesse sentido, todos nós estamos sujeitos a uma punição administrativa. Os alunos da UFMG, por exemplo, estão sujeitos às normas acadêmicas; quem frequenta um clube, está sujeito às normas do clube; multas de trânsito. Todos esses exemplos são de relações de sujeição especial.

## 11/09

O poder disciplinar da Administração Pública é o dever/poder da relação entre os indivíduos, não só com o cidadão comum, mas, também, com seus subordinados.

### ↪ Poder Hierárquico:

É um poder/dever em que a Administração Pública se escalona de forma hierárquica, em uma relação piramidal. Toda estrutura é montada para atender o interesse público, de forma que o “chefe” tem o comprometimento com o controle do seu subordinado, pois dependendo do que for realizado, poderá ocorrer uma lesão do interesse da coletividade.

**a) Ordens:** Os chefes da Administração Pública (não só do poder executivo, como os ministros, secretários, diretores e etc.) podem dar ordens, que devem ser cumpridas, desde que sejam lícitas. Presume-se que o chefe visa o cumprimento do interesse da sociedade, em razão do escalão hierárquico, configurando o poder/dever.

**b) Delegar:** O ato de delegar surge para garantir maior efetividade no cumprimento das atribuições. Pensando na eficiência, em uma realização ótima e no momento ajustado, transferem-se atribuições a outra pessoa, recebendo o nome de "delegação".

A legislação brasileira permite a delegação entre pessoas do mesmo nível hierárquico, de acordo com a **Lei 9.784/99**, de aplicação obrigatória na esfera federal e para Estados e municípios que ainda não realizaram uma lei própria. A professora não concorda com tal disposição, pois se delegar para indivíduos do mesmo nível hierárquico, não terá o poder de cobrar a execução da função, correndo o risco da pessoa, ainda, não aceitar a nova atribuição. A lógica seria a delegação ser dada "de cima para baixo".

Só se pode delegar se existir uma previsão em lei (art. 11 da Lei Federal 9.784/99), mas contradiz com o art. 12 do mesmo diploma legal, que estabelece que só não poderá delegar se a lei proibir. Em princípio, não poderia delegar, pois significaria renúncia de competência. No entanto, do ponto de vista do funcionamento da Administração Pública, a delegação visa a eficiência na concretização do interesse público.

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação **legalmente admitidos**.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, **se não houver impedimento legal**, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Na esfera federal é possível a medida provisória em caso de urgência, mas não tem essa previsão na constituição estadual e municipal.

A professora acredita que a delegação é um instrumento de utilidade pública, de modo que se deve delegar desde que satisfaça o interesse público, mas ainda não há consenso ou uma solução exata da questão. Na prática, a adm. pública delega, desde que a lei não proíba.

Há doutrinadores que defendem que o chefe não deixa de ser responsável pelas atribuições delegadas, de modo que ao decidir pela delegação de uma atribuição, escolhendo quem irá exercê-la, em caso de descumprimento ou má execução, o chefe também será responsabilizado. No entanto, professora acredita que a análise não deve ser levado ao extremo, de forma que a responsabilidade pode recair no momento da delegação, quando há algum erro objetivo, ou seja, quando for delegada a atribuição para indivíduo não qualificado, ou impedido, por exemplo. Caso a responsabilidade for 100%, poderá desestimular o instituto da delegação, que foi criado visando maior eficiência.

**c) Avocar:** Avocação tem o sentido de "chamar para si", pegando uma atribuição que originalmente não lhe pertence. Diferentemente da delegação, a avocação só é disciplinada pelo artigo 11, e sempre será direcionada do Chefe para seu subordinado. Esse artigo estabelece que somente poderá ocorrer a avocação em casos previstos em lei, pois poderia existir uma usurpação de poderes, em que o chefe, por exemplo, avoca todas as competências de um indivíduo para si, para transforma-lo em um "enfeite".

O chefe percebendo que seu subordinado exerceu um ato ilegal, possui o dever de desfazer o ato ilegal, ou seja, **anulá-lo**. Se o ato for lícito, mas gerou consequências inconvenientes, o chefe também possui o dever de desfazer tal ato, mas essa hipótese será **revogação**.

O legislador não tem como prever todas as condutas e situações, deixando algumas condutas a cargo da decisão do administrador. Será vinculada, quando a conduta é prevista em lei, e quando o legislador deixa margem ao administrador, a conduta será discricionária. Exemplo: Caso de X querer fazer um festival da comida portuguesa nas ruas da Savassi, pedindo ao administrador para realizar tal festa. O poder aqui será discricionário, pois a conduta não é previsível. Caso o responsável subordinado decida fechar as ruas às 16h de uma sexta, poderá gerar transtornos, e o chefe da bhtrans, por exemplo, percebendo o ato prejudicial, poderia revoga-lo.

A revogação aplica-se aos atos discricionários, enquanto a anulação aos atos vinculados. Exemplo: Se X recebe uma multa de trânsito, e o valor aplicado for superior ao necessário, poderá anular o ato, tendo em vista que ele é vinculado.

**d) Editar atos normativos:** estabelece que o chefe poderá editar normas de caráter administrativo, que visem o melhor funcionamento de sua coordenação. Se tal ato não prevê nada ilegal, possui caráter obrigatório.

O art. 129 da lei 8.112/90, que disciplina os servidores públicos federais, estabelece que o servidor poderá ser punido se descumprir a lei ou ato normativo, desde que tenham sido emanados por autoridade competente e seja a norma ilegal.

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, **regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave**.

#### ☞ Poder Normativo/ Regulamentar:

Pensar em poder normativo é lembrar do "decreto", que é instrumento reconhecido na Constituição Federal, com diferentes modalidades:

**a) Decreto de execução:** meio pelo qual o chefe do executivo dá uma ordem de serviço, ou realiza uma nomeação e etc.

**b) Decreto Normativo:** Visa regulamentar uma conduta, especializando o que já está previsto em lei. Não pode ser "ultra legem", nem "contra legem". As leis ficam mais enxutas, gerais, deixando as especificidades e minúcias para o decreto.

A doutrina dispõe que o decreto não poderá inovar a ordem jurídica, mas se não fosse possível a inovação, não teria sentido existir o próprio decreto, que não poderia criar novas obrigações.

**c) Decreto Autônomo:** é fonte primária. O decreto é autônomo porque deriva da própria constituição. O artigo 84, IV, alínea "a" da Constituição Federal estabelece que o "chefe do executivo" poderá disciplinar a organização e funcionamento da administração federal, desde que não aumente a despesa, pois para isso é preciso lei, configurando, assim, o decreto autônomo.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;**

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

**Obs:** O decreto não é o único ato normativo/regulamentar, que é exercido, também, pelas agências reguladoras. Essas agências poderão regulamentar e controlar comportamentos, e é o exemplo contemporâneo de poder normativo da administração pública, criando **portarias**. Há divergências no sentido se essas agências poderiam ou não criar obrigações, para efetivar uma conduta de uma área. Alguns entendem que essas agências poderiam regulamentar uma obrigação já existente.

O poder normativo/ regulamentar pode ser visto em portarias, resoluções, instruções e etc, mas o decreto ainda é visto como o ato mais importante, pois é feito pelo chefe do executivo, além de ser mencionado na constituição. **Assim os atos normativos servem para regulamentar o funcionamento da própria Administração.**

15/09

#### ↳ Poder de Polícia:

Esse tema tem grande importância no surgimento do direito adm., que nasce como reflexo das revoluções liberais, visando estabelecer limites e diretrizes para o funcionamento do Estado. Assim, buscou-se uma certa retenção e controle do exercício do poder, para evitar que este poder pudesse causar prejuízos aos particulares. O Estado Liberal estava retraído e a atividade administrativa básica em que o Estado se concentrava era o poder de polícia. Apesar de se entender que o Estado devia ficar distante do particular, se um particular intervisse na esfera privada de outro particular, o Estado deveria intervir. Dessa forma, o poder de polícia é a atividade mais antiga.

**Conceito:** é a atividade adm. que visa evitar que o comportamento de uma pessoa física ou jurídica cause prejuízos à concretização do interesse público. É uma atividade cuja lógica é a da contenção/ regramento de comportamentos. Essa atividade visa um benefício generalizado e coletivizado.

E qual o **fundamento jurídico dessa atuação?** A base principiológica é a ideia de que o interesse público se sobrepõe ao interesse do particular. Qualquer um está sujeito a esse poder, inclusive a própria adm. pública.

Existe uma doutrina brasileira minoritária na UERJ, que sustenta a ausência do princípio da supremacia do interesse público sobre do particular, em razão ausência de alicerce na constituição. A CR colocaria o indivíduo centralizado na ordem jurídica. Essa corrente teve como primeiro expoente Luis Roberto Barroso, que escreveu um artigo afirmando que esse princípio era usado para justificar diversas atrocidades. Para a professora, essa ideia não estaria de todo errada, pois o conceito de “interesse público”, abarca tanto o interesse do particular quanto o da coletividade. Entretanto, não é pelo fato da ideia de interesse público ser mal utilizado, que não poderia existir. A supremacia do interesse público não significa o desprezo pelo interesse do particular. Na verdade, o interesse público deve ser devidamente fundamentado, não existindo em si uma ideia de conflito de interesses, mas, sim, uma conformação de princípios. Dessa forma, as prerrogativas devem ser utilizadas na medida em que forem necessárias, não devendo a adm. pública agir de modo autônomo, alheio à vontade da Constituição.

O poder de polícia é um poder-dever da adm. pública. Ex: a CR garante o direito de propriedade, e é dever da adm. regular este comportamento, de modo a cumprir a função social. Da mesma forma, se for querer fazer uma obra, a pessoa não pode construir da forma que quiser, mas deve observar as normas determinadas para essa atividade, de forma que o direito de propriedade não é absoluto. O uso de trabalho escravo, por exemplo, significa o aniquilamento do direito de propriedade. Assim, o direito de propriedade, do particular, não pode por em risco o da coletividade.

A vida em coletividade não pode ser sacrificada em prol do interesse do particular. O exercício do poder de polícia só se dá validamente dentro dos contornos da ordem jurídica, devendo ter embasamento legal para o exercício desse poder.

**Ato legislativo:** As leis estabelecem a obrigação do Estado em agir diante de determinados cenários. Temos como exemplo, as regras de vigilância sanitária, regras de trânsito, etc. Essas regras estão na lei, mas serão executadas pela adm. pública. A adm. pública irá embargar uma obra, por exemplo, que não estiver de acordo com as normas vigentes. O poder de polícia não se resume apenas à lei, ou apenas aos atos administrativos, mas é uma junção tanto de ato administrativo quanto de ato legislativo.

O poder de polícia gera uma **obrigação de fazer, de não fazer, ou de suportar**. Exemplos: a observância de um recuo lateral; obtenção de um alvará para construir uma obra (obrigação de fazer). Não avançar o sinal; não estacionar em local proibido (obrigação de não fazer). Suportar o fiscal sanitário (obrigação de suportar).

A **discricionariedade** é uma liberdade relativa ao administrador conferida pela ordem jurídica e só existe dentro da lei. Não existe discricionariedade quanto ao exercício ou não dos poderes de polícia, pois é um dever do Estado, não podendo este deixar de exercer suas atividades, como fiscalizar e regular. O exercício do poder de polícia decorre de uma conduta vinculada da administração pública.

Já no exercício do poder de polícia, poderá haver discricionariedade, em que há uma liberdade relativa em “escolher” determinadas opções dadas por lei, fundamentadamente. Assim, somente se a lei tiver previamente dado uma pluralidade de situações para o adm. escolher, poderá o adm. ter discricionariedade, mas sempre de forma motivada.

Mesmo escolhendo de forma motivada, o adm. está sujeito ao **controle**, tendo a obrigação de prestar contas dos seus atos. Temos também uma estrutura que visa controlar as escolhas realizadas pelo adm., que deve ser uma escolha pautada na razoabilidade. A administração deve escolher segundo fundamentos técnicos e não pessoais. Caso uma escolha seja incorreta, gerando consequências, o adm. será responsável, mas o objetivo principal da adm. é buscar corrigir esse erro. Esse controle pode ser feito por via administrativa ou judicial, e está sujeita ao processo de revisão. A coletividade também

poderá recorrer da decisão do administrador através de mecanismos jurídicos ou políticos, com intervenção ou não do Ministério Público.

A conduta da adm. está vinculada na opção de exercer ou não os atos. Nesse caso, ela não poderá deixar de fiscalizar. Mas terá liberdade relativa quanto ao prazo para realizar os atos adm., pois muitas normas estabelecem prazos de “até 30 dias”, por exemplo.

**Ato administrativo:** Já foi a figura central da adm. pública. É um ato jurídico capaz de modificar a ordem jurídica, gerando direitos e obrigações, praticado pela adm. pública. O ato deve possuir características diferenciadas para o exercício dos diversos poderes da adm. pública:

a) **Presunção de veracidade o alegado pela adm. pública para justificar o ato que ela praticou:** essa presunção é relativa, e transfere para o particular o ônus de provar que o fato não se deu. Esse ônus probatório nem sempre é fácil.

b) **Presunção de legitimidade:** essa expressão tem um erro, pois legitimidade é diferente de legalidade. Legitimidade tem haver com receptividade da coletividade, o que não tem nada haver com essa presunção, que está ligada à legalidade. Presume-se que as condutas são praticadas de forma lícita, que também é relativa.

c) **Imperatividade:** remonta a ideia do direito administrativo da “ditadura”, voltada para si própria. A imperatividade quer dizer que a adm. pública, dentro dos limites da atuação, não irá solicitar ou convidar a realização de atos por particulares, mas irá obriga-los. Não terá como dar uma ordem sem haver obrigação de cumprir do destinatário. Nem tudo que a adm. faz é imperativa.

d) **Atributo da autoexecutoriedade:** significa dizer que a adm. pública poderá resolver as coisas por ela mesma, não precisando de apoio do judiciário para agir. Ex: quem demite servidor é a própria administração, não o judiciário; punir empresa contratada.

O direito administrativo nasceu basicamente ligado ao poder de polícia, e para o exercício desse poder seria necessário o ato administrativo. Durante muito tempo o direito administrativo girou entorno do ato administrativo, mas este foi perdendo sua importância, pois o Estado Liberal foi substituído por um Estado Social, que possui mais afazeres, e para prestar os serviços públicos, o Estado viu que precisava instituir mecanismos de cooperação com a iniciativa privada para que pudesse prestar os serviços, realizando ajustes nos atos administrativos. Esses atos se enfraquecem, tendo em vista que ao invés de obrigar, os atos buscariam uma conciliação com o particular para a prestação do serviço.

A CR de 88 também impactou nos atos administrativos. Ainda que ela reconheça o poder-dever da adm., ela buscou estabelecer que a adm. se relacione com o particular. Essa mudança, fez com que a adm. tivesse que instituir mecanismos de decisão que não seja unilateral, mas dialogada. Ex: orçamento participativo; consulta pública; audiências públicas.

Ex: quando houvesse um pagamento a mais para um servidor, pelo princípio da legalidade, esse erro deveria ser corrigido. Mas como será corrigido? Através de procedimentalização, notificando o servidor e conferindo prazo para ele se defender.

18/09

### Elementos do ato administrativo (requisitos/ pressupostos)

São aspectos do ato administrativo e possui diversas facetas. Uma dessas facetas é o ponto de vista do sujeito que a pratica. Se esses elementos não forem observadas, gera declarações de nulidade:

**Sujeito/ Competência:** Para produzir efeitos lícitamente, exige-se capacidade daquele que pratica o ato. Exige-se também que ele seja competente. Essa competência não tem haver com “fazer bem”, mas ocupar um cargo ou emprego público a qual se atrela determinadas atribuições.

Se uma pessoa exercer atribuições que não são próprios do seu cargo, ainda que seja de boa fé, seria válido? Não. O direito administrativo nasceu para conter o poder e evitar abusos. A versão original do princípio da legalidade determina que só deve realizar o que estiver previamente estipulado por lei.

Para evitar a distribuição de prerrogativas, a competência representa uma limitação das funções.

A pessoa pode renunciar a sua competência? Pode acontecer a delegação da competência ou a retirada de determinadas atribuições, a fim de se obter maior eficiência.

### **Vícios:**

Usurpação de função: usurpador é aquele que não tem nenhuma relação com as atribuições, não estando investido de funções, e faz se passar como um agente público. Ex: bandidos que se fazem passar por policiais. Os atos praticados por essas pessoas são considerados **inexistentes**. Assim, não é necessário desconstituir os documentos e atos realizados por essas pessoas.

Excesso de poder: é uma das modalidades do abuso de poder. A outra modalidade é o desvio de finalidade. O que é excesso de poder? Significa que a pessoa possui deveres correlacionados a poderes, mas ela excede as atribuições conferidas ao agente. O ato existe, mas praticado com excesso de poder, então o ato será inválido.

Funcionário de fato: pode ocorrer que a pessoa esteja legalmente instituído, com suas funções, praticando os atos à ele atribuídos, mas no momento em que praticou o ato não podia mais fazê-lo. Ex: a partir dos 70 anos há uma presunção de incapacidade dos servidores, não podendo professores dar aulas, apenas se for como voluntários. Outro exemplo são os servidores penalizados com suspensão, que realizam os atos a ele atribuídos sem o decurso do prazo da suspensão. Os atos praticados pelo funcionário de fato, se o cidadão acredita de boa fé que o funcionário está corretamente exercendo suas funções, o ato será válido, salvo se o cidadão se sentir prejudicado com o ato.

**Forma:** é um meio através do qual um ato se exterioriza. O ato pode ter que observar determinadas formas. O decreto é um tipo de ato e tem uma forma. Qualquer um não pode emití-lo. Os atos se exteriorizam através de formas. Antigamente, tinha-se um apego absurdo em relação a forma, pois se entendia que o respeito as formalidades era uma forma de proteger o interesse público.

Hoje falamos em um formalismo moderado, somente exigindo a forma quando for realmente crucial para o interesse da coletividade. É possível, portanto, sanar falhas. A lógica hoje é mais flexível e menos atrelada às formalidades. Isso não quer dizer que a formalidade deixou de ser importante, mas será exigida quando for realmente fundamental. A administração pública deve se concentrar no resultado.

Vícios Relativos à forma: por mais que não estejamos vivendo um formalismo exacerbado, pode haver vícios relativos a forma. Ex: na apresentação da proposta previa, não posso me identificar, pois poderia induzir os licitadores a privilegiar uma determinada empresa.

Se as formas forem essenciais, mas não forem observadas, haverá vícios. Nos casos de vícios, os atos serão considerados nulos.

**Motivo:** é a razão para a prática do ato. Ex: o porquê de estarmos fazendo concurso público, etc. os atos precisam ser motivados, com muito mais razão de ser do que os atos comuns, porque aqui envolve interesse público.



Motivo x motivação Lei 9784/99: a motivação significa ação de motivar, de justificar. É a ação de revelar os motivos. Sem motivos, sejam inexistentes, ou inválidos, o ato não encontra mais respaldo na ordem jurídica. Ex: a pessoa foi demitida por falta grave.

Se o motivo não se sustenta mais, através da revisão, o ato também não se sustentará.

**Finalidade**: No sentido amplo é o interesse público. Mas para cada ato possui uma finalidade específica.

Posso ceder o servidor para exercer uma finalidade diversa, para contribuir no funcionamento de demais órgãos? Não. É o caso da pessoa ceder o servidor para impedir o processo administrativo.

Desvio de finalidades: é a segunda hipótese de abuso de poder. Existe quando pratica um ato visando uma finalidade não pública, ou quando pratica um ato que tem uma determinada finalidade, e o ato é usado para uma finalidade diversa daquela a que ele se destina.

22/09

### → Ler Celso Antônio de Melo – Discricionariedade administrativa

Todo ato administrativo tem finalidade pública, e pode gerar benefício ou prejuízo ao particular. O fato de gerar prejuízo ou não, não é o que impulsiona a ação do administrador público, de forma que cada ato possui finalidade específica.

O desvio de finalidade existe quando o ato administrativo é praticado sem que se queira uma finalidade pública, ou quando até se quer a finalidade pública, mas não a finalidade inerente ao ato que ele praticou. Ex: se no processo administrativo usar um ato administrativo diferente daquele que serviria para sancionar o comportamento do servidor, transferindo-o de comarca, por exemplo, com o objetivo de puni-lo.

**Objeto**: os atos jurídicos possuem objetos, assim como possuem sujeitos. Cada ato possui o seu objeto, que é o conteúdo do ato. O objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, pois estamos falando de ato jurídico, como no direito civil, mas ato é próprio da administração pública. Soma-se a esses requisitos a necessidade de observância da moralidade administrativa. Essa moralidade não é a moral comum, mas é aquilo que se espera daquele que está conduzindo bens alheios. Ex: Cargo comissionado admite livre nomeação e exoneração, mas no caso da servidora comissionada esteja grávida, a doutrina entende que iria contra a moralidade exonera-la.

**Diferença entre demitir e exonerar**: demitir seria punir por falta grave. Já a exoneração é quando a servidora não quer mais prestar o serviço, ou quando o servidor possui cargo comissionado, que não precisa de falta grave para ser trocado. A exoneração é um simples desligamento sem caráter punitivo.

Tem como exonerar servidor de cargo efetivo? Sim. Na hipótese, por exemplo, de cortar gastos (Lei de Responsabilidade Fiscal). É usada, então, na dispensa do servidor efetivo sem que ele seja culpado.

**Vinculação e Discricionariedade Administrativa**: O legislador, às vezes, fixa condutas. Nesse caso, o ato administrativo seria vinculado. O legislador também pode fixar, além da conduta, o momento. Nesse caso, o ato seria duplamente vinculado. Pode fixar a conduta, o momento, e dizer ainda como fazer. O ato também será vinculado. O legislador faz isso quando possui certezas, vislumbrando qual será a melhor solução projetada no futuro, não deixando espaço para escolhas do administrador público.

Quando o legislador não consegue se antecipar, ele faculta a administração pública a decidir por fazer ou não fazer; a fazer do modo A ou B; fazer agora ou depois. Nesse caso, ele cria a discricionariedade

administrativa, que não é *contra legem*, mas dentro da lei, pois é a própria lei que a admite. Mas a lei deu liberdade não para o administrador fazer o que quer, em seu favor, mas em prol do interesse público.

#### **Pode-se ter um ato absolutamente discricionário?**

a) Em relação ao sujeito, é possível ter liberdade no que diz respeito a competência? Não! Em relação ao sujeito, não há discricionariedade, pois só poderá praticar o ato quem for competente, ou quem tiver recebido delegação de quem é competente.

b) Em relação à forma? Depende. Pode ser que o legislador tenha determinado uma forma específica, no sentido de proteger o interesse público. Assim, o ato nesse caso seria vinculado também quanto à forma. Se o administrador tiver que escolher entre as formas previamente determinadas, ou o legislador não estabelece nenhuma, haverá discricionariedade.

Ex: a desapropriação ocorre mediante decreto, pois não é qualquer autoridade que pode decidir sobre algo que afete o direito da propriedade. O governador, o prefeito ou o presidente decretam a desapropriação. Não pode ser por lei, pois é uma decisão administrativa. Então o legislador não poderá decidir sobre a desapropriação. Também, para nomear um servidor, a administração admite que pode ser mediante decreto, portaria, não exigindo prévia forma.

c) E o motivo? Poderá ser vinculado ou discricionário.

Ex: o servidor deve aposentar aos 70 anos (vinculado); para fechar uma avenida para realização de uma festa, deve obter autorização com a bhtrans, podendo ela decidir pelo sim ou pelo não, mas fundamentadamente (discricionário).

d) No entanto, há **conceitos indeterminados** no direito. É o exemplo da mulher honesta; do ato obsceno; do profissional de notória especialização (que é um motivo para se contratar diretamente, mas a lei não descreveu de forma objetiva). Na interpretação dos conceitos, haverá discricionariedade? Sim, quando o motivo for formado por conceitos indeterminados. No entanto, não poderá interpretar da forma que quiser. Há casos que é evidente a notória especialização, mas há casos que não é. A discricionariedade aplica-se quando há uma zona cinzenta.

e) E em relação à finalidade? Em seu sentido macro, a finalidade sempre será voltada para o interesse público, mas a própria noção de interesse público é discricionária. Nesse sentido, com relação à finalidade, todos os atos se voltam ao interesse público, não havendo nesse sentido discricionariedade, mas poderá ter algum tipo de liberdade na possibilidade de interpretação do que é interesse público.

O sentido estrito da finalidade refere-se a cada ato, ou seja, em prol do bem comum, ou da paz social, por exemplo. Poderá nesse caso também possuir conceitos indeterminados. Se, ao descrever a finalidade específica do ato, o legislador tiver usado conceitos indeterminados, haverá discricionariedade.

04/08

## **ANULAÇÃO**

É o desfazimento do ato por ilegalidade. Quando falamos de anulação do ato, estamos pressupondo que o vício que acomete o ato é considerável, não sendo mera irregularidade. Há determinados atos que podem ser corrigidos, não havendo nulidade. Aqui ocorre a convalidação, que é a eliminação de um vício pequeno de maneira a tornar o ato administrativo válido, para que o ato seja preservado, e para que ele não seja destruído. Ex: se uma pessoa incompetente pratica um ato, e o competente pratica o mesmo ato, este pode ratificar o ato que seria inválido, convalidando.

Todas as vezes que for possível convalidar, ela será a regra. Há casos que o vício tem grande magnitude, que não tem como promover o saneamento do ato, sendo este irrecuperável. Anular é

extinguir, desfazer, um ato administrativo inválido (que é diferente de imperfeito). A anulação é considerada um **dever**, desde que não seja possível convalidar.

**Obs:** até recentemente o entendimento era que, se o ato é nulo, a qualquer momento poderia ser invalidado, porque uma ilegalidade não poderia se perpetuar no tempo. O problema é que esse entendimento não leva em consideração a segurança jurídica e a estabilidade das relações. Atualmente, com a edição da lei 9784/99, estabeleceu que a adm. pública decai do direito de anular os atos administrativos que geraram efeitos patrimoniais a terceiros em 5 anos. Essa lei é de processo administrativo federal, mas o prazo desse artigo aplica-se a toda esfera de governo. Esse prazo é quinquenal.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.**

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

O verbo “decair” indica decadência, porque a pessoa deixa de exercer uma prerrogativa própria, diferentemente da prescrição, que ocorreria quando a adm. publica impulsionar alguém a realizar um ato, mas ela não o faz.

**Tem alguma exceção da regra de 5 anos? Sim, se tiver comprovado a má-fé.** Mas a má-fé pode ser comprovada? A má-fé é um elemento psíquico e subjetivo, e segundo a doutrina majoritária, não bastam indícios para caracterizar a comprovação.

A má-fé de quem impede o fluxo do prazo quinquenal? A má-fé é de quem está obtendo vantagens sozinho, ou em conluio com terceiros. Deve haver, no mínimo, um agente que pratica, e pode ser em conluio, mas não é impossível que o ato seja praticado por um único sujeito.

Se essa má-fé for exclusivamente do agente público, o beneficiado do ato pode ser prejudicado? Não. Necessariamente, o beneficiado teria que ter agido também de má-fé, mas a doutrina não é unânime.

A adm. pública não pode ser conivente com ato maculado, que deve ser anulado, mas o ato tem que ser aquele que não pode ser convalidado, e decai do prazo de 5 anos quando tenha gerado benefícios para terceiros. Se o ato gerou malefícios, não há prazo para anulá-lo.

**O ato tem efeitos retroativos, eliminando todos os seus efeitos?** Anteriormente, não tinha prazo para anular, e ao se anular, como não tinha preocupação com segurança jurídica, eliminava-se todo o ato e todos os seus efeitos. No entanto, pode ter problemas com a segurança jurídica quando se anula todos os seus efeitos.

A doutrina começou a construir uma tese, de que em princípio, o ato será anulado desde sua origem, mas em determinadas situações isso não poderá ocorrer. Ex: se uma pessoa é nomeada para ser servidor de cargo efetivo (que deve ser aprovado em concurso), mas nunca fez concurso. O ato tem que ser anulado? Se a própria adm. pública percebeu e decidiu anular, poderia limpar todos os efeitos do ato jurídico? Se eliminasse todos os efeitos dos atos praticados pelo servidor, não irá anular o trabalho que já foi realizado por ele. Nessa situação, o que a pessoa fez, está feito, não podendo ser anulado. A lei da ADI e da ADC, é um exemplo que permite a modulação de tais efeitos, por causa da ideia de segurança jurídica, mesmo que o supremo diga que o ato é inconstitucional.

**Como o ato é anulado?** Antigamente, o princípio da legalidade estava insitamente ligado ao ato, e se o ato era inválido, ele era imediatamente anulado, sem se preocupar com os efeitos. Hoje temos uma legalidade sem prejuízo da segurança jurídica. Se o ato é ilegal, não convalidável, e gera efeitos, estando ainda no prazo decadencial, poderá, então, ser anulado, mas será anulado prontamente ou deve abrir oportunidade para que os que são atingidos pelo ato se manifestarem?

Ex: o edital de um concurso feito em uma cidade não fazia alusão à possibilidade de sua prorrogação, mas o concurso foi realizado, e os servidores foram nomeados para ocupar o cargo de defensor público pelo governador. No entanto, o governador do mandato seguinte, verificou a irregularidade/ ilegalidade/ inconstitucionalidade do ato, pois a nomeação ocorreu fora do prazo de validade do concurso, decidindo, então, anular as nomeações. No entanto, a dispensa foi imediata, sem levar em conta a interrupção da defensoria pública, sem que tenha outros servidores para substituí-los. O STF, nesse caso, entendeu que ato imediatamente anulado, não poderia ter sido realizado daquela forma.

O sujeito não pode ser surpreendido com anulação, por questão de proteção ao próprio interesse público. A anulação pode ser prática da adm. pública no seu exercício da **autotutela**, ou pode ser objeto de **decisão judicial**.

## REVOGAÇÃO

É o desfazimento do ato administrativo válido, não ilegal. Apesar de válido, este ato se tornou inconveniente e/ou inoportuno. Embora maculado, o ato não faz sentido, e não é bom para a coletividade.

**Pode-se revogar ato administrativo vinculado?** O ato é vinculado quando o administrador público fez exatamente o que a lei mandou não exercendo nenhuma liberdade. Só se fala em revogação quando pode ou não praticar o ato, e decidiu por praticar, mas depois que praticou, julga que o ato não era conveniente. Essa liberdade só existe nos atos discricionários. Assim, a revogação só pode acometer atos discricionários, diferentemente da anulação, que pode ocorrer em qualquer ato.

**A revogação é facultativa, pois o ato é válido. Enquanto a anulação é um dever.**

Ex1: A adm. pública tem o dever de organizar o espaço urbano, e se um sujeito pede autorização para o funcionamento de uma feira, em um determinado local, poderá conceder autorização ao sujeito. Mas, se por planejamento, verificou-se que era necessário construir uma via no local onde realizava a feira, o ato concessivo deixa de ser oportuno. Nesse caso, o ato poderá ser revogado, e a feira ser transferida para outro lugar mais adequado e oportuno.

Ex2: caso do de um mercado público, em que há a necessidade de realizar licitação para ocupar cada estante. Feira a licitação com B, o contrato estabelece prazo de 5 anos para atuação da loja. No entanto, o adm. público poderá revogar a concessão em menos de 5 anos, mas se for feito isso, poderá causar prejuízos a B, assim, a adm. terá que indenizar.

## 09/10

Continuação....

**A revogação é permitida somente para atos discricionários.** É uma faculdade, ao contrário da anulação que é obrigatória, pois a revogação recai contra um **ato lícito**, não contaminado, e exigirá avaliação do poder público se deve ou não revogar, analisando as consequências desse ato.

Hoje a anulação não é vista como um dever, como ela era vista anteriormente, pois deve se verificar os efeitos da anulação imediata, e se é possível a sua convalidação.

A competência para revogação será de quem praticou o ato, ou alguém hierarquicamente superior. A partir do momento que se interpõe um recurso, a autoridade competente para decidir se irá ou

não revogar o ato será apenas a autoridade superior, pois é como se estivesse esgotado a primeira instância, atraindo a competência da segunda instância. Quem praticou o ato, poderá revogar, mas a partir do momento que se interpõe um recurso sobre esse ato, a competência de revogação será somente da autoridade imediatamente superior.

**Pode-se pleitear no judiciário, para que ele decida sobre a revogação? Não**, porque se o judiciário for decidir o que é conveniente e oportuno, não estará mais analisando a legalidade, mas questões de gestão, que não é função do poder judiciário. A função jurisdicional não implica em função administrativa. O poder judiciário também não poderá revogar, devido o princípio da separação de poderes.

O poder judiciário não poderá revogar, mas poderá analisar um ato que indeferiu ou deferiu algum pedido administrativo, como uma autorização para colocar uma banca, que acaba atingindo terceiros? **Os terceiros podem ir a juízo? Sim, para algum aspecto de legalidade envolvido no ato**, como autoridade incompetente e a falta de algum requisito para autorização. O judiciário não analisa a oportunidade dentro do ato discricionário, pois quem decide será sempre a adm. pública.

Quando revoga o ato adm., ele é um ato jurídico, que vinha produzindo efeitos. O que ocorre com os efeitos já produzidos quando o ato é revogado? **Terá a revogação efeitos retroativos? Não**, pois estaria exterminando um ato válido, cujos efeitos devem ser protegidos.

Ex: a autorização para portar arma é discricionária da adm. pública, ainda que o sujeito tenha entregado todos os documentos legais que possibilitem a autorização. Se a adm. pública conceder a autorização e posteriormente decidir revoga-la, se os efeitos fossem retroativos, seria o mesmo que dizer que a pessoa nunca teve autorização para portar armas, e que ela estava portando armas todo esse período ilegalmente. Não se pode tratar como ilegal aquele que portou armas com a autorização pública, colocando no mesmo patamar daquele que portou ilegalmente, sem autorização. Assim, a Revogação somente produz efeitos **ex nunc**, não retroage.

Não se revogam:

- a) **Atos vinculados**: é uma missão que deve ser executada, não tendo espaço para discussão de oportunidade e conveniência.
- b) **Atos que já produziram seus efeitos**: não faria sentido revogar ato que já produziu todos os seus efeitos. Só faria sentido se fosse possível retroagir.
- c) **Atos que integram procedimento**: procedimento são atos praticados de maneira sequencial, sendo que um ato leva a outro. Os dois grandes exemplos são a licitação e o concurso público. Os atos que já ocorreram não poderão ser revogados, pois todos eles foram válidos. No entanto, se houver algum vício, o ato deve ser anulado.

Ex: Se um concurso público não teve a publicidade que deveria, e o tribunal de contas considerar que o ato inicial estará viciado, deverá ser ele anulado, e todos os atos posteriores se contaminam com o vício original, podendo ser anulados. Mas, se os atos foram válidos, não poderão ser revogados, pois não seria proporcional, nem razoável.

Pode ocorrer que terceiros de boa fé não sejam prejudicados com a prática dos atos maculados com vícios. Nesses casos, o ato não deve ser anulado.

**Cassação**: É o desfazimento do ato administrativo, validamente praticado, mas apesar do ato ser lícito, o beneficiário do ato deixou de fazer jus à ele. O problema não está na legalidade do ato (seria anulação), nem com relação a juízo de oportunidade e conveniência (seria revogação), mas está no comportamento posterior do sujeito/beneficiário, não no ato de autorização, por isso não é anulação.

Ex: X obteve licença de trânsito, mas começou a praticar infrações. A sua licença não será para sempre, pois se essas infrações forem somando pontos, quando chegar na totalidade dos pontos, a licença será cassada.

**Terá efeitos retroativos? Não.** Se fosse possível, todos os atos que a pessoa praticou durante a autorização seriam inválidos, ou ilegais.

**Contraposição:** Ex: Nomeio alguém para cargo comissionado, e depois exonero a pessoa. Ao exonerar, o que ocorre com o ato de nomeação? Será extinto? O segundo ato elimina indiretamente o primeiro, mas não quer dizer que o ato inicial será inválido, a nomeação perderá os seus efeitos. Essa eliminação indireta se chama contraposição, pois são atos que estão em posições opostas.

**Caducidade:** É o desfazimento do ato anterior que foi praticado à luz de uma determinada lei, e essa lei não mais existe.

Ex: Fala-se em um direito mínimo de construir, ou seja, se o Estado não deixar o proprietário construir no seu espaço, o sujeito terá que ser indenizado. No entanto, se mudou a lei, o ato administrativo anterior pode estar impactado com a nova lei. Nesse sentido, se o proprietário possuía licença para construir, mas ainda não tinha iniciado a construção quando a lei mudou, com a nova lei, poderá não ter mais a licença para construir. Aqui, não é questão de oportunidade ou invalidade, mas de caducidade. No entanto, se a construção já se iniciou, a jurisprudência do STF considera que “já teve a primeira lagem batida”, ou seja, não será o ato afetado pela nova lei, e será abarcado pela lei antiga.

## 16/10 (kemily)

### Espécies de atos administrativos:

#### AUTORIZAÇÃO

O primeiro tipo de autorização se dá quando a administração pública autoriza o particular a **usar** o espaço público, de modo privativo ou coletivo. Poderá ser uma rua, um andar, um edifício inteiro, não importa qual o bem público. Sua definição está no art. 98 do CC, que determina que são todos os bens móveis ou imóveis, tendo como titular pessoas jurídicas de direito público interno, *in verbis*:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional **pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno**; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Os bens privados das pessoas jurídicas privadas não compõem os bens públicos, incluindo os bens das empresas estatais que não prestam serviços públicos. Já os bens de estatais privadas que prestam serviços públicos, devem ser considerados bens públicos, para que seja garantida uma proteção maior: não pode ser dado como garantia em penhor, hipoteca e etc., e para aliená-lo, se for imóvel, deverá ter autorização administrativa.

Os bens públicos se classificam em:

- 1) **Bens de uso comum do povo:** destinados a generalidade da coletividade. Poderá possuir restrições, a exemplo das estradas com pedágios, mas continua sendo de uso comum, pois é destinada a coletividade como um todo, não necessitando de características especiais para o uso.

2) **Bens de uso especial:** São bens destinados a uma utilidade específica. Ex: prédio da UFMG, escolas, usinas hidrelétricas.

3) **Bens Dominicais:** Não estão afetados a uma utilidade específica. São bens sem nenhuma destinação, e que pertençam a uma pessoa jurídica de direito público, ou uma pessoa jurídica de direito privado que presta serviço público.

O termo correto não é dizer que o bem público será "emprestado" ao particular, mas deve-se dizer que poderá ser autorizado o uso do bem (comum, especial ou dominical), ao particular.

A Administração pública permite o particular usar o bem, considerando que o uso irá ocorrer em um lapso temporal pequeno, e que a autorização não vai entrar em conflito com o interesse público. Assim, se houver uma compatibilidade entre o pedido do particular e o interesse público, poderá ser concedida a autorização. A adm. pública poderá ou não cobrar, pois não existe uma lei federal que controle, tendo em vista o princípio federativo. A lógica usada é se o particular ter lucro, a adm. pública também poderá.

Esta autorização é dada de modo precário, pois o particular poderá usufruir somente nos termos estabelecidos, e no lapso temporal previsto. Encerrando-se o período acordado, o uso privado não será mais permitido.

Se a autorização for revogada pela adm. pública, o particular deverá ser indenizado por eventuais investimentos que estiver realizado, acreditando no acordo. No entanto, se a Justiça proibir o evento, não caberá indenização, pois o cancelamento do evento deu-se não por intervenção da adm. pública, mas por fatos externos (pela Justiça).

Outra autorização existente é **para o exercício de atividades**. É o exemplo da autorização para o porte de armas. A adm. solicita a documentação, para posteriormente analisar o pedido. Esta autorização poderá ser revogada, vez que poderá ocorrer um juízo de ponderação, pois possui um caráter discricionário e precário.

Parte da doutrina entende que existe outro tipo de autorização: **para prestar serviço público**. Ex: a lei de comunicação usa o termo "autorização". Mas nem todo serviço de telecomunicação é serviço público, como tocar o interfone. Somente quando a telecomunicação é serviço público é que poderá ser prestada pela adm. pública, ou o serviço ser delegado a particular (como as empresas de celulares). Nesse ato de delegar, deverá ter autorização da adm. pública. Já no exemplo do interfone, como não é competência da adm. pública, e não compõe interesse público, não precisa de autorização.

## LICENÇA

Difere da autorização, pois não se atribui licença a bens públicos. Mas a licença é aplicada para permitir o exercício de uma atividade, como a licença de motorista. Sem a licença, a execução da atividade será considerada ilícita. É o caso de dirigir sem carteira, construir sem licença e etc.

Se o particular preencher os requisitos, a Administração será obrigada a conferir a licença, pois **é um ato vinculado e não precário**, que tende a se perpetuar, a não ser se o particular tornar-se não merecedor.



Nesse sentido, quando a lei dispor que preenchendo certos requisitos terá a permissão, será, na verdade, uma licença. Ao contrário, nos casos em que a lei estabelecer que a administração "poderá" permitir ou não, será autorização.

### PERMISSÃO

A permissão ocorre quando a administração permite que se use um bem público ou permite a prestação de serviço público. Esse instituto parece com a autorização, mas a permissão para uso de bem público, por exemplo, é dada com lapso temporal maior, como a feira hippie. A permissão deve ser compatível com o interesse público.

A permissão poderá ser cobrada, e o preço poderá ser simbólico nos casos de pessoas sem condições.

Para conceder a permissão, deverá ser elaborado um edital, estabelecendo critérios de escolhas pela adm. pública, pois pode haver uma pluralidade de interessados.

A duração da permissão depende do que cada ente federado estabelecer, o que geralmente é estipulado no edital. Em regra, a permissão é de 01 ano, podendo prorrogar por 05 anos. Com o fim do contrato, será realizada nova licitação, visando a concretizar o princípio da isonomia.

A permissão poderá ser revogada se o permitido praticar atos contrários aos estabelecido. A administração estabelece, também, que não terá permissão em certos dias. É o exemplo do domingo de feira hippie cair no dia 7 de setembro, sendo previamente previsto que não haverá feira.

A permissão para prestar serviço público aplica-se ao transporte suplementar (micro-ônibus).

## 20/10

**Permissão de serviço público (permissão para prestação de serviço público):** no art. 175 da CR, há uma previsão de que os serviços públicos serão prestados diretamente pelos entes federados, através da sua estrutura, seja esta composta por órgãos (Adm. Direta) ou por entes descentralizados (Adm. Indireta). Quando se fala em execução direta, os próprios entes irão executar os serviços.

Admite-se a execução indireta dos serviços, através de pessoas jurídicas ou físicas que vão prestar o serviço público no lugar do Estado. O Estado, portanto, delega a execução dos serviços a essas pessoas. As duas formas de delegação são:

- a) Permissão de serviço público.
- b) Concessão dos serviços públicos.

Isso quer dizer que os particulares (pessoas físicas ou jurídicas) não podem prestar serviços se não forem previamente admitidos como prestadores de serviços públicos. Quando se fala em serviços públicos passíveis de permissão ou concessão, se fala necessariamente em serviços públicos que são titularizados por um ou mais entes federados. O proprietário do serviço público será os entes, através da Constituição. Ex: a CR diz que o transporte coletivo urbano tem como titular o município. Ser titular significa que cabe a essa pessoa decidir se ela mesma irá prestar o serviço, ou, mediante decisão política, poderá delegar a terceiro a execução do serviço.

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Se o serviço for delegado, o prestador irá assumir tanto o ônus quanto o bônus da prestação. O ônus seriam os investimentos/ custeios, e as responsabilidades. Esses serviços permitidos ou concedidos permitem a cobrança de tarifas. Os prestadores irão receber, no mínimo, a cobrança por tarifas, mas a remuneração não se exaure na cobrança de tarifas, existindo possibilidade de outras fontes alternativas de remuneração, como propagandas, aluguel do espaço, estacionamento, taxas.

O poder público lança um edital, não havendo previsão na lei que o ele tem que pagar parte da tarifa ao prestador, pois a lei fala que quem assume o serviço público, assume **“por sua conta em risco”**. Significa dizer que o poder público não dará uma contraprestação.

Art. 2º IV da Lei 8.987 - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

A permissão é utilizada quando um investimento a ser feito pelo particular é de menor monta, comparado com o investimento que deveria fazer para outro serviço público. As pessoas jurídicas também podem ser permissionárias. Ex: O transporte suplementar é uma forma de permissão, como os taxistas, que participam de licitação para atuar como taxistas. Quando o investimento é maior, a pessoa física não deverá assumir a prestação do serviço, devendo ser realizadas concessões de serviços públicos, não permissões.

Tanto a permissão quanto a concessão devem ter uma lei autorizativa. O projeto de lei é enviado para a casa legislativa que o administrador se relaciona, para votação. Essa decisão é, portanto, politico-administrativa. É necessária a atuação do legislativo, pois o serviço público tem como destinatário a coletividade, e deve ser prestado de forma contínua. São atividades que, em princípio, deveriam ser exercidas pelo Estado, mas a CR permite os institutos da concessão e da permissão. **A CR admite uma execução delegada a terceiros.** Essa intervenção do legislativo não é prevista na CR, mas na Lei 8.987, que determina que o chefe do executivo envie o projeto de lei para que a casa legislativa debata se a permissão ou a concessão é a melhor solução.

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

A permissão para uso de bem público é um ato, uma manifestação unilateral. A permissão de serviço público é definida na lei 8987 como **contrato de adesão**. Em geral, os contratos da administração são contratos de adesão, pois é a administração que realiza a licitação.

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

O prazo de concessão e permissão não está na lei, mas no edital. O edital irá refletir o estudo econômico que diga qual o período que precisa ter para que a pessoa física ou jurídica possa recuperar o investimento e obter lucro, que é da essência da concessão. O particular não está ligado ao terceiro setor, ou a atividades filantrópicas, mas está ligada ao 2º setor da iniciativa privada e que visa lucro.

Pode o contrato ser rompido antes do prazo? Sim. Se a empresa não tiver dado causa, ensejará indenização.

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

**Concessão de uso de bem público:** as medalhas, que são concessões de honraria, não são juridicamente importantes. Ao contrário, essa concessão é um contrato, diferente da autorização de permissão que são atos. O contrato permite que o particular utilize privativamente um bem público. Utiliza-se o contrato de concessão quando quer dar maior garantia ao particular. Ex: cemitério público.

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Concessão especial de uso para fins de moradia: regulamentada na Medida Provisória 2220/01. Envolve bens públicos e visa dar aqueles que possuíram bens públicos, e fizeram esses bens locais de moradia, o direito de permanecer no local. A preocupação é preservar a moradia de pessoas que, sem ter moradia, ocuparam bens públicos e fizeram desses bens local de moradia. Essa MP foi editada em 2001, mesmo ano que foi editado o Estatuto da Cidade, que visou o crescimento planejado da cidade e sem prejuízo ao meio ambiente. FHC vetou alguns dispositivos desse estatuto, naqueles relativos a essa forma de concessão, se comprometendo a editar MP tratando dos mesmos dispositivos. Ele entendia que os dispositivos vetados poderiam afetar bens que não poderiam ser destinados nem para fins de moradia.

A MP fala que a população de baixa renda, que ocupa ou ocupou, até junho de 2001, bem público (excluídos bens de uso comum e destinados à proteção ambiental) e ocupou por pelo menos 5 anos, de forma mansa, ininterrupta e pacífica, e que não tenha outra propriedade, tem direito de permanecer no bem público. Essas pessoas adquirem a posse, diferentemente do usucapião, que recai sobre bens privados e transfere a propriedade. Já essa MP refere-se a bens públicos, e não se transfere a propriedade, mas se **legitima a posse**. Essas pessoas ganharam a posse, que deixa de ser ilegal e ilegítima. Essa MP busca modificar a lógica jurídica, no sentido que, a pessoa pode ser retirada do local, mas deve ser indenizada.

A maior crítica a essa MP é que ela foi feita com efeitos retroativos. Outros criticam no sentido de que não deveriam ter apenas efeitos retroativos, ou seja, entendem que a lei deveria ter efeitos retroativos e propositivos.

## 23/10

A concessão é um vocábulo muito distinto, podendo ter concessão de honraria, que não chega a ser nem ato jurídico, sendo simplesmente um ato. A concessão de uso de bem público não é um ato, mas um contrato.

A usucapião só recai sobre bens privados, pela doutrina majoritária.

**Concessão de serviços públicos:** da mesma forma que existe a permissão de serviços públicos prevista no art. 175 da CR, existe a concessão, também no mesmo o artigo. Os serviços públicos aqui tratados são aqueles que não têm obrigação de serem prestados com gratuidade, e a iniciativa privada tem interesse nesses serviços. Com base neste dispositivo, pode permitir que uma pessoa jurídica ou física preste serviços públicos, e ao prestá-los, cobre por eles, sendo, então, possível a concessão, mas a concessão só abarcará pessoas jurídicas, que vão prestar o serviço mediante contraprestação (irão cobrar por eles).

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 2º II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Qual o fundamento da concessão? Seriam três virtudes iniciais, e uma essencial:

**(1)** O poder público não precisaria fazer o investimento necessário para a prestação do serviço, que é transferido ao particular. Esse investimento pode incluir não apenas a compra dos equipamentos, mas abarca também as obras. Na concessão transmite-se o investimento que o poder público quiser transferir ao particular, e essa transferência livra o poder público do encargo de pagar o particular para prestar o serviço, de forma que quem remunera será o usuário. Ao invés do usuário pagar para o Estado, pagará ao particular que obteve a delegação para prestar o serviço.

A concessionária assume o serviço “por sua conta e risco”. É o que dispõe o art. 2º da Lei 8.987. Quais são os riscos? É a hipótese de não haver usuário. **Não há previsão na lei de subsídio estatal para permissão ou concessão**. Apesar da concessão pressupor maiores investimentos, o **objetivo** da concessão, da mesma forma que a permissão, é **diminuir os gastos do poder público**. A ideia do governo era que houvesse uma concorrência, quando realizada as concessões de empresas de telefonia, por exemplo, mas esse regime concorrencial não está presente nas concessionárias de maneira generalizada.

Além das tarifas, a lei previu **fontes alternativas de remuneração**. É o exemplo da publicidade, do estacionamento, aluguel de lojas, máquinas de lanches, mas a tarifa é a fonte principal. Geralmente o edital exemplifica as tarifas possíveis e as demais fontes alternativas, desde que autorizadas pelo poder concedente. Já se faz, também, uma estimativa do reflexo financeiro das tarifas e das fontes alternativas. Quanto maior a possibilidade de fontes alternativas, menor poderá ser a tarifa para o usuário.

**Subsídios estatais:** poderá o poder público subsidiar? A maior parte da doutrina é contra ao subsídio estatal, em razão da expressão “por sua conta em risco” do art. 2º da lei. O Estado opta ou não pela concessão, levando em consideração uma série de fatores, e o primeiro deles é tirar do Estado a obrigação de investir. Mas o **Estado entrega apenas a execução**, e continua sendo o titular do serviço, devendo atuar como regulador. Para a doutrina, se o Estado for injetar dinheiro, seria melhor ele mesmo prestar o serviço.

(2) Outra virtude é o ganho de eficiência, visando alcançar resultados com menor emprego de recursos públicos, em um tempo adequado. Pensou-se que o particular agiria com maior eficiência, pois ele teria maior liberdade de agir, podendo, por exemplo, realizar compras sem as exigências da administração pública.

(3) Quem responde eventuais prejuízos? O art. 37, §6º da CR estabelece que a responsabilidade é objetiva, pois essa concessão é uma prestadora de serviços públicos. O Estado irá responder subsidiariamente.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

(4) A administração pode cobrar um valor das concessionárias pela concessão. Cobra um valor para a outorga da concessão.

Uma vez realizada a concessão, qual o prazo para o contrato? Não estão fixados em lei. Por quê? Dependerá da atividade, pois precisará de um tempo para o particular recuperar o dinheiro investido. Deverá ser realizado um estudo econômico, estabelecendo a expectativa do custo e o tempo necessário para recuperar o investimento, porque o segundo setor (iniciativa privada), visa realizar a atividade para ganhar dinheiro.

Não se fala em concessão de hospitais, presídio, mas de parceria público-privada (PPP). A PPP pode ser para serviços de transporte, alimentação dos hospitais, mas a atividade fim não é colocada nas mãos do particular, como a atividade do médico. Da mesma forma a PPP do presídio, o particular constrói o presídio, fornece alimentação, tratamento médico, lazer, apoio espiritual, mas quem acompanha o cumprimento da pena é o Estado. A fiscalização do presídio também é realizada pelo Estado, pelos agentes carcerários.

Poderá rescindir o contrato antes de findo o prazo?

## 30/10

Não há previsão na lei para pagamento de contraprestação pelo Estado na concessão. O serviço público deve admitir cobrança do usuário, pois quando não admitir, não poderá haver a concessão. Só se fala em concessão de serviços públicos quando ele for de titularidade exclusiva do Estado. Significa dizer que o Estado é o único “proprietário” do serviço público, sendo ele que decide como o serviço será prestado, se por ele próprio, ou por meio de terceiros. Isso ocorre porque se o serviço já puder ser prestado pelo particular, não precisará de concessão ou permissão.

**Serviços de educação e saúde pública, fala-se em concessão? Não!** Porque quando a saúde é prestada em nome do Estado, tem que ser prestada de forma gratuita. Assim, não se pode cobrar pelo serviço público de saúde, mas poderá ser cobrado o serviço particular. Se são gratuitos, não está presente a primeira condição: o serviço ser passível de cobrança, como ocorre com telefonia, energia e transporte, bem como a segunda condição, em que o serviço teria que ser de titularidade do Estado para haver concessão. Nesse caso, será passível de ser executado pela iniciativa privada, não necessitando de um consentimento estatal.

Art. 199. A assistência à saúde **é livre** à iniciativa privada.

Art. 209. O ensino **é livre** à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

“É livre”: significa dizer que se for atuar na saúde, não precisará de consentimento da adm. pública, pois o particular já poderá atuar nessa área, quando observados determinados requisitos.

Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Isso quer dizer que o serviço público objeto de concessão ou permissão tem “dono”, ou seja, e se o município quiser, poderá permitir que alguém atue, mediante decisão político-administrativa, porque senão ninguém poderá atuar. **Como se dá essa avaliação político-administrativa?** A decisão é só do chefe do Executivo? Em princípio, quem terá que atuar na prestação do serviço é o ente estatal, mas a CR admitiu que o serviço seja transferido para a iniciativa privada. Essa decisão é séria, pois rompe com a lógica da CR. E para que o serviço seja concedido, deve ter uma aprovação popular, indiretamente, através dos nossos representantes (poder legislativo), mediante projeto de lei. Assim, aprovada a lei, é realizada licitação, dando origem a um contrato de concessão e permissão.

O tempo de duração do contrato não está previamente determinado por lei, pois será o tempo necessário para o sujeito realizar os investimentos e recuperá-los, tendo lucro com a atividade, pois é natureza da concessão o caráter lucrativo.

Se o contrato for de 21 anos, por exemplo, **o poder público pode rompê-lo antes do prazo final?**

**Encampação:** É possível que entre o estudo social, que autorizou a concessão, e a realidade, perceba-se que aquilo que foi imaginado não se concretizou. Assim, o poder público pode, a qualquer momento, romper o contrato de concessão. Isso porque revelou-se, com a prática, que não é oportuno e conveniente manter o serviço público nas mãos do particular. Diante dessa situação, por mais que o particular não tenha falhado, o poder público pode avaliar que não é mais uma boa escolha a concessão. Nessa situação, diz-se que o poder público “encampa” o serviço público. Nessa hipótese, o poder público também pode chegar a conclusão que, se o particular está cobrando o serviço, talvez seria melhor o próprio poder público prestá-lo, pois assim poderá ser prestado gratuitamente ou com tarifas mais baixas.

**Caducidade:** O poder público também pode vislumbrar prática de infrações pelo particular. Essas infrações devem ser graves, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade. O particular executa mal o serviço. O problema aqui é a empresa, não a decisão do poder público. Aqui, será decretada a caducidade do contrato.

Art. 27 da lei 8987. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

**Precisa-se de lei autorizativa para romper o contrato antes do prazo final nos dois casos anteriores?** Quando se decide pela “encampação”, o poder público precisa de um apoio, uma chancela do legislativo para que isso se dê, enviando um projeto de lei ao legislativo para este aprovar o rompimento da concessão, pela nova avaliação político-administrativa. Se o rompimento for por caducidade, a empresa provocou a administração pública, que passou a ver a empresa como má executora, sendo que o problema não é da avaliação político-administrativa, mas da empresa. A decisão aqui é meramente administrativa, não sendo necessária a aprovação do legislativo. Mas precisa-se de um **decreto**. A única exceção é se houver agência reguladora. Nesse caso, a decisão da caducidade não será mais do chefe do executivo, mas da agência, que não será feita mediante decreto. Em nível municipal é raro ter uma agência reguladora, caindo normalmente a decisão para o chefe do executivo.

**Caberia indenização para ambos os casos?** Todos os bens que a empresa adquiriu, que estejam ligados ao serviço público, ou seja, que estejam “afetados ao serviço público”, são considerados materialmente como serviços públicos. Quando o contrato de concessão chega ao final, os bens passam a pertencer formalmente ao poder público, em um processo chamado de **reversão**, que é a mudança de titularidade do bem. Isso ocorre porque se é serviço público, vigora o princípio da continuidade. Assim, o poder público se apropria dos bens para que ele possa vir a prestá-lo posteriormente, ou não. Consequentemente, o particular, quando cobra a tarifa, embutidos no valor o custo, o lucro, e a parcela de amortização do prejuízo que no futuro terá, em razão da reversão. Assim, se a concessão prevê a reversão, o particular irá ser, pouco a pouco, ressarcido.

Nesse sentido, no encampamento, o particular irá receber pelo prejuízo ao longo do contrato, e se o contrato for rompido antes do prazo, deverá ser indenizado pela parcela que o particular deixou de receber, que é a parcela “não amortizada dos bens reversíveis”.

**Poderá receber lucros cessantes?** A lei não prevê mais nenhum outro pagamento, mas a doutrina fala da possibilidade de indenização pelos lucros cessantes, porque a empresa, na encampação, não tem culpa. No entanto, geralmente, quando o poder público verifica a possibilidade de encampação, não faz nada, deixando transcorrer o término do contrato, pois pagar antecipadamente seria um ônus considerável para a adm. pública.

Já na caducidade, a lei também determina indenização, pois a CR não admite o confisco de propriedade, a não ser nas hipóteses taxativas: trabalhos escravos e cultivo de plantas psicotrópicas. No entanto, a doutrina não considera que poderá ter indenização no caso de lucros cessantes (o que já não é previsto na lei).

**No encampamento, a indenização é prévia, na caducidade é posterior.**

**A administração pública sempre irá querer os bens de volta?** Os contratos, normalmente, já vêm indicando a reversão dos bens, mas poderá não indicar. O poder público pode não indicar os bens reversíveis porque já fez nova licitação, para que haja continuidade. É o caso das empresas de ônibus.

## 03/11

### MONITORIA:

Atos administrativos: extinção.

Controle Judicial dos atos administrativos: CR art. 5º, XXXV.

Atos vinculados: Judiciário apreciará se na sua prática forem observados todos os elementos definidos em lei.



Atos discricionários: controle judicial é possível nos limites em que a discricionariedade é dada pela lei. Também faz parte da averiguação da legalidade verificar se as escolhas do administrador se deram de acordo com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Tem-se entendido, com a ampliação do conceito da legalidade, que o ordenamento não é apenas um conjunto de regras, mas de regras e princípios. Então todos os atos devem ser dados conforme os princípios, o que alarga a possibilidade do judiciário de controlar os atos administrativos. O servidor com escassa produtividade: penas: advertência; suspensão; demissão; se a pena for desproporcional, apesar de ser um ato discricionário, o administrador não poderá escolher qualquer uma das penas sem observar a proporcionalidade.

Anulação: conceito: desfazimento de um ato por vício de ilegalidade. Tanto a administração pública quanto o poder judiciário podem anular

Em regra produz efeitos ex tunc a anulação, mas é possível preservar alguns efeitos em razão do princípio da segurança jurídica.

Prazo decadencial de 5 anos, salvo comprovada a má fé. Art. 54 da lei 9784 com má fé, não tem muita certeza na doutrina sobre o prazo praticado por má fé, mas será maior que 5 anos. Alguns falam que é 10 anos, com base no código civil.

Se afetar a esfera jurídica de alguém, deve ser instaurado procedimento administrativo para garantir o contraditório.

Ex: prefeito concedeu para duas servidoras, suas filhas, benefícios, mas as servidoras não tinham os requisitos. O ato foi ilegal, e de má fé por ambas as partes.

Aposentadoria concedida por erro da administração, sem observar requisitos, será ilegal, mas não houve má fé.

Revogação: conceito: desfazimento de um ato lícito por motivos de conveniência e oportunidade. Somente a administração pública pode revogar.

Atos vinculados não são revogáveis, apenas os discricionários. Efeito ex nunc.

Cassação: não existe ilegalidade do ato anterior. É o desfazimento por descumprimento das condições necessárias para manter uma fruição de uma situação jurídica. Exemplo da permissão para dirigir: se descumpre todas as regras, não sabe como é o CTN, sua licença será cassada. A pessoa não fez jus a manutenção da ciência. Outro exemplo é licença para funcionamento de um hotel, a adm. autorizou, mas o particular transforma o hotel em um prostíbulo que é proibido, então descumpriu as regras da licença, não que o ato da licença seja ilegal, mas a licença será cassada.

Caducidade: retirada de ato anterior por superveniência de legislação nova, que torna o ato anterior incompatível com a lei nova. Ex: particular obteve autorização para construir em determinado local, mas a legislação se alterou e o local passou a ser considerado zona residencial, então se o particular tinha a intenção de construir uma indústria, sua licença será caducada.

No caso de vício de legalidade não ser muito grave (na anulação) a administração poderá convalidar o ato. Ex: servidor não tinha competência para conferir licença ao particular, o ato será ilegal, por vício de competência. Mas a autoridade superior, que tinha competência, poderá convalidar o ato e sanar o vício de competência, mantendo a licença. Mas não é obrigação da autoridade superior e competente. Nos demais casos, a convalidação é um dever.

Espécies de atos administrativos:

**Licença:** ato vinculado. Confere consentimento ao particular para o exercício de uma atividade. Tende a se prorrogar. Preenchidos os requisitos deve ser concedido. Tendência a se perpetuar no tempo.

**Autorização:** ato discricionário. Permite que um particular exerça atividade; utilize bem público; autorização para fechamento de uma rua para realização de uma festa comunitária. Ex: porte de arma.

**Permissão:** ato discricionário: permite que o particular execute serviço de utilidade pública; utilize bem público.

→ **Ler para a prova os textos: “Relatividade da competência discricionária” e “Da anulação, revogação e conciliação” – Cristiana Fortini**

03/11

## OUTROS ATOS ADMINISTRATIVOS

**Homologação:** quando se fala em homologar, fala-se em uma chancela a posteriori, feita pela autoridade administrativa superior àquele que praticou o ato. Tem-se um agente público que praticou um ato e o chefe faz uma avaliação, permitida pelo poder hierárquico, que homologa ou não o ato. Homologa-se quando o ato ou procedimento deu-se de maneira regular. Assim, os atos e procedimentos válidos levam a homologação. Essa avaliação não analisa o mérito, ou seja, a conveniência ou oportunidade, mas apenas a legalidade. Assim, nos concursos públicos, o último ato será a homologação, e a partir dele começa a contar o prazo de validade do concurso que a administração tem para nomear os aprovados. O exame de legalidade não invade os aspectos discricionários dos seus subordinados. O ato é vinculado.

**Aprovação:** não é necessariamente a posteriori, podendo ser a priori. Ex: caso de nomeação, o senado tem que aprovar o nome. Será então aprovação a priori. O mais importante na aprovação é que ela envolve um juízo de discricionariedade, e análise de mérito, mas também analisa a legalidade. O mais importante da aprovação que distingue da homologação é que a aprovação envolve um juízo de discricionariedade. Enquanto a homologação é um juízo de mera legalidade, mais formal, a aprovação analisa-se a oportunidade e conveniência.

**Parecer:** parecer não é só jurídico, mas pode ser técnico, etc. Ex: tombamento é o parecer do historiador, arquiteto, etc, dependendo de sua causa. O parecer é uma manifestação de um determinado entendimento. É a exposição de entendimento. Ex: economistas, advogados (que devem estar escritos na ordem para emitir parecer). É classificado de três formas:

- a) **Obrigatório:** sem ele o ato não pode ser praticado. O administrador só poderá avançar se tiver um parecer prévio. Isso acontece, por exemplo, nas licitações. A minuta do edital de licitação deve ser objeto de um parecer. Se não for feito, não poderá o edital ser publicado. Outro exemplo é o tombamento. Para haver tombamento deve ter tido um parecer. O parecer é condição de validade.

- b) **Facultativo:** é o parecer cuja realização não é exigência legal. O ato pode ser praticado sem parecer, mas se o administrador quiser pedi-lo, será o parecer facultativo, sendo uma opção do administrador.
- c) **Vinculante:** a vinculação quer dizer que não cabe análise de oportunidade e conveniência. Diante de uma circunstancia, o administrador só tem uma saída, não tendo outras possibilidades para a prática do ato do administrador. Assim, a partir do momento que é expressado um entendimento pelo parecer, o administrador deverá obedecer ao que está expresso no parecer, não tendo espaço para discordar do parecer. Ex: aposentadoria por invalidez permanente: a partir do momento em que tem-se um lado médico indicando a incapacidade, o individuo será aposentado, sendo o parecer vinculante. Porque o parecer do tombamento não é vinculante? O tombamento não é obrigatório, sendo analisado sobre a ótica da oportunidade e conveniência, ainda que o historiador tenha dito que na casa tenha morado Juscelino Kubstchek. O parecer é obrigatório para o tombamento, mas o tombamento não é obrigatório. Com o tombamento, o bem continua pertencendo ao particular, mas a partir do momento que tombo uma casa, ela não poderá ser destruída para construir outro imóvel. Assim, o proprietário não terá mais o domínio pleno do imóvel, no sentido de que não poderá destruí-lo, bem como quando o imóvel for vendido, em geral, o tombamento causa a desvalorização do imóvel, em regra. Mas em determinados lugares, como Tiradentes e ouro preto, o tombamento gera a valorização do imóvel. Se tem desvalorização, o particular poderá pleitear indenização do poder publico. Assim, o tombamento pode repercutir pecuniariamente ao poder publico.
- O parecer na licitação também é obrigatório, e o entendimento majoritário é que também não é vinculante.

A diferença entre parecer obrigatório e vinculado: no obrigatório, a feitura, a realização do parecer é obrigatório, já o vinculante se obriga o administrador publico a acolher o entendimento do parecerista.

Responsabilidade do parecerista: o STF entende que o advogado só responde se ele tiver agido com dolo ou se tiver praticado um erro grave, mesmo sem dolo. Assim, se ele tiver decidido cotnario ao texto legal, por exemplo. não é qualquer situação que enseja responsabilidade porque o direito não é uma ciência exata, podendo existir varias linhas de entendimento em relação a um determinado assunto. O advogado não será responsabilizado se ele aderiu a uma determinada corrente, mas será quando demonstrar desconhecimento da lei.

O mais comum do dia a dia da administração são pareceres facultativos.

**Atos perfeitos:** não significa que o ato é licito. O ato perfeito quer dizer que o ato está pronto e o seu processo de construção está terminado. Se o ato não está pronto, ele será imperfeito. Essa ideia aplica-se a atos e aos procedimentos. Ex: procedimento do concurso, enquanto não houver homologação, que é o ultimo ato, o procedimento não está perfeito. Atos perfeitos não se confundem com atos válidos.

**Atos válidos:** do ponto de vista da adequação à ordem jurídica, o ato será valido ou invalido. Pode-se ter ato perfeito e invalido, bem como imperfeito e valido. O ato pode estar perfeito, valido, mas não é eficaz.

**Atos eficazes:** é a capacidade de produzir efeitos jurídicos. Ex: conferir licença ao servidor hoje, mas que a licença comece a vigorar a partir de 1º de janeiro do próximo ano. O ato estará sujeito a

um termo, um evento certo e futuro, assim, enquanto não ocorrer o termo, não terá eficácia. Pode-se ter ato perfeito, inválido, mas eficaz (casos de anulação). O difícil é se falar em um ato imperfeito e eficaz, pois se ele não está pronto, como pode produzir efeitos?

Ex: X adquire aposentadoria, mas 7 anos depois o TCU vê que não deveria ter aposentado. Nesse caso, passado o prazo decadencial de 5 anos, o TCU não pedir toda a aposentadoria de volta, pela garantia da segurança jurídica, salvo no caso de má-fé.

#### **Revisando aulas passadas:**

O direito administrativo nasceu por manifestações unilaterais mediante atos administrativos. Até os dias de hoje, os atos administrativos foram modificados. O estado cresceu em sua demanda, e os atos administrativos passaram a ser insuficientes porque ele não resolve tudo, e tem coisas que a administração precisava de outras ferramentas.

O processo administrativo é uma expressão discutida na doutrina, que prefere falar em procedimento administrativo, que é uma sequência de atos. O tombamento, por exemplo, é um procedimento. É uma soma ou cadeia de atos. A palavra processo poderia se remeter ao processo judicial, em que tem-se duas partes opostas e um terceiro equidistante das partes (juiz). Assim, na administração pública não teria três pessoas envolvidas, mas poderia ser a administração e alguém. Além disso, a administração não é imparcial. Assim, há uma relativa recusa da utilização da palavra processo.

A lei de processo administrativo federal pegou princípios que não estavam expressos na constituição. preocupação com segurança jurídica no art. 54. Fala também o § único do art. 2º, quando a administração emite parecer, se é um novo parecer, este não poderá ser aplicado a situações pretéritas, já consolidadas no tempo. Se a lei não mudou e demandou um segundo parecer sobre a lei, esse segundo parecer não pode retroagir. Tudo que se praticou com base no primeiro parecer deve ser preservado. Aplica-se aqui a ideia de segurança jurídica. Preocupa-se também com o formalismo. Para praticar o ato as vezes precisa de formalidades, como publicação, aprovação, licitação, etc. o princípio do formalismo moderado, significa dizer que irá se ater a forma na medida em que elas forem essenciais para garantir ao interesse público.

17/11

## **LICITAÇÃO**

É um procedimento, um conjunto de atos. O que a adm. pública direta ou indireta instaura por imposição constitucional. A CR, de maneira direta ou indireta obriga a adm. pública realizar este procedimento. Obriga porque tem um dispositivo que estabelece diretamente, e indiretamente, pois decorre da ideia de república, moralidade, impessoalidade. A licitação é esse conjunto de atos. Mas não é um fim em si mesmo. Licita, pois é um mecanismo legal de selecionar o futuro contratado. Assim, ela não é um passatempo, mas é, em regra, seguida da celebração de um contrato com o vencedor. É um passo inicial para uma futura contratação.

A nossa ordem jurídica impõe que as contratações sejam precedidas de licitação. Há exceções à essa regra.

### **1. Competência para legislar:**

Normas gerais: é competente a União legislar sobre licitação e sobre contratos. Mas as normas editadas pela União não são as únicas, porque faculta-se aos demais entes federados editar normas próprias sobre licitações e contratos.

**Lei 8.666/93:** esta lei editada pela União, sobre licitação e contratos, é tão extensa e detalhista, que fica pouco espaço para os demais entes legislar sobre essa matéria. Esta lei é a principal, mas desde 93, foram editadas pela União outras leis que tratam ou de licitação, ou contratos, ou de ambos simultaneamente. Surgiu a lei 10.520/02 que instituiu a modalidade de licitação do pregão. Temos leis que tratam de contratos especiais, como a lei de PPP (Lei 11.079/04); Lei 8.987/95. A lei 8.666 tem aplicação residual, aplica-se sempre quando não houver uma lei federal que regulamenta certo assunto, ou seja, a norma especial afasta a aplicação da norma geral.

Essa lei geral foi editada em um momento em que o Brasil vivia o impeachment do Collor. Assim, fez-se uma lei extremamente rigorosa, que queria preservar o interesse público, mas partiu de um pressuposto de um momento histórico em que para se alcançar o interesse público deveria haver um processo burocrático. O que é burocracia? É controle, rito. A lei deveria, então, ter controle, observar um determinado rito. Esse era o mecanismo para alcançar o interesse público. Hoje, essa ideia não faz sentido.

Normas especiais: Estados, DF e Municípios: podem ter lei ou decreto sobre licitação e contratos. Essas normas não podem contrariar as normas gerais editadas pela União. Naquilo que não contrariar as normas gerais, esses entes têm competência para tratar de licitação e contratos.

**2. Obrigação de licitar:** obrigação de observar todas as legislações, gerais e especiais. É uma discussão que foi pouco a pouco sedimentada.

a) Entes Federados: devem, como regra, licitar para depois contratar.

b) Entes da adm. indireta de Direito Público: as autarquias, os consórcios públicos de direito público, as fundações, todos devem licitar.

**E as agências reguladoras?** Entre as pessoas da adm. indireta de direito público recebem tratamento especial, ou seja, vão licitar pela lei 8.666 quanto tiverem interessadas em contratar obras e serviços de engenharia. Se for este o objeto, elas vão licitar. Agora, se é bem ou serviço comum, elas vão licitar pelo pregão. Se for algo que não se encaixe em obras ou serviços, nem em bem ou serviço comum, as agências realizam a “consulta”, que é previsto na lei apenas para as agências. A lei geral das agências fala sobre consulta, mas não tem explicação para isso, está disciplinado em cada agência reguladora, não havendo disciplina legal sobre o que é isso.

c) Entes da adm. indireta de Direito Privado: o primeiro exemplo são as Empresas Estatais. Não importa se são sociedades de economia mista ou empresas públicas, as Estatais que prestadoras de serviço público, como INFRAERO, CEMIG, etc., se subordinam às leis de licitação.

Obs: As estatais exploradoras de atividade econômica, com exemplo da Petrobras, deveriam licitar quando a lei 8.666 foi editada em 1993, sem distinção, mas em 1998, fez-se a EC 19 que introduziu o princípio da eficiência, e alterou a CR em vários dispositivos, dentre eles o art. 173, § único, que trata dessas empresas estatais. Passou-se a dizer que essas estatais não precisam se subordinar à lei geral de licitações e contratos, e seria editada uma lei própria para elas. Esta lei nunca foi editada. Como não se fez uma lei própria, essas entidades, em especial a Petrobras, começou a editar suas regras próprias. Como não há lei, passou a editar regulamentos, para aplicar em suas licitações. Gerou-se diversos MS impetrados diretamente no STF, contra decisões do TCU que controla a Petrobras, em razão da edição desses regulamentos próprios. O STF entendeu que a Petrobras estava certa em editar regulamentos próprios.

Isso ocorreu porque essas exploradoras atuam em atividades concorrentemente com o setor privado, e era preciso que essas estatais ganhassem agilidade para competir. As empresas privadas exploradoras não estão sujeitas a lei 8.666.

Consórcios públicos de direito privado: estão subordinados à lei 8.666.

**Obs.:** Entidades privadas que recebem recursos públicos → vide lei 13.019. Essas entidades privadas, criadas por particulares, foram criadas sem finalidade lucrativa, e o dinheiro que recebem, em teoria, seriam aplicados na execução do convenio celebrado com o Poder Público. A discussão que se tinha na doutrina era que, quando fosse transmitido o dinheiro, teriam ou não que licitar para aplica-lo. Do ponto de vista das leis, há regra que elas não são obrigadas a licitar, mas são obrigadas a criar um regulamento próprio que estabeleça diretrizes de como será aplicado o dinheiro publico, e devem ser aprovados pelo poder público. Isso está na lei das OS, das OSCIP's, da lei 13.019 (marco regulatório nacional dos convênios).

**3. Fundamentos da Licitação:** esses fundamentos aplicam-se também para as estatais exploradoras.

Isonomia: Podem existir vários interessados em fornecer o bem, realizar a obra, comprar um bem, etc. Tem-se um vasto potencial de interessados, devendo trata-los de forma isonômica, dando a todos a oportunidade de disputarem o contrato. Isonomia não significa dizer que o sujeito, na prática, poderá participar da licitação, porque nem toda empresa terá reais condições de participar da licitação. É o exemplo do concurso público, que também tem a finalidade de garantir isonomia, mas nem todos poderão participar do concurso. “em licitação não se repele a desigualdade, mas a desigualdade injustificada”. Assim, abrir para os interessados é abrir para aqueles que podem atender as exigências da adm. pública.

Vantajosidade: é a econômico-financeira, ou seja, o menor preço. É o critério principal, pois é um critério objetivo, também por uma preocupação, na época, de economizar, gastar menos. Mas o menor preço não significa prejudicar o interesse publico, no sentido de comprar produtos defeituosos ou não duráveis. Assim, deve comprar com menor preço, mas visando atender o interesse público, assim, se o produto não é durável, por exemplo, é por erro da adm. pública, que deve descrever claramente qual produto quer comprar. Assim, a vantajosidade não só econômica.

Vantajosidade por questões “sociais” e “ambientais”: por questões ambientais é o exemplo de produtos recicláveis, que são mais caros, pois têm menos pessoas produzindo. Porém, a licitação passou a ser visto assim, pois o poder de compra da adm. pública é muito alto, e o mercado tem que se adaptar ao que ela exige. A adm. pública faz isso para estimular o mercado a fornecer produtos recicláveis, por exemplo, o que não se pensava em 1993. Uma pequena empresa tem mais dificuldade de ganhar a licitação que uma grande empresa. Hoje a LC 123, além de cuidar da parte tributaria cuida das microempresas em licitação. Tem licitação que deve ser reservada para as microempresas participarem. Em 93 via-se que pela microempresa a adm. iria comprar mais caro, mas hoje, vê-se que a adm. estaria ajudando a microempresa, mesmo que comprando mais caro, pois a adm. deve incentivar para que essas empresas gerem empregos.

#### **4. Princípios específicos da licitação:**

Princípio da vinculação ao ato convocatório: ato convocatório é o ato por meio do qual se convoca os interessados. Ato convocatório é gênero e uma das espécies é o edital. Na maioria das licitações

o ato convocatório é o edital. Uma licitação não usa o edital, mas a carta convite, mas são quase sinônimos. As regras devem ser definidas antes de começar a licitação, e não podem as regras ser alteradas depois de já ter começado.