

Conteúdo Programático

- 1) Estado: Poderes e Funções.
- 2) Administração pública: organização e atividade.
- 3) Direito Administrativo: conceito, fonte, evolução histórica.
- 4) Regime jurídico administrativo.
- 5) Modalidades de atividade administrativa.
- 6) Organização administrativa e terceiro setor. Concentração e desconcentração. Centralização e descentralização. Administração indireta, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, consórcios. Tendências da administração pública.
- 7) Ato Administrativo.
- 8) Procedimento Administrativo.
- 9) Poderes Administrativos.

“(…) É uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele: ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder (...)” Barão de Montesquieu

Administração Pública

Direito Privado x Direito Público (interesse público/ autonomia da vontade)

Direito Privado lida essencialmente com a autonomia da vontade. O direito Público se ve obrigado a suprir as demandas sociais; Estado supre tais necessidades exercendo seu poder de império sobre os cidadãos. Enquanto aos cidadãos privados é permitido fazer tudo aquilo que não é proibido por lei, ao Estado é dado fazer aquilo que a lei o autoriza, agindo no interesse público. Deve haver um ato legislativo (lato sensu) que autoriza determinada prática do administrador público. Por isso, o administrador só pode fazer o que a lei autoriza, diferentemente do âmbito privado, no qual o indivíduo pode fazer tudo o que o direito não proíbe. Princípio da Legalidade Estrita.

Para o exercício do interesse público, serão criadas funções públicas, administrativas; uma organização administrativa que responde pelo exercício desse interesse.

Funções do Estado

*Atividade Legislativa – Poder Legislativo

*Atividade Jurisdicional

*Atividade Administrativa

Para Montesquieu, era extremamente necessário que o poder não estivesse concentrado nas mãos de um único órgão ou pessoa. Deveria haver controle de um poder sobre o outro de modo a não existir poder absoluto. Desenvolveu-se assim a teoria da tripartição dos poderes.

Função legislativa: por meio da referida função, o Estado cria a legislação.
Função inicial.

Função Administrativa: uma vez criada, ela precisa ser executada, colocada em prática por meio de atos administrativos que podem ser submetidos a um controle por parte do judiciário.

Função Judicial: uma vez descumprida, eventualmente, a lei.

Tais funções estão precipuamente atreladas aos três poderes. No entanto, todos os poderes exercem as três funções. Poder Legislativo, precipuamente, exerce função legislativa, mas tb exerce função administrativa (quando licita, contrata funcionários, faz concurso) e função jurisdicional (como no caso do impeachment). Da mesma forma, o poder judiciário compra imóvel, faz concurso, pega contas, faz a eleição acontecer, isto é, exerce função administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello define a função administrativa, precipuamente exercida pelo poder Executivo, como a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos, o que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza por ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente,

infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Distinção:

Infralegal	Infraconstitucional
Definição do comportamento na constituição	Previsão constitucional para a qual há um decreto autônomo que permite o exercício do ato adm.
Previsão em lei específica	independentemente de lei específica.
Só após tem-se atuação da Adm. Pública	

Existem algumas previsões de distribuição de competência para exercício da atividade administrativa - na maioria das vezes, ela está prevista constitucionalmente, dependendo da lei, para que o ato seja executado.

Adm. Pública x Governo

O Chefe do governo recebe algumas atribuições que não são típicas da Administração, mas que dizem respeito, mais propriamente, à representação do ente político. Aqui, o Chefe do executivo age investido da função de governo, como quando o Congresso Nacional edita lei e envia ao presidente para sanção. Isso não é atividade legislativa, jurisdicional ou administrativa. Exerce função de governo – função mais ampla do que a função administrativa por si só.

Exs de atividades do governo que estão para além da função administrativa: Presidente em missão diplomática; quando há declaração de estado de sítio ou de guerra, declaração de calamidade pública; convocação de eleições.

Surgimento do Direito Administrativo

1º momento: - Rev. Francesa/ Início do período do Estado Liberal – busca-se o afastamento do Estado da sociedade – impõem-se limites, controles ao Estado; ou seja, limites ao controle exercido pelo Estado sobre a sociedade com o surgimento dos chamados direitos de primeira geração.

O direito administrativo, cujas primeiras regras surgem nesse momento, vem para garantir que a vontade do indivíduo não seja tolhida pelo Estado; proteção do cidadão face à “arbitrariedade do Estado”.

Com a Revolução social, o Estado liberal se demonstrou insuficiente face a determinados anseios sociais que somente uma entidade coletiva poderia garantir. Surge então o Estado Social que visa garantir tais necessidades de saúde, educação, saneamento. A partir do momento em que a atuação do Estado aumenta, o direito administrativo ganha relevância na tentativa de controle dessa atuação estatal. Ganha corpo, nova roupagem.

Estado social garantidor dos direitos sociais – direitos de segunda geração.

Aula 11/08/2011

1) Conceito de Direito Administrativo

AD-MINISTRARE – ministrar em nome de alguém, executar algo em nome de alguém – realiza o interesse publico em nome de alguém.

AD-VOGARE – falar em nome de alguém.

Ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem. Função administrativa que contrasta com a função legislativa e jurisdicional.

2) Direito Administrativo e Ciência da Administração

Direito Administrativo estuda as normas e os princípios que envolvem a administração pública (ramo jurídico, estuda princípios e normas, ciência deontológica/normativa, fixa limites para a gestão publica)

Ciência da Administração (não é um ramo jurídico, estuda as técnicas de gestão publica, ciência social, subordina regras ditadas pelo direito administrativo – por mais inovadora que ela queira ser, tem que se subordinar ao direito administrativo)

3) Direito Administrativo e outros ramos do Direito

Direito Público (Direito constitucional, direito penal, direito processual penal e civil, direito administrativo - direito tributário, direito financeiro, direito previdenciário)

O regime jurídico administrativo se aplica aos três ramos – tributário, financeiro, previdenciário, mas os três tem normas próprias e são autônomos.

Direito Privado (direito comercial, etc)

4) O regime jurídico administrativo

Se baseia em dois princípios fundamentais ou pedras angulares:

a) Supremacia do interesse público sobre o privado

b) Indisponibilidade do interesse público pela administração

Ambos tem em comum a expressão "interesse público", cujo conceito é muito importante.

E para tanto é preciso atentar para o binômio "prerrogativas da administração" e "direito dos administrados".

4.1) Conceito de Interesse Público

O direito administrativo surge para impedir que o Estado pratique arbitrariedades sobre a vida dos cidadãos. As demandas sociais são supridas pela atividade pública e para que ela dê conta, ela tem prerrogativas, benefícios que são concedidos para a atividade pública e não são para o particular – ex: prazos processuais maiores para a Fazenda pública, maior freguesa do Poder Judiciário. Se não houvesse esses prazos maiores, as peças não seriam produzidas de forma adequada e o Erário Público se veria prejudicado. É uma prerrogativa da administração que, muitas vezes, se contrapõe ao direito dos administrados.

Outro ex: desapropriação por interesse público. Depois da vida, o bem jurídico mais importante é o patrimônio, já consagrado! Logo, essa perda se dá em condições excepcionais. E o Estado recebeu essa prerrogativa de retirar essa propriedade sem qualquer tipo de contrato de compra e venda. Há uma gravidade nessa prerrogativa e muita força.

Logo, o interesse público respalda essa prerrogativa. O interesse público de cada um de nós é que a Avenida Antônio Carlos flua e, para isso, são necessárias as desapropriações. Esse interesse público se confronta com o interesse do particular. Ele não é o interesse de todos, mas da maioria. É o

interesse de cada qual refletido na coletividade. Nem sempre ele será absoluto e não precisa ser unânime.

Interesse Público: "O interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente tem quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem." – Celso Antônio Bandeira de Mello.

Uma parte da doutrina entende que existem dois tipos de interesse público:

- 1- Interesse Público Primário: é o interesse público propriamente dito, em que o Estado defende os interesses da coletividade, logo representa o interesse de cada um de nós. Ex: desapropriação na Avenida Antonio Carlos.
- 2- Interesse Público Secundário: é quando o Estado defende interesses internos dele como pessoa jurídica que é. Ex: prazos processuais diferenciados; cobrança de tributos.

Para o professor, interesse público é ou não interesse público. O mesmo interesse público que move o Estado a desapropriar é o mesmo interesse público em cobrar tributos. Todos tem interesse em que os tributos sejam cobrados. Essa diferença não é muito aceita na Escola Mineira de Direito Administrativo: só existiria uma categoria (é a opinião do Professor que acha essa distinção inócua e sem necessidade de existir). Essa teoria da divisão é italiana e foi importada pelo Celso de Mello, sendo muito popular na Escola Paulista de Direito Administrativo.

"Os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos." Renato Alexy. Logo, se eles tem que coincidir, seriam os mesmos. (crítica do professor, que entende que não há essas duas divisões – Prof. Florivaldo também tem essa linha de pensamento do professor).

O interesse público é o que o nosso ordenamento jurídico diz que é e não a vontade do administrador. É a qualificação dele dentro do ordenamento normativo que o descreve como interesse público.

4.2) Supremacia do Interesse Público sobre o privado

Muitas vezes, o direito dos administrados terá que ceder. O interesse particular é colocado em segundo plano para que haja a plenitude do interesse público.

Dois corolários:

- 1- Posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-los nas relações com os particulares – o Estado possui determinados benefícios dados pelo ordenamento jurídico para fazer face as demandas que lhe são dirigidas.
- 2- Supremacia que o Poder Público se encontra em face do particular, que lhe dá posição de autoridade e comando. Por isso um ato administrativo tem presunção de veracidade, por exemplo.

4.3) Indisponibilidade do Interesse Público

O administrador público não pode abrir mão de direitos que a administração publica tem por si só. Não se pode abrir mão de interesses públicos porque o administrador quer ou porque lhe foi pedido. O administrador não pode, nesse contexto, abrir mão de um interesse público, como por exemplo, do direito de cobrar determinado tributo por livre discricionariedade, mediante simples ato administrativo, sem lei que o autorize a tal.

Princípios do Direito Administrativo

1. Princípios Constitucionais Expressos

LIMPE:

- **Princípio da Legalidade** – princípio basilar para um Estado que se pretenda democrático de Direito; tanto o Estado quanto o cidadão se submetem as normas editadas. No âmbito do direito público, especificamente no âmbito do direito administrativo, vige a legalidade estrita, segundo a qual à administração pública cabe fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e não tudo aquilo que a lei não proíba. Administração pública só pode obrigar os particulares desde que respaldada, sua atuação, em lei. Artigo 5º, II – obrigação da administração pública – proteção dos cidadãos. Segundo a legalidade, o fundamento dos atos administrativos é a lei. É o norte da administração pública. O princípio da legalidade estrita é decorrência dos artigos 5º, II, artigo 84, inciso IV. A regra é o princípio da legalidade, contudo há exceções, nas quais se admite a prática de um ato administrativo. Ex: decreto autônomo. Há autorização na CF de determinado comportamento que será executado por decreto.

Restrições ao princípio da legalidade: *Medida provisória: possibilidade de o presidente editar medida com força de lei sem prévia apreciação pelo legislativo. Mitiga o princípio da legalidade na medida em que representa uma exceção à anterioridade da lei; na medida em que permite prática de atos administrativos de urgência sem lei prévia. *Estado de Defesa e Estado de sítio: algumas medidas deverão ser tomadas nessas situações excepcionais que vão de encontro ao princípio da legalidade estrita; admite-se, nessas circunstâncias, prática de atos administrativos sem diploma legislativo prévio.

- **Princípio da Impessoalidade** – corolário do princípio da legalidade. Administrador deve ser impessoal no tratamento da coisa pública e daqueles a quem se dirige, isto é, no trato com os administrados. Ex: obrigatoriedade de realização de concurso público para investidura em cargo público. Tal exigência decorre da impessoalidade e do princípio da isonomia. Tal princípio é decorrência do princípio da isonomia – tratar com impessoalidade porque todos são iguais formalmente.

Art. 37, XXI da CF – exigência de licitação – administração quando contrata não poderá fazê-lo segundo seus próprios critérios. Adm. Pública deverá elaborar edital que estabelece critérios objetivos para a escolha desse bem. Decorrencia do princípio da isonomia e da impessoalidade.

- **Princípio da Moralidade** – Moralidade administrativa e não interesse do administrador Administração Pública trabalha com um conceito objetivo de moralidade, isto é, a moralidade administrativa, que é aquela moralidade que decorre do complexo normativo-administrativo, da lei. A moralidade que prepondera na Administração Pública decorre da lei; não é uma moralidade subjetiva. É moral ou imoral o que a Administração pública reconhece como tal. Súmula número 13 – tentativa de moralização da discricionariedade conferida ao administrador para nomear quem quiser para exercício de determinados cargos comissionados. Art. 5º, LXXIII – possibilidade de o cidadão, mediante ação popular, impugnar ato administrativo lesivo à moralidade administrativa. Moralidade pode ser concebida como uma conjugação de lealdade e boa fé.

- **Princípio da Publicidade** – todos os atos administrativos devem ser públicos já que ao redor deles giram interesses públicos. Tal publicidade permite o controle de tais atos por parte dos administrados. Ex: artigo 5º, XXXIII; Art. 5º, XXXIV – corolários do princípio da publicidade; habeas data – ação constitucional utilizada para obtenção de dados perante a Administração Pública quando tal pleito foi negado. Medida que garante publicidade dos atos administrativos relativos a cada administrado.

- **Princípio da Eficiência** – Com emenda constitucional 19 de 1988, adiciona-se tal princípio. Emenda da reforma administrativa brasileira, que rompe com a administração pública burocrática (preocupada com que todos os atos formais para realização de um ato administrativo sejam respeitados – preocupação maior com os meios) para instaurar uma administração pública de caráter gerencial (preocupada com os resultados que se obterão com determinado ato administrativo – logicamente, a formalidade desse ato também é importante, contudo os meios não podem se sobrepor aos resultados obtidos ao final do ato). O princípio da eficiência traz nova roupagem de eficiência e eficácia para a Administração Pública. Logicamente, existem procedimentos que a lei prevê e que devem ser seguidos, mas não se pode apegar aos atos desnecessários.

2 – Princípios Constitucionais Implícitos

- **Princípio da Finalidade** – todo ato administrativo deve decorrer de uma lei e o resultado que deverá atingir a vontade que a lei inicialmente determinou. Ato administrativo deve se ater à finalidade da lei. Se o ato é editado com base numa lei, mas não cumpre sua finalidade, é possível que se de a impugnação do referido ato por meio de mandado de segurança (cabível em hipótese de lesão de direito em decorrência de abuso de poder – que é um desvio de finalidade).

Administração Pública tem um poder-dever que deve estar adstrito às finalidades legais: de forma que se tal poder for exercido de maneira abusiva, poderá ser impugnado.

- **Princípio da Razoabilidade** – atos administrativos devem ser razoáveis (conceito jurídico fluido). Administrador público, em determinados casos, tem mais de uma possibilidade de agir. Nesses casos, a decisão adotada deve ser ao menos razoável. Trabalha com conceito de discricionariedade, de liberdade dentro da lei nas hipóteses em que cabe ao administrador escolher entre duas ou mais opções de agir. Tal liberdade deve se adequar à razoabilidade.

- **Princípio da Proporcionalidade** – corolário da razoabilidade. O que é razoável deve ser também proporcional.

- **Princípio da Motivação** - os atos administrativos devem ser sempre instruídos com as razões que o levaram a ser editados. O administrador não pode, ao seu alvedrio, realizar ato administrativo. Prova das causas que levaram à edição daquele ato.

Lei 9.784/99 – art. 50 – exigência de motivação dos atos administrativos. Prevalece o entendimento de que tal exigência decorre do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, pois tal motivação dá guarida a possível controle.

Aula 18/08/2011

Princípios da Administração Pública

- **Devido Processo Legal** – CF determina a observância do devido processo legal - Art. 5º, inciso LIV. Deve-se respeitar também a ampla defesa e o contraditório. No direito administrativo, esse processo culminará em absolvição ou condenação, em decisão administrativa. Deve-se respeitar também a dupla jurisdição, permitindo-se o recurso administrativo. No âmbito da administração pública federal, a lei 9.784 de 1999 é marco importante.

- **Controle judicial dos atos administrativos** – todo ato administrativo pode causar lesões. Assim, é perfeitamente cabível recorrer ao Poder Judiciário aquele que foi lesado em seu direito para restauração da legalidade.

- **Responsabilidade do Estado por atos administrativos** – durante muito tempo, o rei ou monarca não era punido por seus atos. Com a evolução da humanidade e o surgimento dos direitos humanos, o Estado passou a ser responsabilizado por seus próprios atos. Hoje já se trata de uma ideia consolidada que o Estado (nos países civilizados) deve pagar indenização e ser punido se causar dano ou lesão a alguém. CF diz que as pessoas jurídicas de direito público ou privado respondem objetivamente – independe de dolo ou culpa (art. 37). Casos de discussão doutrinária e jurisprudencial são os casos em que um preso mata o outro, estando ambos sob tutela do Estado. Hoje prevalece o entendimento que o Estado é responsável por seus atos e sua omissão.

- **Segurança Jurídica** - O Estado também é obrigado a manter a pacificação das relações jurídicas, logo ele não pode modificar entendimentos que possam retirar essa segurança. A Lei 9784 em seu artigo 2º fala de diversos princípios. Quando se estuda direito administrativo, se estuda o enfoque da administração pública federal. Mas geralmente esses princípios são seguidos também pelos estados. Ex: INSS quando vai conceder aposentadoria especial (aquela concedida para pessoas que trabalharam em condições insalubres). Digamos que em 1999, concedia-se a aposentadoria especial para pessoas submetidas a ruídos

de 90 decibéis. Aí depois mudou o entendimento, dizendo que o mínimo seriam 100 decibéis. Esse entendimento pode retroagir para prejudicar as aposentadorias já concedidas? Não! É o Princípio da segurança jurídica. Mudança de entendimento não pode alterar os atos administrativos já realizados sob outro entendimento. Em relação a regime de aposentadoria, (ex: aposenta com 28 anos de serviço e depois passa pra 35), quem já estava com 27 anos, quase 28, só vai aposentar com 35. A pessoa só tinha uma expectativa de direito.

- **Autotutela** – a administração pública pode eventualmente produzir algum ato ilegal que ela mesma pode reconhecer como errado e sem recorrer ao Poder Judiciário, pode desconstituir esse ato. Súmula 346 do STF. Ex: Licitação homologada, mas não foi publicada no Diário Oficial do Município. Processo com vício. O prefeito pode, ao invés de recorrer ao Judiciário para anular o ato, ele mesmo anular o ato e voltar ao começo, acontecendo tudo novamente. Súmula 473 do STF também trata disso. Quando se tem ilegalidade, se tem anulação do ato administrativo. Quando se tem inconveniência ou inoportunidade do ato, se tem revogação do ato. Ambas as figuras estão dentro desse poder de autotutela do Estado.

- **Continuidade do Serviço Público** – O funcionamento correto da urbes, do meio urbano, só acontece quando a mão pesada do Estado está presente. O Estado precisa fazer que sua mão forte esteja presente para que em situações críticas, ele possa intervir. Por isso, essas atividades são alçadas a condição de verdadeiras funções públicas, porque não podem parar. Ex: transporte público. Se as empresas de ônibus não estão atendendo o povo adequadamente e da forma como foi pactuado, a Prefeitura pode encerrar aquele contrato e contratar outra empresa.

Organização da Administração Pública

O direito administrativo enfoca a função administrativa. A Administração Pública, para exercer todas as funções que a ela são designadas não consegue faze-las sozinha. É preciso que haja instrumentos jurídico-administrativos de delegação do poder e de competências, delegando a outras pessoas físicas ou jurídicas a tarefa de executar tarefas da administração pública. Para tanto, se vale das figuras da desconcentração e da descentralização.

1. Desconcentração – Ocorre todas as vezes em que há uma divisão de tarefas no mesmo corpo daquela pessoa jurídica, sem que para tanto haja divisão de competência ou seja necessário a criação de uma pessoa jurídica ou a delegação de tarefas para outra pessoa jurídica já existente. Ex: Os Ministérios em relação ao Presidente da República. Não são pessoas jurídicas. Se contra determinada decisão for necessário impetrar um mandado de segurança, a autoridade coatora será o ministro, mas se entrara contra a União, pessoa jurídica.

2. Descentralização – existem determinadas atividades que exigem um grau de especialização tal que se faz necessária a criação de uma pessoa jurídica. É sair das mãos da pessoa central. Ex: INSS – É uma autarquia, pessoa jurídica apartada da União, criada para gerir a previdência, a assistência e a saúde de nosso país. O grau de especialização dessa atividade é tamanho, que se fez necessária a criação do INSS. Nesse caso, se o gerente do INSS indefere determinado ato, que se torna ilegal, o MS terá como autoridade coatora o gerente e se entrará contra o INSS. Outro ex: atos da BHTrans, ela mesmo responde uma vez que é uma pessoa jurídica criada especialmente para cuidar do trânsito de BH. A descentralização pode ser tanto para pessoas jurídicas criadas pelo Poder Publico, quanto para empresas já existentes, mas que foram chamadas a tarefas públicas. Outro ex: Petrobrás, como sociedade de economia mista, cuidando do petróleo.

2.1 – Descentralização Política e descentralização administrativa

A descentralização política é um pouco diferente da administrativa, que ocorre por delegação do Poder Central. É a própria Constituição que descentraliza no caso da descentralização política. Unidades Federadas recebem competências diretamente da Constituição, possuindo autonomia e respondendo pelos seus próprios atos. Se a União quiser retirar delas essas competências, ela não pode uma vez que não foi ela que as deu. Foi a CF.

Aula do dia 23/08/2011

Descentralização

1) Descentralização Política e Administrativa

Descentralização Política: prevista na Constituição. Não é o ente central que dá a competência para o ente descentralizado não. Este é um ente autônomo. Exs: União, Estados Membros e Municípios. Prevalece a compreensão que os municípios são entes federados. Criação de pessoa jurídica, decorrendo do pacto federativo celebrado entre os membros.

Obs: descentralização é diferente de desconcentração. A desconcentração não cria pessoa jurídica, é uma divisão de tarefas dentro da administração pública.

- 2) **Descentralização Territorial (é uma espécie do gênero “Descentralização Administrativa”)**: Ocorre em virtude de uma determinada localidade. Para administrar essa localidade, é criada uma pessoa jurídica responsável por administrar determinado território e esse território recebe competências específicas para gerir os serviços públicos de forma ampla. Existe um território que precisa ser administrado. A União, o Estado ou município possui um determinado território no qual não houve uma descentralização política. Não se criou naquele local um município ou estado com competências dadas pela Constituição. Ex: Pernambuco e Fernando de Noronha: criou-se uma pessoa jurídica para administrar em nome do estado. (professor acha que é uma autarquia). Ocorrer então uma descentralização territorial. Se Pernambuco quiser amanhã assumir a responsabilidade de administrar o território, ele pode, (por meio da desconcentração) porque as competências não vem da Constituição. É muito comum essa descentralização nos estados unitários, em que o poder todo está nas mãos da “União”, e não há descentralização política. Comum na Suíça, por exemplo. Logo, para administrar esse estado são criadas pessoas jurídicas para administrar determinados territórios. Ex: Cantões – cada um deles é uma pessoa jurídica que recebe competências do Estado. Não é descentralização política porque não se recebe essa competência da Constituição. Mas se recebe do Estado que pode retirar essas competências se desejar. Hoje se vê a tentativa da divisão do Pará em dois estados. Mas sempre que há essa proposta de divisão, é necessária a consulta popular (plebiscito). Para alteração do sistema federativo, deve-se obedecer algumas regras e uma delas é justamente a consulta popular. Alterando a Constituição, ela será uma descentralização política.

- 3) **Descentralização por serviços, funcional ou técnica (também é descentralização administrativa)**

Existe um determinado tipo de serviço que precisa ser executado em determinado local e para isso é criada uma pessoa jurídica que vai desempenhar

esse serviço em nome do Estado. Ex: A União tem a competência de administrar a previdência social obrigatória. Isso é um serviço público. Mas é um serviço muito pesado para ficar na mão dos órgãos públicos. Entendeu-se que era preciso destacar das mãos desses órgãos a administração desse tipo de serviço. Para isso criou-se então uma pessoa jurídica, que é o INSS (que é uma figura de descentralização administrativa recebendo competências do ente que a criou – a União.) Esse é também o caso das Universidades Federais: a União tem a competência de promover o ensino superior. Ex: CEFET. No caso de MG, temos duas grandes descentralizações: a COPASA e a CEMIG. São formas de descentralização em que o estado delega para essas duas pessoas jurídicas serviços (que são sociedades de economia mista). Aqui ainda não se fala em delegação para pessoa privada não. Se está ainda no bojo da administração pública. Cria-se pessoa jurídica para administrar determinado serviço que seria de sua competência.

Órgãos Públicos

Desconcentração

Estado de Minas - Secretarias
Administrativa - Territorial

Pessoas Jurídicas

Descentralização Política

Descentralização

- 4) **Descentralização por colaboração** - Quando uma pessoa jurídica de direito privado já existente recebe por delegação competências próprias de órgãos públicos para desempenhar determinado serviço. Exs: contratos de concessão e permissão de serviços públicos. É o caso do serviço público de transporte em BH. Realiza-se uma licitação e as empresas privadas que já existem na sociedade participam da licitação. A vencedora recebe competências e recebem delegações de determinada parcela do serviço público, desempenhando o serviço em nome do ente público. A descentralização por serviços cria uma pessoa jurídica para administrar os serviços. Na por colaboração, a PJ não faz parte da estrutura administrativa e recebe a delegação. Essa descentralização deve ser feita, via de regra, por licitação.
-

Aula do dia 25 de agosto

ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

- Serviço público

Antigamente, toda atividade do Estado era considerada como serviço público. Atualmente, não se pode dizer mais isso, tendo em vista a concessão ou permissão de alguns serviços, transporte público, serviço de energia elétrica, água.

A doutrina diz que serviço público é aquele que é capaz garantir aos cidadãos determinadas comodidades ou utilidades que cada um deles pode sentir no seu dia a dia e é oferecida pelo Estado.

Dipietro: “*Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*”.

- Intervenção no domínio econômico

Deve-se distinguir a atividade de serviço público e atividade de domínio econômico. O serviço de correspondências é privativamente estatal, em contrapartida, o serviço de encomendas pode ser realizado pela iniciativa privada. Há vezes que o Estado atua no domínio econômico, ex. Petrobrás, cujo fundamento e intervenção é o monopólio da soberania nacional e, por consequência, a manutenção do equilíbrio econômico, da segurança nacional e o interesse coletivo.

Art. 175 Constituição Federal – cumpre ao Estado a prestação de serviço público.

A atuação Estatal no domínio econômico somente é feita de maneira subsidiária, uma vez que a iniciativa privada atua no domínio econômico, mas o estado interfere na medida em que for necessária a regulação estatal para controle de determinados setores. Art. 170 e 173 Constituição Federal.

- Fomento

Ocorre para estimular a sociedade determinadas atividades que a ela foi delegada. Doação de terrenos, dando incentivos fiscais, autorizando construção fora dos limites por lei estabelecidos.

- Poder de polícia

É a atuação do Estado para restringir e estabelecer a forma de execução de determinados direitos da coletividade.

Enquanto o exercício do serviço público tende a garantir direitos e comodidades aos cidadãos, o poder de polícia vai restringir e limitar determinados direitos em prol do bem estar público.

O poder de polícia não pode ser delegado. Assim, apenas a administração pública pode exercê-lo na coletividade. O grande questionamento é se as sociedades de economia mista podem exercer o poder de polícia (Caso Judicial da Bhtrans).

ADMINISTRAÇÃO DIRETA
Órgãos Públicos
Desconcentração administrativa – não cria pessoa jurídica
Regime Jurídico Administrativo
Servidores Públicos

A criação de um órgão público se dá sempre por meio de lei no sentido restrito (Aprovada pelo Congresso Nacional)– art. 48, XI, Constituição Federal.

A administração direta é aquela que mais se aplica o direito administrativo, abrangendo todas as sujeições, obrigações, deveres e direitos estabelecidos nesse ramo do direito. Cada vez mais que o Estado se afasta da administração direta, menores são as prerrogativas e as obrigações do ente público, uma vez que há um distanciamento daquilo que está previsto pelo direito administrativo e se aproxima da atividade privada.

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
Descentralização administrativa – criação de pessoa jurídica
Decreto Lei nº 200/67
Prestação de serviço público

A administração pública indireta é composta por pessoas jurídicas criadas pelo estado para exercer determinadas atividades administrativas, ou aqueles a quem o Estado delegou competência para exercer a atividade. Ex.: empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e outros citados no art. 4º do Decreto Lei nº 200/67. O art. 10 do mesmo diploma faz uma confusão entre as figuras de descentralização e desconcentração, *tomar cuidado*.

Quando o estado estiver presente na administração indireta, por mais que haja a aplicação das normas de direito privado, há a aplicação das normas de direito público, independentemente do setor de atuação. Ex.: Banco do Brasil e Caixa – possuem flexibilização normativa, mas não é uma flexibilização absoluta, pois envolve a atuação em um ramo da economia que está inserido na seara da livre concorrência.

Aula do dia 30/08/2011

Leitura Complementar

1)Parcerias na Administração Pública- Maria Sylvia Zanella Di Pietro – Caps. 1, 2 e 3 para prova

2)Fundamentos de Direito Público – Carlos Ary – Para trabalho em sala

PESSOA JURÍDICA x CNPJ – Por que o Tribunal de Justiça tem CNPJ se não é pessoa jurídica? Nem todo mundo que tem CNPJ é pessoa jurídica. A instrução normativa número 2 de 2 de janeiro de 2001 da Secretaria da Receita

Federal diz que determinados entes devem ser equiparados a pessoas jurídicas e possuir CNPJ – ao TJMG foi dada autonomia administrativa, precisando assinar contratos com pessoas etc, sendo um órgão objeto de desconcentração do Poder Judiciário. Não significa que seja pessoa jurídica, mas é a ela equiparada. Cada órgão público que for gestor será cadastrado no CNPJ para esse fim, para ter representação perante terceiros.

Administração Indireta

Entes mais importantes da administração indireta são:

- 1) **Autarquias** – possui a maior carga de aplicação do regime jurídico administrativo.
- 2) **Fundações (de direito público e de direito privado)**
- 3) **Empresas Estatais: se dividem em Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**
- 4) **Consórcios Públicos – podem ter natureza de direito público ou de direito privado**
- 5) **Empresas concessionárias e permissionárias de Serviço Público (?)**
Alguns acham que ela faz parte da administração indireta. Outros não as colocam como entes da administração indireta.

Pessoas Jurídicas de Direito Privado		Pessoas Jurídicas de Direito Público
1)	Origem na vontade do particular	1) Origem na vontade do estado
2)	Fim geralmente lucrativo	2) Fins não lucrativos
3)	Finalidade de interesse particular	3) Finalidade de interesse público
4)	Liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou extinguir seus próprios fins.	4) Ausência de liberdade na fixação ou modo de fixação dos seus fins, com obrigação de cumprir seus escopos
5)	Liberdade de se extinguir	5) Sujeição a amplo controle positivo do Estado
6)	Sujeição a mera fiscalização do Estado	6) Dispoem de prerrogativas autoritárias.

7) Ausência de prerrogativas autoritárias (unilaterais)

O direito privado se regula pelo princípio da autonomia da vontade, enquanto o direito público, pela máxima do interesse público. A principal diferença entre as pessoas de direito público e de direito privado está na criação: enquanto as de direito público se originam na lei, que efetivamente as cria (e não precisam nem ser registradas em cartório), para as de direito privado, a lei autoriza sua criação e aí é preciso o registro no cartório. As de direito privado criadas pelo Estado não deixam de ter finalidade pública e o estado não se afasta dela: ali está presente a mão estatal. Em algum momento, o regime do direito administrativo será aplicado. As pessoas de direito privado criadas pelo estado têm origem também na vontade do estado – o direito público entra derogando normas de direito privado, quando, em alguns momentos as normas de direito público serão aplicadas.

As pessoas de direito público têm fins não lucrativos, diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, com exceção das sociedades de economia mista. As de direito privado têm liberdade de modificar seus interesses, enquanto os fins da de direito público terão seus fins declarados em lei.

Uma pessoa criada pela lei pode por si só resolver se extinguir? Não. Somente a lei pode extingui-la ou autorizar sua extinção. As de direito privado são fiscalizadas quanto a recolhimento tributário, transgressão etc. As de direito público são tuteladas pelo estado que irá controlá-las por Tribunais de Conta etc.

As de direito privado não têm prerrogativas unilaterais. As pessoas de direito público criadas pelo estado possuem praticamente todas as prerrogativas que o direito público explicita (autarquias e fundações públicas). As de direito público possuem todas as prerrogativas que o direito estabelece, enquanto as de direito privado só possuem aquelas que a lei expressamente autoriza.

1) Autarquias

1 – Conceito – A principal conceituação de autarquia está em seu próprio nome. “Aut” – auto/ “Arquia”- governo. É uma pessoa de direito público que possui capacidade de autoadministração. Pessoa criada pelo estado, que possui autoadministração, diferente dos ministérios. É ela que define a forma como ela vai executar os objetivos que a ela foram designadas pelo estado. Ex: é a UFMG que vai estabelecer os rumos de sua atividade. Autoadministração se difere da autonomia, reservada para aqueles que possuem capacidade legislativa, se diferenciando dos entes federativos. É uma figura de descentralização administrativa porque há a criação de uma pessoa jurídica. Exs de autarquia: INSS, UFMG, Banco Central do Brasil.

2 – Previsão Legal – Artigo 5º, inciso I do Decreto Lei 200, que trata da organização da administração federal. Mas ele foi falho ao não definir que é uma pessoa jurídica de direito público. Tinha que ter falado, mas só define a criação por lei. O CC também fala no artigo 41: previsão da autarquia como pessoa jurídica de direito público. Consórcios públicos têm natureza de autarquia (tema muito novo). Na CF, também há previsão no artigo 37, inciso XIX.

3 – Características

3.1) Criação e Extinção – autarquias são criadas por lei, diferentemente das demais em que as criações são autorizadas por lei. A CF não fala de extinção por lei, mas é óbvio que se a criação é por lei, pelo princípio do paralelismo das formas, se foi a lei que criou, só a lei deve extinguir.

3.2) Personalidade de Direito Público – aplica-se às autarquias todas as características do quadro acima desenhado, no que tange às pessoas jurídicas de direito público. A finalidade de uma autarquia é uma parcela de um serviço que é retirada do Estado e entregue a ela. Autarquias devem obedecer aos fins para os quais ela foi criada: a UFMG não pode, de um dia para o outro, passar de serviços de educação para serviços de transporte público, por exemplo. A autarquia será controlada pelo Estado, inclusive pelos tribunais de contas e dispõe de sujeições e prerrogativas específicas, como expedição de atos normativos unilaterais que possuem auto executividade (que não precisa de ir

no Poder Judiciário para ser cumprido). A administração pública pode executar seus próprios atos, sem ter que recorrer ao Poder Judiciário. A autarquia vai possuir sujeições e demais prerrogativas de todo o regime administrativo.

3.3) Capacidade de autoadministração – É o que a distingue.

3.4) Finalidade especializada – ela é exatamente a expectativa do Poder Público: uma gama de serviços que o estado deve prestar será separada e entregue nas mãos de uma autarquia. Isso é diferente da descentralização territorial em que o território recebe competências para gerir serviços públicos genéricos. A autarquia executa um serviço exclusivo e de finalidade especializada.

3.5) Sujeição a controle ou tutela – esse controle é feito pela chamada Supervisão Ministerial – artigo XIX, decreto Lei 200. Os órgãos da administração direta e indireta estão submetidas a ministérios respectivos que a controlam. Ex: INSS presta contas ao Ministério da Previdência Social – que exerce o poder de tutela sobre aquela autarquia. Do ponto de vista administrativo, não há hierarquia entre a autarquia e o ministério. Uma decisão administrativa dada na autarquia é de última instância: não “sobe” para o Ministério não. Ex: para a decisão do reitor da UFMG não cabe recurso ao ministério da Educação não. Cabe submissão do Poder Judiciário. O controle então que será exercido sobre a autarquia pode ser portanto legislativo, por meio dos Tribunais de Contas, ou judiciais. E o controle genérico que é feito pelo órgão que criou (União por meio de seus ministérios).

Autarquias e Regime Jurídico

1) Atos Administrativos – possuem todas as prerrogativas e sujeições que o regime jurídico estabelece. (sujeições – tudo aquilo que um ato deve ter para deixar de ser um ato comum para ser um ato administrativo). Atos de uma autarquia são de forma ampla atos administrativos, inclusive no que tange a presunção de legitimidade: são verdadeiros até que se prove o contrário. O servidores das autarquias emitem atos que possuem presunção de veracidade.

2) Prerrogativas e Privilégios – possui privilégios.

3) Licitações e Contratos – uma das sujeições que deve se submeter é a necessidade de se realizar licitações, nos termos da lei e os contratos que ela celebra não são contratos de direito civil, mas contratos administrativos (não são regulados pelo direito civil não, mas possuem uma qualificação especial). São

contratos regidos por lei especial – Lei 8.666. Isso dá para a administração pública no âmbito desses contratos, poderes especiais. Os contratos administrativos têm prerrogativas especiais: se em um momento esse contrato atentar contra o interesse público, o estado pode rescindir o contrato, com direito a contraditório e ampla defesa.

4) Responsabilidade Civil – é a mesma aplicada as entidades da administração direta e está prevista no artigo 37, parágrafo sexto. Administração Pública: Órgãos públicos em geral e autarquias respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, independentemente de dolo ou culpa.

5) Prescrição Quinquenal – prescrição contra os atos praticados pelas autarquias está prevista no decreto 4597 de 1942.

6) Bens Públicos – são bens considerados públicos, sendo, por isso, inalienáveis, insuscetíveis de usucapião, e não podem ser objeto de direitos reais de garantia, sendo, portanto, impenhoráveis. Por estarem voltados para uma atividade de interesse público, devem ser protegidos de forma especial.

7) Imunidade Tributária

8) Contabilidade

9) Regime de Pessoal

Aula do dia 01/09/2011

Continuação...

10) Imunidade Tributária – o artigo 150 estabelece a chamada imunidade recíproca entre os órgãos públicos. O artigo trata basicamente das limitações do poder de tributar. Cada ente recebe competência para realizar a cobrança de determinados tributos. Na repartição tributária de competências, eles recebem atribuições para realizar tributações em sua esfera de competência. Cada ente recebe parcela da possibilidade da cobrança de tributos dentro da federação brasileira. E essa possibilidade não é absoluta, porque a CF traz algumas situações nas quais essas cobranças não podem ser feitas. Ex: prédios religiosos. Uma das vedações é a imunidade recíproca. Imunidades constitucionais, nas quais o Fisco, a administração pública, não pode cobrar tributos. A imunidade recíproca proíbe os entes de instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. Isso significa que sobre um veículo da União, não pode ser cobrado IPVA, sobre um prédio da União, não pode ser cobrado IPTU. Essa garantia foi estendida às autarquias pelo artigo 150, parágrafo único. As

autarquias instruídas e mantidas pelo Poder Público terão também essa imunidade recíproca no que tange as suas finalidades essenciais.

11) Contabilidade – toda instituição, seja ela pública ou privada, trabalha com receitas e despesas. A receita é o orçamento que a entidade pública recebe para trabalhar com determinada atividade. Qualquer empresa que exista funciona com esse sistema de receitas e despesas: é a contabilidade. Na administração pública não é diferente: é a contabilidade pública. Despesas realizadas ao longo do ano e despesas. Essa forma de administrar regida pela lei 4.320/64. Essa lei também se aplica as autarquias, também regidas por esse diploma legal.

12) Regime de Pessoal – Servidores Públicos – existem dois regimes de servidores aplicáveis na administração pública: o estatutário e o celetista. O estatutário tem como grande característica a unilateralidade, regido pelo Estatuto próprio dos servidores públicos, regido pela administração pública por meio de uma lei. Ex: estatuto dos servidores públicos federais. Não há a celebração de um contrato entre a administração pública e o servidor não, mas há a presença do estatuto que pode ser alterado unilateralmente pelo ente da administração. A grande característica desse regime é que os servidores adquirem estabilidade após o estágio probatório (que são 3 anos). Após esse prazo, ele será avaliado por uma comissão. Passando dessa avaliação, ele adquirirá estabilidade. O outro regime é o celetista, que tem como característica a celebração de um contrato com um servidor, sendo tal contrato regido por lei especial e não direito civil. Para que esse contrato seja alterado, há a necessidade de comum acordo entre ambas as partes. Aplica-se, nesse caso, a CLT. Artigo 39 da CF fala de regime jurídico único: se a União adotar para os servidores da administração direta um determinado regime jurídico, ele deverá ser aplicado em todos os órgãos da União, assessorias etc, estendendo-se também a autarquia por ela criada. Ex: Lei 8112 estabeleceu regime estatutário para a administração direta, devendo ser aplicado também a UFMG porque a CF quis dar igualdade para os trabalhadores dentro de uma mesma esfera de poder.

Se o Município adotar o regime celetista, ele deveria ser estendido para as autarquias e fundações públicas também. Veio a emenda 19 e alterou o texto: acabou com o regime jurídico único. Mas essa emenda, no ponto em que tratou o artigo 39, e foi submetida ao STF que suspendeu, em liminar, a eficácia do dispositivo, voltando a redação originária da CF (foi apenas vício formal de

tramitação, não se chegando ao mérito). Ou seja, a alteração que foi promovida acabando com o regime jurídico único, deixou de ter vigência com a liminar deferida nessa ADIN. Hoje, no nosso ordenamento jurídico, prevalece, até que o STF decida definitivamente, a aplicação do regime jurídico único. Não pode haver regimes jurídicos diferentes para os ministérios e outro para autarquias etc. Toda contratação da administração pública obedece a regra do concurso público. Tanto celetistas quanto estatutários devem fazer concurso público. Cargo de provimento em comissão e de livre nomeação e contratados temporários são as duas exceções a essa regra do concurso público. Existem também alguns municípios que adotam o regime celetista, desde que ele aplique a todos de forma isonômica para todos os órgãos. Na época da CF de 88, existiam muitos celetistas sem concurso público que foram efetivados mesmo sem concurso porque não dava para demiti-los e fazer concursos sem a administração pública parar. Ex. de contratação temporária que vai acontecer: consórcio entre União, Estado do RJ e município do RJ para gerir as Olimpíadas de 2016. Poderia ter feito concurso público para contratar celetistas que iam sair depois que o evento acabasse. Jamais poderiam criar postos estáveis, uma vez que quando o evento acabar eles não terão mais lugar.

Hoje as autarquias também são regidas pelo regime jurídico único, estendido das demais entidades da administração pública. Não se pode ter dois regimes jurídicos dentro de um mesmo órgão público.

AUTARQUIAS

- **AGÊNCIAS REGULADORAS** – são chamadas de autarquias especiais.

***Peculiaridades** - No governo de FHC, ocorreram muitas privatizações. O grande exemplo foi o serviço público de telefonia. Na medida em que aconteceu essa transferência, o Poder Público se viu na necessidade de se criar órgãos especiais, as agências reguladoras: agenciamento de órgãos responsáveis pela regulação de determinadas atividades administrativas que antes eram do Poder Público e passaram para a iniciativa privada. Mas não significa que hoje as agências criadas so sejam criadas para realizar esses serviços que antes eram realizados pelo Poder Público. possuem todo o regime jurídico das autarquias, com a especificidade de que seus dirigentes são indicados pelo Presidente da República, sendo o nome aprovado pelo Senado. UFMG não segue essa indicação, uma vez que há uma autonomia administrativa e acadêmica. Não se tem autarquias cujo mandato dos diretores ultrapasse a dos presidentes da

República. Peculiaridades: mandato fixo e aprovação de indicação pelo Senado Federal. No mais, é igual às autarquias.

***Finalidade** – regular atividades que antes eram do Poder Público e passaram para a iniciativa privada. Ex: Anvisa – fiscaliza os órgãos públicos e entidades privadas (ex: restaurantes que devem observar as regras).

***Prerrogativas** – estão quase todas presentes nas demais autarquias também. Mas o professor José Santos destaca algumas peculiares: poder normativo técnico (ex: Anvisa pode emitir determinadas normas técnicas referentes a sua atuação. Isso está autorizado em lei. Anvisa elabora, vez por outra, instruções normativas, resoluções, etc); autonomia decisória (mas o professor entende que toda autarquia possui); independência administrativa (professor também acha que todas tem); autonomia econômico-financeira (professor também acha que todas tem). A única diferente mesmo seria a primeira.

***Classificações** – de acordo com as atividades que realizam.

1) **Fiscalizam serviços públicos propriamente ditos.** Ex: ANEEL, ANTT, ANAC – fiscalizam serviços realizados por particulares.

2) **Fiscalizam atividades de fomento (que incentivam determinadas práticas).** Ex: ANCINE (cinema)

3) **Fiscalizam atividade exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização de atividades econômicas integrantes da indústria e petróleo.** Ex: ANP.

4) **Fiscalizam atividades não exclusivas do Estado.** Ex: ANVISA – fiscaliza o estado e os particulares, ANS (hospitais públicos e privados fiscalizados por essa agência e planos de saúde também).

5) **Fiscalizam o uso de bem público.** Ex: ANA (Águas).

6) **Entidades que se equiparam a agências reguladoras:** não tem o nome de agência reguladora, mas se equipara a elas. Exs: Banco Central; CVM.

Aula do dia 06/09/2011

Continuação...

AGÊNCIAS EXECUTIVAS

1) **Contrato de Gestão Artigo 37, parágrafo 8 da CR.** – vai conter determinadas cláusulas. Celso de Mello critica dispositivo: ele fala que o contrato de gestão pode ser celebrado entre ministérios (adm. Direta) ou adm., indireta. Mas como um Ministério vai celebrar com a Presidência da República se ele não é pessoa jurídica, sendo apenas uma figura de desconcentração? Critica texto da Constituição. Será um contrato da Adm. Publica com ela mesma? Os contratos de gestão são feitos com base na lei 9649/98.

2) **Conceito** - São autarquias que celebram com a Administração Publica o contrato de gestão que prevê plano estratégico de desenvolvimento interno, elaborando plano de reestruturação de suas atividades. Em virtude desse plano, vão receber verbas e terão maior autonomia que as demais.

3) **Peculiaridades** - Surgiram no período em que o Estado passou competências para a administração indireta e a iniciativa privada, tirando da direta. Nesse movimento, surgiram essas agências executivas. Ex.: Abin. Celebrando seu contrato de gestão, recebe maior autonomia para exercer suas atividades. Um exemplo de modificação: na lei de licitações, amplia-se a possibilidade dessas agências de contratarem em dispensa de licitação. Os valores para agências executivas dobram (16.000 e 30.000), tendo alargada sua possibilidade de contratar sem licitação.

1) EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA – o regime jurídico de ambas é muito parecido. São pessoas jurídicas de direito privado criadas pela Adm. Publica para prestar serviços públicos ou exercer atividade econômica, sendo sua criação mediante autorização legal (primeira grande diferença em relação às autarquias – criadas por lei). A lei só autoriza sua criação, mas a criação será mesmo por estatuto com registro em cartório de registro publico. O cartório é de Registro de Pessoas Jurídicas. Ex: Correios e Infraero (empresas públicas – Adm. Publica federal); No caso dos Correios, por exemplo, ele pode ter capital dividido entre administração direta e indireta, mas sem participação do capital privado. CEMIG – Sociedade de Economia Mista. A personalidade jurídica será de Direito Privado, mas nunca onde o Estado esta presente será totalmente regulado pelo direito privado. As empresas públicas se regem basicamente e essencialmente pelo direito privado, exceto naquilo em que o direito publico determinar que ele será aplicável. Aquilo que a lei disser que deverá obedecer ao direito público, será direito público. O regime é parcialmente privado, porque, não obstante a maior liberdade de atuação, estão

submetidas a regras publicas uma vez que há dinheiro publico e interesse público. São um braço do Estado na realização do interesse público. Capital de empresa pública é todo público, enquanto capital de sociedade de economia mista pode ser público e privado.

1) Empresa Pública: conceito

1.1) Personalidade Jurídica - direito privado

1.2) Conceito Legal – Previsto no artigo 5º, decreto-Lei 200 – é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com capital publico. Há uma incongruência nesse conceito: a empresa publica pode ser criada também para prestar serviços públicos. Não se pode dizer que ela presta apenas atividade econômica. É um equívoco que a doutrina reconhece. Trata-se de entendimento pacífico.

1.3) Forma de Constituição - A empresa pública pode receber qualquer tipo de constituição que existe no direito privado (pode ser Ltda, SA etc), que será prevista no estatuto. A empresa publica pode escolher. Mas não pode ser SA aberta, já que o capital é so publico e isso não seria compatível com sua estrutura.

2) Sociedade de Economia Mista: conceito

2.1) Personalidade Jurídica – direito privado, criada para exercer atividade econômica ou prestar serviço público, podendo seu capital ser publico e privado (é a grande diferença dela para a empresa pública).

2.2) Conceito Legal – O artigo 5º, inciso III do decreto Lei 200, traz o conceito legal. Pode ter em sua constituição a conjugação de capital publico e capital privado. Não será regida apenas totalmente pelo direito privado, mas também com normas de direito publico que derogam o direito privado. Aqui também vale a crítica do Celso de Mello: Sociedade de Economia mista também presta serviço publico. Ex: BHTrans

2.3) Forma de Constituição – será exclusivamente Sociedade Anônima. Não pode escolher outra modalidade. A autorização dela é feita por lei. A lei não cria, mas autoriza sua criação, sendo a criação por elaboração de estatuto com o devido registro no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. Pode ter capital privado, mas a maioria do capital votante obrigatoriamente deve estar nas mãos da administração pública (seja direta ou indireta). O capital público poderá ser dividido entre administração direta e indireta. Ex.: Banco do Brasil, criada pela União.

3 – Diferenças entre Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

Empresas Públicas	Sociedades de Economia Mista
1) Constituídas com capital totalmente público	Constituídas com capital público e privado, com prevalência acionária votante para o poder público.
2) Podem adotar qualquer forma societária	Adotam obrigatoriamente a forma de sociedade anônima
3) Feitos processados na Justiça Federal (Artigo 109, I da CR 88)	Feitos processados na Justiça Estadual

3 - Empresas Públicas são processadas na Justiça Federal. As sociedades de economia mista, na estadual. Ex: CEF – Justiça Federal. BB – Justiça Estadual.

REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS (Atenção: "empresas estatais" é gênero do qual decorrem empresas públicas e sociedades de economia mista)

1) Empresas prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica – o regime jurídico administrativo deu tratamento diferenciado a essas duas pessoas. As que prestam serviço público tem regramento publico maior do que o das que exploram atividade econômica. Essas últimas tem que ter maior liberdade de atuação para competir com a iniciativa privada (normas mais amenas se aplicam a essas últimas). Há um tratamento diferenciado. Presente no artigo 173 da CF, em disposição expressa de que essas empresas estatais quando explorem atividade econômica s submeteram precipuamente ao direito privado. Obedecer ao direito publico, só no que a lei disser que deverá obedecer o direito público (o Estatuto a que se refere o artigo não existe até hoje).

2) Criação e Extinção – é feita por meio de autorização legal. São autorizadas por lei. Principio do Paralelismo das Formas: se a criação é assim, a extinção também será da mesma forma.

3) Falência e responsabilidade subsidiária – Elas não se submetem ao regime de falência. Celso de Mello entende que o artigo 2º é em parte

inconstitucional: a empresa exploradora de atividade econômica tem regime de pessoas jurídicas de direito privado, logo deveriam se submeter a falência também. É interpretação conforme a Constituição. A impossibilidade de falência só se aplicaria a empresas prestadoras de serviço público. É uma interpretação contra legem, mas conforme a Constituição. A responsabilidade subsidiária também só deveria ocorrer para as prestadoras de serviço público. As que exploram atividade econômica não deveriam ter nenhum tipo de privilégio. O professor não concorda muito com isso. O Professor acha que o Estado responde por elas sim. E pelo que a lei diz, o Estado responde por elas mesmo, de qualquer jeito.

4) Controle – Para controle dessas empresas, se aplica o controle ministerial. Embora sejam pessoas de direito privado, também se submetem a controle porque são entidades criadas pelo Estado. No artigo 19, do decreto Lei 200, há disciplina. Esse controle será o mais amplo possível. BB e CEF estão sujeitas a esse controle que a administração pública vai exercer sobre as entidades que ela mesma criou.

5) Licitações e contratos – Duas diferenciações devem ser feitas:

5.1 Exploradoras de atividade econômica – a CF, quando as criou, entendeu que, como elas iam se regular precipuamente pelo direito privado, deveriam ter seus contratos regidos também pelo direito privado. As licitações e contratos da forma como são feitas para a Administração Pública não são compatíveis com a estrutura de uma entidade que se submete a regras de direito privado. Seria uma concorrência desleal. O entendimento é que as regras são próprias dessas entidades. Mas como não há ainda legislação específica para elas (artigo 173, parágrafo 1º, inciso II), ainda se submetem a lei 8.666. O artigo 22, inciso XXVII, diz da existência da competência da União para legislar normas gerais sobre licitações e contratos. E fala que a União vai legislar para todos e para as empresas estatais, essa norma vai estar conforme o artigo 173, parágrafo primeiro, inciso III, que diz respeito a legislação própria. Incongruência: empresas exploradoras de atividade econômica teriam estatuto próprio. Mas o artigo 22, pós-alteração, determinou que as empresas públicas e sociedades de economia mista se regeriam por esse estatuto de licitações e contratos. Mas o artigo 22 não distinguiu entre exploradoras de atividade econômica e prestadores de serviços. O entendimento é que quando o estatuto sair, só será aplicado as exploradoras de atividade econômica. Para as prestadoras de serviços públicos, continuara sendo aplicada a lei 8.666.

5.2 Prestadores de serviços públicos – se submetem ao regramento geral das licitações e contratos no regime jurídico como um todo.

6) Regime Tributário – Está previsto no artigo 150, parágrafo 3º. Lá diz que as empresas estatais não se submetem a imunidade recíproca. Exploradoras de atividade econômica, em momento algum, tem imunidade tributária. E a prestadora de serviço público vai ter imunidade quando não cobrar taxas ou tarifas. Ex.: CEMIG não tem imunidade tributária porque cobra taxa de seus usuários.

7) Responsabilidade Civil – artigo 37, parágrafo 6º. Separa as pessoas jurídicas de direito público e privado. Quando prestarem serviço público, respondem objetivamente. Quando explorarem atividade econômica, a responsabilidade é subjetiva. Quando se presta atividade econômica, se iguala a empresas privadas, sendo mais voltada para o direito privado. Quando se presta serviço público, e mais voltado para a coletividade.

8) Servidor Público – No que tange as empresas estatais, o regime jurídico único não se aplica, so se aplicando as autarquias e fundações. Portanto, elas não se submetem ao regime jurídico único.

A administração direta adota o regime estatutário. Obrigatoriamente então, esse regime vai para autarquias e fundações. Mas para as empresas estatais aplica-se as regras do regime trabalhista do ramo privado: CLT. Não se tem aí servidores estatutários, mas empregados públicos. La não se aplica o regime de cargos públicos, mas o regime de empregos públicos. Não há para elas, a figura da estabilidade, sendo restrita aos estatutários, que é regime unilateral. No privado, tem relação bilateral, porque vem de um contrato. Mas a exigência do concurso público deve ser observada em ambos os casos. A acumulação de cargos, em caso de cargos públicos, se estende aos empregados públicos por força do que dispõe o artigo 37, inciso XVII. Portanto, um empregado público do BB não pode acumular cargo no TJ, mas pode ser professor da UFMG. A criação de empregos também deve ser feita por lei, como se da nos casos de cargos. Os empregados podem ser demitidos, mas deve-se observar o princípio da motivação com base em critérios objetivos e não por critérios subjetivos (“amanhecer de manha e não vai mais com a cara do empregado, ao seu alvedrio”). A ação movida por um empregado público é proposta na **Justiça do Trabalho**. Ex.: Infraero. Ação de relações trabalhistas contra ela são resolvidas na Justiça do Trabalho. No caso da UFMG, é na Justiça Federal (relação estatutária).

9) Prescrições quinquenais – a prescrição no caso de ações que podem ser movidas contra empresas estatais também deve observar prescrição quinquenal. Artigo 2º da lei 4597/42.

10) Contabilidade Pública – também é regulada pelo direito privado, se não houver norma de direito público derogando a norma de direito privado.

Fundações Públicas

- 1) **Conceito e Origem** – patrimônio ao qual é conferido personalidade jurídica e atribuída uma finalidade. A Administração Pública pode, tal qual uma entidade privada, criar uma fundação.
- 2) **Características**
 - 2.1 – **Dotação Patrimonial** – A uma dotação patrimonial, é conferida personalidade jurídica.
 - 2.2 – **Personalidade Jurídica** – Há grande discussão sobre a personalidade jurídica da Fundação. Professor acha que a fundação vai ter a personalidade jurídica que a lei disser que ela tem.
 - 2.3 – **Capacidade de Autoadministração** – não a livra completamente da entidade central que a criou, mas vai continuar possuindo controle da entidade central que a criou.
 - 2.4 – **Controle** – controle ministerial e se submete ao controle do Tribunal de Contas também. O controle aplicável a toda a Administração Pública se aplica também as fundações. Podem-se ter então fundações de direito privado ou de direito público, conforme a lei determinar.

3) Normas aplicáveis a Fundação de Direito Privado – mantem similaridade as regras aplicáveis as empresas públicas.

- 3.1 – **Controle Ministerial** -
- 3.2 – **Constituição** – não são criadas pela lei, mas a lei autoriza sua criação.
- 3.3 – **Regime dos Servidores** – vai obedecer ao regime similar ao das empresas públicas.
- 3.4 **Juízo Competente** – competência residual da Justiça Estadual.

3.5 Licitações e Contratos – também se submetem as regras gerais da Lei 8.666.

3.6 Imunidade Tributária – o artigo 150, parágrafo 2º, não distingue as fundações de direito público e de direito privado. Logo, se entende que se aplicam as duas. Se o legislador não distinguiu, não caberia ao interprete fazê-lo. A imunidade prevista se aplica a ambas as fundações. Não há diferença aí. Incongruência da CF.

4) Normas aplicáveis as Fundações de Direito Público

4.1 – Similaridades com Autarquias – se assemelham as autarquias.

4.2 – Criação mediante lei - são criadas por lei e não precisam ser levadas a registro para ter vida. E a diferença das de direito privado.

4.3 – Regime dos Servidores Públicos – Se para a União, se aplica o regime estatutário, para as fundações também se aplica o regime estatutário. Artigo 39 da CF. (Aplica para Fundação e Autarquia, mas não para Empresas estatais).

Aula do dia 13/09/2011

1) **Tendências da Administração Pública:** participação, consensualidade e controle – a administração pública não pode se fechar em uma burocracia antiga. Deve se abrir para a democracia. Há uma tendência hoje de valorização das parcerias. E as três pr. A lógica e delegar e controlar. A administração deixa de ser executora das atividades e passa a delegá-las para terceiros. Formar parcerias com a atividade privada para arejar o exercício de sua atividade administrativa, atendendo de forma mais efetiva os anseios da coletividade. Consensualidade: administração pública consensual e não mais unilateral, que era aquela administração pública fechada que não estava aberta ao diálogo com os cidadãos e com os demais órgãos. Esta aberta ao diálogo e a negociação, formando parcerias para se adequar a nova realidade política brasileira. Frente a essa nova tendência, tem-se a figura dos consórcios públicos. Nessa perspectiva da consensualidade entre administração pública e atividade privada e entre seus próprios órgãos, surgem os consórcios:

2) **Consórcios Públicos:** privilegiam as parcerias público-público

2.1 Conceito e Origem - temos uma parceria celebrada entre dois entes públicos. Surge como um instrumento para parceria entre entes públicos.

Inicialmente não tinha personalidade jurídica, antes da edição da lei que regula hoje os consórcios públicos. Eles nasceram por práticas administrativas que não tinha regulação. Eram celebração de um acordo entre um ente público e outro ente público.

Na década de 90, com o decreto público que criou o SUS, estabelecemos na CF de 88 que a organização de saúde ficaria a cargo do SUS. Ele é gerido pelo governo federal e os três entes federais ficariam responsáveis por executar os serviços de saúde. A obrigação seria dos três. O serviço de saúde precisa de uma especialização muito grande. Com o passar do tempo, os municípios começaram a se unir para criar hospitais regionais. Para tanto, era preciso criar um instrumento jurídico que permitisse essa união. É o consórcio público. Carência da regionalização de determinados serviços públicos que não podiam ser prestados isoladamente pelos entes. Os consórcios públicos são parcerias prestadas por órgãos públicos para gestão dos serviços públicos. Isso deu muito certo e muitas outras parcerias foram sendo efetuadas.

2.2 Marco Legal Regulatório – Lei 11.107/2005

2.3 Personalidade Jurídica: natureza e controvérsias – no início se confundiam com os convênios, porque não tinham personalidade jurídica. Para distinguir os consórcios dos convênios, os administrativistas entenderam que quando a parceria fosse entre entes de igual natureza (município com município, estado com estado), tem-se a figura do consórcio. Se a parceria for entre entes de natureza diversa (União-município, por exemplo) se tem a figura do convenio. Essa prática prosperou de forma muito ampla, e se registrava os consórcios em cartório de registros públicos. Diante da ampliação dessa prática, se deparou com a necessidade de se regular. A lei inova, traz nova regulamentação e determina a outorga de personalidade jurídica a essas parcerias de consórcio público. Hoje a diferença é que os consórcios tem personalidade jurídica.

Pessoa jurídica intra-federativa – alegação de inconstitucionalidade por formação de uma pessoa jurídica que a compunham de forma igualitária feriria o princípio do pacto federativo, ferindo parte da autonomia dos entes. Pessoa que faria parte da administração direta de cada uma, com capital de cada uma, feriria a autonomia dos entes. Hoje é unânime o entendimento de que não há nenhum tipo de desrespeito ao pacto federativo. Os entes entram se querem e fazem parte do consórcio se assim o desejarem. A adesão é opção de cada ente federado e se ele adentra e porque quer entregar parcela dos serviços que deve realizar para esses entes. É uma opção que se toma diante dessa oportunidade. É

essa pessoa jurídica só possui autonomia administrativa e não legislativa. O consórcio visa o fortalecimento do poder local, na tentativa de levar o serviço público ao cidadão, sem que ele tenha que se deslocar para locais distantes para ser atendido. Os serviços se tornam viáveis quando os municípios, por exemplo, se unem e criam hospitais públicos regionais, tendo especialidades próximas aos cidadãos, viabilizando entes que recebem menos recursos públicos para que exerçam atividades que antes não realizavam. A diferença agora depois da lei nova entre os consórcios e convênios é que os primeiros tem personalidade jurídica e os segundos não. Quando o município celebrar consórcio com a União, o estado respectivo tem também que participar para não desrespeitar a autonomia do estado. Já o convenio pode ser celebrado diretamente entre município e União, mas no consórcio não. Se o município participa, ainda que a União não esteja, com outro município de estado diferente, os respectivos estados tem que participar (Ex: cidades próximas, mas uma de MG e outra de SP, os estados tem que entrar juntos também).

No consórcio, o município perde a titularidade do serviço enquanto no convenio o município não perde a titularidade do serviço. Consórcio é sempre celebrado entre entes federativos e não entre autarquias, etc. Nunca entre administração direta e indireta.

Logo, não há inconstitucionalidade alegada pela doutrina da personalidade jurídica dos consórcios. A doutrina majoritária diz o que consórcio não é descentralização política, mas administrativa.

2.4 Personalidade de Direito Público ou privado – existem duas possibilidades de constituição do consórcio público: ou ele é de direito público, com natureza de autarquia (não é autarquia, mas tem natureza de autarquia – se aplicam a ele todas as regras de autarquia). A lei 11.107 criou essas entidades de direito público, alterando o artigo 41 do CC. Tem um regime jurídico diferenciado. Os consórcios de direito público não necessitam de registro, basta a lei para ter vigência. O consórcio de direito privado é considerado privado quando é registrado. Só assim ele nasce.

2.5 Integração com a Administração Indireta, artigo 6º, I da Lei 11.107/2005 – determina que os consórcios de direito público também integram a administração indireta de todos os entes consorciados. Ex.: consórcio entre Betim, BH e Contagem. Na administração indireta de cada um dos municípios, o consórcio fará parte. Isso traz várias repercussões, especialmente no que tange ao controle desses consórcios. Obs: o artigo 6º não disse que os consórcios de direito privado fazem parte da administração indireta. Estão no limbo! Não são

iniciativa privada, nem administração direta nem indireta. Mas a doutrina predominante entende que a interpretação desse dispositivo deve ser feita de forma sistemática: não há como deixar essa entidade sem classificação. Por isso ela também faz parte da administração pública indireta, suscetível portanto ao controle do TC. A natureza de cada um deles será definida pela lei.

2.6 Criação do Consórcio – Quando vários municípios resolvem se unir em torno de um consórcio público, vão partir para negociações iniciais. E a criação do consórcio vai depender de uma celebração prévia de um protocolo de intenções:

2.6.1 – Protocolo de intenções – instrumento jurídico prévio a criação do consórcio público que será utilizado para manifestar o interesse do Poder Executivo de cada um dos entes na celebração desse consórcio. O Poder Executivo sozinho pode determinar a criação de um ente desses? Não! Precisa de autorização legislativa. O poder Executivo vai apenas realizar o que o poder legislativo autorizar. O poder Executivo realiza esse protocolo de intenções, que não cria nenhuma pessoa jurídica (são apenas intenções). Após assinado pelo chefe do executivo de cada um dos entes é levado ao Poder Legislativo de cada um dos entes para sua aprovação. Cada um deles terá que se manifestar sobre esse protocolo. Se as manifestações forem positivas, será transformado em lei municipal. Com essas leis, será celebrado o contrato de consórcio. A lei é simples: aprova o protocolo e o consórcio.

2.6.2 Contrato de Consórcio – sendo pessoa jurídica de direito público, esse contrato só tem vida depois de aprovadas todas as leis. Se forem de direito privado, vai depender de registro no cartório competente. Tem a lei que autoriza a criação e determina o registro.

Caso o protocolo de intenções não seja aprovado totalmente: vai ter que passar de novo como protocolo de intenções para todos os legislativos. Há a possibilidade de participação parcial desse ente se aprovado pelos demais entes, ou seja, se eles aprovarem a participação de um ente sem determinadas cláusulas aplicáveis ao mesmo. Mas pode haver possibilidade de alteração do protocolo também: negociação entre todos que concordem com as mudanças.

IMPORTANTE! O ideal que a doutrina traz é que no consórcio, o protocolo de intenções preveja o mínimo de leis que façam com que ele tenha vida. Se não tiver previsão, só haverá a criação se todas as leis forem aprovadas. A lei diz que se tiver cláusula, pode ser celebrado por parte. Mas se não tiver cláusula, tem que ser aprovado por todos! Pode haver

entrada de outro município depois, se houver aprovação de todos! Deve haver deliberação de todos!

Aula do dia 15/09/2011

Consórcios Públicos (continuação) – Demais contratos que determinam o funcionamento do consórcio público. No caso do consórcio público, ele não tem um só criador, mas sim vários, porque é uma associação de entidades. Para ele receber recursos públicos, tem que ser destinada a ele verba proveniente dos entes que o criaram. Isso se dá pelo contrato de rateio: divisão de verbas! O entes que compõem o consórcio celebram entre si o contrato de rateio, se estabelecendo a transferência de verbas.

Contrato de Rateio - Para ele receber recursos públicos, tem que ser destinada a ele verba proveniente dos entes que o criaram. Isso se dá pelo contrato de rateio: divisão de verbas! O entes que compõem o consórcio celebram entre si o contrato de rateio, se estabelecendo a transferência de verbas. Somente o contrato de rateio pode regular isso. A transferência de verbas jamais estará regulada no contrato de consórcio, mas sim no contrato de rateio. Anualmente, quando o ente for propor a LOA, vão anteriormente analisar o valor que vão destinar para o consórcio. Contrato de consórcio fixa essa obrigação de prever a destinação de recursos. Lei 11.107, artigo 8º: somente pelo contrato de rateio - é a prova como se dá a transferência de verbas. Mas o contrato de rateio é apenas para finanças, verba, orçamento. Na hipótese de se celebrar esse contrato, se deverá honrar o contrato. Não honrando, pode até ser excluído do consórcio por não ter incluído na LOA a verba que ia destinar ao consórcio: não cumpriu o que prometeu. O compromisso de repassar a verba vem com o contrato de rateio.

Contrato de Programa – por meio do contrato de programa, vai ser transferido dos entes que compõem o consórcio a titularidade do exercício de serviços públicos. Se transfere a titularidade dos serviços públicos. Há também a transferência de bens e pessoal destinado a execução de serviços públicos e que são necessários a execução desses serviços. Destina então pessoal, bens e titularidade do serviço público. E por meio dele que o ente público delega para o consórcio a execução do serviço público para o qual foi criado. A existência do consórcio se dá justamente para gestão associada de determinado serviço.

A doutrina também estranha a questão de haver três contratos (consórcio, rateio e programa). Mas a conjugação dos três contratos viabiliza a existência do consórcio.

OBSERVAÇÃO: O contrato de programa é uma modalidade de Gestão Associada de Serviços Públicos – O contrato de programa não é celebrado apenas no consórcio público. Pode ser celebrado em três situações (artigo 13 é mais amplo – o contrato de programa é mais amplo do que a figura do consórcio).

2.1 Pessoas que podem celebrar:

a) Entes federados entre si – Ex: Manga e MG – Manga pode celebrar um contrato com o estado de MG, para que o estado possa usar sua estrutura para saneamento básico na cidade, em seu nome.

b) Entes federados e consórcio público – é subsidiado no consórcio público.

c) Entes federados e entidades da Administração Indireta – Ex: Manga e COPASA. Para execução de saneamento básico no município ou até mesmo com uma entidade de administração indireta de outro estado. A titularidade do serviço público será transferida, bem como pessoal e bens! Tudo isso sem consórcio!

Atenção: *Quando não há consórcio público, o contrato de programa será subsidiado no convenio de cooperação: no qual não há criação de pessoa jurídica.*

No texto original da Constituição, não havia consórcio, nem convenio de cooperação – que foram regulamentados pela lei 11.107. Somente depois, se viu a necessidade de se criar essas figuras com previsão constitucional de gestão de associada de serviços públicos. A CF, atenta a necessidade de cooperação regulamentar essas parcerias celebradas entre entes públicos, vindo a surgir o contrato de programa que pode vir em consórcio ou convenio. O convenio e o consórcio são modalidades de gestão associada de serviços públicos previstos no artigo 241 da CR. O contrato de programa instrumentaliza (é forma de instrumentalizar) tanto o convenio de cooperação quanto o consórcio público.

3) Extinção do Consórcio - os entes que compõem o consórcio público possuem autonomia política, não podendo um interferir no outro. Não são

obrigados a consorciar nem se manter consorciados. O direito de retirada tem que ser exercido em Assembleia por meio de ato formal do representante do ente naquela Assembleia. E pelo princípio do paralelismo das formas, para o exercício do direito de retirada, se exige que se o Poder Legislativo autorizou a entrada, deve também autorizar a retirada. A decisão legislativa de retirada não precisa ter motivação não. O artigo 11 da Lei 11.107 prevê isso. O artigo 24 do decreto 6.017 de 2007, em seu artigo 24, também trata do direito de retirada.

a) Direito de retirada – Cada ente tem o direito de se consorciar e sair dele quando quiser. Quando eles exercem o direito de sair do consórcio, exercem o direito de retirada.

b) Exclusão – é medida punitiva decorrente da não inscrição dos créditos orçamentários na LOA, créditos esses pactuados no contrato de rateio. Para isso deve ser aberto um processo administrativo para garantia de ampla defesa para o ente. So depois disso, ele pode ser excluído. Além disso, o ente pode ser excluído por justa causa: será aberto também um processo administrativo com garantias de ampla defesa e julgamento ao final. A lei não fecha o conceito de justa causa: será tratado no âmbito do processo administrativo. O artigo 8º, parágrafo 5º, da Lei 11.107 trata da exclusão por não inscrição dos créditos na LOA. Antes dele ser excluído, a lei quer preservar: primeiro, o ente será suspenso para que possa reconsiderar o que fez. Ao final da suspensão, ele poderá ou não ser extinguido. Essa suspensão não pode acontecer sem o processo. Em relação a justa causa, a suspensão também será aplicada. Mas tal modalidade de exclusão é prevista no decreto. Justa causa é aquela reconhecida em procedimento específico.

c) Extinção mediante manifestação da Assembléia – Pode-se deliberar pela extinção do consórcio. O poder legislativo de cada um dos entes ratificará essa extinção e ele será extinto. Todos resolvem acabar com o Consórcio. Se não ratificarem, o consórcio continuara existindo.

Regime Jurídico dos Consórcios Públicos

1) Licitações e Contratos – consórcios públicos serão regidos pela Lei de Licitações, 8.666 (tem natureza de autarquias). Mas a lei geral de licitações aplica-se tanto aos consórcios de natureza pública, quanto privada.

Tem-se a regra geral de obrigatoriedade de licitações, mas também exceções: quando a compra ou serviço for feito pelo valor. No caso dos

consórcios públicos, o artigo 24, parágrafo único, prevê valores em dobro (16.000 e 30.000), tal como empresas públicas e sociedades de economia mista (receberam tratamento diferenciado). Alterou-se a lei também para permitir licitações compartilhadas.

- **Licitações Compartilhadas** – pode ser que o consórcio celebre um contrato de limpeza de órgãos públicos e faça essa licitação para que seja aplicável para cada um dos entes. Se os entes se juntam, podem comprar e contratar melhor se fizerem isso juntos. Melhor do que fazer separado: ganham em economia de escala. O consórcio faz essa licitação em nome desses entes e destina os bens ou serviços para esses entes.

2) Bens Públicos

3) Regime de Pessoal

Aula do dia 20/09/2011

Consórcios Públicos

- Regime Jurídico

(...)

2. Bens Públicos - – tanto público quanto privado tem objetivo único: prestar serviço público. Se eles prestam serviço público, a proteção que os bens dessas entidades recebem é a mesma dos bens das autarquias: inalienáveis, insuscetíveis de usucapião e insuscetíveis de ônus reais.

3. Regime de Pessoal – Artigo 39 da CF determina que dentro da administração pública, se adota regime jurídico único. Se a administração adota o regime estatutário, ele deve ser para toda a administração direta e indireta, no que tange a autarquias e fundações. Se tiver empresa pública e sociedade de economia mista, é celetista. Consórcio de direito privado também é CLT, mas tem que fazer concurso público. A lei foi silente no que tange ao consórcio de direito público, e se equipara as autarquias, se aplicando para ele o que se aplica para administração indireta, autarquias e fundações. Sendo assim, se eles adotam regime estatutário, o consórcio de direito público também adotará.

Crítica da doutrina: O consórcio de direito público é formado por vários entes que resolvem no conjunto criar uma pessoa jurídica. Podem resolver criar esse

ente e extingui-lo. O consórcio público tem como característica a transitoriedade. Mas isso seria incompatível com servidores estáveis. E se essa entidade acabar, faz o que com os servidores? O professor acha que é uma estrutura incompatível com o regime de autarquias. O professor acha que o consórcio de direito privado é mais adequado. Estrutura de estabilidade seria incompatível com o regime jurídico dos consórcios de direito público. Ex: consórcio criado para as Olimpíadas é público (entidade provisória). E o que será feito com esses servidores depois de 2018? Fizeram contratação temporária o que fere o princípio constitucional de concursos públicos.

4. Responsabilidade Civil – ambos prestam serviço público, logo a responsabilidade civil é objetiva. Artigo 37, parágrafo 6º se aplica aos consórcios de serviço público e privado.

5. Controle – Ex: consórcio formado por SP e SP, BH e MG, RJ e RJ. No que tange ao controle, há 5 tribunais de conta. Artigo 9º, parágrafo único, da lei 11.107. Logo, esses entes em Assembleia irão eleger um dirigente, presidente ou diretor geral. Se o presidente desse consórcio for o prefeito de BH, ele será o ordenador de despesas do consórcio, assinando contratos administrativos e liberando licitações etc. Se é ele o ordenador de despesas, o Tribunal de Contas será o respectivo controlador do dirigente. A competência fixa-se pelo diretor do consórcio. O controle judicial se dá de forma ampla, assim como o controle legislativo.

6. Regime Contábil – aplica-se o artigo 11 do decreto 6.017. o regime contábil. Ambos seguem o regime contábil público, de processamento de despesas e contabilidade determinado pela lei 4.320. A doutrina defende a aplicação do regime privado para os consórcios de direito privado, mas a lei não distinguiu os dois.

7. Regime Tributário – públicos segue as autarquias, quanto a imunidade tributária. Imunidade recíproca. No que tange aos consórcios de direito privado, seguirão o regime de empresas públicas e sociedades de economia mista. Empresas públicas que prestem serviço público tem imunidade, desde que não cobrem taxa da população.

Entidades de Cooperação com o Estado –

Entidades de administração indireta terminam com o consórcio. Essas agora não pertencem a administração indireta do Estado. Entidades da iniciativa privada que desejavam contribuir, recebendo poderes e atribuições próprias do serviço público. Alguns usam entidades paraestatais como gênero para as três. Outros, como o professor, falam de entidades de cooperação com o Estado como gênero, do qual são espécies as entidades paraestatais (Serviços sociais autônomos – SESI, SENAI, SEBRAE, Sistema S) e terceiro setor (entidades da iniciativa privada – OS – Organização Social, OSCIP – Organização Social da Sociedade Civil de interesse Público).

A principal característica dessas entidades são as contribuições compulsórias. No caso do SEBRAE, por exemplo, a lei autoriza que se cobrem contribuições parafiscais das microempresas que são criadas. A entidade é custeada por essa contribuição parafiscal, não estando no conceito geral de tributo.

1. Entidades paraestatais ou serviços sociais autônomos

1.1 Características

- A) **Pessoas Jurídicas de Direito Privado** – não pertencem ao Estado, mas a iniciativa privada.
- B) **Criados por autorização Legislativa**
- C) **Não tem fins lucrativos** – visam ao crescimento e benefício de uma classe específica, e não lucro.
- D) **Não pertencem ao Estado** – “paraestatais” significa ao lado do Estado, mas não pertencendo a ele.
- E) **Visam grupos sociais específicos** – não são como o Estado que prestam serviço público com caráter de universalidade. O Hospital Joao XXIII não pode negar receber um doente. Essas entidades não prestam serviços públicos que atingem a todos. Por isso não são entidades da administração direta ou indireta. Dirigem sua atuação a um grupo específico que para ela contribui e dela recebe os benefícios que podem ser prestados a eles. Poderiam ser comparados aos sindicatos, embora nos sindicatos não haja obrigatoriedade de filiação e pagamento. Aqui, se não pagar, pode ser executado.
- F) **São custeados por contribuições compulsórias**
- G) **Sujeitos a controle estatal** – por cobrarem contribuição coercitiva, deve ser fiscalizada pelo estado para ver se as despesas que estão sendo feitas estão realmente sendo realizadas de acordo com seu fim.

- H) **Desnecessário concurso público** – não há determinação de concurso para ela.
Obrigados a fazer licitação - a lei 8666 determina a necessidade de licitações. São obrigadas a fazer isso.
- I) **Imunidade tributária (artigo 150, VI CR/88)**

Aula do dia 22/09/2011

Terceiro Setor – OS

- OSCIP

São pessoas jurídicas de direito privado que recebem outorga de título da Administração Pública para desempenharem determinado serviço. E junto com os títulos, outorga privilégios, benefícios, bens etc de acordo com o que for celebrado em troca dos compromissos que assumem para com a sociedade. São entidades que poderiam ter sido criadas como uma entidade só.

Organização Social – OS – se insere dentro do conceito de terceiro setor. É uma entidade da iniciativa privada que celebra com a administração pública um contrato de gestão. São entidades sem fins lucrativos, as chamadas entidades filantrópicas (ou pilantrópicas! Hauhauhaha).

- Marco Regulatório – Lei 9637/99 – Lei das organizações sociais.

- Instrumento de Formalização: contrato de gestão – estabelece o plano estratégico a ser adotado por essa organização para desempenho do serviço público e é previsto também transferência de bens, capitais ou servidores, ou outros incentivos que se pode dar a essa pessoa jurídica. O grande diferencial da OS é a celebração do contrato de gestão.

- Dispensa de licitação: artigo 24, XXIV – A lei alterou a 8666 para estabelece que essas entidades, para celebrarem contrato de gestão, não precisam ser selecionadas por licitação. Não precisam passar por processo licitatório não.

- Decisão Discricionária - Seguindo a linha de raciocínio, não haveria inconstitucionalidade se essa decisão fosse vinculada: requisitos previstos em lei e uma vez preenchidos, não se poderia fazer juízo de valor. Não haveria

espaço para a vontade do legislador, mas a lei estabeleceu que a decisão não é vinculada, mas sim discricionária! E o ministério que vai determinar se aquela entidade vai ser ou não OS, de acordo com a conveniência e oportunidade, sendo, portanto decisão discricionária. Aí que entra espaço para a corrupção! Não há critério objetivo para selecionar a entidade. Há um verdadeiro espaço para prática de atos ilícitos.

- **Obrigatoriedade de licitar** – Se tem dois vínculos no que tange a licitação. AP (Adm. Publica) – OS não depende de licitação. No entanto, ela sendo qualificada como OS e utilizando verbas públicas, quando for contratar com terceiros tem que licitar. Elas desempenham determinados serviços públicos, devendo cumprir a lei.

Organização Social da Sociedade de Interesse Público - OSCIP

- **Conceito** – Desempenham atividades típicas da iniciativa privada que vão receber verbas públicas, capital e bens públicos, e servidores para desempenhar essa atividade mediante a celebração de um termo de parceria (diferente do contrato de gestão) para que ela seja qualificada como OSCIP.

- **Marco Regulatório: Lei 9790/99 e Decreto 3100/99**

- **Objeto mais abrangente** – do que as OSs, abarcando inclusive objetos da iniciativa privada, mas sem fins lucrativos. Por exemplo: os serviços de saúde. O objeto dessa entidade é mais amplo do que o objeto da OS. Há aqui inclusive serviços típicos da iniciativa privada, mas que são fomentadas pela iniciativa pública.

- **Decisão Vinculada** – não é discricionária não! Houve um avanço: aqui não depende da vontade do administrador não. Cumprindo os requisitos legais será OSCIP, mas precisam de outorga do Ministério da Justiça.

- **Não podem receber título de OSCIP: Artigo 2º da Lei 9790/99** – mais um requisito a ser cumprido e não se enquadrar nessas categorias.

- **Instrumento de formalização: Termo de Parceria**

- **Obrigatoriedade de licitar** - com terceiros

- **Sem fins lucrativos**

OS	OSCIP
Lei 9637/99	Lei 9790/99
Exercem atividade de interesse público anteriormente desempenhada pelo Estado	Atividade de natureza privada
A outorga é discricionária	A outorga é vinculada
Qualificados pelos Ministros de Estado ligado a área da entidade	Qualificação pelo Ministro da Justiça
Contratadas por dispensa de licitação	Não há previsão
Devem de realizar licitação	Devem realizar licitação

O controle sobre ambas é amplo!

Aula 04/10/11

ATO ADMINISTRATIVO

1) **Introdução:**

2) **Fato administrativo:**

2.1) **Fato jurídico:** aquele que independe da vontade.

2.2) **Diferença entre ato e fato jurídico**

2.3) **Fato administrativo:** é ocorrência natural que independe da vontade da administração pública, mas que gera consequências para ela. A responsabilidade da administração quando se dá uma omissão é caso de responsabilidade subjetiva, exceto no caso dos adolescentes.

3) **Ato administrativo**

3.1) **Diferença entre ato e fato administrativo:** há diferenças entre ato da administração e ato administrativo. Esse último tem requisitos, enquanto o primeiro significa qualquer ato jurídico emanado pela administração pública. Nem todo ato da administração é ato administrativo. A diferença entre ato e fato administrativo é a mesma do ato e fato jurídico: a vontade.

3.2) **Atos da administração que não constituem atos administrativos**

a) Atos da administração regidos pelo direito privado: o ato administrativo é regido pelo direito público. O ato administrativo tem presunção de legitimidade, tendo repercussões na vida privada dos cidadãos sem necessidade de se recorrer ao judiciário. Um exemplo de ato da administração que não é ato administrativo são alguns contratos celebrados pela AP que segundo a própria legislação são regidos pelo direito privado. Lei 8666 – contratos de locação, de seguro. Art. 62, §3º:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Se retirou desses atos o regime jurídico de direito público, então não são atos administrativos, são atos da administração.

b) Atos meramente materiais: São outros exemplos, no caso de execução prática da atividade administrativa, que não são atos administrativos, mas atos da administração. Ex.: professor na sala de aula só faz atos administrativos? Claro que não!

c) Atos políticos ou de governo: como a determinação é da CR, não são considerados como atos administrativos. Para o Celso, não é ato administrativo, mas para o José dos Santos é.

3.3) Atos administrativos que não constituem atos da administração.

Há hipóteses em que o ato administrativo preenche todos os requisitos, mas não foi feito pela AP! Tem que ser feita a conceituação de ato administrativo sem levar em conta o sujeito, já que poderá acontecer do sujeito não ser a AP.

Ex.: pagamento de taxa para utilização de dos serviços públicos, cobrada pelas permissionárias e concessionárias.

Já atos da administração têm relação absoluta com o sujeito: têm que ter sido emanados da AP.

4) Conceito de ato administrativo

4.1) Diferença entre ato administrativo e ato jurídico

- a) Agente público
- b) Finalidade pública

	Ato jurídico	Ato administrativo
Sujeito	Capaz	Agente competente
Conteúdo		Finalidade pública
Forma	Não defesa	Prescrita

Caso do servidor que fingiu ser promotor, faltou mais do que capacidade, faltou competência e seus atos podem até ser convertidos, pela teoria do agente de fato, se estavam de acordo com o ordenamento.

Ato administrativo é a “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes, como, por exemplo, um concessionário de serviços públicos) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.” (Celso Mello)

Daí vem a distinção que ele diz sobre os atos políticos de governo, que vêm como complemento da constituição e não da lei.

5. Perfeição, validade e eficácia

5.1) Ato administrativo perfeito: processo de formação concluído: é aquele que já completou sua escala de produção, já passou por determinadas fases internas dentro da AP. A nomeação de um servidor público para exercício de cargo efetivo compreende vários atos anteriores, como realização do concurso, convocação, etc. Se torna perfeito a partir do momento em que ocorrer a publicação no diário oficial da União. Tem que cumprir todos os requisitos.

5.2) Ato administrativo válido: adequado com as exigências normativas: é aquele que está de acordo com a legislação, com todos os atos normativos vigentes no momento em que foi emanado. Pode ser submetido ao controle da AP ou do Judiciário. Há um problema com o conceito. Kelsen diz que o ato inválido é inexistente, mas Celso diz que é existente e produz efeitos. Prof. concorda, mesmo sendo inválido, existe, há eficácia, produz efeitos no mundo jurídico.

Validade ≠ Existência

5.3) Ato administrativo eficaz: começa a produzir efeitos.

O ato administrativo poderá ser:

- Perfeito, válido e eficaz: quando terminou a escala de produção, tem adequação com o ordenamento e já produz seus efeitos.

- Perfeito, inválido e eficaz: é o caso do promotor. Produz efeitos, mas não tem adequação com o ordenamento.

- Perfeito, válido e ineficaz: pode estar submetido a cláusula suspensiva, ex.: vacatio legis. Se tornará eficaz passando a cláusula suspensiva.

- Perfeito, inválido e ineficaz: não se adéqua ao ordenamento e também não produz efeitos.

Aula do dia 06/10/2011

6. Requisitos ou Elementos do ato administrativo

Elementos (Doutrina tradicional) entende como sendo 5 os elementos do ato administrativo

a) **Sujeito** – agente publico que tem competência e capacidade, porque so a capacidade não basta. E o sujeito que emite e não para o qual ele se destina.

b) **Forma** – modo pelo qual um ato administrativo de apresenta para o mundo jurídico, podendo ocorrer de varias formas: fala, escrita (forma mais comum), mímica (CTB prescreve os gestos), sinal luminoso, sonoro – possibilidade de formalização de um ato administrativo. Essas diversas formas podem ter ou não previsão legal.

c) **Conteúdo** – aquilo que ele emite; a ordem que ele determina. O conteúdo não se confunde com o objeto.

d) **Motivo** – razão fática daquele ato existir: o que aconteceu no mundo externo que deu razão de existir para aquele ato.

e) **Finalidade** - o que ele busca alcançar e atingir.

Teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello (que o professor vai adotar porque acha mais moderna e mais detalhada. A teoria tradicional considera que o ato possui 5 elementos e o professor Celso de Mello critica essa teoria).

Ele diz que elemento do ato e aquilo que esta dentro dele, que o compõe. O próprio conceito de elemento e aquilo que esta dentro e nem tudo o que a doutrina tradicional diz que é elemento esta dentro dele. O elemento esta dentro do ato, sendo a forma e o conteúdo. No que tange ao sujeito, ele não esta dentro do ato, mas e externo ao ato. Ai tem que diferenciar elementos de pressupostos. Não há como ter ato valido sem ter sujeito, mas ele não esta dentro do ato, mas externamente a ele. Para que se exista um ato, ele tem que cumprir os dois elementos (forma e conteúdo). Ele existe ai pelo menos como ato jurídico, mas

para que ele seja ato administrativo, ele tem que cumprir os pressupostos de existência que são externos ao ato, mas que o ato depende para existir. Estudar essa matéria pelo livro do professor Celso de Melo. E para que ele seja ato administrativo valido, ele tem que ter os pressupostos de validade também.

Se temos forma e conteúdo, temos ato jurídico. Se temos, além disso, objeto e pertinência com a função administrativa, se tem ato administrativo. E teremos um ato administrativo valido se ele cumprir os pressupostos de validade.

6.1 – Elementos

6.1.1 Forma

6.1.2 Conteúdo

6.2 Pressupostos

6.2.1 – Pressupostos de Existência

A) Objeto

b) Pertinência do ato com a função administrativa

6.2.2. Pressupostos de validade

a) Pressuposto subjetivo (sujeito)

b) Pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais) – motivo – razoes fáticas dele existir

c) Pressupostos teleológico (finalidade)

d) Pressuposto logico (causa)

e) Pressuposto formalístico (formalização)

Elementos do ato

a) Conteúdo (conteúdo ≠ objeto) – ordem ou decisão que é emitida dentro de um ato administrativo. Todo ato administrativo reconhece algum direito ou algum dever. O conteúdo e esse reconhecimento, essa ordem que e dada pelo ato administrativo. Conceder o benefício de aposentadoria tem por conteúdo a

ordem que é dada de conceder o benefício. Não se confunde com objeto não. Conteúdo é a ordem que o ato dá e objeto é aquilo do que se fala ou para quem se dirige a ordem. O objeto é o beneficiário, cujo direito foi reconhecido por meio do conteúdo do ato. O objeto é a pessoa que recebe o ato.

b) **Forma (forma ≠ formalização)** – a forma é o modo pelo qual o ato se exterioriza e se expressa no mundo jurídico. Ex: ato por meio de uma portaria ou mímica etc. Formalização é pressuposto de validade, enquanto forma é qualquer meio utilizado pelo agente público para exteriorizar a ordem, o conteúdo, uma certificação. Quando essa forma tem previsão específica em lei, ela é um pressuposto formalístico. A formalização é uma determinação específica no âmbito da legislação (em sentido lato). Pode ser que um ato tenha completado quase tudo, menos o pressuposto de formalização: será um ato que existe, mas que não será válido porque utilizou a forma errada. Será um ato administrativo inválido porque não considerou esse pressuposto de validade. A forma é qualquer meio utilizado para sua exteriorização.

6.2 Pressupostos do ato

6.2.1 – Pressupostos de Existência – o que ele tem que ter para existir como ato administrativo.

a) **Objeto – Diferença entre objeto e conteúdo (importância)** – o objeto do ato é aquilo ou para quem o ato se destina. Qual é o objeto desse ato? A pessoa para quem o ato se destina. Ex: o beneficiário do INSS. Importância da distinção é qual? Se a pessoa já morreu, o ato não terá objeto. O ato tem conteúdo, mas não terá objeto, não sendo, portanto, ato administrativo. O objeto deve existir e ser lícito, tem que ter pertinência legal, tendo que estar de acordo com ordenamento jurídico. Não pode ser impossível (como concessão de aposentadoria para quem morreu). Perde-se o objeto quando a pessoa morre.

c) **Pertinência do ato com a função administrativa** – um ato para ser considerado ato administrativo tem que ser feito voltado para a função administrativa. O ato administrativo tem que ser exclusivo da função administrativa. Ex: presidente do TJMG. A função precípua do TJMG é jurisdicional. Mas ele possui servidores, tem que fazer licitações etc. No momento em que ele faz isso, está no exercício da função administrativa e não da função jurisdicional, mas sim na condição de ordenador de despesas. Contra

esse ato, cabem recursos administrativos e mandado de segurança. Ex. 2: Juiz de direito recebe também competências eleitorais, exercendo também competência eleitoral, se investindo dessa prerrogativa. Possui competências, portanto, administrativas de organizar eleições, tendo que determinar muitas vezes, o cancelamento de títulos eleitorais etc. Quando ele faz essas atividades, ele está exercendo função administrativa que é muito maior do que a função jurisdicional.

6.2.2. Pressupostos de validade

a) **Sujeito** – nunca confundir sujeito com o objeto. Sujeito é o agente público responsável pela emissão do ato administrativo. É o que assina, o que faz a mímica etc. É aquela análise de que além de capaz ele tem que ser competente administrativamente.

b) **Motivo – Pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato** – dentro do Estado democrático de direito, não há outro elemento que mereça mais dedicação de análise do que o motivo. O motivo é o elemento que determina quais são as razões fáticas de existência daquele ato. São os fatos que ocorreram na vida prática e que de fato autorizam a emissão do ato administrativo. O motivo de concessão da aposentadoria e ter cumprido todos os requisitos. Ex: servidor transgrediu norma e abre-se processo administrativo para tratar disso. O motivo do ato é o fato do servidor ter desrespeitado norma.

- Situações que se distinguem do motivo

I) Motivo do ato (situação material) ≠ motivo legal (previsão abstrata)

O motivo legal são aqueles requisitos que a lei coloca para a emissão de determinado ato administrativo. Às vezes, eles podem até coincidir com os motivos ao ato. Mas nem sempre há essa coincidência, aí se tem a diferença seguinte (ato discricionário). É a demonstração da ocorrência de determinado fato na vida prática, enquanto o motivo legal está expresso na lei. O administrador público deverá motivar o ato para que se saiba o que de fato ocorreu, tendo-se aí o motivo do ato administrativo. O ato tem o dever de ser motivado de maneira adequada aos princípios administrativos, sob pena de ser considerado ato inválido. Nossa administração não pode ser arbitrária. A situação fática deve

ser analisada de forma mais atenta do que os motivos legais que já estão resguardadas em lei.

II) Motivo do ato (situação material) ≠ móvel (intenção, vontade do agente) – motivo do ato é algo objetivo que advém da análise dos fatos, da reconstrução histórica do que aconteceu na prática e que levou a administração pública a agir daquele jeito. Móvel é quando a lei deixa um espaço para a decisão e o administrador público toma sua decisão dentro desse espaço de possibilidades que a lei permitiu. Daí a diferença entre ato vinculado e ato discricionário.

- Os limites da vontade do agente

***Ato discricionário** – dentro do princípio do interesse público, por razões de conveniência e oportunidade, que são os 2 requisitos do ato discricionário. Vontade do agente não é querer ou não querer alguma coisa simplesmente, mas sempre guiado pelo interesse público/ **ato vinculado** – que decorre diretamente da lei.

***Discricionariedade dentro da lei**

Aula do dia 11/10/11

6.2 – Pressupostos do ato Administrativo

6.2.1 - Pressupostos de validade

A) Sujeito

B) Motivo - o interesse público deve sempre se sobrepor a quaisquer outros interesses. É aquilo que de fato aconteceu, manifestação fática de algo.

Motivo do ato - fato daquele segundo específico ter completado 35 anos de contribuição ≠ **Motivo legal** – por si só não basta – é o que acontece no âmbito abstrato. Ex: Em se completando 35 anos de contribuição, pode-se conceder aposentadoria. – é o que a lei diz.

Motivo do ato ≠ móvel – manifestação da decisão administrativa daquele administrador público, que só tem cabimento quando se fala de ato discricionário. A discricionariedade é discricionariedade dentro da lei – permissão legal dada pela lei para que a administração pública escolha entre a

decisão x, y ou z. Ato vinculado: a decisão do administrador público se baseia somente na lei. A lei fixa os parâmetros desse ato.

- Os limites da vontade do agente

Motivo do ato – é aquilo de fato aconteceu no mundo fático ≠ **motivação** – exposição de motivos – é a forma pela qual se dá a exposição dos fatos que levaram a edição daquele ato administrativo. A exposição dos motivos dentro do ato administrativo é a motivação. Ex: “Considerando que a verba destinada cobre a construção de apenas um hospital...” – isso é a exposição dos motivos, a motivação. É como acontece na exposição de motivos de uma lei editada: que dá o motivo pelo qual aquela lei é editada.

- Quando é necessário motivar – 3 correntes:

1) o ato só precisa de ser motivado quando a lei assim determinar. Lei 9784 diz que todo ato administrativo que for causar gravame ao direito de alguém precisa ser motivado. - Ausência de motivação dos atos discricionários e invalidação

2) Apenas os atos discricionários, aqueles que tem espaço para a vontade do agente, precisariam de ser motivados porque os vinculados já se baseiam na lei, não precisando de motivação.

3) Todo e qualquer ato administrativo precisa de motivação. Não pode ter um ato sem motivação. Mesmo os que têm base na lei precisam de motivação (atos vinculados). Não se pode deixar jamais de motivar o ato. Essa é a teoria que prospera, não se podendo deixar de motivar mesmo os vinculados e especialmente os discricionários.

- **Teoria dos motivos determinantes** – dentro de um ato administrativo são os motivos, os fatos ocorridos que devem guiar a decisão da administração pública. Mesmo nos discricionários, a decisão da administração pública deve ser o máximo objetiva possível, se livrando, ao máximo, da subjetividade. O que importa é que as decisões sejam tomadas de forma objetiva, respeitando-se os princípios administrativos. O que guia a decisão administrativa, ainda que discricionária, são os motivos, aquilo que aconteceu na prática, e sua análise de forma objetiva. Na mesma medida, deve-se tratar a todos da mesma forma. A exposição de motivos, portanto, faz parte da validade do ato: se não houver motivação, ocasiona-se invalidade do ato. Se o administrador público vê que aconteceu na prática os motivos e não faz a motivação do ato, o ato tem que ser

sempre invalidado? Depende! Deve-se passar por análise para ver se, a época de sua edição, havia motivos presentes. Não expor os motivos é diferente daqueles motivos terem ocorrido: os motivos podiam estar presentes, sem que tenham sido expostos. Cabe então ao controlador analisar se de fato o motivo ocorreu, voltando-se ao processo e verificando se haviam provas carreadas no processo se os motivos tenham ocorrido. Ai pode ser que se considere que o ato, apesar de não ter sido motivada, se baseou em motivos que ocorreram. Assim, **ATENÇÃO:** mesmo sem exposição, mas com motivos que de fato ocorreram (e passíveis de verificação em relação a provas presentes nos autos, por exemplo), o ato não será invalidado. A lei determina que todas as vezes que um ato puder ser sanado, ele deve ser.

Logo, se tem 3 requisitos para que o ato sem exposição de motivos não seja invalidado:

- 1) Ocorrência de fato dos motivos que venham a ser alegados posteriormente pela administração.
- 2) Que os motivos sejam suficientemente idôneos para justificar o ato administrativo.
- 3) Que sejam eles a razão determinante para a pratica do ato. Não se pode inventar motivos para se fundamentar os atos, tentando justificar o ato de qualquer maneira. O que tem que ficar claro e que o motivo tem que ser vigente na data da pratica do ato, não podendo ser posterior: porque ai se estaria inventando motivos - ele tem que ser contemporâneo e não extemporâneo. Os motivos tem que ser o guia e a razão de ser daquele ato.

6.2.2 – Pressupostos de validade

a) Pressuposto subjetivo: sujeito

b) Pressupostos objetivos – são requisitos de ocorrência desse ato que esta sendo editado.

- Motivos

- Requisitos Procedimentais – determinados procedimentos que a Administração publica tem que adotar e dos quais o ato depende para sua validade. São requisitos de ocorrência desse ato que esta sendo editado. Se

diferenciam dos pressupostos procedimentais de formalização: requisitos procedimentais e aquilo anterior ao ato e atos dos quais ele depende para sua edição. A nomeação do servidor depende de que haja prévio concurso publico. A contratação depende de licitação. Etc.

c) Pressupostos teleológicos (finalidade) – bem jurídico que o ato administrativo almeja alcançar. Quando um ato de um prefeito determina a dissolução de uma passeata, a finalidade e a proteção da ordem publica. E a finalidade ou bem jurídico que esse ato administrativo pretende alcançar. Ex: ato que desapropria um imóvel: almeja proteger o bem jurídico “vida” por meio da construção de um hospital.

- Desvio de poder/ desvio de finalidade (teoria do desvio de poder) – muitas vezes, os administradores públicos utilizam determinada roupagem de legalidade para atingir um interesse particular. Quando se buscam fins relacionados a bens jurídicos que não são da administração publica, se esta diante de desvio de poder e de finalidade. Ao administrador não é entregue um cheque em branco (UAU), mas a reponsabilidade inerente ao poder! O que se quer da administração é atuação, é vida: o direito administrativo é o direito constitucional vivo (que lindo).

I – O agente busca uma finalidade alheia ao interesse público – isso é muito comum em cidades do interior, em que o prefeito possui entre seus funcionários algum desafeto e utiliza de instrumentos de remoção de servidores. Hahahahaha! A remoção se baseou em motivos que não existiam! Não e interesse publico, mas interesse particular! Ex.2: imóvel não utilizado para a construção de escola, mas para ampliação da garagem da prefeitura. Trata-se de desvio de finalidade: destinava-se tutelar o direito de educação, mas isso não foi feito. Ele poderia ate ter feito desapropriação para ampliar garagem, mas o ato foi editado com finalidade diferente da qual se realizou ao final. A mudança de finalidade desse ato não e viável após sua edição! Consequência: invalidação da desapropriação e devolução do bem.

II – O agente busca uma finalidade alheia a categoria do ato – quando se visa atingir, por meio de atos administrativo, bem jurídico que não é protegido por aquele ato. Ex: o servidor praticou ato ilegal. Deve sofrer sanção. Mas não se quer aplicar a sanção então há a remoção para outro local de trabalho. Mas isso não e instrumento valido para aplicação de sanção a ninguém. Nesse caso,

também há desvio de finalidade do ato, já que a remoção não visa atingir o bem jurídico de aplicação de sanção a servidores. Esse ato não se presta a isso. Todas as vezes que se usa um ato administrativo, subvertendo a ordem, e desviando a finalidade, se tem esse desvio. Remoção só pode ocorrer para proteger a organização administrativa e não aplicação de sanção!

Aula 13/10/11

Cont. Pressupostos de validade do ato administrativo

d) Causa – é a correlação lógica entre motivo e conteúdo do ato, entre os fatos que aconteceram e o que de fato será determinado no ato administrativo. Causa é o vínculo de pertinência entre o conteúdo do ato e o motivo que levou à sua emissão. É na causa que avaliamos a razoabilidade e a proporcionalidade

- Vínculo entre motivo e conteúdo:

Causa ≠ Motivo

X dá causa a Y?

- Avaliação da razoabilidade/proporcionalidade

e) Pressupostos formalísticos: é a determinação na lei (em sentido amplo) de uma forma específica da qual se deve revestir o ato administrativo. A diferença entre ele e a forma é que esta é qualquer meio que o ato utiliza para ser emanado e naquele, mesmo que o ato tenha seus dois pressupostos de existência e também os de validade, se foi feito em desconformidade com a forma, não atende ao pressuposto formalístico, é inválido. Ele tem forma, mas não cumpre o pressuposto formalístico.

7. Atributos do ato administrativo

Para que a AP possa abranger todas as necessidades da coletividade, ela precisa de atributos, que são poderes, prerrogativas que o regime jurídico administrativo outorga aos atos administrativos.

a) Presunção de legitimidade (iuris tantum): admite prova em contrário.

b) Imperatividade ou poder extroverso: é a possibilidade de um ato administrativo emitir ordens, autorizações, determinações, atribuições para a coletividade.

c) Exigibilidade: o particular, diante de uma ordem administrativa, não pode deixar de cumpri-la. Ex.: cobrança do IPVA – se não for pago, pode cobrar

multa, não pode circular com o carro, juntamente por ser uma obrigação exigível.

Imperatividade (Impõe a obrigação)	≠	Exigibilidade (dever de obediência à obrigação imposta)
---------------------------------------	---	--

d) Executoriedade: enquanto a presunção de veracidade e os outros atributos sejam inerentes ao ato administrativo, a executoriedade tem peculiaridades. É a possibilidade da AP executar seus próprios atos, fazer com que estes sejam cumpridos.

Executoriedade (Execução material da coação)	≠	Exigibilidade (Não garante a execução material)
---	---	--

- Casos em que há exigibilidade e há executoriedade: A determinação de dissolução de determinada passeata é um caso de executoriedade; não precisa levar para a judiciário, o próprio executivo fará a paralisação. Outro exemplo é a interdição dos locais perigosos, a desapropriação.

- Casos em que há exigibilidade e não há executoriedade: cobrança de tributos. Ex.: se você não paga o IPVA, o executivo não pode ir lá na sua casa penhorar seus bens, precisa de ir no poder judiciário. Dispensa-se somente o processo de conhecimento, já que o ato tem presunção de legitimidade.

- Casos do Direito Privado em que há executoriedade: no caso de hóspede que não paga a estadia, o dono do hotel pode ficar com as malas; é um caso da lei civil admitindo auto executoriedade dos atos; é a justiça com as próprias mãos.

- Situações em que cabe executoriedade:

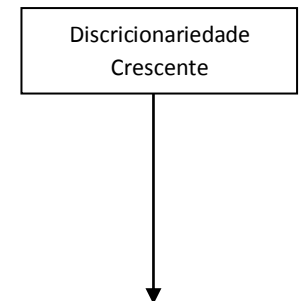
- Quando a lei determina
- Quando é condição indispensável à garantia do interesse público

8. Vinculação e Discricionariedade

Dentro do quadro de possibilidades, a AP escolherá, com base na conveniência e necessidade, qual será a melhor opção

- Discricionariedade poderá consistir em:

- O momento da prática do ato;
- A forma do ato;
- O motivo do ato;
- A finalidade do ato;



e) O conteúdo do ato

- A análise da discricionariedade passa por:

a) Análise da norma

Situação 1: a norma não descreve a situação

Situação 2: a norma possui conceitos vagos

Situação 3: a norma confere mais de uma possibilidade

Aula 18/10/11

9. Classificação dos atos administrativos

9.1. Quanto à natureza da atividade

a) Atos de administração ativa: ato administrativo para execução material de alguma tarefa.

b) Atos de administração consultiva: pareceres. Quando um assessor jurídico emite parecer indicando concordância do edital às leis, o administrador público irá publicar o parecer (que foi fundamento do ato). Pode ser, portanto, independente ou motivador do ato administrativo.

c) Atos de administração controladora: podem ser típicos do MP, quando exercem o controle sobre determinada. Há controle prévio, concomitante e anterior.

d) Atos de administração verificadora: verificação de fatos. Não é controle, porque esse é exercido de um órgão a outro. Verificador é quando a AP vai em busca de determinados fatos, verificando se o fato existiu.

e) Atos de administração contenciosa: quando a AP conduz determinado processo administrativo, submetido à ampla defesa e contraditório onde há lide, direitos contrapostos. Só faz TEJ administrativo.

9.2. Quanto à estrutura do ato

a) Atos concretos: atinge determinadas pessoas ou situações. Ex.: concessão de aposentadoria por invalidez.

b) Atos abstratos: quando atinge a coletividade, no âmbito genérico. Não pode impetrar MS contra ato genérico, só contra o concreto que decorre dele. Ex.: instrução normativa, regulamento.

9.3. Quanto aos destinatários

a) Atos individuais: é aquele destinado a uma pessoa específica. As pessoas estão especificadas no processo. (ex.: fulano de tal)

b) Atos gerais: pode ter uma classe que irá ser afetada. Ex.: corte de ponto dos professores que fizeram greve – é ato concreto e geral. Regulamento contra concessão de licença para tratamento de saúde é ato abstrato e geral.

9.4. Quanto ao grau de liberdade dos atos

a) Atos discricionários:

b) Atos vinculados: há determinação legal à qual a AP deve se vincular para agir.

Atos discricionários ≠ Conceitos jurídicos indeterminados

Se há análise vinculada, se há uma só decisão correta para o caso, o juiz analisará o mérito. Mas conceito jurídico indeterminado não é ato discricionário, já que no caso concreto posso saber qual é a decisão correta que a AP devia ter tomado. Olhar o interesse público, que aparece no caso concreto.

Fica uma zona cinzenta, na qual a AP deverá deliberar; e se dentro dela falta razoabilidade e proporcionalidade, poderá ser anulado.

• Motivação e controle dos atos administrativos – prof. Florivaldo Dutra de Araújo

9.5. Quanto à função da vontade administrativa

a) Atos negociais: são aqueles que produzem determinada situação jurídica, instituir determinado direito a alguém, determinar algo, alcançar algum resultado jurídico, com consequência jurídica na esfera de alguém. Não pode confundir com bilaterais, que são contratuais. O efeito jurídico é criado. Ex.: concessão de aposentadoria.

b) Atos puros ou meros atos administrativos: seus efeitos já decorrem da lei, essa é a grande diferença. Ex.: emissão de CND – seu efeito já está regulado em lei; emissão de certidão de matrícula na UFMG.

9.6. Quanto aos efeitos

a) Atos constitutivos: constitui nova situação. Tenho que ter poderes para tal.

b) Atos declaratórios: decorre de mera situação fática que será declarada. Ex.: laudo de vistoria. Esse laudo será analisado e a pessoa competente dirá qual a consequência que virá dele. Podem ampliar ou restringir direitos.

9.7. Quanto aos resultados na esfera jurídica dos administrados

a) Atos ampliativos: ampliam a esfera jurídica de determinada pessoa. Ex.: concessão de aposentadoria

b) Atos restritivos: restringem essa esfera. Ex.: cancelamento de matrícula, exoneração de cargo.

9.8. Quanto à situação de terceiros

- a) Internos: são aqueles que só tem efeito no corpo administrativo interno. Ex.: aumento de carga horária dos servidores.
- b) Externos: fora do âmbito de atuação interna da AP.

9.9. Quanto à composição da vontade produtora do ato

- a) Atos simples: declaração de um único órgão. São aqueles em que apenas um órgão colabora na emissão do ato administrativo. Ex.: ato da UFMG.
 - Singulares: a manifestação da vontade vem de uma pessoa só. Ex.: diretor da faculdade de direito.
 - Simples colegiais: vem da manifestação da vontade de órgão colegiado. Ex.: colegiado de graduação da FDUFG.
- b) Atos complexos: mais de um órgão participa da emanção do ato. Ex.: nomeação de desembargador pro TJ – lista tríplice de indicação e escolha pelo governador.

9.10. Quanto à formação do ato

- a) Atos unilaterais:
- b) Atos bilaterais:

9.11. Quanto à natureza das situações jurídicas que criam

- a) Atos-regra: estabelece normas dentro da administração pública, como por exemplo o regulamento administrativo, a IN, a portaria. Essas normas deverão ser observadas por todos. Muitas vezes essas regras criam condições para que as regras sejam cumpridas. Essas condições não chamadas de ato-condição.
- b) Atos-subjetivos: destinado a pessoa específica que eventualmente cumpriu os requisitos. Ex.: concessão de aposentadoria por tempo de profissão.
- c) Atos-condição: quando a norma gera o cumprimento de alguma condição, dando direito ou instituindo dever. Uma condição foi estabelecida pela regra. Ex.: somente será concedida licença para porte de arma se você fizer treinamento; a norma, ao ser cumprida, ao completar o curso de porte de arma, temos o ato-condição, que é o deferimento da licença, pelo cumprimento da condição. Ex.: concessão de certidão.

9.12. Quanto à posição jurídica da administração

- a) Atos de império: o poder era o norte das aulas de direito administrativo, então essa matéria era muito importante. Ato de império é aquele no qual a AP se

coloca em posição de superioridade em relação aos particulares. Ex.: rescisão do contrato administrativo pelo interesse público.

- b) Atos de gestão: a AP está em condições de igualdade em relação aos particulares, dependendo da vontade deles também. Ex.: contrato de concessão. Essa distinção está em desuso, já que no EDD falamos cada vez mais sobre a igualdade.

10. Silêncio da Administração Pública

Min. Moreira Alves em caso que particular fez requerimento e a AP não respondeu nada: é impossível, sem se abdicar da seriedade, admitir que o estado se dirija a um particular para informar que preferiu permanecer em silêncio. De acordo com o prof, o silêncio da AP é muito grave!! Esse silêncio pode ser dar por não fazer o que a lei determina ou não responder.

O não fazer está regulado pelo art. 37, §6 CR. Responsabilidade administrativa extracontratual.

- Direito de petição: art. 5º inc XXXIV:

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

- Dever de decisão da administração pública: No direito português a lei já estabelece os efeitos da não resposta como deferimento tácito do pleito, se ultrapassado o prazo de resposta.

10.1. Panorama no Brasil - a doutrina construiu teorias para regulamentar o silêncio da AP no Brasil.

- a) A lei prevê efeito denegatório: pode ser que lei específica diga que a não concessão significa denegação tácita, com direito a recorrer ao Judiciário para combater o silêncio (que é chamado aqui de silêncio eloqüente)
- b) A lei prevê efeito concessório: mas a lei pode estabelecer ato concessório, ter efeitos positivos, dando o pleito petitionado.
- c) A lei não traz previsão: é o mais comum. Abrem-se duas possibilidades. Diante de um não ato, não temos prova constituída, nem direito. Está sendo excluída a possibilidade de impetrar mandado de segurança, é um desvio de poder.

I) Decisão vinculada: A teoria à qual o prof se filia diz que se a decisão omitida se tratasse de decisão vinculada, cujos efeitos e condições já

estão previstos em lei, em que não existia espaço de deliberação para o poder público, o ato judicial já pode por si só conceder ou denegar o pleito. Juiz pode substituir o administrador. Mas o Carvalho Filho não acha isso não! Ele acha que tem que mandar de qualquer forma pro administrador. O prof não concorda, concorda só com o Celso.

II) Decisão discricionária: nesse caso da teoria do prof, quando há espaço para a deliberação, o juiz não poderá substituir o administrador; deverá fixar o prazo para o cumprimento, além de multa para o descumprimento do prazo.

Obs.: na maioria das vezes o caso é de ação ordinária com pedido de liminar. Mas dependendo do caso concreto, se eu achar que tem um direito líquido e certo, com provas já constituídas, posso entrar com MS. Mas cuidado! O juiz pode não ver dessa forma.

10.2. Prazo genérico da Lei 9784/99: não estabelece a sanção, então ainda deixa brecha para o silêncio.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada

10.3. Responsabilidade do administrador público: se causou lesão ao erário ou ao particular. A responsabilidade é pessoal se a omissão é ilegal e não respeita o direito dos particulares. É fixado em processo administrativo ou judicial, via indenização. Se a AP teve que pagar multa, essa multa pode ser cobrada em regresso contra quem omitiu. Pode ter responsabilidade funcional, sem dano, pelo simples fato do servidor ter falhado no exercício de suas competências (advertência, demissão etc)

Aula 27/10/11

11. Atos administrativos “in specie”

11.1. Em fundação do conteúdo

a) Admissão: o servidor público será admitido, o conteúdo é analisado, para que que serve esse ato: descrever novo vínculo jurídico entre servidor e Estado.

b) Concessão: ligada ao conceito de serviço público. Mais ampla que os dois conceitos abaixo. Concede também direitos, aumenta a esfera jurídica de algum indivíduo. Tem regramento específico: se dá pela via contratual, é ato administrativo bilateral, celebrado pela AP e o particular, transferindo a titularidade do serviço público para este. Tem mais força que a permissão e a autorização, que são atos administrativos precários, porque são unilaterais.

c) Permissão: ato unilateral que pode ser revogado, diante de interesse público.

d) Autorização: semestre que vem veremos melhor essa diferenciação, depois de ver serviço público.

e) Aprovação: um ato pode ser depois submetido à aprovação de órgão superior. É diferente de homologação. Poderá existir análise de mérito, da necessidade e proporcionalidade do ato. É mais ampla e é mais comum que se dê a posteriori

f) Licença: outorga de determinado direito específico do particular que não é concedido à coletividade em especial, mas que será concedido a alguém. Ex.: licença para construir.

g) Homologação: esta ocorre na análise de regularidade administrativa e legal, sendo a autoridade superior quem homologa. Ex.: licitação para adquirir o veículo, foi feito pregão eletrônico, sendo vencedora a empresa x. O pregoeiro, que conduz o processo licitatório, vai considerar o objeto adjudicado e vai empregar o objeto. Esse ato de adjudicação será submetido à homologação da autoridade superior, que irá analisá-lo em todo o procedimento licitatório, para homologá-lo ou não. Limita-se à regularidade.

11.2. Em relação à fórmula/ forma de manifestação do ato

Não tem na lei tipificação de como será feito o ato, nem nada no sentido de que o ato x será feito através de decreto, portaria etc. O rol é só exemplificativo, podem existir também outras formas.

a) Decreto: visa regulamentar a lei, exceto nos casos das competências constitucionais do presidente da república, que visam regulamentar a CR. E o Decreto da Lei Seca em época de eleição. Quem é o governador para instituir por ato administrativo restrição de direito? É utilizado via de regra pelo executivo.

b) Portaria: se presta para vários assuntos, mas via de regra com efeitos concretos, não é genérica igual o decreto. Pode nomear comissão permanente de licitação em órgão público, anualmente. É ato unipessoal.

c) Alvará: a licença pode muitas vezes utilizar essa fórmula.

d) Instrução: usada pelos ministros de estado, chefes de repartição, secretários de estado. Visa atos administrativos genéricos e produtores de normas para os servidores em geral.

e) Aviso: um dos exemplos é o edital de licitação

f) Circular: é ordem que vai atingir vários setores ao mesmo tempo.

g) Ordem de serviço: determina a prestação de determinada atividade ou serviço

h) Resolução: deliberação emanada de órgão colegiado, de determinada repartição pública. Ex.: resolução do colegiado de graduação da UFMG.

- i) Parecer: emite opinião que pode ou não ser seguida pela AP. Há discussão se parecer pode ser vinculativo ou não, mas não adianta estudar isso agora.
- j) Ofício: a AP usa dele para fazer comunicações administrativas. Difere da circular porque esta é dirigida para vários órgãos.

12. Extinção dos atos administrativos

12.1. Ato eficaz

I) Cumprimento dos seus efeitos: uma das formas de ser retirado é o esgotamento de seus efeitos.

II) Desaparecimento de elemento infungível: sujeito ou objeto. Também é causa de extinção do ato administrativo. Sujeito é o que emite o ato administrativo e o objeto é o fim a que ele se destina ou a quem. Se tem uma imagem católica e ela sofreu um tombamento, vai pro Livro dos Tombos!! Hahahaha se a imagem cai e quebra, o ato de tombamento deixa de existir!

III) Retirada: também é forma de extinção e se divide em:

a) Revogação: retirada do ato porque é inconveniente ou inoportuno

b) Invalidação: é cancelamento de ato administrativo, sua retirada, mas nesse caso não é por conveniência ou oportunidade, mas sim porque o ato não está em consonância com o ordenamento. Pode ser incompatível com a CR, com leis e até com atos administrativos de maior hierarquia.

c) Cassação: destinatário deixou de cumprir condições originais do ato. Ex.: costureira que realiza suas atividades contribuindo para a previdência; se torna inválida em razão de cegueira e é aposentada. Por um milagre de deus, voltou a enxergar!!! Isso é incrível, mas como o requisito para a aposentadoria deixou de existir, este deverá ser cassado! Mas o ato não foi ilegal não!

d) Caducidade: o ato se torna incompatível com a nova lei/ato. No caso de uma licença para exploração de um parque de diversões na cidade, a pessoa recebeu licença pra construir, mas aí veio a lei de ocupação dos solos e deliberou que aquela área seria destinada para casas populares e não para parques, então vai extinguir o ato anterior. O ato anterior não era ilegal, ele só tornou-se incompatível com ato posterior.

e) Contraposição: oposição do beneficiário do ato. O objeto beneficiário do ato administrativo se opõe a receber o ato, como no caso de beneficiário do INSS que requer a aposentadoria por idade, mas depois não quer mais, quer continuar trabalhando. Aí a concessão de aposentadoria poderá ser extinta. Mas é porque isso é um caso de opção dada pela AP. Se for aposentadoria compulsória não posso ficar optando! O ato não é ilegal, não tem nenhum problema, só foi o beneficiário que mudou de idéia.

12.2. Atos ineficazes

a) Mera retirada, revogação, anulação: ato ineficaz é aquele que ainda não iniciou a sua produção de efeito. A forma de retirá-los do mundo jurídico pode ser pela mera retirada, quando a AP não precisa analisar nada sobre ele. Irá revogá-lo ou anulá-lo se observar qualquer inconveniência, desproporcionalidade ou ilegalidade.

b) Recusa: se antes do ato ter efeito o particular muda de idéia e não quer aceitá-lo, é recusa e não contraposição.

Aula 1º/11/10

Cont. Extinção – Ato eficaz e ineficaz – Revogação

Revogação

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Essa previsão foi feita para não criar expectativas no privado que depois podem não ser cumpridas.

- Ato administrativo/Implícito ou explícito: o ato de revogação é ato administrativo que cancela outro ato, então deve ter também todos os requisitos inerentes aos atos. A revogação pode ser implícita ou explícita, pela incompatibilidade com o segundo ato.

- Sujeito ativo da revogação: agente público

- Objeto da revogação: ato administrativo

- Revogação de ato concreto e abstrato: um concreto pode ser revogado por um genérico e vice-versa

- Motivo da revogação: inconveniência e inoportunidade, avaliadas em ato administrativo discricionário, já que no vinculado a própria lei já disse que ele

terá que acontecer, então não cabe ao administrador público avaliar sua conveniência ou oportunidade, porque a lei já o fez. A extinção de ato administrativo vinculado se dá por ilegalidade, incompatibilidade com o ordenamento ou recusa.

Súmulas STF:

346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial

- Limites ao poder de revogar

- a) Atos já exauridos: são irrevogáveis, porque não produzem mais efeitos.
- b) Atos vinculados: só por ilegalidade, ou seja, anulação e não revogação.
- c) Meros atos administrativos (efeitos derivam da lei) ex.: certidões. Não houve juízo de conveniência nem de oportunidade. São só fatos que foram aferidos, não houve esse juízo, então não pode revogar.
- d) Atos de controle: São irrevogáveis.
- e) Atos complexos: o que se quer dizer é que se trata de um ato em que ocorreu a manifestação de vontade de mais de uma pessoa. Para revogar, todas as pessoas que emitiram a vontade devem concordar.
- f) Atos que geram direitos adquiridos: o princípio da segurança jurídica os protege, então são irrevogáveis, de acordo com a súmula 473 STF. O ato até pode ser revogado, mas os direitos já adquiridos serão mantidos. A adjudicação e homologação no processo licitatório outorga direito adquirido para quem participou da licitação.
- g) Atos que consistem em decisão final de processo administrativo contencioso: será feita avaliação da edição de determinado ato, há ampla defesa e contraditório, resistência de uma das partes na avaliação daquele ato e depois há decisão sobre o ato. Esse ato que decide não é passível de revogação. A avaliação de conveniência e oportunidade foi feita no devido processo legal, então não pode revogar, mas pode anular se tiver alguma ilegalidade.

- Revogação e indenização

Regra: não há indenização vinda da revogação, mas se atinge direito de terceiro de boa-fé, tem que indenizar. Art. 37, §6º CR.

- Efeito da revogação: regra geral ex nunc, não retroagem.

LER: Santander – Convalidação do ato administrativo e revogação do ato

Invalidação dos atos administrativos

Estamos diante de ilegalidade do ato e o objeto do ato invalidante é outro ato, que é ilegal.

- Sujeito ativo: administração pública e poder judiciário. Poder judiciário não pode fazer avaliação de conveniência e oportunidade dos atos da AP, já que é ela mesma que tem que fazer isso. Mas a doutrina tem começado a achar hipóteses em que o ato discricionário sofre influência do judiciário. O poder judiciário pode falar se o ato é proporcional, já que isso entra no ordenamento. Falar que um ato está em desconformidade com o ordenamento pode ser feito tanto pela AP quanto pelo Judiciário.

- Objeto: ato administrativo em desconformidade com o direito.

- Fundamento: princípios da legalidade e segurança jurídica. Não se pode permitir no EDD ato administrativo que ofenda o ordenamento.

- Forma de invalidação: processo administrativo, garantida a ampla defesa e o contraditório. Deve respeitar o dpl, pois o ato administrativo pode dizer respeito a direito de terceiros e para ser retirado do mundo deve passar por esse processo.

Convalidação

É interessante que os atos administrativos prosperem por causa da expectativa que eles criam na sociedade. Então deve ser feito o possível para que um ato já editado não venha a ser invalidado. A doutrina, seguida pelo Judiciário e legislação, trouxe a convalidação. O ato ilegal deve ser retirado do ordenamento, mas existem hipóteses em que o defeito pode ser sanado sem se prejudicar direitos de terceiros. Nesse caso, o princípio da segurança jurídica quer que esse ato permaneça no mundo jurídico para prestigiar a estabilidade das relações jurídicas.

Convalidação é o ato administrativo que serve para retirar um vício sanável do ato administrativo, retornando-o à legalidade. É vício que pode ser sanado com efeitos retroativos. Se faço uma licitação certinha e só deixo de publicar, é sanável, mas se deixo de publicar o edital chamando à licitação, não há como convalidar.

- Objetivo: suprimento da invalidade do ato administrativo

- Atos já impugnados judicial ou administrativamente: impossibilidade de convalidação. Exceção: ausência de motivação de ato vinculado.

Aula do dia 03/11/2011

- **Invalidação dos atos administrativos** – existe uma obrigação da AP de convalidar e invalidar um ato administrativo? Quando?

1) Poder – Dever de invalidação/convalidação -

I – Sempre que estiver diante de um ato convalidável, terá o dever da convalidação.

II – Sempre que estiver diante de um vício não convalidável, terá o dever de invalidação.

Sempre que um ato administrativo puder ser convalidado, tem-se um poder-dever da AP de fazê-lo. Há uma ilegalidade que ofende e por outro lado o princípio da segurança jurídica que quer proteger a estabilidade das relações jurídicas. No entanto, quando pudermos congregarmos o princípio da legalidade e da segurança, tem-se que fazê-lo sempre que possível para preservar as relações. Se temos o princípio da segurança jurídica que impõe a obrigação, sempre que um ato puder ser convalidado, ele será! A pergunta é: é possível convalidar? Se sim, tem que convalidar! Se não puder, persiste a ilegalidade, então se tem a obrigação de invalidá-lo! Todas as vezes que for possível, tem que convalidar! E quando se tem que invalidar? Sempre que não for possível convalidar...

III – Exceções:

A) Já escoou o prazo prescricional - a lei estabelece o prazo de 5 anos – prescrição quinquenal da AP, devendo-se respeitar esse prazo. Muitas vezes, a ilegalidade é cristalizada. E pelo decurso do tempo, tornam-se imutáveis. Tem-se prazo para alterar e invalidar. Se escoar esse prazo, não podem ser convalidados já que estão cristalizados sob o manto da segurança jurídica. Paire aqui a ideia de que a sociedade deposita confiança no Estado e essa segurança tem que ser protegida. Se a AP o tempo todo altera e tem eternamente a possibilidade de alterá-los, abala-se essa confiança.

B) Atos ampliativos do direito de terceiros de boa-fé – atos que ampliam a esfera de terceiros só ex nunc. Dali para frente, não retroage. Se o terceiro estiver de má-fé, será eventualmente acusado de corrupção, etc, sendo obrigado a indenizar e tal.

- **Artigo 55 da Lei 9784/99, convalidação como faculdade – críticas da doutrina** – estabeleceu como sendo uma faculdade a convalidação – uso do verbo “poder” – assim, seria uma faculdade. Mas a interpretação predominante é que a possibilidade é um poder-dever da AP.

Invalidação dos atos administrativos – há vários graus de ofensa ao ordenamento jurídico

2. Classificação dos atos administrativos inválidos

A) Atos irregulares

***Possuem mero defeito de forma** – como, por exemplo, deveria ter sido portaria e foi instrução normativa. Seria irregular e não merece tratamento mais preocupado do direito para com ele já que não representou ofensa grave. Ele tem uma impropriedade.

*Não geram invalidação do ato

B) Atos inexistentes – ofende de tal forma o ordenamento jurídico de tal forma que se torna imprescritível e devera ser considerado inexistente. Ainda que existam os efeitos pretéritos, eles devem ser excluídos do ordenamento jurídico.

***Ofendem gravemente o direito. Atentatórios a dignidade humana. Geram direito de resistência.** Dignidade da pessoa humana e basilar no ordenamento jurídico e no estado de direito. Contra esse ato, o direito de resistência da ao particular o direito de não cumprir, resistindo ate mesmo de forma militar (armada), como, por exemplo, a prática de tortura. Nos não temos direito de resistência contra atos nulos ou anuláveis, mas temos quando o Estado passa a ofender a dignidade da pessoa humana. Atos nulos e anuláveis ensejam que se recorra ao Poder Judiciário. Nesses casos, não podemos resistir por nós mesmos, em uso arbitrário das próprias razões. Quando se vai naquilo que há de mais sagrado, estamos diante de um ato de gravidade tal que gera ate direito de resistência. Esse ato ofende gravemente o ordenamento jurídico.

C) Atos Nulos – aqueles que a lei expressamente declara ou quando não houver possibilidade de convalidação do ato.

*Os que a lei assim declarar

***Os que não admitem convalidação** – todas as vezes em que se estiver diante de um ato convalidável, ele é chamado de anulável. O nulo não tem como ser convalidado. “Nulo de pleno direito” NÃO EXISTE! Ou é nulo ou não é nulo. O ato nulo não é passível de convalidação, não se tem alternativa, tendo que ser invalidado. Ex.: edital de concurso público que direciona apenas para um grupo de pessoas, impossibilitando que pessoas gordas participem desse concurso – ato nulo! Mas caso de dispensa de licitação que deixou de ser comunicada, pode ser ter ato anulável: ou vai ser anulado no Poder Judiciário ou vai ser convalidado pela AP.

Atos anuláveis – aquele que é convalidável o que a lei declare como sendo. Ato inválido é gênero, do qual decorrem determinadas espécies.

***Os que a lei assim declarar**

***Os que admitem convalidação**

3. Regime dos atos inválidos

A) Regra geral – ex tunc – a regra geral é a de que retroage: possuindo efeitos ex tunc, tanto para nulos quanto anuláveis, mas quando se trata de atos ampliativos de direitos dos particulares, de terceiro de boa-fé, a anulação desse ato tem efeitos ex nunc. De atos ilegais não decorrem direitos – podendo tais atos serem invalidados, mas situações que atingem direitos de terceiros de boa-fé não podem retroagir. Trata-se da proteção da confiança e segurança jurídica. Mas se essa pessoa colaborou na prática daquela ilegalidade, o efeito será ex tunc e vai retroagir sim.

B) Atos restritivos de direito: ex tunc

C) Atos ampliativos de direitos: ex nunc

4. Invalidação e dever de indenizar – O Estado, todas as vezes que causa dano a outrem, tem obrigação de indenizar. Mas o dever de indenizar está adstrito a ocorrência de dano ao particular. Se perde o investimento, pode requerer a indenização para aquele caso. Ex: empresa ganha licitação, a licitação foi ilegal, mas a empresa já contratou gente, já comprou material para a obra, já investiu muito dinheiro. Nesse caso, a AP declara o ato ilegal e esta obrigada a indenizar o particular pelos danos causados. O raciocínio não está no direito simplesmente, mas do eventual investimento que fez em razão daquilo. Pode-se

pensar até mesmo em danos morais. Ex: pessoa mora na divisa de MG com BA: muda pra cá em decorrência de aprovação em concurso público, mas chega e vê que o concurso foi anulado. Artigo 37, parágrafo 6º da CF.

A) O administrado ainda não incorreu em gastos

B) O administrado já incorreu em gastos

- Invalidação dos atos administrativos

- Efeitos do regime dos atos inexistentes, nulos e anuláveis.

A) Atos inexistentes – Não há prescrição, gera-se direito de resistência porque atenta contra a dignidade da pessoa humana. Gera direito de indenização.

- não prescrevem

- não são convalidáveis

- admitem direito de resistência

- efeitos ex tunc

B) Identidade entre atos nulos e anuláveis – tem em comum algumas coisas e diferem em outras.

- persistem efeitos em relação a terceiros de boa-fé – ambos quando forem declarados inválidos, não retroagem para prejudicar terceiros de boa fé que não podem ser prejudicados em decorrência de atos da AP.

- Não admitem direito de resistência

- Retroatividade se dá da mesma forma

C) Diferenças entre nulos e anuláveis

I – Possibilidade de convalidação – principal distinção. Os anuláveis podem ser convalidados pela AP. Em decorrência de ser nulo ou anulável haverá consequências no processo judicial, nulo pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, ao passo que anulabilidade só mediante provocação.

II – Processo Judicial: nulidade conhecida de ofício, anulabilidade mediante provocação.

- **Lei 9784.99** - tratou da invalidação dos atos no artigos 53 (autotutela), 54 e 55. A lei deveria ter colocado “deve” convalidar: mesmo usando “pode”, a doutrina lê como deve! O prazo é quinzenal, contados da data da pratica, mas a má fé sempre gera prejuízo para o ato administrativo, atraindo ate incidência de direito penal.

- **Coisa Julgada Administrativa** – cuidado com essa expressão: ela só tem efeitos no âmbito da AP, já que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser excluída de apreciação pelo Poder Judiciário. É o processo adm. contencioso que, submetido a ampla defesa e contraditório, há uma lide sendo resolvida, chega-se ao final em ultima instancia e tem-se decisão em ultima instancia, tornando-se irrecorrível NO AMBITO DA AP! Mas ainda pode ser submetida a análise ampla a irrestrita do Poder Judiciário.

Ocorre quando a administração julga processo adm. Contencioso em última instância.

Aula do dia 10/11/2011

Processo/Procedimento Administrativo

1) O processo administrativo e a teoria geral do processo – nenhuma decisão haverá, sem que haja processo com ampla defesa e contraditório. Instauram-se regularmente processos administrativos. Antes, todos se submetiam a legislação sem saber. No agir diário, a administração publica, para legitimar suas decisões, tem-se submissão das decisões do estado a legitimidade perante a sociedade. E so haverá legitimidade quanto o Estado abarca os princípios constitucionais, sendo também devidamente fundamentadas.

Vontade Administrativa legal – iter – manifestação estatal - A vontade da administração tem limites na lei. Do espaço entre a vontade do administrador e a contade da lei, passa a existir um espaço a ser percorrido para que essa vontade seja posta a prova e esse caminho é o processo adm. São 3 as espécies de procedimentos previstos no ordenamento jurídico: divisão de poderes e divisão de processos:

Processo:

- **Judicial: aplica a lei** – faz coisa julgada e é imodificável. E o processo regulamentado e dirigido com o poder de emanar decisões. Faz parte do gênero aplicação da lei.

- **Legislativo: elabora a lei** – o processo de produção da legislação que leva a inovação do ordenamento jurídico.

- **Administrativo: aplica a lei** – outro que não visa a inovar, mas aplicar a lei. A diferença entre eles esta nas partes e no caráter definitivo ou não de suas decisões. O processo judicial tem relação triangular, em que se tem as partes que colidem entre si e o Estado que nada tem com aquela contenda, com aquela demanda e se coloca na posição de julgador, estado-juiz. Ainda que tenhamos o estado como parte, se terá relação triangular. Ao estado foi dado, pela CF, o poder de resolver conflitos que foram estabelecidos. Temos uma contenda que será resolvida pelo Estado Juiz que não tem relação nenhuma com a causa material.

Por outro lado, no processo administrativo é diferente: o estado é parte daquele processo porque ele e diretamente interessado no deslinde daquela questão. Por mais que ele se coloque o mais afastado possível da demanda, ele tem interesse na resolução daquele conflito. O Estado, além de parte que discute a relação, também faz o julgamento final daquele processo. Por isso, o processo adm se difere, já que o estado e parte daquela decisão! Há uma diferença entre estado juiz e estado administrador. Os poderes são independentes e harmonizações entre si. O Estado juiz se coloca em outro patamar das partes, enquanto isso não ocorre com o estado administrador. O processo judicial tem caráter definitivo e relação triangular, enquanto no processo administrativo, a relação é bilateral e não há essa definitividade. O professor lembra que por mais que se discuta essa relação triangular no processo judicial, tem-se essa diferenciação. O estado é parte nessa relação e tem interesse em resolver aquilo. Perseguir a verdade real e o objetivo do processo administrativo. Trabalha-se com interesse publico e o interesse público não condiz com inverdades! Nos não temos no processo administrativo institutos de verdade ficta. Mesmo que diante de certos prazos, o administrador público resolve flexibilizar isso para que se resolva no âmbito adm e não se estenda ao judiciário. No

Processo Judicial (relação triangular Estado Juiz) ≠ processo administrativo (estado é parte e não mais o Estado Juiz – mas vai julgar!, busca o alcance da verdade real)

2 – Processo ou Procedimento do ato – a doutrina patina muito na conceituação do que é processo e procedimento. A lei 9784 não fez a distinção, perdendo oportunidade e a doutrina tenta diferenciar. Há quem entenda que não tem diferença.

Procedimento é a sucessão de atos encadeados em que um sucede o outro, rito que deve ser seguido pelo administrador público para se chegar em determinado ato administrativo. Toda vez que esse rito tiver contraditório e ampla defesa, se tem processo administrativo. Quando se trata de situação contenciosa que tem resistência de uma das partes, se tem processo. Se temos um rito para alcançar um ato, se tem procedimento. Portanto, procedimento e rito previsto em lei para se chegar em ato adm. E processo é o procedimento submetido ao contraditório. Para o professor, é a melhor definição e distinção.

Em um momento de reflexão, o professor diz: “A academia não se vicia com o olhar da lei”! que lindo!

- Sinônimos ou não?

- Opinião de parte da doutrina

- **procedimento: conjunto de formalidades que devem ser obedecidas para prática de alguns atos.**

- **Processo: casos contenciosos solucionados por meio de um ”julgamento administrativo”. Relação Jurídica.**

Trabalho: outras doutrinas, criatividade, jurisprudência, profundidade do tema.

Grupo 2 – item 2

3 – Modalidades de Processo Administrativo

3.1 – Gracioso e contencioso

A) Gracioso: os órgãos administrativos são encarregados de fazer atuar a vontade de lei, não envolvendo necessariamente provocação do particular. Não há decisão final definitiva. Existe um órgão específico independente responsável por isso. Aqui no Brasil se adota só adota o gracioso. Sempre pode levar isso ao Poder Judiciário.

B) Contencioso: próprio dos países que adotam o contencioso administrativo. - o contencioso aqui não vai para o poder judiciário. Não existe no Brasil.

3.2 – Técnico ou jurídico – distinção aplicável ao nosso sistema.

A) Técnico: fase de escolha dos meios, operação técnica (elaboração de projetos, estudos, pareceres, etc). Não há demanda advinda de particulares. Ex: baixa o processo em diligência para apuração de fatos. Adm. Pública vai elaborar um laudo. Vai correr em vários setores, não tendo análise de contenda. Não é jurídico, mas técnico. No caso de beneficiários que requerem aposentadoria por invalidez que requer laudos de psicólogos etc, o procedimento de emissão desse laudo é técnico. Busca elaboração de laudo, parecer, etc. Edital de licitação também corre em determinados setores da administração. Não tem lide, não tem contenda. Sempre que é técnico, tem procedimento!

B) Jurídico: administração frente aos administrados. Cria-se uma relação entre adm. e particular.

3.3 – Internos e Externos – Interno: só tem repercussão na esfera da administração pública que não se confunde com o técnico. Pode haver processo interno que seja jurídico. Só tem repercussão na esfera da adm. Externo: tem repercussão para além do corpo administrativo. Repercussão interna ou externa.

3.4 – Restritivos e Ampliativos – ampliam ou visam restringir direitos. Aquele que visa aplicar sanção e restritivo. Aquele que visa conceder aposentadoria, é ampliativo.

4 – Princípios do Processo Administrativo

4.1 – Publicidade – e mais ampla do que no processo judicial. Sabemos que existem restrições para participação da sociedade no processo judicial: ou sou parte ou e intervenção de terceiros.

No processo administrativo, a publicidade é a mais ampla possível. Não há restrição a participação ou publicidade no processo adm. Se entender que naquele determinado processo, ocorre determinada ilegalidade, pode-se intervir! Eu, como cidadão, mesmo que não seja interessada naquilo, tenho o direito de

impugnar e me manifestar. Se um determinado processo judicial que não tem nada a ver comigo e eu entro com ED, ele vai mandar “arrancar” aquilo!

Mas o processo adm se liga ao interesse publico, ensejando a participação dos administrados. Corolário da publicidade é o direito de manifestação sobre aquilo.

Publicidade é diferente de transparência: um ato público pode ser publico mas não inteligível. Para ser transparente, além de publico, tem que ser legítimo e inteligível.

- **Artigo 37, caput.** – primeiro fundamento. L.I.M.P.E.!

- **Artigo 2º, parágrafo único, V e X da lei 9784/99** – publicidades específicas.

- **Artigo 3º, II, da lei 9784/99.** A lei teve que dizer o que já esta no artigo 37 da CF. Mas se obedece mais a lei do que a CF, logo, ta a lei aí para quem não quiser cumprir a CF. Essa lei se aplica APENAS NO ÂMBITO DA UNIÃO! Os demais entes podem se guiar por ela, mas ela só se aplica a união.

- **Mais amplo do que no processo judicial.**

- **Diferente do direito de vista.**

- **Hipóteses de sigilo: artigo 5º, XXXIII e LX da CR/88** - Na constituição que está previsto o sigilo, mas não na lei. Conceitos jurídicos indeterminados que trazem hipóteses que devem ser motivados com a devida interpretação desses dispositivos! Pelo próprio respeito a dignidade da pessoa humana!

Aula 17/11/11

PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Aula do dia 17/11/2011

Princípios do Processo Administrativo

A) Princípio da Publicidade – determina que os atos administrativos tem que ser públicos, especialmente os que estão dentro do processo administrativo. Quando não forem declarados sigilosos, os cidadãos poderão fazer o controle dos atos. Todo aquele cujo poder não e controlado, tende a abusar dele. Dessa

forma, a publicidade e importante para que os atos sejam controlados pela sociedade, pelos órgãos e pelos interessados pelo controle.

B) Princípio da Ampla Defesa e Contraditório – artigo 5º, LV – determina a necessidade de ampla defesa e contraditório no processo adm. Ampla defesa e contraditório também tem que ser previas a emanção do ato administrativo pela adm. Quando a adm resolve tomar uma decisão que prejudicara alguém, não so deve ser garantida a defesa pos, mas também a defesa pré. Ex: suspensão de servidor público – antes mesmo da tomada de decisão, deve se ouvir o interessado. Ampla defesa e contraditório incluem também defesa prévia. Algumas críticas já foram formuladas: advertências a empresas e servidores que não avisaram a falta – a administração resolve aplicar essa penalidade – advertência que e apresentada por escrito. Nesses casos, alguns dizem que seria redundância avisar que vai advertir. Mas não e. Trata-se de penalidade por escrito que vai para a ficha do servidor. Essas também precisam de defesa prévia. Administração publica precisa também não só de receber a defesa, mas também de analisar os argumentos apresentados.

C) Devido Processo Legal, artigo 5º, LIV – ninguém devera ser privado de seus bens sem o devido processo legal. O processo administrativo enquadra-se nisso. Qualquer tipo de penalidade deve se submeter ao devido processo legal.

D) Audiência do Interessado – o interessado deve ser ouvido e deve participar da decisão. Princípio da participação – é decorrência do próprio princípio do Estado Democrático – todo poder emana do povo, logo a decisão deve ser o mais próxima possível do povo. Não se trata de decisão que não presta atenção do que vem do particular, mas deve apreciar e viabilizar a participação dos cidadãos na formação da vontade do Estado, abrindo a participação dos interessados. O estado precisa ser mais do que legítimo, e as decisões so serão legítimas se for possível a participação dos cidadãos: não só dos diretamente interessados, mas dos indiretamente também. E mais ampla do que a própria relação processual, já que estamos diante de interesses públicos. Diferentemente do processo judicial que se não for hipótese de intervenção de terceiros, é guance! No âmbito do processo administrativo, além da participação, deve haver valorização da aproximação do interesse publico e dos interesses privados – princípio da consensualidade. Nossa CF prevê a necessidade de atuação no âmbito internacional, fomentando formas pacificas de conflito. Mas como pode a CF dar ordem no âmbito internacional, sendo a ordem interna contraditória?

Não! Na ordem interna, preza-se também pela solução pacífica dos conflitos – norte da adm. Pública. Estamos em busca da solução que melhor atenda ao interesse público. O processo judicial também tem caminhado nesse sentido, com formas de conciliação etc.

E) Acessibilidade aos elementos do expediente – nada mais é do que uma decorrência do princípio da publicidade. Indicação específica para aqueles que desejam ter acesso aos autos do processo adm., viabilizando a ampla defesa e o contraditório.

F) Ampla instrução probatório – adm pública precisa de provas para sustentar suas decisões. Ainda que o particular não tenha pedido as provas, a adm não pode fechar os olhos para a necessidade de produzir aquelas provas. No processo judicial, se não indica as testemunhas na hora certa, já era! Aqui não! Se esta em busca da verdade material. Ainda que a parte não tenha requerido, cabe a adm de ofício, determinar a realização de provas. A adm pública não está em busca de uma verdade ficta, mas material. O procedimento adm preza pela mais ampla possibilidade de produção de provas, para buscar ao máximo, o alcance da verdade e do interesse público. E uma perda de tempo não produzir as provas no âmbito adm, já que pode dar origem a uma decisão incorreta que leve aquilo ao Judiciário.

G) Motivação - atos e processos devem ser motivados para viabilizar seu controle, sujeitando o ato sem motivação a nulidade.

H) Revisibilidade – sumula 473 do STF. A decisão adm pode ser revista.

I) Direito de ser representado/assistido – representado por advogado - o particular tem direito, por meio de procuração tal como se dá no judicial. Assistido também por assistentes técnicos de peritos etc, que podem acompanhar o cliente. Trata-se aqui de uma faculdade e não de uma obrigação. Não é necessário que sejam apresentadas petições assinadas por advogados. Romeu Felipe defende que no âmbito do processo adm disciplinar, o servidor tem que apresentar obrigatoriamente defesa técnica. E quando não pudesse pagar o advogado, deveria ser representada pelo defensoria pública. Boa parte da doutrina segue essa tese. O processo ficaria suspenso até que parte fosse devidamente representada. Mas o STF decidiu pela dispensabilidade da defesa técnica no âmbito do processo adm disciplinar. Para o STF, é faculdade e não obrigação, já que o processo adm não faz coisa julgada, logo o advogado é

dispensado. Assim, o posicionamento doutrinário ainda não tem respaldo na jurisprudência.

J) Lealdade e boa-fé – tem que ser leal e atuar com boa-fé em todo momento. Em todo lugar e em qualquer hora. Tem que ser leal a verdade com a solução pacífica desses conflitos, atendendo a melhor forma. A adm não é parte nesse caso e não tem que protelar as decisões, mas tem que buscar a solução que melhor atenda ao interesse público, e isso só será possível quando se valorizar a lealdade e boa-fé. Lealdade e boa-fé não é advogar para o particular. A consensualidade é muito bacana e tem que acontecer nas hipóteses em que for cabível, mas em certas situações, haverá espaço também para a unilateralidade, para que não haja impunidade.

K) Verdade material – a verdade que é buscada pela adm tem que ser sempre a material, correndo atrás, por meio da produção de provas, para alcançar aquilo que de fato aconteceu. Processo adm não convive com verdade ficta, mas tem buscar sempre a verdade. Tem que prezar sempre pela verdade material e não ficta. A decisão adm sempre decorre da verdade material.

L) Celeridade processual – artigo 5º, LXXVIII – aplicação expressamente determinada no âmbito adm também. A todos são assegurados a razoável duração do processo. Celeridade e tempestividade.

M) Oficialidade – no caso da adm pública, a condução do processo não se dá por meio da inércia. No processo adm, a adm deve agir, inclusive de ofício, ainda que não requeridas pelo particular. Ainda que o particular não requeira oitiva de testemunhas, a adm deve agir de ofício e conduzir o processo de forma a atender o princípio da oficialidade.

N) Gratuidade – não se aplica a todos os processos adm. Alguns processos podem ser onerosos. Aqueles procedimentos que tratam de restrição de direitos devem ser gratuitos. Do contrário, isso poderia ser ofensa ao princípio da ampla defesa. De resto, vai depender do que for determinado em lei e em atos normativos. Editais de concursos públicos são onerosos, por exemplo.

O) informalismo – atingem um número enorme de pessoas. Como não se exige no processo adm a representação por advogado, não se pode exigir que a pessoa saiba tecnicidades. E como acontece no habeas corpus. As únicas coisas que se

exigem são o mínimo pra se entender: petição inteligível, direcionamento (para quem) e assinatura. Não se pede qualquer formalidade.

Aula do dia 22/11/2011

2 – Hipóteses em que é necessária instauração do Processo Administrativo

A) Por provocação – diferentemente do judicial, o estado pode instaurar por ofício (pela constatação de alguma situação que mereça) e por provocação. São basicamente essas duas hipóteses.

B) Quando a providência administrativa envolver a privação de liberdade ou de bens (artigo 5º, LIV) – ninguém pode ser privado de seus bens, sem o devido processo legal seja administrativo, seja judicial.

C) Quando a providência administrativa a ser tomada envolver matéria litigiosa (artigo 5º, LV) – existência de pretensão resistida implica em adoção de procedimento específico para solução dessa contenda, sendo causa de instauração de procedimento administrativo.

Provocação inicial da via administrativa é necessária, mas o esgotamento dessa via para buscar o judiciário é motivo de divergência entre os juízes. Mas não faria sentido o aposentado ir direto ao Judiciário sem antes ao menos pedir o que deseja no INSS.

D) Quando a constituição ou ato normativo o exigir – artigo 37, II (concurso publico), artigo 37, XXI (licitação) etc. – para que se determine a abertura de processo administrativo em alguns casos se exige por lei. A lei 8112 exige procedimento disciplinar precedido por sindicância em alguns casos específicos.

3 - Fases do procedimento administrativo – são fase básicas para qualquer tipo de processo e procedimento. Fases adotadas em qualquer tipo de processo, mas isso não é algo fechado ou que se adote de forma unanime em todos os âmbitos.

a) Fase de iniciativa ou propulsória – exatamente nas hipóteses vistas acima. Essa fase instrutória pode se dar também pela provocação de algum interessado, por meio de uma denúncia etc.

b) Fase instrutória – tal como se dá no judicial com produção de provas, oitiva de testemunhas, realização do maior número possível de diligências para tentar se alcançar a verdade que não pode ser ficta, mas deve ser real, já que se busca o interesse público, não podendo se falsear a verdade. Essa fase é a mais importante. Inclusive ocorre aqui a defesa prévia, que pode ser técnica ou não, sendo isso uma faculdade e não uma obrigação.

c) Fase dispositiva – fase de emissão de uma decisão pela autoridade competente, com base nos fatos analisados e no relatório produzido nos autos. Com base nas provas produzidas, se decidira.

d) Fase controladora – se dá em todas as hipóteses em que a autoridade superior devesse avaliar a decisão da comissão ou da autoridade responsável pela emissão da decisão. No âmbito da licitação, após a publicação do edital, e do recebimento das propostas, há o julgamento pela CPL ou pelo pregoeiro e a adjudicação para a empresa que ganha a licitação. Mas a lei exige ainda além dessa fase dispositiva, uma homologação pela autoridade superior, tendo-se aí uma fase controladora: seria quase a remessa necessária dos processos judiciais. Aqui se tem que dentro do processo administrativo, essa decisão será encaminhada a autoridade superior por meio da homologação. So vai homologar se estiver dentro da legalidade. Para concurso público e a mesma coisa. Se tudo transcorre dentro da legalidade, a autoridade superior homologa.

e) Fase de comunicação – esta aqui no final, mas podemos dizer que temos várias comunicações para as partes interessadas durante o processo administrativo. Uma delas é a intimação. Ao final, ao se emitir a decisão final, a mesma deve ser comunicada para a parte interessada. As comunicações e as informações devem sempre ocorrer de forma constante no âmbito do processo administrativo para inviabilizar até a apresentação de recursos administrativos.

f) Fase recursal – Podemos ter não só ao final, mas também no transcorrer do processo determinados recursos, como o agravo de instrumento.

4 – Recursos Administrativos – 4 espécies, mas não há formalidade para manuseamento de recursos administrativos. Aos litigantes em processo judicial, são assegurados o contraditório e ampla defesa. Há ou não obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição administrativa? Doutrina se divide, mas alguns acham que não porque em alguns casos, e a autoridade máxima que decide: já e ele quem toma as decisões administrativas em primeira e última instância. A maior

parte entende como sendo natural a previsão, porque ainda tem a previsão do particular ir ao Judiciário.

- **Fundamento** – direito de peticao do artigo 5º e artigo 37.

- **Formalização** – não há exigências maiores quanto a forma. A doutrina apresenta algumas classificações. A aqui utilizada é a do Jose santos carvalinho.

Obs: Falar em constituição federal não, porque parece que so aplica para a união. Prof prefere falar em constituição da Republica. Isso em homenagem a algum professor que ele sente saudade.

4.1 – Classificação - o recurso administrativo e chamado de recurso hierárquico, dirigido a autoridade superior, com exceção do recurso de revisão.

A) Recursos hierárquicos próprios – quando se da no âmbito do próprio órgão, da própria entidade que emitiu a decisão.

B) Recursos hierárquicos impróprios – dirigido da autoridade de um órgão especifico para outro ente e outro órgão. Deve haver previsão expressa em lei.

4.2 – Espécies de Recurso Administrativo

A) Representação: recorrente apresenta denuncia. Ausência de interesse direto. Artigo 24, parágrafo 2º da CR/88 – tem como peculiaridade essa denuncia quando o particular não precisa ter interesse direto na decisão que vira. Se quer é realizar uma denuncia sobre um fato que vem ocorrendo e que merece atenção das autoridades. Ex: no ambito do concurso publico, em que eu nem estou participando, mas vejo ilegalidade. E dou o grito!

B) Reclamação. Postulação de modificação de ato administrativo que prejudica direito ou interesse. – aqui sim é um recurso contra decisão que venha a prejudicar algum interesse ou direito pessoal daquele que encaminha a reclamação. E interesse próprio lesado. Apresento então a reclamação por meio desse recurso administrativo. Tenho interesse direito aqui! Uma das espécies de reclamação é contra o descumprimento de sumula vinculante do STF, afinal a adm. Publica também se vincula as orientações do STF.

Artigo 103 A da CF DE 88 regulamentado pela lei 11.417/2006 – artigo 7º, parágrafo 2º (reclamação ao STF)

C) Pedido de Reconsideração – tem a característica de encaminhar a inconformidade para a própria autoridade que emitiu a decisão. Toda vez que se pede reconsideração, se pede para a mesma autoridade repensar naquilo que decidiu.

D) Revisão: pedido de reforma de decisão administrativa de corrente de fatos novos – recurso encaminhado a autoridade superior, quando se quer apresentar fatos novos para a administração. O particular vai apresentar fatos novos.

4.3 – Efeito suspensivo: somente nas hipóteses de previsão legal. Regra geral: efeito devolutivo – não há efeito suspensivo em principio, só quando existe previsão legal para tanto. Do contrário, e sempre devolutivo. Todas as vezes em que o efeito for devolutivo, já se tem a autoexecutoriedade ainda que esteja submetido a reanalise. Se o ato já pode ser executado, gera-se ao particular a possibilidade de se recorrer ao Poder judiciário, Mas se deu efeito suspensivo e a decisão ainda não esta sendo executada, ela não pode ser submetida a apreciação judicial. Portanto, se há efeito suspensivo garantido em lei, não levo ao judicial ate decisão final no âmbito do processo administrativo. Esse é o posicionamento da maior parte da doutrina.

- **consequências para ação judicial**

4.4 – Exigência de garantia e deposito prévio em processo administrativo

- **Sumula Vinculante 21 do STF**

4.5 – Reformatio in pejus

- **decisão com base em critérios objetivos x decisão com base em critérios subjetivos**

- **Observância de defesa prévia**