

# DIREITO ADMINISTRATIVO

## ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conjunto de agentes, órgãos e entidades incumbidas do exercício da função administrativa.

Todo órgão, todo agente ou toda entidade que tenha por finalidade exercer a função administrativa, integram o conceito maior de AP.

Três considerações preliminares importantíssimas:

1º) Uma coisa é AP outra coisa é governo. Governo significa conjunto de agentes, órgãos, entidades que integram a estrutura constitucional do Estado. Portanto, outra característica do governo a partir do momento que integra a estrutura constitucional é que o governo está investido em poder político, inerente ao Estado. Em terceiro, governo é matéria própria de direito constitucional.

Guardem sempre: 1) Governo - conjunto de agentes, órgãos e entidades que integram a estrutura constitucional do Estado; 2) investido em poder político; 3) matéria própria de direito constitucional.

Contraposto a este conceito, está o conceito de AP.

2º) AP é o conjunto de agentes, órgãos entidades que integram a estrutura administrativa do Estado. Conseqüentemente, não temos uma estrutura que está investida em poder político, nós temos uma estrutura que está investida em poderes administrativos. Por fim, com matéria relacionada ao Direito Administrativo.

AP é, então, o conjunto de órgãos, agentes e entidades que integram a estrutura administrativa do Estado investida em poder administrativo, com matéria própria de Direito Administrativo.

Há três diferenças básicas entre AP e Governo, que devem ficar claras de plano:

GOVERNO	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
1) Estrutura Constitucional investido	1) Estrutura Administrativa investida
2) Poderes Políticos matéria	2) Poderes Administrativos matéria
3) Direito Constitucional	3) Direito Administrativo

Está aqui a diferença principal que existe entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional (a rigor).

A rigor, Direito Constitucional lida com governo, com órgãos constitucionais. Fonte precípua do Direito Constitucional é norma constitucional. Agora o Direito Administrativo lida com a AP, e sua fonte precípua não são normas constitucionais e sim normas legais.

Tanto é verdade que o Direito Constitucional tem, a rigor, um caráter estático, ou seja, como analisa governo, basicamente analisa a estrutura do Estado. Já o Direito Administrativo tem um caráter nitidamente dinâmico, porque não estuda, a rigor, governo, estrutura, estuda funcionamento, administração, tanto que é que os administrativistas adoram o termo máquina administrativa (demonstra dinamismo, atuação prática).

#### **Direito Constitucional**

- Fonte Primeira

\* Normas constitucionais

(adstrito à forma de Governo - estática)

≠

#### **Direito Administrativo**

- Fonte Primeira

\* normas legais

(ligado à AP que não é estática, e sim dinâmica)

Há uma importância entre Ap com letras maiúsculas ou AP em sentido subjetivo (que é o que nós estamos estudando) e ap com letras minúsculas, ou seja, em sentido objetivo. São coisas distintas.

Administração Pública - sentido subjetivo → neste sentido, Ap está colocada como significado de estrutura administrativa. Nós estamos estudando administração com o nítido sentido de estrutura (conjunto de agentes, órgãos, entidades ...).

**Administração Pública - sentido subjetivo → posta no sentido de estrutura administrativa.**

Administração Pública em sentido objetivo (letras minúsculas) não significa estrutura administrativa e sim atividade administrativa.

**Administração Pública - sentido objetivo → posta no sentido de atividade administrativa.**

A rigor, se formos sintetizar os livros todos de Direito Administrativo e formo enxugar o que é atividade administrativa, ela sintetiza basicamente três grandes conceitos: (vão ser vistos ao longo do curso).

1º) Poder de Polícia → primeira atividade administrativa típica

2º) Serviços Públicos → notória atividade administrativa

3º) Intervenção do Estado no domínio econômico e na propriedade → terceira atividade típica do Estado.

Vamos estudar AP em sentido subjetivo - estrutura administrativa.

Conjunto de agentes, órgãos, entidades que integram a estrutura administrativa do Estado, porque estão incumbidos do exercício da função administrativa.

3ª) No Direito Administrativo moderno toda AP será vista baseada em um único princípio que é o princípio da descentralização.

Descentralização → tem que ficar claro os três setores.

O que explica a decomposição que nós temos em setores no Brasil é o princípio da descentralização.

Descentralização, a rigor, significa técnica de especialização de atividades estatais. Vamos abolir o termo desconcentração, que é um termo antigo do Prof. Hely, que não mais se usa. Sempre que uma atividade do Estado é descentralizada através de uma técnica, chama-se descentralização. Toda esta técnica vai girar em torno de dois conceitos que vão ser fundamentais. São os conceitos de entidade e de órgão.

Agentes - são as pessoas físicas.

Órgãos e entidades - diferenças fundamentais.

Entidade → toda entidade é personalizada. Toda entidade é pessoa jurídica. Pode ser até de direito privado, mas é pessoa jurídica.

Entidade → pessoa jurídica - personalizada.

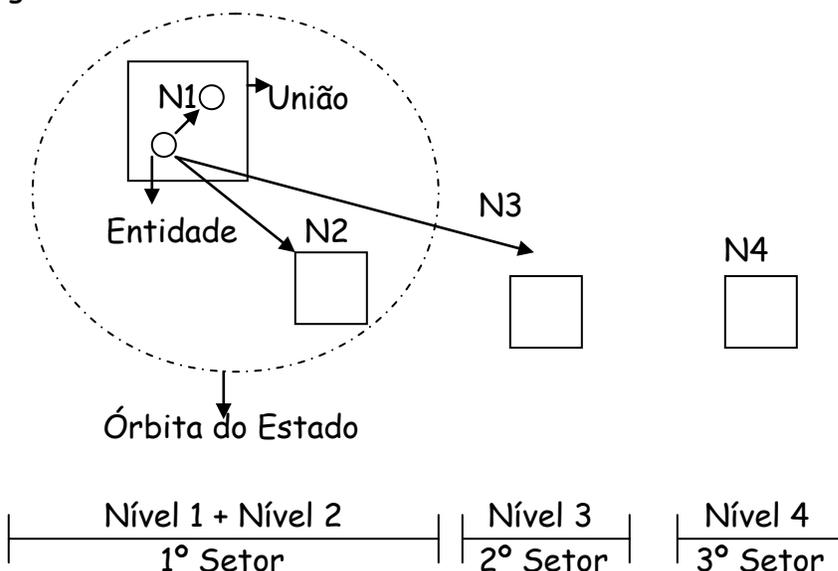
Órgão → é despersonalizado. Não é pessoa jurídica, é centro de atribuições. (a rigor, vocês vão ler nos livros centro de competência, mas competência, mas competência só ocorre na atividade judicial). Centro de atribuições é igual à universalidade de direitos.

Órgão → despersonalizado - Centro de Atribuições.

Ex:

Estado do Rio é uma entidade, inclusive federativa. MP, DF, PGE, Poder Judiciário são órgãos adstritos a essa entidade processual. O MP pode figurar como parte na ação civil pública.

Este conceito de descentralização, ou seja, esta técnica de especialização de funções estatais, a rigor, é dividida em quatro níveis, que vão explicar o porquê dos três setores. Para entender os níveis e os setores, basta observar o gráfico.



AP - Descentralização

1º Nível → conceito de descentralização hierárquica (desconcentração)

2º Nível - conceito de descentralização institucional (outorga)

3º Nível - conceito de descentralização por delegação (delegação)

4º Nível - descentralização social - não há controle preventivo (reconhecimento)

**1º SETOR = Nível 1 + Nível 2**

Nível 1: Administração Pública Direta	{	União Estados DF Municípios
Nível 2: Administração Pública Indireta	{	Autarquias Fundações Sociedades de economia mista Empresas Públicas

**2º SETOR = Nível 3**

Nível 3: Entidades Delegatárias	{	Concessionárias Permissionárias Autorizatárias (para quem considera -). há divergências)
---------------------------------	---	---

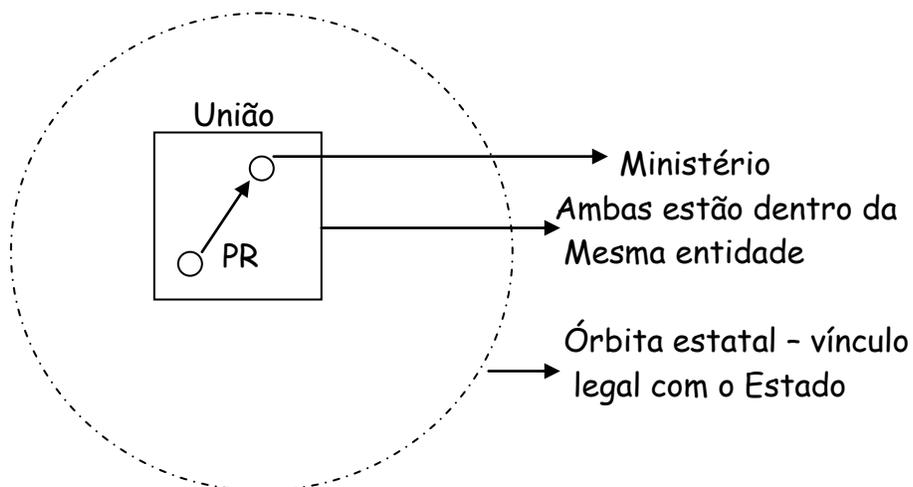
**3º SETOR = Nível 4**

Nível 4: Entidades Intermédias	{	Cooperação Colaboração
--------------------------------	---	---------------------------

Vamos seguir o gráfico:

O primeiro quadrado é a União. Esta entidade tem como órgão central a Presidência da República (PR), por exemplo. Pode ocorrer a descentralização no 1º nível. Quando isto ocorre existe uma técnica de especialização de funções, de um órgão para o outro, ou seja, a forma mais rudimentar de especialização é

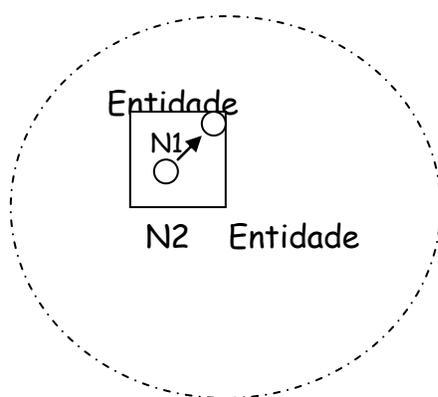
a atribuição de uma atividade para outro órgão, dentro da mesma entidade. Por exemplo, a PR atribui uma atividade a um Ministério. É um órgão atribuindo atividade para outro órgão dentro da mesma entidade.

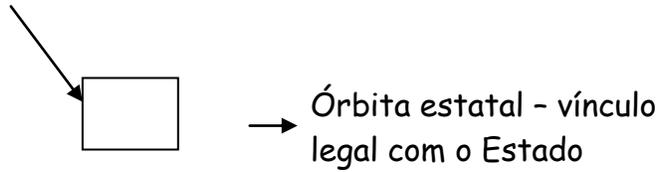


Dentro deste Nível 1 nós temos o conceito mais simples, que é o conceito de descentralização hierárquica, o que o Prof. Hely chamava de desconcentração. O que o Prof. Hely chamava de desconcentração os outros autores, mais novos, chamam de descentralização hierárquica.

Descentralização hierárquica → atribuição de uma atividade de um órgão (PR) para outro órgão (Ministério), dentro da mesma entidade.

Bem, se nós formos aprofundar um pouco mais, nós podemos atribuir esta atividade, não mais a outro órgão, dentro da mesma entidade, mas podemos atribuir esta atividade a uma outra entidade autônoma. No 2º Nível, nós podemos fazer o seguinte:





Atribui-se atividade a entidade distinta, autônoma em relação à primeira entidade. Mas entidade que está dentro da órbita estatal.

Esta outra entidade a qual se atribuiu à atividade mantém vínculo com o Estado, está dentro da órbita estatal.

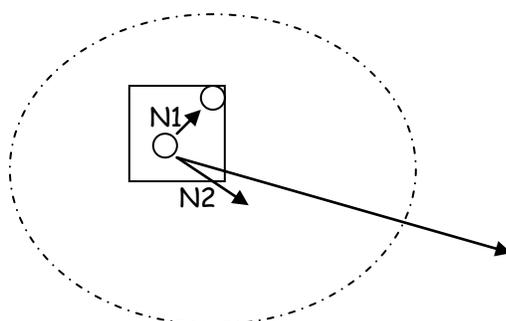
Obs:

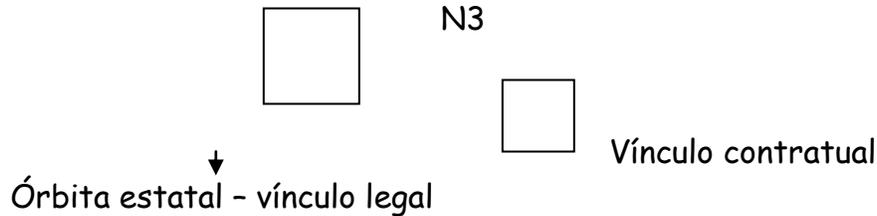
Estar dentro da órbita estatal significa manter vínculo legal, ou seja, vamos atribuir a atividade a uma outra entidade, porém, entidade esta que tem vínculo legal com o Estado.

Neste 2º Nível, mais complexo, que acabamos de observar, temos um outro tipo de descentralização chamada institucional, que o Prof. Hely chamava de descentralização pura e simples ou outorga. Outorga era o termo antigo que se dava à descentralização institucional.

Descentralização Institucional → é a atribuição de uma atividade a uma outra entidade, entidade esta que ainda mantém vínculo legal com o Estado.

Num terceiro momento, tornaremos ainda mais complexos, pois podemos atribuir esta atividade, não a um outro órgão dentro do mesmo ente e, não também a uma outra entidade que mantém vínculo legal com o Estado. Nós podemos agora atribuir esta atividade à outra entidade fora da órbita estatal, ou seja, outra entidade que não mantém vínculo com o Estado.





Obs:

Estar fora da órbita estatal significa que o vínculo não é mais legal. O vínculo que liga a entidade de Nível um à entidade de Nível 3 é contratual.

1º) Não estamos atribuindo atividade a outro dentro da mesma entidade;

2º) Nem estamos atribuindo a atividade a uma outra entidade dentro da órbita estatal;

3º) Nós, neste terceiro momento, estamos atribuindo atividade a uma outra entidade fora da órbita estatal (observar o gráfico anterior). O vínculo agora não é legal e sim contratual, ou seja, o vínculo não decorre de lei e sim de contrato.

Neste terceiro momento, que é bem mais complexo, nós temos a chamada descentralização por delegação, ou o que o Prof. Hely chamava simplesmente delegação.

Delegação, notoriamente, não é um vínculo legal, mas um vínculo que decorre de contrato administrativo estabelecido, que o Estado atribui atividade a outro ente.

Então:

No Nível 1 → estamos especializando a atividade estatal para outro órgão, dentro do mesmo ente.

No Nível 2 → estamos especializando atividades estatais para outro órgão, de outro ente, porém, dentro da órbita estatal, ou seja, mantendo vínculo legal com o Estado.

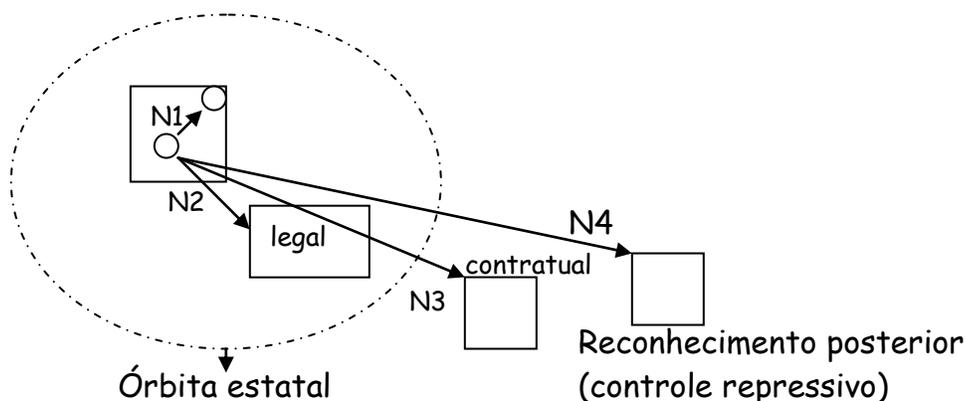
No Nível 3 → nós estamos especializando atividades estatais para outra entidade que mantém vínculo contratual com o Estado, ou seja, fora da órbita estatal.

O Prof. Hely foi até este terceiro nível. Daqui em diante, existe um 4º nível que ele não consegue explicar com a sua brilhante teoria clássica, como é o caso das ONG's, por exemplo.

Como explicar as organizações não governamentais, que não integram o governo? Num quarto nível, qual é o grande diferencial das ONG's?

Percebam: nos três primeiros houve uma atribuição preventiva, ou seja, previamente a função foi atribuída a outro órgão. Nos Níveis 1 e 2, a outro ente com vínculo legal e, no Nível 3, a outro ente com vínculo contratual. Nos três níveis houve uma atribuição prévia de uma atividade estatal.

No Nível 4 não existe uma atribuição prévia de uma atividade estatal, o que existe é o reconhecimento posterior da validade dos atos praticados.



No Nível 4 o Estado não está atribuindo previamente uma atividade estatal, o Estado está reconhecendo a validade dos atos praticados. Não há o controle preventivo, há o controle repressivo.

Ex:

O Estado do Rio não atribuiu à Associação dos Moradores da Rocinha nenhum poder para citação de réus. Porém, se sabe que qualquer oficial de justiça que subir o morro não desce. Então, o que se faz? Se reconhece a validade dos atos citatórios efetuados pela Associação de Moradores (ONG), ou seja, não houve atribuição prévia de nenhuma atividade a esta Associação. Há o reconhecimento posterior da validade dos atos que ela pratica que, a rigor, não são previstos em lei.

Outro exemplo:

Ninguém atribuiu uma concessão as Vans. Porém, se reconhece que as Cooperativas podem praticar atos válidos de distribuição de linhas. Não há distribuição prévia como ocorre na concessão, e sim o reconhecimento posterior da validade dos atos praticados. São Cooperativas, ou seja, associações que não integram o governo.

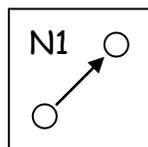
Nível 4 → não há atribuição prévia - Há reconhecimento posterior da validade de atividades privadas.

Este Nível 4 ou autores vem chamando de descentralização social ou reconhecimento.

Este quadro com os quatro níveis indica os três setores:

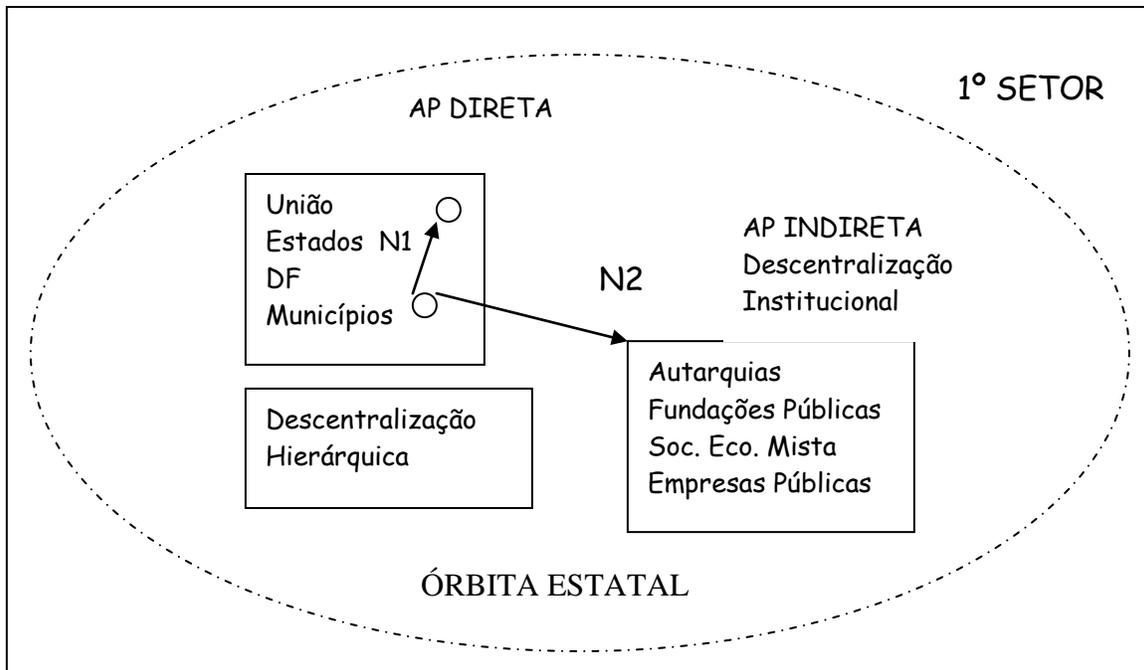
Nível 1 + Nível 2 = 1º Setor

O Nível 1, a rigor, dá ensejo à AP Direta. Essa AP Direta no Brasil vai ser a AP Direta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.



Esta entidade do Nível 1 pode ser a União, o Estado, o DF ou o Município que vão especializar funções no seu interior.

O Nível 2, portanto, são entidades autônomas em relação a ela - AP Indireta.



Autarquias, Fundações Públicas, Sociedade de Economia Mista, Empresas Públicas, são entidades diferentes ao Estado, mas que manterão vínculo legal com ele.

AP Direta + AP Indireta = 1º SETOR

O 2º Setor surge no Nível 3, ou seja, na descentralização por Delegação (contratual).

Nível 3 → 2º SETOR → Entidades Delegatórias

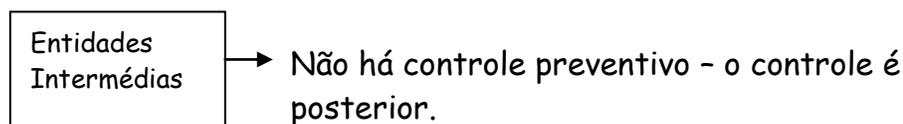
Permissionárias Concessionárias Autorizatórias (p/quem admite)
---

Existe uma discussão se há ou não autorização de serviço público. Ninguém discute que existe autorização de uso de bem, mas se discute se há ou não, no Brasil, autorização de serviço público, pois a lei não faz menção a ela, aludindo apenas a concessão e a permissão. A Constituição tem alguns artigos que aludem as três. Então, no 2º Setor, nós temos as entidades delegatórias,

abrangendo, com certeza, a permissão e a concessão e, para alguns, também a autorização.

Por sua vez, no Nível 4, fica o 3º Setor, formado pelo que, atecnicamente, se chama ONG. As ONG's em termos técnicos são entidades intermédias. Intermédias significa entidade de intermediação entre o Estado e a sociedade civil. As entidades intermédias podem ser entidades de colaboração ou de cooperação.

Nível 4 → 3º Setor



Cooperação → será quando a entidade for criada por iniciativa do Estado, como SENAC, SENAI, SEBRAE, etc.

Colaboração → quando a criação destas entidades se der por iniciativa da sociedade civil.

É completamente atécnico citar quatro setores, como alguns autores fazem. Os que o fazem citam as Agências Reguladoras, porém elas, a rigor, são autarquias, estão no 1º Setor, embora tenham poderes anômalos.

## 1º SETOR - Administração Pública Direta

O estudo será dividido em três partes: Agentes, órgãos e entidades.

### **AGENTES PÚBLICOS** (tema moderníssimo - caiu no MP e na Magistratura)

#### **Conceito**

Pessoa que a qualquer título, definitiva ou transitoriamente, integra a estrutura da AP, por exercício de cargo, emprego ou função pública.

Obs:

Há hipóteses excepcionais de pessoa jurídica como agente público.

Ex:

Delegatário que já pertence ao 2º Setor é agente público mesmo sendo pessoa jurídica.

Obs:

Por isso, no conceito, é melhor falar "pessoa".

Agente Público vai ter duas grandes questões:

1º) Quais são os pressupostos dos Agentes Públicos? Essa questão vai desembocar em outra questão muito importante hoje.

2º) Qual a classificação do Agente Público (a mais usada) ?

Primeiro lugar: em relação aos pressupostos, importante colocar o seguinte: os autores modernos não costumam mais falar isto, mas os clássicos fazem menção - os Agentes Públicos, a rigor, tem dois pressupostos, ou seja, para que se possa chamar alguém de agente público, existem dois pressupostos cumulativos: 1) objetivo - natureza pública da atividade desenvolvida; 2) subjetivo - além de ser pública, deve haver regular investidura no cargo, emprego ou função.

Se a pessoa está regularmente investida no cargo, emprego ou função e, além disso, exerce uma atividade de natureza pública, será chamado de Agente Público.

A importância prática está em distinguir de um lado Agente Público e do outro lado dois conceitos modernos, que são: Agente de Fato e Usurpador de Função Pública.

O que aproxima o agente de fato do usurpador de função pública e depois afasta os dois?

A rigor, a grande aproximação que existe é que tanto na hipótese do agente de fato como na hipótese do usurpador há a satisfação do pressuposto objetivo, ou seja, ele desempenha uma atividade pública, mas não há satisfação do pressuposto subjetivo, porque não estão regularmente investidos no cargo, emprego ou função. O que aproxima os dois é a não satisfação do pressuposto subjetivo.

E a diferença?

A diferença é a causa pela qual aquela pessoa está exercendo aquela função. Na hipótese do agente de fato, ele está exercendo a função por erro ou por estado de necessidade pública, apesar de estar irregularmente investido no cargo, emprego ou função. Se for a hipótese de erro será chamado de Agente Fato Putativo.

Ex:

Policia militar que exerce função antes da posse por achar que pode. Ele está exercendo uma função pública, sem estar regularmente investido no cargo, por hipótese de erro.

Na outra hipótese, ou seja, por estado de necessidade será chamado de Agente Fato necessário. Este não vai exercer a função por erro, e sim por estado de necessidade pública.

Ex:

Ênio, passando em frente ao Joelma pegando fogo. Sinais não funcionavam. Ênio deu uma de guarda de trânsito.

Esse é o melhor exemplo de agente fato necessário, pois naquela hipótese, não havendo sinal de trânsito, havia um estado de necessidade pública. Ênio exerceu a função pública sem regular investidura no cargo, emprego ou função.

Ex:

Fiscais da SUNAB (senhoras no Plano Cruzado).

A priori, em ambos os casos, não há preocupação com o próprio interesse, mas sim com o interesse do Estado, ou seja, com o interesse público.

Usurpador de função pública → assim como o agente de fato está exercendo a função pública sem a investidura. Porém, não haverá hipótese de erro ou de estado de necessidade pública. Os casos serão de violência ou fraude, ou seja, ele vai exercer a função em virtude de violência ou fraude.

Se a hipótese for de violência será chamado de usurpador de função pública violento, por exemplo: Pitboy quer ser policia militar e usa de violência física para obter as vestes e exercer a função. Ele estará exercendo a função pública sem investidura no cargo, em razão da violência.

Se a hipótese for de fraude será chamado de usurpador de função pública astucioso. Não irá usar a violência e sim um ardil, por exemplo: Quando o mesmo pitboy, ao invés de espancar a vítima, usa um ardil para conseguir as vestes.

Na hipótese de agente de fato, necessário ou putativo, a tutela era de interesse público. Porém, no caso do usurpador de função pública, violento ou astucioso, a tutela é de interesse privado.

Questão de concurso:

- Ato praticado por agente fato putativo é válido?

É eficaz externamente, perante administrados. Porém, para ser válido perante a AP precisa ser sanado.

- Ato praticado por usurpador de função pública vai ser eficaz?

Não, é ato ineficaz.

Autores modernos, incluindo o Diogo de Figueiredo, a partir desses conceitos, nós vamos ter três regras:

1º) Agente Fato Necessário → nesta hipótese o ato é eficaz, interna e externamente, ou seja, vai produzir efeitos perante a AP internamente e perante administrados (externos).

Obs: (prova oral)

Este é o caso da aplicação da teoria da aparência no Direito Público. É aqui exatamente o caso que a teoria da aparência do Direito Civil é aplicada no direito público. A pessoa que assumiu a gestão da coisa tinha a aparência de ser agente público. Então, o ato que ela pratica perante terceiros de boa fé vai ser eficaz. O único caso notório, no Direito Público, que se aplica a teoria da aparência é esse.

2º) Agente Fato Putativo → nesta hipótese o ato é eficaz perante administrados, produz efeitos externos, mas só será eficaz perante a AP após sanado, ou seja, é imprescindível a sanatória para tornar o ato eficaz perante a AP.

Ex:

O policial militar do exemplo anterior. Se o comandante sanar o ato, produzirá efeitos a fim de promoção, aposentadoria. A AP sana o ato se for conveniente e oportuno.

Obs:

Hely Lopes - não existe ato administrativo anulado. Só existe ato administrativo nulo, porque no Direito Administrativo está em jogo o interesse público, não podendo haver anulabilidade.

Porém, belíssimo exemplo de ato administrativo anulável é o exemplo acima. Tanto é anulável que pode ser sanado. Se fosse nulo seria insanável, porque nulidade não sana.

Assim, como agente fato necessário é exemplo da teoria da aparência no Direito Público, agente fato putativo é exemplo da teoria da anulabilidade no Direito Público.

3º) Usurpador de função pública → ato praticado por agente usurpador é ineficaz (qualquer um deles). Não produz nenhum efeito, nem perante a AP nem perante administrados.

Três regras de uso hoje:

- 1) Agente fato necessário → eficaz interna e externamente - traz a teoria da aparência para o Direito Público.
- 2) Agente fato putativo → eficaz externamente, porém eficaz internamente só se sanado. Traz a teoria da anulabilidade para o Direito Público.
- 3) Usurpador de função pública → ineficaz.

Atenção: Marcar esta questão

TJ/RJ invalidou algumas multas praticadas pela Guarda Municipal de Niterói e todas as praticadas pela Guarda Municipal do RJ, com o argumento de que havia usurpação de função pública. O argumento era de que todos os guardas municipais e Rio e alguns de Niterói eram usurpadores de função pública. O argumento era correto? As Guardas Municipais estão exercendo a função por fraude ou violência? Não. O argumento é completamente equivocado.

A questão das multas é questão certa este ano. Esta questão não está ligada à usurpação de função pública. Está ligada a delegabilidade do Poder de Polícia, ou seja, se o Poder de Polícia é delegável a particulares ou não. Os acórdãos estão equivocados.

O que é Poder de Polícia?

Atividade tipicamente administrativa. A rigor, Poder de Polícia é atividade de restrição a direitos individuais, especialmente dois: liberdade e propriedade, em prol de terceiros.

Ex:

Festa - existe a lei do silêncio, que não é lei, geralmente está prevista nos Códigos de Postura Municipais, que ninguém pode ouvir som alto após as 22 horas. Lei do silêncio é uma nítida manifestação do Poder de Polícia. Neste exemplo, é uma restrição de direito individual em prol de terceiros. A liberdade de ouvir um som alto vai ser restringida em prol do sossego alheio.

O gabarito de prédios ou, em termos técnicos, a limitação administrativa, é um belíssimo exemplo de restrição de propriedade. Ninguém na Lagoa pode construir um prédio com mais de cinco andares. Há uma restrição da propriedade vertical em prol de terceiros, em favor de um meio ambiente equilibrado e sadio.

Toda e qualquer atividade que impõe restrição a direitos individuais de liberdade e propriedade em prol de terceiros é Poder de polícia.

Daí surge à questão - esta atividade é delegável ou não? Presidentes de bancas tem posições pessoais aqui.

Ex:

TJ/RJ entendeu que não poderia ser efetuada multa de trânsito por alguns guardas municipais de Niterói e todos os do RIO. Exemplo de delegação do Poder de Polícia tido como inválido. Porém, o mesmo TJ/RJ permitiu que alunos da Estácio de Sá e o Detran (órgão público) celebrassem um convênio para que seus estudantes efetuassem vistorias de veículos automotores, o que é uma manifestação do Poder de Polícia, porque restringe a propriedade.

Reparem: o mesmo Tribunal entendeu de um lado que seria impossível a lavratura de autos de infração de trânsito, mas de outro lado entendeu que o Detran pudesse firmar convênios com Universidades particulares para que estudantes efetuassem vistoria de veículos automotores. São dois pesos e duas medidas ou há algum critério que justifique?

Outro exemplo:

TRF da nossa Região (2ª) decidiu que a Ponte S/A e as demais concessionárias de rodovia podem ter pardais eletrônicos, mas não podem emitir a multa. Nesta hipótese, captariam o dado e enviariam ao DNER (atual DENIT).

O que tem em relação ao que estamos estudando? O TJ entendeu que reboques que rebocam veículos do centro do Rio não poderiam ser veículos conveniados, teriam que ser veículos pertencentes à CetRio. Por que? O que há de comum entre essas decisões? Qual a solução dada para isto? Qual o ponto de contato?

A rigor, em relação à delegabilidade do Poder de Polícia, hoje, temos três posições: duas posições extremadas e uma posição intermediária. A jurisprudência vem acolhendo a posição moderada.

**1ª posição extremada** - Prof. Luciano Matos Oliveira → para ele o Poder de Polícia é totalmente indelegável, por ser uma atividade típica do Estado. Se ela é típica do Estado, está ligada a soberania dele, não podendo se delegar o que é inerente a sua soberania. Atividade típica do Estado ligada à soberania estatal, não tendo o Estado a possibilidade de delegar o que lhe é típico.

Crítica:

Nem em todos os casos quando o Estado exerce o Poder de Polícia estará exercendo o seu poder de império. Em certas hipóteses, pode estar usando Poder de Gestão, ou seja, não está atuando com a predominância do interesse público, e sim do particular. Em regra, a atividade do Poder de Polícia é função do Estado, mas nem sempre ele exerce esta função com poder de império, podendo exercê-lo no exercício de sua gestão.

**2ª posição** - Dês. Nagib Slaib Filho (Magistratura) → apesar de ser voto vencido, sustenta que o Poder de Polícia é totalmente delegável. O argumento dele seria de que, tanto é delegável, que a CRFB tem normas que expressamente autorizam a delegação. O principal exemplo, segundo ele, seria

a norma que autoriza a prisão em flagrante. Diz ele: quando a CRFB trata da prisão em flagrante, diz que qualquer do povo pode. Se a CRFB, ao consubstanciar a hipótese máxima de Poder de Polícia que é a prisão, concedeu-a a particular, qualquer outra coisa também pode.

#### Crítica:

Parece-me que está havendo uma confusão entre polícia administrativa e polícia ostensiva ou preventiva, que é outra coisa. Polícia Administrativa é a polícia que restringe direitos individuais, como liberdade e propriedade em prol de terceiros. Polícia ostensiva ou preventiva pratica a atividade de prevenção de ilícitos penais. Nesta atividade, que fia a cabo da Polícia Militar, é que se permite que qualquer do povo efetue a prisão em flagrante. A rigor, isto é polícia ostensiva e não administrativa.

Polícia no Direito Administrativo tem um único sentido que é Poder de Polícia, Já na CRFB, polícia tem três sentidos. Polícia ostensiva, polícia judiciária, que é a que atua materialidade e autoria dos ilícitos penais e a polícia patrimonial, que é a que protege o patrimônio público (Guarda Municipal).

**3ª Posição - predominante** - Profs. Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Vilela Souto → segundo esses autores, o Poder de Polícia é delegável em parte. Afirmam eles: O Poder de Polícia tem quatro fases (o "X" da questão está aqui - decompor o Poder de Polícia em 4 fases):

1ª fase - ordem de polícia - genérica, abstrata, dirigida a todos.

2ª fase - consentimento de polícia

3ª fase - fiscalização de polícia

4ª fase - sanção de polícia

Qual seria o caso que deixa claríssimo esta ordem? Trânsito. O CTB quando impõe requisitos para obtenção da carteira de habilitação usa a ordem de polícia, restringe a liberdade em prol de terceiros. É uma norma genérica, abstrata, dirigida a todos e de restrição de liberdade. No momento em que preenchemos todos os requisitos para termos a CNH está, neste momento, corporificado o consentimento de polícia. A emissão da CNH é o que materializa esse consentimento de polícia. O Estado está consentindo que você exerça uma atividade sujeita ao controle dele. De posse da CNH iremos conduzir veículos automotores e sofreremos

fiscalização de polícia (Guarda Municipal, PM - no perímetro urbano). Se eventualmente cometermos infrações, seremos apenados com a multa de trânsito que é a sanção de polícia.

Dizem os autores: considerando as quatro fases, as fases extremas, ou seja, a primeira e a última, são indelegáveis, porque estão ligadas ao Poder de Império do Estado. Já as fases intermediárias, a segunda e a terceira, seriam delegáveis, porque não estão ligadas ao poder de império e sim ao poder de gestão.

Atual posição do TJ/RJ. Não há posição do STF. O STJ está se manifestando agora. TRF 2ª Região - mesma posição do TJ/RJ.

Posição majoritária - moderada - Poder de Polícia parcialmente delegável.

Agora se entende todos os casos colocados no início: porque o TJ entendeu que algumas multas emitidas pela Guarda Municipal de Niterói seriam nulas e não todas? Porque em Niterói houve um convênio celebrado entre a Prefeitura e, à época, uma Cooperativa. A Cooperativa forneceu pessoas para que efetuassem a guarda de trânsito. As multas declaradas nulas foram as emitidas pelos cooperativados. Porque, a rigor, era uma Cooperativa, pessoa jurídica de direito privado emitindo multa.

Todas as multas da Guarda Municipal do Rio foram declaradas nulas (Ao Guilherme parece ser este o provável caso da prova).

O problema não está no fato de se a Guarda Municipal tem ou não poder de multar. O que acontece é que no Rio a Guarda Municipal é uma Sociedade de Economia Mista Municipal (Empresa Municipal de Vigilância S/A) e tem inclusive ações. Sociedades de Economia Mista são pessoas jurídicas de direito privado.

O problema todo é este: A forma societária da Guarda Municipal do Rio impedia a emissão de multa. Houve outros questionamentos sobre multas da Guarda Municipal, mas todas foram consideradas válidas, porque as Guardas Municipais eram autarquias (Friburgo, Cabo Frio). Autarquias são órgãos da AP Direta. No caso do Rio, além do fator jurídico, tem o aspecto moral. Não só a pessoa jurídica de direito privado emitindo multa, mas também, quanto maior o

número de multas emitidas, maior será o dividendo apurado pelos sócios, o que é imoral.

**Importante:**

Porque então a Guarda Municipal do Rio ainda está emitindo multa?

Houve uma ação civil pública, proposta pelo MP, e o TJ (pelo seu órgão especial) entendeu assim: é hipótese de sanção de polícia, pessoa jurídica de direito privado não pode emitir multa, conseqüentemente as multas são nulas. Porém, os recursos especiais, extraordinários para o STF e especial para o STJ, não possuem efeito suspensivo, sendo recebidos apenas no efeito meramente devolutivo. O STF e o STJ desenvolveram uma jurisprudência que seria admissível a concessão de efeito suspensivo nestes recursos, desde que o RExt e o REsp já tivessem sido admitidos no Tribunal *a quo* e esse efeito suspensivo fosse pedido em medida cautelar inominada.

Então:

TJ/RJ emitiu acórdão declarando nulas as multas. Contra este acórdão foi interposto RExt para o STF. Esse recurso foi admitido pela 3ª Vice-Presidência TJ/RJ. Após admitido, o Município do Rio requereu ao STF liminar, em medida cautelar inominada, e o STF concedeu.

A emissão de multa hoje está lastreada em liminar concedida em medida cautelar inominada, incidental, sobre RExt, interposto contra acórdão do órgão especial do TJ/RJ.

Não quer dizer que o Supremo entenda de outra maneira. Foi dada a liminar porque estavam presentes *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

É plausível a tese que o Poder de Polícia possa ser totalmente delegável (Nagib)

A não emissão da multa poderia comprometer o patrimônio público, porque é fonte de receita.

STF ainda não decidiu o mérito.

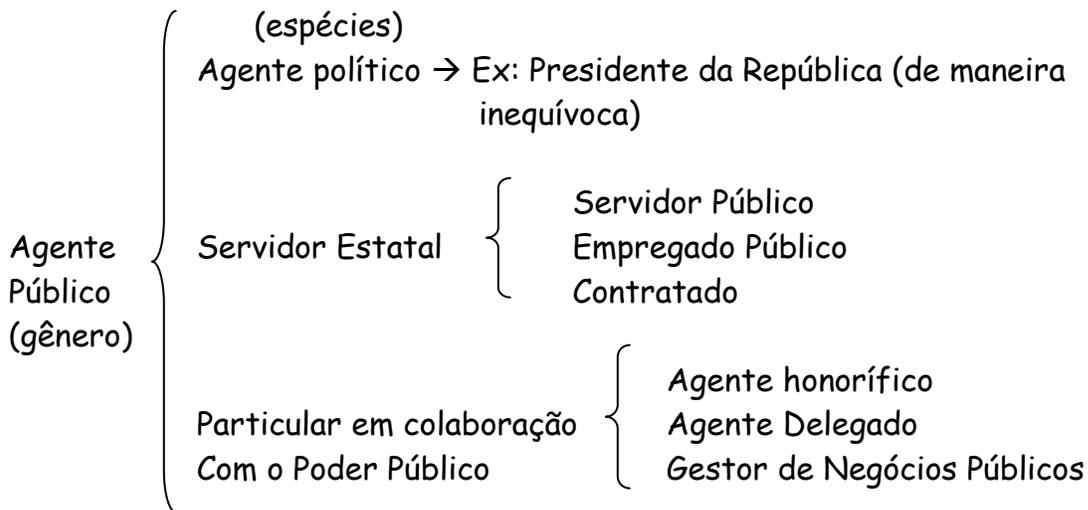
Porque o TJ entendeu que o convênio feito entre o Detran e a Universidade Estácio de Sá seria válido? Porque vistoria é fiscalização de polícia - delegável. Emissão do Certificado de vistoria é consentimento de polícia - delegável.

E no caso da Ponte S/A? Pardo eletrônico - fiscalização de polícia - delegável.  
Emitir multa - sanção de polícia - indelegável.

E os reboques? Porque não podem ser privados conveniados? Porque rebocar veículo é sanção de polícia - indelegável.

### Classificação de Agentes

Utilizada para os concursos - Oswaldo Aranha Bandeira de Mello atualizada por Celso Bandeira de Mello.



### AGENTE POLÍTICO

Duas grandes questões:

1ª) Qual a caracterização do agente político?

2ª) Qual a configuração do agente político? Quem é e quem não é?

1ª) Características: 5 principais

- 1) Ocupa o ápice da estrutura administrativa, exercendo cargo representativo de Poder de Estado, com atribuições enumeradas na CRFB;
- 2) Mantém vínculo de natureza política ao Estado;
- 3) Não está sujeito a regime jurídico funcional;

- 4) Possui prerrogativas funcionais;
- 5) É escolhido e destituído por modo próprio.

Obs:

Os regimes jurídicos são três: Estatuto, CLT e Especial.

2ª) Qual a configuração do agente político?

Toda divergência em doutrina, hoje, gira em torno do vínculo político. O que está colocado acima é o que o vínculo político é de natureza política.

Haverá divergência sobre se o vínculo político é estrito, ou seja, o eleitoral, ou se o vínculo é amplo, abrangendo qualquer pessoa que tenha fundamentação política dos seus atos.

Discussão sobre vínculo político fez surgir duas posições no Brasil:

1ª - Teoria Restritiva

Maria Sylvia e Celso A. Bandeira de Mello → entendem que o conceito de agente político está adstrito a "cargo fundamental na ordem política". Qual a consequência disto? Para estes autores que entendem que o critério é ocupar cargo estrutural na ordem política, só existiriam duas categorias de agente político, que seriam:

- a) Chefe do Poder Executivo e seus auxiliares diretos (Presidente/Governador/Prefeito, Ministro de Estado, Secretários de Estado e Secretários de Municípios);
- b) Membros das Casas legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores).

2ª - Teoria Ampliativa

Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Neto → para estes autores o critério que identifica o agente político não é cargo estrutural da ordem política e sim liberdade funcional. Se a pessoa dispõe de liberdade funcional será um agente político. Ela seria ampliativa porque além das categorias anteriores que seriam confirmadas, o conceito é ampliado para mais quatro categorias, quais sejam:

- a) Membros da Magistratura;
- b) Membros das funções essenciais à Justiça - MP, DP, PGE, AGU e PGM (Procuradores constitucionais);
- c) Membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros);
- d) Membros das Missões diplomáticas e consultores.

Não interpretam político como eleitoral. É de bom tom citar as duas correntes, porém, é de bom tom que você se filie a segunda posição, porque a EC 41 modificou o art. 37, XI dando a entender que o conceito de agente político é amplo. A EC 41 atribuiu subsídios a todos os que são considerados agentes políticos para a teoria ampliativa. Considerando que subsídios é próprio de agente político, salvo para o agente policial, a priori, o próprio constituinte derivado entende que o conceito de agente político é amplo.

Atenção: A priori teria sido a posição ampliativa consubstanciada pela EC 41. Qual a importância prática? O STF vem firmando entendimento que agente político não praticaria improbidade, praticaria crime de possível responsabilidade. Se essa posição do STF vingar (5 x 0), vai ter importância prática para saber quem é ou não agente político. Eventual ação sobre improbidade do agente político teria pedido absolutamente impossível.

## **SERVIDOR ESTATAL**

Existem quatro pontos fundamentais que distinguem os servidores estatais:

1ª Distinção:

1º lugar → servidor público é próprio (não quer dizer que seja exclusivo) da AP Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas (regna).

2º lugar → empregado público seria adequado para a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista.

3º lugar → contratado vai ser visto nos mesmos locais do servidor público, mas em situações de urgência (AP Direta, Autarquias e Fundações - casos de urgência).

## 2ª Distinção:

- Servidor Público ocupa cargo público
- Empregado público ocupa emprego público
- Contratado exerce função pública em função de urgência.

## 3ª Distinção:

- Servidor Público é sujeito a regime estatutário
- Empregado Público é sujeito a regime celetista
- Contratado é sujeito a regime especial de contratação temporária.

## 4ª Distinção:

- Servidor Público e Empregado Público são escolhidos por concurso público.
- Contratado é escolhido via processo seletivo simplificado.

**Servidor Público** → próprio da AP Direta, Autarquias e Fundações Públicas, ocupa cargo público, está sujeito ao regime estatutário, escolhido por concurso público.

**Empregado Público** → próprio de Empresa Pública e de Sociedade de Economia Mista, ocupa emprego público, está sujeito, em regra, ao regime celetista e é escolhido por concurso público.

**Contratado** → próprio da AP Direta, Autarquias e Fundações Públicas, em situação de urgência, exerce função pública, sujeito ao regime especial e com processo seletivo simplificado.

Três considerações:

1ª) Em relação ao servidor público → existe alguma hipótese que ele não preste concurso público? Sim, cargo em comissão - art. 37, II CRFB. Essa é a única questão que não resta dúvida, pois com relação a ser ou não agente político, depende da posição que se siga. Por que: cargo em comissão em nenhuma

hipótese seria agente político. Nos outros casos depende da posição que se siga.

2º) Empregado público - exceções → vários autores têm dito que o regime jurídico único foi extinto. Não é verdade, ele deixou de ser obrigatório.

Regime Jurídico Único - art. 37, I CRFB - em sua redação originária - A partir da EC 15 não há mais menção expressa ao Regime Jurídico Único. O que era RJU? Sujeitava toda a Fazenda Pública de uma entidade ao mesmo regime jurídico funcional.

Fazenda Pública - são as pessoas jurídicas de direito público (AP Direta, Autarquias e Fundações).

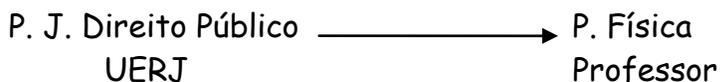
O RJU só vai ser extinto nas entidades federativas no momento em que uma lei redigida por ela faça menção a outro sistema. Depende de lei ordinária.

Importante: Pela EC 19 o RGU não foi extinto, apenas deixou de ser obrigatório. Vai ser mantido em todas as entidades federativas, até que lei ordinária produzida por cada uma delas disponha em outro sentido.

Existe a possibilidade de empregado público na AP Direta, Autarquias e Fundações, lado a lado com os servidores públicos, porque o RJU deixou de ser obrigatório (Lei 9962/00 - art. 1º).

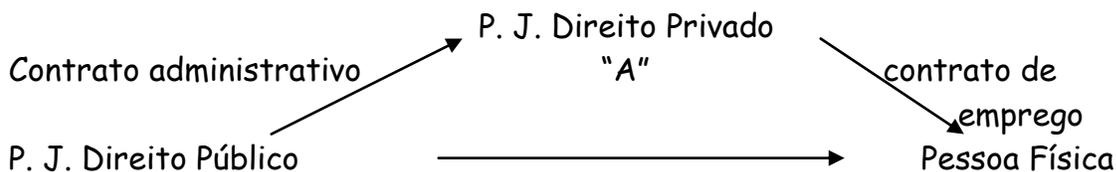
3º) Contratação → cuidado porque é diferente de terceirização.

Contratação - relação linear



Não há tempo hábil para contratar Professor de Direito Penal. Numa situação de urgência, pode contratar.

Terceirização → a rigor a relação não é linear e sim angular.



"B"

não há liame

"C"

"A" contrata com "B" que terceiriza com "C".

Ex:

TJ faz contrato administrativo com a Nova Era para fazer a limpeza. A Nova Era contrata João da Silva (contrato de emprego).

Duas relações jurídicas - uma de direito público e uma de direito privado.

A pessoa jurídica de direito público responde subsidiariamente a pessoa física? (PGE - último concurso).

Não (para Justiça comum). Não responde porque não há relação jurídica. Não há liame, ou seja, não há vínculo jurídico. Art. 71, § 1º, Lei 8666/73 c/c art. 31, Lei 8212/91 (com redação pela lei 9711/98) - fundamentação do STJ.

TST - Súmula 331 - prova trabalhista.

Particular em colaboração com o Poder Público

Agente Honorífico → age em honra do Estado. É a pessoa que por nomeação, designação ou requisição exerce ofício público.

Ex:

Jurado no Tribunal do Júri; Mesário.

Cuidado: Tabelião em alguns Estados já foi agente honorífico. No Rio, desde a fusão, há concurso público, não sendo o tabelião agente honorífico.

Agente Delegado → aquela pessoa que por delegação presta serviço público.

Ex:

Concessionário; permissionário.

Agente delegado pode ser pessoa jurídica. Conclui-se, então, que agente público pode ser pessoa jurídica.

Gestor de Negócios Público → muito assemelhado ao agente fato necessário. É a pessoa que por estado de necessidade pública assume a gestão da coisa pública em nome próprio.

Qual a diferença entre o agente e o gestor?

A diferença é meramente teórica. É que o gestor da coisa pública assume a gestão da coisa pública em nome próprio, se responsabiliza por eventual dano. No agente fato necessário não há responsabilidade, sendo esta apenas do Estado.

*Gestor - Agente Público*

*Agente Fato - Agente Fato.*

## Órgão

Centro de atribuições, instituído para o desempenho de atividades estatais, por intermédio de seus agentes, cuja atuação é imputada à entidade a qual o órgão está vinculado.

Oto Gierke → Teoria do órgão ou teoria da imputação - o agente público é a entidade em atuação (vigora hoje).

- 1) Esfera de ação
  - Central
  - Local
  
- 2) Posição estatal
  - Independente
  - Autônomo
  - Superior
  - Subalterno
  
- 3) Natureza das atribuições
  - de autoridade
  - auxiliar
  
- 4) Estrutura
  - Simples
  - Composto
  
- 5) Atuação funcional
  - Singular
  - Colegiado
  
- 6) Obrigatoriedade de existência
  - Obrigatório
  - Facultativo

Autarquia → será estuda em conformidade com os tópicos acima

Fundação Pública → De direito Público e de direito Privado - só são iguais os itens 5, 7 e 10 - existem aspectos comuns.

Empresa Pública → item 4 e 10 - pontos controvertidos (Toshio Mukai)

O estudo de órgão deve ter duas considerações:

1) Teoria explicativa das relações existentes entre agente, órgão e a própria entidade.

Houve uma primeira teoria que evoluiu para uma segunda e, hoje, nós estamos em uma terceira teoria explicativa.

1ª Teoria do Mandato - séc. XVIII

- agente público atua como mandatário da entidade. Esta teoria já fracassou há dois séculos. Crítica: Não se pode dizer que o agente público é mandatário da entidade, porque a entidade não tem vontade autônoma para criar um contrato de mandato.

2ª Teoria da Representação - séc. XIX

- o agente público seria representante da entidade. O vínculo não seria contratual (mandato), e sim legal, pois ele seria representante. Crítica: Não se pode comparar a entidade a um incapaz, que mereça ser representado.

3ª Teoria do órgão ou da Imputação - Otto Gierke - vigora hoje

- Por esta teoria o agente público é a entidade em atuação, ou seja, a atuação do agente público é imputada à entidade a qual ele pertença.

Por isso, no conceito de órgão, é que se diz que a atuação é imputada à entidade a qual o órgão pertença.

Imputada = reconduzida = o agente seria a entidade atuando.

Obs.:

Não existe representante do MP, representante da Magistratura. O que existe é representante, pois o vínculo entre o agente e a entidade não é vínculo de representação, é vínculo de imputação, pois o agente seria a presença do MP, a presença da Magistratura. Os agentes públicos não são representantes destas entidades, pois é a própria entidade em atuação.

## 2) Classificação dos órgãos públicos

### a) Esfera de ação

- Central → é aquele em que a sua esfera de ação alcança todo o território de uma entidade. Cuidado: não é território nacional, pois nem sempre o órgão é federal (entidade a qual ele pertença).

Ex.:

Ministérios - órgão federal central - sua atuação alcança todo o território nacional; Secretaria de Estado - órgão estadual central - alcançam todo o território do Estado; Secretarias Municipais - órgão municipal central - todo território do Município.

- Local → esfera de ação alcança parcela do território da entidade a qual pertença

Ex.:

SUDAM/SUDENE - típico exemplo de órgãos federais de âmbito de atuação local.

### b) Posição estatal (mais importante de todas)

#### b.1) Órgão independente - três grandes características:

- Ocupa o ápice da estrutura administrativa
- Representa poder do Estado
- Possui atribuições enumeradas na CRFB

Ex.: Presidência da República - órgão independente (Presidente é agente político) - art. 84 CRFB.

A partir deste ponto, deve-se conceituar fazendo menção ao órgão que está acima.

b.2) Órgão Autônomo - três características:

- Órgão sujeito hierárquica e funcionalmente ao órgão independente
- Quatro atribuições precípua: planejamento, coordenação, controle e supervisão
- Autonomia financeira e técnica.

Ex.: Ministérios - sujeitos hierárquica e funcionalmente à Presidência, possui as quatro atribuições precípua e também autonomia financeira e técnica.

b.3) Órgão Superior - três características:

- Órgão sujeito hierárquica e funcionalmente ao órgão autônomo
- Suas atribuições precípua são de decisão dentro da sua esfera de ação
- Só possui autonomia técnica

Ex.: Secretaria de um Ministério

b.4) Órgão Subalterno - três características:

- Órgão sujeito hierárquica e funcionalmente ao órgão superior
- Tem como atribuição precípua a decisão
- Não tem autonomia. Só executa o que lhe for ordenado.

Ex.: Almojarifado da Secretaria.

Classificação mais importante de todas. Deixa clara a estrutura hierárquica que a AP tem.

c) Natureza das Atribuições

➤ Autoridade → órgão cuja atribuição é de decisão ou de execução.

Ex.: Juiz de Direito

➤ Auxiliar → órgão cuja atribuição é de preparação técnica

Ex.: Cartório - prepara tecnicamente para que o juiz decida ou execute.

d) Estrutura

- Simples → formado por um centro de atribuições. Órgão indivisível.

Ex.: Juízo, Câmara (1ª e 2ª instância), Promotorias, Procuradorias.

- Composto → formado por mais de um centro de atribuições. É divisível.

Ex.: Tribunal, Ministério Público.

e) Atuação Funcional

- Singular → é aquele que atua através de declaração unilateral de vontade do seu agente.

Ex.: Juízo - agente = juiz de direito

- Colegiado → órgão que atua por deliberação majoritária de vontade dos agentes.

Ex.: Câmara, Turma (se for federal)

Câmara - órgão simples - colegiado

Turma - órgão simples - colegiado

f) Obrigatoriedade de Existência

- Obrigatório → O Estado está vinculado a instituir o órgão - instituição vinculante.

Ex.: Defensoria Pública

- Facultativo → órgão de existência facultativa. Instituição discricionária.

Ex.: Agências Reguladoras

Se houver hipótese de órgão obrigatório que não foi constituído após o prazo razoável, o caso será de inconstitucionalidade por omissão.

Ex.: Defensoria Pública em São Paulo. Existe a obrigação da criação do órgão.

Administração Pública Direta - estudo composto por:

- Agentes
- Órgãos
- Entidades (será estudada em Constitucional)

## ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Será estudada entidade por entidade que formam a AP Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista). Após este estudo, teremos concluído o 1º Setor.

Todas as entidades serão estudadas sob o enfoque de 11 itens:

<b>Itens:</b>	<b>AUTARQUIA</b>
1) Personalidade Jurídica	Pessoa de direito público, adquirida no termo inicial de eficácia da lei instituidora (lei que houver criado a Autarquia) - CERJ - art. 77, § 2º, I.
2) Instituição, organização e extinção	Por lei ordinária. Será o Chefe do Executivo, respectivo, que oferecerá o projeto de lei para criação: Ex.: Autarquia Federal - PR Autarquia Estadual - Governador É organizada por ato administrativo com a forma de decreto (decreto regulamentar). Da mesma forma que foi criada deverá ser extinta. Princípio da simetria das normas jurídicas - lei ordinária com projeto que é de iniciativa do Chefe do Executivo respectivo - art. 37, XIX, art. 61, § 1º, II, e da CRFB/88.
3) Regime Jurídico funcional	Em regra, estatutário. Excepcionalmente, pode haver celetista, visto que o RJU deixou de ser obrigatório - Lei 9962/00 - art. 1º, <i>caput</i> .
4) Patrimônio	Formado por bens públicos (de uso especial) - Art. 98 CC/02 (art. 65 CC/16)
5) Objeto	Qual a finalidade precípua? Atividade tipicamente estatal. Porém desinteressante para a AP Direta. Ex.: Universidade Federal, que exerce ensino, que era desinteressante para o MEC.
6) Forma	Intra-estatal. Autarquia é pessoa jurídica independente em relação ao Estado. Está intimamente ligada ao Estado, porém, é autônoma em relação a ele.
7) Prerrogativa	Imunidade tributária recíproca. O Estado não pode

Fiscal	cobrar tributo dele próprio. Art. 150, § 2º, CRFB. Vale, também, entre entes diferentes.
8) Prerrogativa Processual	Obs.: Fazenda Pública = Estado Execução Fiscal - Lei 6830/80 Execução Fiscal contra a FP - art. 730 e 731 do CPC. Prazos diferenciados - art. 188 CPC. Reexame obrigatório - art. 475 CPC Despesas processuais pagas ao final do processo - art. 27 do CPC Não está sujeita a concurso de credores - art. 1571 CC/16.
9) Justiça competente	Art. 109, I, CRFB Autarquia Federal → Justiça Federal comum Autarquia Estadual ou Municipal → Justiça Estadual comum Obs.: basta o interesse da Autarquia para que a causa se desloque.
10) Licitação	Art. 37, XXI, CRFB e art. 1º, parágrafo único da Lei 8666/93. Há necessidade.
11) Responsabilidade Civil	Art. 37, § 6º, CRFB Dá-se de maneira objetiva por ato comissivo, pois por ato omissivo vamos verificar a hipótese de responsabilidade subjetiva.

Obs.:

Só se designa como Fazenda Pública as Autarquias, a AP Direta e as Fundações Públicas de direito público. Todas essas entidades seriam personalidades jurídicas de direito público.

Fazenda Pública tem seis grandes prerrogativas:

- 1) Quando é credora - execução fiscal;
- 2) Quando é devedora - execução contra a Fazenda Pública, a rigor, não tem penhor. Possui precatório;
- 3) Prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. A rigor, não é contestar, é responder (deve-se ler responder);

- 4) Duplo grau de jurisdição obrigatório ou reexame obrigatório. Toda decisão contrária à Fazenda Pública tem reexame obrigatório. Evitar o termo recurso *ex officio*, visto que todo recurso é voluntário;
- 5) Despesas processuais pagas ao final do processo. A Fazenda Pública não está isenta das despesas, ao contrário da Defensoria;
- 6) Não sujeição a concurso de credores. A Fazenda Pública não participa de falência, que é concurso de credores mercantil, e não participa de insolvência civil, que é concurso de credores civil. Não é o fato de haver regra explícita no CC que vai fazer com que o Instituto deixa de ocorrer. Não há regra, mas há princípio. A Fazenda Pública não está sujeita ao concurso de credores pela supremacia do interesse público.

As Agências Reguladoras são Autarquias especiais.

Itens:	FUNDAÇÕES PÚBLICAS
1) Personalidade Jurídica	Dec. 200/67 - art. 5º, IV - Pessoa Jurídica de Direito Privado. Pessoa Jurídica de Direito Público. Pode ser PJD Privado ou PJD Público, dependendo de como a lei disciplinar (majoritária).
2) Instituição, organização e extinção	Se for de direito público → por lei, com iniciativa reservada ao Chefe do Executivo. Será organizada por ato administrativo, sob a forma de decreto. Se extinguirá da mesma forma que foi criada. Se for de direito privado → por autorização em lei. A lei não instituirá, e sim autorizará a sua instituição, não estando o Chefe do Executivo vinculado a instituí-la (dependerá de juízo de conveniência e oportunidade que ele o faça). Se extinguirá por autorização em lei, não estando o Chefe do Executivo vinculado, obrigado a extingui-la. Art. 37, XIX, CRFB Também a FP de direito privado é organizada sob a forma de decreto.
3) Regime Jurídico funcional	FP de direito público → estatutário ou celetista FP de direito privado → somente o celetista - art. 1º, <i>caput</i> da Lei 9962/00.

4) Patrimônio	FP de direito público → art. 98 CC. Formado por bens públicos de uso especial. FP de direito privado → art. 98 CC - bens particulares.
5) Objeto	Para ambas - atividade residual. Se não é hipótese de atividade típica do Estado (Autarquia), nem hipótese de serviço público ou atividade econômica, que são próprias de Empresas Públicas, ou Sociedade de Economia Mista, a hipótese será de Fundação Pública. Neste item há aspecto comum entre as duas.
6) Forma	FP de direito público → forma intra-estatal ou autárquica. FP de direito privado → fundação privada regida pelo CC (art. 62).
7) Prerrogativa Fiscal	A mesma das Autarquias para as duas Fundações - art. 150, § 2º, CRFB.
8) Prerrogativa Processual	FP de direito público → tem as mesmas prerrogativas das Autarquias. FP de direito privado → não tem prerrogativa processual.
9) Justiça competente	Art. 109, I, da CRFB (cuidado) FP de direito público → como diz a Constituição, é entidade autárquica, sendo aplicada a mesma idéia das Autarquias. FP de direito privado → não é entidade autárquica, não se aplicando o dispositivo. Justiça Estadual comum, sendo ela federal, estadual ou municipal (inaplicável o art. 109, I da CRFB).
10) Licitação	Art. 37, XXI, da CRFB e art. 1º, parágrafo único da Lei 8666/93. Obrigatória para qualquer Fundação (pública ou privada), salvo nos casos em que a própria lei dispensar.
11) Responsabilidade Civil	FP de direito público → responsabilidade objetiva - art. 37, § 6º da CRFB. FP de direito privado → que exerce atividade residual, não se aplicando o art. 37, § 6º - responsabilidade será subjetiva.

Obs.:

Divergência quanto à personalidade jurídica. Se nós entendemos que o decreto-lei 200/67 foi recepcionado pela Constituição, Fundação Pública será pessoa jurídica de direito privado. Caso contrário, será pessoa jurídica de direito público ou, ainda, poderá ser uma coisa ou outra.

Há três posições a respeito:

1ª) Prof. Hely → é pessoa jurídica de direito público sempre, devido a não recepção do art. 5º, IV do dec. 200/67, à luz do art. 37 da CRFB/88;

2ª) Caio Tácito, Seabra Fagundes, Sérgio Andréa Ferreira, Carvalhinho → é pessoa jurídica de direito privado, tal qual prescreve o decreto-lei, visto que este foi recepcionado pela CRFB/88;

3ª) Oswaldo A. Bandeira de Melo, Celso Antonio Bandeira de Melo, Diógenes Gasparine. Maria Sylvia Di Pietro, Marcus Juruena → Ela pode ser pessoa jurídica de direito público ou privado, dependendo de como a lei a tiver disciplinado (majoritária). Na jurisprudência é pacífico este 3º entendimento: a lei deve disciplinar de forma expressa.

Esta classificação muda tudo, vez que se a Fundação Pública for pessoa jurídica de direito público terá todas as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, litigando, inclusive, em Vara de Fazenda Pública.

A Fundação Pública de direito privado pode estar criada pela lei, porém, o Chefe do Executivo só a autorizará se entender que é conveniente e oportuno. Só ele institui, mas para isso deve estar autorizado em lei.

Toda pessoa jurídica de direito privado terá regime jurídico celetista.

Questão interessante da prova do MP:

- Se for Fundação Privada, regida pelo CC, passa a ser fiscalizada pelo MP, ou seja, o MP fiscalizaria amplamente estas Fundações Privadas. Art. 63 CC - o MP não é fiscaliza como vela por todas as Fundações Privadas.

A Fundação Pública de direito público integra o conceito de Fazenda Pública, tendo as mesmas prerrogativas processuais das autarquias.

Nós podemos ter uma fundação Pública de direito privado federal litigando na justiça estadual comum, visto não ser entidade autárquica.

<b>Itens:</b>	<b>EMPRESA PÚBLICA</b>
1) Personalidade Jurídica	Pessoa Jurídica de Direito Privado, adquirida no momento do arquivamento dos seus atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis e atividades afins. Art. 77, § 2º, II CERJ c/c art. 5º, II da Lei 200/67
2) Instituição, organização e extinção	Da mesma forma que a FP de direito privado. Autorização em lei, não estando o Executivo vinculado a instituí-la. Organizada por ato administrativo com a forma de decreto, sendo também extinta com autorização em lei, não estando o Chefe do Executivo vinculado a destituí-la.
3) Regime Jurídico funcional	Celetista.
4) Patrimônio	Divergência: a) bens públicos b) bens particulares ou privados (majoritária)
5) Objeto	a) Prestação de serviço público, se ela tiver por fim prestação de serviço público - ex.: COMLURB b) exploração de atividade econômica, se ela tiver por fim exploração direta de atividade econômica - ex.: ALCOA. Art. 173, <i>caput</i> - observar.
6) Forma	Livre. Civil ou mercantil, desde que a forma societária limite a responsabilidade subsidiária do sócio. Isto ocorre, porque como o Estado está limitado pelo orçamento, não pode responder sem qualquer limite. Ex.: Poderia ser uma S/A? Sim, porque limita a responsabilidade dos sócios de acordo com as ações. Por cota? Sim, porque a responsabilidade subsidiária está limitada pelas cotas. Sociedade em nome coletivo? Não, porque neste tipo de sociedade a responsabilização dos sócios é ilimitada, ou seja, responde por quaisquer dívidas sem limites.
7) Prerrogativa	Não possui, porque concorre com outras empresas

Fiscal	privadas, o que feriria a igualdade.
8) Prerrogativa Processual	Não possui, porque não integra o conceito de Fazenda Pública.
9) Justiça competente	De um lado Empresas Públicas Federais e de outro estaduais e municipais. Federal → Justiça Federal comum Estadual e Municipal → Justiça Estadual comum.
10) Licitação	Até hoje vigora a discussão, porém de maneira menos intensa depois da EC 19/98, se as EP têm o dever de licitar ou não. Questiona-se que ela perderia a agilidade para concorrer com as empresas privadas devido à exigência de licitação. Até 1998, existiam duas correntes: 1ª) Celso Bandeira de Melo → deve haver distinção expressa entre as EP prestadoras de serviço público e as EP de intervenção do domínio econômico. Para ele, se é a primeira hipótese, cujo objeto é a prestação de serviço público, ela estará sujeita às regras da Lei 8666/93. Porém, se é a segunda hipótese, cujo objeto é a exploração direta de atividade econômica, não estariam sujeitas às regras da lei 8666/93, e sim ao princípio da licitação, ou seja, ela estaria sujeita à licitação, salvo nas hipóteses em que a licitação pudesse prejudicar a atividade fim dela (atividade econômica). 2ª) Parte da premissa contrária. Afirma que não há diferença prática entre EP prestadora de serviço e de intervenção no domínio econômico. Ambas estão sujeitas ao princípio da licitação. Este princípio deve estar expresso em seu Estatuto, devendo o mesmo regular se há ou não o dever de licitar e em que casos. Não haveria uma sujeição direta à lei 8666/93. Após a EC 19/98, parece ao Guilherme que não há espaço para sustentar outra posição que não a do Prof. Jessé Torres (alterou expressamente o art. 22, XXVII da CRFB). Toda AP Direta, todas as Autarquias e todas as

	<p>Fundações estarão sujeitas a uma única lei ordinária.</p> <p>Ex.:</p> <p>Petrobrás - Sociedade de Economia Mista Federal, tem estatuto próprio de licitação (é o único, por enquanto). Porém, é um decreto federal formalmente inconstitucional.</p>
11) Responsabilidade Civil	<p>Art. 37, § 6º da CRFB.</p> <p>Se a hipótese for de EP prestadora de serviço público, a responsabilidade por atos comissivos será objetiva, incidindo o art. 37, § 6º, por ser considerada pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.</p> <p>Se a hipótese for de EP de intervenção no domínio econômico, não incidirá o art. 37, § 6º, porque ela não é pessoa jurídica de direito público, nem é pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, já que o seu objeto é atividade econômica exploradora de um modo direto. Responderá de maneira subjetiva sempre, aplicando-se, em regra, o CC, a não ser que haja incidência de um estatuto próprio como o CDC.</p>

Obs.:

Divergência quanto ao patrimônio das Empresas Públicas - apesar da redação do CC - Duas correntes:

1ª) Hely Lopes, Toshio Mukai → bens pertencentes às Empresas Públicas são bens públicos, com fulcro na reversão em caso de extinção da empresa. Significa dizer que após sua extinção os bens são liquidados e fica apurado saldo residual, ou seja, se houver saldo remanescente, os bens reverterem para a AP Direta instituidora. Se há reversão em favor da AP Direta instituidora é porque os bens são públicos (não é motivo por si só para sustentar que o bem seja público - Guilherme);

2ª) Celso A. B. Melo, Carvalhinho - majoritária → os bens são particulares ou privados porque não teriam uma característica própria de todos os bens públicos, ou seja, a impenhorabilidade. Estes bens são penhoráveis.

STF/STJ/TJRJ - bens particulares - reforçado pelo art. 98 da CRFB/88.

**Cuidado:**

O bem é penhorável (pertencente à Empresa Pública). Porém, por outro lado, a Empresa Pública tem como objeto a prestação de serviço público, influenciado pelo princípio da continuidade. Como conciliar a penhorabilidade do bem particular com a continuidade do serviço público?

STJ - existe a possibilidade de penhora, só que haverá restrição dessa penhora se a hipótese for de serviço público. A penhora não estará impedida, mas será restringida → princípio da continuidade do serviço público.

Até o limite que não prejudique o serviço público, responde a Empresa Pública através de execução por quantia certa contra devedor solvente. Desse limite em diante, responde, subsidiariamente, a AP Direta instituidora.

Se for a AP Direta instituidora e, portanto, integra a Fazenda Pública, será execução contra a Fazenda Pública, não havendo penhora, e sim precatório.

Até o limite que não prejudique o serviço público - responde a Empresa Pública - penhora → execução por quantia certa contra devedor solvente.

Do limite que prejudique em diante - responde, subsidiariamente, a AP Direta instituidora - execução contra a Fazenda Pública - precatório.

Exceção ao que foi dito antes:

Bens pertencentes à ECT, que é Empresa Pública Federal. O STF tem dois acórdãos sobre o tema e nunca disse que o bem era público.

STF decidiu o seguinte:

O bem dessa Empresa Pública, como de toda Empresa Pública, é bem particular. Porém, na ECT, em sua lei orgânica que é de 1967, tem um dispositivo que diz o seguinte: estendidas à ECT as prerrogativas da Fazenda Pública federal, tais como, a impenhorabilidade sobre bens. O STF considera esta lei como recepcionada.

Então: bens pertencentes à ECT são bens particulares, à luz do art. 98 do CC, porém, são impenhoráveis por disposição legal expressa (posição do STF). Nenhum autor deixa de criticar esta posição do STF.

A ECT, além de atividade econômica, exerce serviço público, o que tornaria os bens penhoráveis, porém, de forma restrita, ou seja, até o limite que não prejudicasse o serviço público, como já fora explicado antes.

Art. 173, § 1º → decisão do STF - contrária à Constituição. Observe o inciso II, ou seja, a Empresa Pública que desempenha atividade econômica com prestação de serviço público, que é o caso da ECT, fica sujeita ao regime jurídico de empresa privada, tendo absoluta igualdade quanto às obrigações civis, mercantis e trabalhistas, no que tange às empresas privadas. A decisão do STF viola esta disposição constitucional, que impõe igualdade entre a empresa pública e a privada.

O Estado do Rio de Janeiro editou lei que as Guardas Municipais podem efetuar multa. O Estado parece não conhecer o art. 22, XI da CRFB/88, pois, legislar sobre trânsito e transporte é competência exclusiva da União.

O Estado do Rio criou também a COPE (Companhia Estadual do Petróleo) e, um dos motivos expostos é que o Estado do Rio está tendo tratamento discriminatório por parte do Governo federal, devido a não criação da Refinaria de Campos, e pela revogação do contrato da Petrobrás com o Flamengo. É inaceitável que uma Assembléia Legislativa diga isto em uma lei.

O art. 173, *caput* da CRFB/88 → imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo são, hoje, pressupostos não só para constituição da Empresa Pública, mas também para a conservação da mesma. Hoje em dia, tendo em vista o princípio da subsidiariedade ou do Estado Mínimo, como já foi dito, são pressupostos não só para a constituição como também para conservação. O Estado só poderá criar Empresa Pública se presentes um dos pressupostos como dia a Constituição. Porém, se o Estado já tem a Empresa Pública, só poderá mantê-la se presentes um dos dois pressupostos. Se faltarem os dois, o Estado estará vinculado à privatização (objeto de prova na PGE e no MP de Pernambuco).

PGE → Pode ser criada Empresa Pública para vender picolé na praia?

R.

Existe imperativo de segurança nacional? Existe relevante interesse coletivo? Então, não pode. Se já tivesse sido criada teria que privatizá-la.

MP/PE → Pode ser criada Empresa Pública para vender comida típica?

R.

Aqui a resposta dependerá se a comida típica revela patrimônio histórico ou não (folclore regional).

Qualquer hipótese de ato omissivo, a responsabilização é subjetiva (STJ e STF). Não fazer distinção entre omissão genérica e omissão específica (só dizer omissão por culpa do serviço). TJRJ - acolheu a posição do Guilherme Calmon e do Sérgio Cavalieri, no sentido de uma distinção entre omissão específica e omissão genérica. Afirmam: se a omissão for genérica a responsabilidade será subjetiva (por culpa do serviço). Porém, se a omissão for específica, a responsabilidade será objetiva.

Omissão específica → é o fato omitido que foi causa direta do dano causado.

Ex.: bala perdida. A rigor, você não pode dizer que houve uma omissão do Estado. Não foi a omissão causa direta do dano que está sendo questionado.

Ex.: Morte no presídio - omissão específica - responsabilidade objetiva.

TJRJ - se há reiterados roubos a bordo de ônibus, já é omissão específica. Há ciência inequívoca de que o fato ocorre (com certeza será reformado no STJ).

<b>Itens:</b>	<b>SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA</b>
1) Personalidade Jurídica	Idem Empresa Pública.
2) Instituição, organização e extinção	Idem Empresa Pública.
3) Regime Jurídico funcional	Idem Empresa Pública.
4) Patrimônio	Vigora a discussão se o bem é público ou particular. Jurisprudência indicaria que o bem seria particular. A diferença seria só a seguinte: na hipótese de empresa pública, patrimônio integralmente público.
5) Objeto	Idem Empresa Pública.
6) Forma	É obrigatoriamente a forma de uma S/A. Diferente da EP que tem forma livre (art. 235 da Lei 6404/76)

7) Prerrogativa Fiscal	Idem Empresa Pública.
8) Prerrogativa Processual	Idem Empresa Pública.
9) Justiça competente	Art. 109, I da CRFB/88. Por não estarem mencionadas no art. 109, I da CRFB, se a hipótese é de SEM federal, estadual ou municipal, a justiça competente é a justiça estadual comum. Vamos encontrar causas de SEM federal na justiça estadual, visto ser esta a justiça competente. Ex.: Banco do Brasil, Petrobrás - somente serão julgadas na justiça estadual. Porém, eventualmente, podem ser julgadas na justiça federal, se houver interesse da União na lide.
10) Licitação	
11) Responsabilidade Civil	

Obs.:

Para que o capital seja integralmente público não é necessário que o capital seja inteiramente pertencente a uma mesma pessoa de direito público, podendo pertencer a duas ou mais, desde que seja público.

Ex.:

É Empresa Pública federal uma empresa em que 100% do seu capital pertença à União, mas é também EP, uma empresa em que 60% do seu capital pertença à União e os outros 40% pertençam ao Estado. O capital é público, porém não é pertencente à mesma pessoa pública.

Empresas Públicas unipessoais - capital pertencente a uma só empresa.

Empresas Públicas pluripessoais - capital pertencente a mais de uma empresa

Se todas forem públicas, continuará sendo Empresa Pública, porém pluripessoais, como no exemplo acima. Na Empresa Pública todo capital pertence à pessoa jurídica de direito público.

Na Sociedade de Economia Mista a maioria do capital pertence ao Estado, e não o capital inteiro.

Ex.:

51% das ações com direito a voto pertencem à União - 49% pertencem a outro sócio. Será uma Sociedade de Economia Mista Federal, visto que a maioria do capital pertence à União.

Ex.:

CEF - 100% do capital pertence à União.

Banco do Brasil - Sociedade de Economia Mista - maioria do capital pertence à União.

Sociedade de Economia Mista → litiga na justiça do Estado, salvo se demonstrado interesse da União na lide.

1ª questão - Falência:

Há falência em Empresa Pública?

Há falência em Sociedade de Economia Mista?

Prova da Magistratura oral e MP (Carvalhinho tem posição pessoal).

STJ - acabou de julgar

Existe ou não possibilidade de MS contra EP? E SEM?

Falência - art. 242 Lei 6404/76 - este dispositivo diz que as SEM não estão sujeitas à falência. Três posições:

1ª) Carvalhinho → a EP e a SEM não estão sujeitas à falência. Ele, por entender que o regime jurídico é o mesmo, estende a mesma norma para as EP. A grande motivação dele é a interpretação extensiva (posição para o MP).

2ª) Tavares Borba → A EP e a SEM estão sujeitas à falência. Afirma que o art. 242 da Lei 6404/76 não foi recepcionado pela CRFB/88. Não teria sido recepcionado pela leitura do art. 173, § 1, II da CRFB. Este dispositivo sujeita as EP e as SEM ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Diz ele: Se a Constituição sujeitou as EP e as SEM ao regime jurídico das empresas privadas e elas estão sujeitas à falência, as EP e as SEM também estarão sujeitas à falência (posição da PGE).

3ª) Celso Antonio Bandeira de Melo → vamos separar as três hipóteses:

- a) EP e SEM de intervenção no domínio econômico, ou seja, cujo objeto é exploração direta de atividade econômica → estão sujeitas à falência. Se a Constituição sujeitou essas empresas ao regime privado, elas estariam sujeitas à falência - art. 173, § 1º, II da CRFB/88;
- b) SEM prestadora de serviços público, ou seja, cujo objeto é a prestação de serviço público → não estão sujeita à falência, pois é este o caso em que a lei versa - art. 242 da Lei 6404/76;
- c) EP prestadora de serviço público, ou seja, cujo objeto é a prestação de serviço público → não é a hipótese que a lei versa. Estão sujeitas à falência, mas os bens afetados ao serviço público ficam "à margem da massa falida". Ele criou esta expressão que, em termos técnicos, significa que os bens não serão arrecadados. Serão arrecadados apenas os bens que não estão vinculados ao serviço público (devido à continuidade do serviço público).

Esta controvérsia era imensa, até que foi revogado o art. 242 da Lei 6404/76. A questão de prova não será se elas fazem ou não, e sim sobre a controvérsia, pois a partir da revogação do art. 242 parece não haver espaço para outra decisão que não a 2ª (predomina largamente a posição do Tavares Borba).

2ª questão:

As EP e as SEM quando exploram atividade econômica estão sujeitas à MS?

Ex.:

CEF, BB - não há parte do serviço público, mas na parte da atividade econômica: Gerente do BB recusa empréstimo, Fica sujeito à MS? Há duas posições em doutrina e um acórdão recente do STJ:

1ª) Alfredo Busaid, Celso Agrícola Barbie → não cabe MS contra EP e contra SEM de intervenção no domínio econômico, com fundamento no art. 5º, LXIX da CRFB/88. Se a atividade é econômica não há exercício de atividade do poder público, portanto, não é cabível MS. A rigor, atividade econômica não é de atribuição do poder público. Diferentemente seria se fosse o caso de serviço público;

2ª) Marcus Juruena V. Souto, Carlos Ari Sá → cabe MS, mesmo que o ato seja de EP ou SEM de intervenção no domínio econômico. O fundamento é o

seguinte: cabe porque essas empresas praticam atos administrativos, ou seja, uma coisa é ato da administração, outra coisa é ato administrativo, e, dizem eles: há prática de atos administrativos, até porque são entidades que integram a AP Indireta. Segundo estes autores, estaria satisfeita a condição constitucional.

STJ → decidiu questão sobre ato praticado por gerente do BB em Viena. O STJ admitiu o MS, com o entendimento de que há prática de ato administrativo.

**1º Setor → AP Direta e AP Indireta**

**2º Setor → Entidades Delegatárias do Serviço Público**

Serviço Público e sua delegação

Sempre que o Estado executa diretamente ou não certa atividade para atender necessidades sociais sujeitas ao regime jurídico próprio, está prestando serviço público.

Observar-se-á os princípios informadores do serviço público (questão de prova da Magistratura):

Princípio da Generalidade

Princípio da Continuidade

Princípio da Modicidade

Princípio da Eficiência

Princípio da Cortesia

Obs.: Sempre que conceituar princípios começar a frase: "a execução do serviço público ..."

**2º SETOR** - formado pelas entidades delegatárias de serviço público.

## **SERVIÇO PÚBLICO**

Atividade executada direta ou indiretamente pelo Estado por intermédio de entidades políticas ou administrativas (1º Setor), como também de entidades delegatárias (2º Setor), sob regime jurídico próprio, para consecução das necessidades sociais.

### **Princípios informadores do Serviço Público:**

- **Princípio da Generalidade** → a execução do SP deve alcançar o maior número de pessoas, sem discriminação contra seus usuários;
- **Princípio da Continuidade** → a execução do SP não pode sofrer solução de continuidade ou interrupção. Tem que ser contínuo;
- **Princípio da Modicidade** → a execução do SP deve ser custeada por valores módicos, até porque o lucro não é atividade precípua do Estado;
- **Princípio da Eficiência** → a execução do SP deve ter o maior proveito possível, com o menor dispêndio necessário. Custo x Benefício (cai muito em prova) - termos econômicos;
- **Princípio da Cortesia** → a execução do SP deve resultar no bom relacionamento entre prestadores e usuários.

### **Classificação de Serviço Público:**

Critérios:

- pertinentes aos destinatários
- pertinentes à essencialidade
- pertinente à execução

## Quanto aos destinatários do serviço público

### Serviço Público Coletivo (*uti universi*)

Três grandes características:

- a) destinatários são pessoas indeterminadas
- b) não é possível a mensuração da utilização individual do serviço
- c) não há direito subjetivo à obtenção do serviço público (ex.: iluminação pública).

### Serviço Público Individual (*uti singuli*)

Três grandes características:

- a) destinatário é pessoa certa, determinada;
- b) é possível a mensuração da utilização individual;
- c) há direito subjetivo à possível obtenção do serviço público, ou seja, deve haver condições técnicas para isto (ex.: energia elétrica - destinada à pessoa certa, possível mensuração, se houver postes, fios, tem direito subjetivo).

Importante para a prova do MP:

Qual a forma de custeio dos SPI e SPC?

Duas grandes regras:

1ª) SP Coletivo → custeio se dá via imposto, daí a inconstitucionalidade da Taxa de Iluminação Pública - art. 145, II, § 2º da CRFB.

2ª) SP Individual → duas formas de custeio: Taxa e Tarifa

Taxa → NJ tributo - prestação compulsória

Tarifa - NJ preço público - prestação facultativa - serviço tem que ser utilizado, não bastando que ele esteja à disposição.

STF - a atual posição voltou a ser pela facultatividade ou compulsoriedade, distinguindo, desta forma, Taxa e Tarifa.

STF - o serviço será financiado por taxa quando a prestação de serviço é compulsória, ou seja, quando o Estado está obrigado pelas leis municipais (estaduais, federais) em vigor a prestar o SP.

Obs.:

Não é obtenção do serviço é prestação do serviço. Não é aferida a condição do usuário, e sim a condição do prestador.

STF - Se o SP tem a sua prestação facultativa, o seu custeio será por tarifa.

Ex.: esgoto e transporte.

Basta que o serviço de água ou lixo esteja disponível ao consumidor para que este seja cobrado. Se a CEDAE não disponibiliza o serviço, não pode cobrar a taxa (cobrança indevida).

**Taxa** → não é necessário utilização - basta que o serviço esteja à disposição - prestação compulsória.

**Tarifa** → ex.: pedágio, tarifa de ônibus.

STJ - Tarifa de telefone celular não pode cobrar tarifa mínima. A telefonia celular não é um serviço cuja prestação é obrigatória por parte do Estado. STJ afirmou que a assinatura mensal é própria do serviço custeado por taxa, o que não ocorre com a telefonia celular. A tarifa só se cobra quando se utiliza realmente o serviço. Afirmou, ainda, o STJ que no caso da telefonia você cria uma desigualdade pelos usuários que optarem pelo serviço pré-pago e pós-pago. A rigor, você não pode financiar um serviço público, cuja prestação é facultativa cobrando tarifa mínima.

No caso da Telemar ocorre o mesmo.

### **Quanto à Essencialidade do Serviço Público**

Há uma distinção entre SP em sentido estrito ou pró-coletividade e SP de utilidade pública ou pró-cidadão (tomando em consideração a essencialidade do serviço).

- Pró-coletividade → é o serviço necessário para a coletividade, porque ligado à subsistência dela.

Ex.:

Transporte é essencial.

- Pró-cidadão → é o serviço conveniente para o cidadão e não necessário para a coletividade. Não está ligada a subsistência, e sim ao conforto do cidadão.

Ex.:

Serviço vip do Menezes Cortes.

Qual a grande questão? (grande possibilidade de cair no MP)

- É admissível a interrupção na prestação de um serviço público essencial, por falta de pagamento do usuário?

Obs.:

Serviço público essencial, no sentido que a jurisprudência coloca, é serviço público em sentido estrito, necessário para a coletividade.

Luz, gás, água podem ser interrompidos?

Resposta para a prova:

Duas grandes correntes:

1ª) Para prova Fazenda → Marcus Juruena - pode haver interrupção da prestação do SP essencial por falta de pagamento do usuário. O fundamento legal seria a Lei 8987/95 - art. 6º, § 3º, II. Deve haver notificação extrajudicial. Deve haver ciência inequívoca de que o usuário foi notificado, mesmo assim se recusa a pagar.

2ª) Para MP, DP e Magistratura → Plínio Martins. Não existe a possibilidade de interrupção da prestação de um SP essencial por falta de pagamento do usuário. O fundamento dele é o CDC (Lei 8078/90 - art. 22), pois diz que os SP quando essenciais devem ser contínuos.

A rigor, todo conflito gira em torno do princípio da essencialidade. Qual a norma adequada para o caso? A lei de Licitações e Permissões (Lei 8987/95) ou o CDC (Lei 8078/90)? Sob o ponto de vista legal, os dois autores afirmam isto.

Porém, se nós trouxermos a questão para o Direito Constitucional, não há outra resolução senão a hipótese de não permitir o corte (Guilherme).

### Posição do Guilherme:

Há três princípios constitucionais que também impediriam o corte, corroborando com a posição do prof. Plínio Martins. Dois explícitos e um implícito são eles:

1) Interrupção de SP viola o princípio do devido processo legal - art. 5º, LIV da CRFB. Se a concessionária dispõe de um título executivo, o devido processo legal chama-se execução. Se não é um título executivo, o devido processo legal chama-se ação monitória. O devido processo legal, previsto na Constituição, chama-se execução ou monitória.

A concessionária vai receber, porém, não pelo corte, e sim de acordo com o devido processo legal;

2) Viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional - art. 5º, XXXV da CRFB. Os atos administrativos, em regra, têm um atributo que é a auto-executoriedade, ou seja, podem ser executados independente de provimento judicial. Porém, o Diogo de Figueiredo menciona o que ele chama de atos hetero-executórios, ou seja, atos que só podem ser executados com provimento judicial.

Ex.:

Execução de multa; execução de tarifa ou taxa.

O Estado não pode invadir o patrimônio de terceiros para dar execução a um crédito. Deve requerer em juízo, via executória, para que o juiz autorize que ele invada patrimônio de terceiro e satisfaça o seu crédito.

Outros eventos:

Desapropriação - se não houver acordo em relação ao preço, o Estado terá que propor ação de desapropriação.

Se você entender assim, o ato da concessionária que efetuou o corte importa em crime (art. 345 CP) - exercício arbitrário das próprias razões. Ele deveria requerer em juízo, porém, como não fez, você pode, inclusive, imputar crime.

Porém, ao ver do Guilherme, a questão fica indiscutível se além desses dois princípios, que talvez ainda admitam questionamento, você alegar o terceiro princípio.

3) Princípio da vedação do retrocesso - LRB/ Ana Paula Barcellos. Este caso do corte é exatamente um exemplo de vedação do retrocesso.

Vedação do retrocesso (grande questão para o MP) → você só pode invocar este princípio quando você possui uma norma constitucional de eficácia limitada. Normas não auto-aplicáveis são correspondentes às normas constitucionais de eficácia limitada. Seria o caso de norma constitucional de eficácia limitada meramente programáticas, ou seja, uma norma prevista na Constituição, a mais abstrata possível, que só estabelece um programa.

Você tem uma norma constitucional, de eficácia limitada, meramente programática, não atributiva de direito de ninguém.

Esta norma constitucional teria sido de certo modo, disciplinada por uma norma legal. A norma legal atribuiu direito à terceiro.

Vedar o retrocesso significa impedir que esta norma legal seja revogada por outra norma legal, sem política substitutiva, ou seja, nós não estamos engessando a norma, ela pode ser revogada, porém a norma revogadora deve atribuir um outro direito, de igual ou superior status. Deve proteger o titular do direito, pelo menos da mesma forma que ele estava protegido anteriormente.

Vedar o retrocesso significa impedir que esta norma legal que regulamenta a norma constitucional de eficácia limitada, meramente programática, que atribui direito à terceiro, seja revogada por outra norma legal, sem política que substitua, porque este direito, já está incorporado ao patrimônio jurídico.

Trazendo a teoria para a prática:

Norma constitucional de eficácia limitada meramente programática - seria, neste exemplo, art. 5º, XXXII da CRFB, ou seja, havia um programa, em 1988, que o Estado brasileiro tinha de com uma lei defender o consumidor. Desta norma não se extraia nenhum tipo de direito.

Esta norma meramente programática, de eficácia limitada, foi regulamentada pela lei 8078/90 - CDC - que no seu art. 22 diz que o SP essencial deve ser contínuo, ou seja, criou o direito público subjetivo à continuidade do SP essencial.

Bem, cinco anos depois, surge a lei 8987/95 que diz que o SP, independente de ser essencial, pode ser interrompido, desde que haja "aviso prévio" - art. 6º, § 3º, II. Este artigo é um retrocesso.

A continuidade se é direito fundamental, deve ser interpretada em sentido amplo, ou seja, deve ser sempre a que melhor favoreça o titular. Se fosse caso de restrição, a aplicação seria literal. A norma cinco anos depois retroceder, o que é inconstitucional. A interrupção pode ser efetuada, desde que não atinja direito fundamental, SP essencial. Se for pertinente a SP essencial é retrocesso, o que é vedado e, portanto, inconstitucional.

Konrad Hesse - os direitos fundamentais devem ser interpretados de maneira mais ampla. No caso, contínuo significa que não pode ser interrompido. Levada a questão para o aspecto da Constituição, não há outra saída.

Antes do interesse público, está a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana exige tudo o que seja indispensável a sua vida diária. A administração Pública está sujeita ao princípio da dignidade da pessoa humana. É o ônus da concessionária prestar o serviço público essencial. Esta pode até requerer junto à AP a revisão do contrato, caso a inadimplência seja muito grande, porém, não pode cortar o consumo.

Este princípio é implícito. Foi retirado de um acórdão do Tribunal Constitucional alemão/02. Não há posição do STF ainda. Há a discussão no CC, se este princípio existe ou não na Constituição. Se este princípio existir vai gerar, inclusive, repercussão no Direito Civil. Se o STF entender que este princípio existe, o CC na parte da união estável é todo inconstitucional.

Ex.:

CC/02 - sucessão dos conviventes se dá de maneira diferente da dos cônjuges. Já havia lei anterior que estabelecia igualdade.

Art. 226, § 3º, da CRFB - norma constitucional de eficácia limitada, meramente programática.

### Jurisprudência:

STJ - Dois acórdãos - 1997/1999 - posicionamento do Plenário não admitindo o corte.

Há dois meses atrás, saiu um posicionamento da 5ª Turma admitindo o corte.

A questão vai ser apelada ao Plenário, para saber qual a posição será mantida. Só discutiu o art. 22, pois o princípio da vedação do retrocesso é questão constitucional, de competência do STF.

### **Quanto à Execução**

Distinção entre SP impróprio e SP próprio, no que pertine à execução:

Próprio → só admite execução direta, ou seja, pela AP Direta.

Impróprio → admite execução direta e indireta (pela AP Indireta e entidade delegatárias)

**Delegação do SP ≠ delegação de poder de polícia.**

### Delegação de Serviço Público

➤ Quais as formas de delegação de SP admissíveis no Brasil?

É inquestionável a existência de concessão e permissão (Lei 9897).

É discutível a existência de autorização de serviço público.

Delegação = gênero

Concessão, permissão e "autorização" = espécies.

Duas grandes posições sobre a autorização de SP:

1ª) Prof. Hely → existe autorização (art. 21, XI, XII da CRFB). A Constituição menciona duas vezes autorização.

2ª) Carvalhinho → não existe (art. 25, § 2º, art. 30, V e art. 175 *caput*) - grande fundamento - dispositivo específico que não fala em autorização de serviço.

STJ - admitiu autorização de serviço

Ex.:

Táxi do Rio de Janeiro, com relação aos motoristas que não são titulares da linha - autorizatários. Porém, inclusive os autorizatários solicitar a permissão depois dessa decisão do STJ.

## **Delegação de Serviços Públicos**

### **Concessão e Permissão - Lei 8987/95**

**Concessão** → contrato administrativo pelo qual a AP (concedente) transfere a prestação de serviço público, mediante licitação sob seu planejamento econômico, antecedida ou não pela execução de obra pública a consórcio de empresas ou pessoa jurídica (concessionária), que demonstre ter condições técnicas para tanto, por prazo certo, remunerado exclusivamente pelas tarifas pagas pelos usuários.

AP → concedente

Consórcio de empresas → concessionário.

NJ → contrato administrativo típico ou nominado.

Brasil: quatro contratos administrativos típicos: concessão, obra, serviço e fornecimento.

#### Classificação:

a) **Concessão de Serviço Público Simples** → prestação indireta de serviço público.

Ex.

Ponte S/A (único objeto)

b) **Concessão de Serviço Público antecedida pela execução de obra pública** → temos, a rigor, dois objetos:

1) Prestação de serviço público (comum a todo contrato de concessão)

2) Execução de obra pública.

Ex.

Via Lagos (não só presta o serviço, como também executou parcela da obra - são dois contratos diferenciados).

**Permissão** - Divergência - ato (unilateral) ou contrato (bilateral) → ato administrativo ou contrato administrativo pelo qual a AP (permitente)

transmite a prestação de serviço público, mediante licitação, sob seu planejamento e controle a pessoa jurídica ou pessoa natural (permissionário), que demonstra possuir condições técnicas para tanto, por sua conta e risco, remunerado exclusivamente pela tarifas pagas pelos usuários, aplicando-se-lhe as normas pertinentes à concessão de serviço público (supletivamente).

NJ → Ato administrativo ou contrato administrativo (duas correntes - questão limitada à permissão de serviço público):

1ª corrente: Hely Lopes, Cretela Junior → Permissão de serviço público é ato administrativo, mesmo após a lei de permissão e concessão. Fundamento: Lei 9472/97 - art. 120 - minoritária.

Quando se fala em termo, termo pressupõe ato administrativo, porque uma lei posterior, a de concessão e permissão fez menção a ato como termo.

2ª corrente: Maria Sylvia, Raul Armando Mendes → a partir do art. 40 da lei 9887/95, a permissão teria sido convertida em contrato administrativo. Majoritária. Posição do STJ: permissão = contrato.

Obs.

Todo contrato administrativo é contrato de adesão.

### Classificação:

- a) Permissão de SP Simples → presentes três características fundamentais: precariedade; unilateralidade; discricionariedade.

Unilateral → o consenso decorre da adesão que o permissionário dá ao permitente. Cabe ao permissionário aderir ou não à vontade manifestada pelo permitente.

Precária → a permissão pode ser extinta a qualquer tempo, independente de indenização (crítica do Hely - se permissão é contrato, como pode ter esta característica?).

Discricionário → não é sobre o permissionário, e sim sobre o serviço que vai ser permitido. O permissionário será escolhido via licitação. A discricionariedade é sobre o serviço público. Se a AP entende que é conveniente e oportuno permitir tal serviço, ela o fará.

b) Permissão de SP Condicionada → autolimitação do permitente (AP). Leia-se prazo e eventual indenização. Caso extinta antes do prazo, caberá eventual indenização.

O permitente se autolimitou - fixou prazo - extinção do contrato antes do prazo - perdas e danos.

### Diferença entre concessão e permissão:

1) Quanto ao vulto econômico.

➤ Concessão → grande vulto econômico. Ter maior segurança para que se possa investir mais dinheiro. Maior estabilidade ao legatário.

Ex.

Táxi aéreo - concessão - mais estável - confere maior segurança ao delegatário.

➤ Permissão → menor vulto econômico - menor segurança.

Ex.

Táxi rodoviário.

2) Quanto ao delegatário

➤ Concessionário → pode ser um consórcio de empresas ou pessoa jurídica.

➤ Permissionário → pessoa jurídica ou pessoa natural.

3) Quanto à encampação

Encampação → extinção da concessão ou permissão por interesse público superveniente. Encampação é o contrário de privatização. A encampação traz a empresa do domínio privado para o domínio público. Já a privatização retira a empresa do domínio público e leva para o privado.

a. Concessão → a encampação gera indenização prévia, ou seja, antes que esta seja consumada (art. 37, lei 8987/95), o valor será pago.

- b. Permissão → a encampação gera indenização posterior (art. 79, § 2º da Lei 8666/93).

<b>CONCESSÃO</b>	<b>PERMISSÃO</b>
Grande vulto econômico - mais estável	Pequeno vulto econômico - menos estável
Quanto ao delegatário: Consórcio de empresas ou pessoa jurídica	Quanto ao delegatário: Pessoa jurídica ou pessoa natural
Quanto à encampação: Indenização prévia (art. 37 Lei 8987/95)	Quanto à encampação: Indenização posterior (art. 79, § 2º Lei 8666/93).

### 3º SETOR

#### ENTIDADES INTERMÉDIAS

Entidades de intermediação entre Estado e sociedade.

Entidades intermédias (gênero):

- c. Cooperação → cuja instituição se deu por iniciativa do Estado.  
Ex.  
Sistema "S" - Serviços Sociais Autônomos (SENAI, SEBRAE, SESC, SESI) - criados por lei.
- d. Colaboração → a criação se deu por certa iniciativa da sociedade.  
Ex.  
Sistema "OS". São as chamadas Organizações Sociais - Fundação Roquete Pinto.

Três advertências quanto às entidades de intermediação de colaboração:

- 1) São pessoas jurídicas de direito privado, porém qualificadas perante um certo Ministério. Fundação Roquete Pinto (TVE) é qualificada junto ao MEC, porque desempenha atividade que interessa a esse Ministério (serão qualificadas perante o Ministério de sua pasta respectiva).

- 2) Acordo de programa → o Estado fixa meta de desempenho e transfere recursos para esta pessoa privada. Art. 37, § 8º, da CRFB/88. O Estado qualifica a pessoa privada. A qualificação sempre se dá através de acordo de programa.
- 3) Uma vez qualificadas, por este acordo de programa, vão auferir dois benefícios: recursos financeiros e recursos humanos, para que possam dar cabo ao acordo de programa que foi celebrado.

### **Serviço Social Autônomo - Sistema "S"**

Entidade de cooperação instituída para a prestação de ensino ou assistência técnica a categorias profissionais ou grupos sociais.

NJ → pessoa jurídica de direito privado, adquirida a personalidade jurídica no momento do arquivamento dos seus atos constitutivos no Registro Civil de Pessoa Jurídica (não é registro mercantil porque estas entidades não possuem fins lucrativos).

A rigor, nós temos sete Serviços Sociais Autônomos:

- 1) SENAI - dec. lei 4048/42 (época Vargas);
- 2) SENAC - dec. lei 8621/46 (Dutra);
- 3) SESI - dec. lei 9403/46 (Dutra);
- 4) SESC - dec. lei 9853/46 (Dutra);
- 5) SEBRAE - Lei 8029/90 (Collor);
- 6) SENAR - Lei 8315/91 (Collor);
- 7) SENAT - Lei 8709/93 (Collor/Itamar)

### **Organizações Sociais - Sistema "OS"**

Entidade de colaboração instituída para o desempenho de atividades sujeitas ao regime da livre iniciativa, porém de interesse para o desenvolvimento econômico planejado.

NJ → são pessoas jurídicas de direito privado, adquirida a personalidade jurídica no momento do arquivamento dos seus atos constitutivos no Registro Civil de Pessoa Jurídica (a rigor, não são criadas por lei).

Ex.

ACERP - Lei 9637/98.

Prestam atividades privadas que interessam para o Estado. Devem se desenvolver sob o ponto de vista planejado.

Grande questão sobre o 3º Setor: Sistema "S" e Sistema "OS".

Existe licitação exigível ou não? Estão sujeitos ao dever de licitar? Se a União pretender contratar com o SESC, vai ter que licitar? Vão estar sujeitos ao controle do TCU?

Quanto aos Serviços Sociais Autônomos (atenção para a prova do MP - Carvalho tem posição própria):

Lei 8666/93 - art. 1º - indica as pessoas destinatárias do dever de licitação (artigo anterior à EC 19, portanto, devendo ser relido à luz dela).

Parágrafo único - compatível com a CRFB/88 - Questão:

Serviço Social Autônomo é considerado como entidade controlada direta ou indiretamente pela União? Art. 1º, parágrafo único da Lei 8666/93.

A dúvida é a seguinte: na AP há dois sistemas de controle. O primeiro controle é o controle finalístico e o segundo controle é o hierárquico.

Controle Hierárquico - existe hierarquia

Controle finalístico ou funcional-não existe hierarquia. É o controle da eficiência. Ex. controle do MP sobre a Polícia Civil.

Os Serviços Sociais Autônomos não sofrem controle hierárquico por parte da União. Porém, há o controle de eficiência sobre as atividades que desempenham.

1ª posição: Carvalhinho → Serviços Sociais Autônomos devem licitar. Motivação: porque também sofrem controle funcional.

2ª posição: Di Pietro → Não devem licitar. Sofrem somente controle funcional, não sofrendo controle hierárquico. Desta forma, não tem o dever de licitar.

STJ - TCU - posição do Prof. Carvalho.

Obs.

Maria Sylvia diz que todo ato administrativo deve ser motivado. Não é verdade.  
Ex. sinal de trânsito.

E quanto às Organizações Sociais, devem licitar?

Lei 8666/93 - art. 24, XXIV.

Em relação às Organizações Sociais, não há dúvida, a licitação é dispensável.

Serviço Social Autônomo → há discussão se deve licitar ou não, baseado no art. 1º, parágrafo único da Lei 8666/93.

Todas as entidades que tiverem a mesma qualificação jurídica das Organizações Sociais podem ser dispensadas de licitar.

Obs.

Dever de licitação não significa a mesma coisa que controle do TCU, ou seja, tem que licitar de acordo com a posição predominante, porém é discutível o controle pelo TCU sob alguns mecanismos (se ocorre ou não).

Predomina a idéia de que a licitação é exigível, mas o controle do TCU não se dá sobre todas as contas. Essa ausência de controle sobre todas as contas ficaria clara na CRFB, art. 71, II.

Serviço Social Autônomo - para TCU - deve licitar, porém, nem todas as contas estão sujeitas a sua fiscalização, porque bem pertencente à sociedade privada é bem privado. O TCU só fiscalizará as contas quanto a valores públicos, ou seja, nem todas as contas do Sistema "S" estarão sujeitas ao TCU. Os bens não podem incidir sobre a fiscalização do TCU por não serem bens públicos.

## ATOS ADMINISTRATIVOS

### TEORIA GERAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Manifestação do exercício da função administrativa, que sob regime jurídico de direito público, objetiva a **aquisição, transformação, conservação, transmissão, extinção** de direitos para consecução do interesse público.

Há discussão entre ato administrativo e ato da administração:

Ato administrativo - ligado a um critério objetivo

Ato da Administração - ato jurídico praticado pela AP. Está ligado a um critério subjetivo (não se levam em consideração o conteúdo do ato, e sim o sujeito que o pratica). Não há correspondência obrigatória entre um conceito e outro (importância prática).

Ex.

Atos administrativos que não são atos da administração = ato administrativo praticado pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo, quando, por exemplo, o Legislativo através do Presidente da Assembleia Legislativa, ou o Judiciário através do Presidente do Tribunal de Justiça, praticam atos que são atípicos em relação ao respectivo Poder.

Ex.

Atos da administração que não são atos administrativos = contratos privados da Administração (locação, mútuo, comodato).

Há distinção entre ato administrativo e ato de administração (leia-se: fatos administrativos - são fatos administrativos ou atividade material da AP).

Defensoria Pública -penúltimo concurso:

- O que é abuso de poder, excesso de poder e desvio de poder?

Gira em torno dos conceitos acima.

Há um gênero que é o abuso de poder. Abuso de poder compreenderia excesso e desvio de poder.

Desvio de poder → abuso qualitativo em ato administrativo.

Ex.

Desapropriação por motivo pessoal. Desapropriação é ato administrativo. Houve um abuso qualitativo no decreto expropriatório. Itamar quando desapropriou a

fazenda de FHC alegando que esta não era produtiva, o que não era verdade. A finalidade já era desde o início do ato desviado.

Excesso de poder → abuso quantitativo em fato administrativo.

Ex.

Excesso de uso de força policial - a finalidade era válida, o vício estava no percurso para que ela fosse conseguida.

Abuso de poder → termo mais amplo possível usado pela CRFB.

Ex.

Excesso de força policial na imissão na posse de bem regularmente expropriado.

Imissão na posse = fato - decreto expropriatório = ato.

Desvio de poder - a finalidade já é de plano desviada, ou seja, desde o início do ato, visto que visava, no exemplo, atender interesse privado e não público.

Excesso de poder → a finalidade, *a priori*, é válida, o excesso ocorre no percurso para obtenção da coisa.

#### Elementos dos Atos Administrativos (requisitos fundamentais):

- e. Competência
- f. Motivo
- g. Objeto
- h. Forma
- i. Finalidade

Lei 4717/65 - art. 2º - é o fundamento dado por Hely Lopes. A validade dos atos está adstrita a estes cinco elementos. Prof. Hely retirou desta lei.

MP - questão - XII Concurso:

- Indique o candidato, os elementos que entenda mais importantes na formação do ato administrativo.

O que a Banca queria saber era a distinção que Celso Antonio Bandeira de Mello faz entre elementos e pressupostos. No caso, os mais importantes são objeto e forma, pois depois é deverá ser discutido se o ato é válido.

Elementos → são os requisitos imprescindíveis para a formação do ato. No mínimo, o ato deverá ter objeto e forma (vigência). Dos cinco elementos, estes são imprescindíveis para a formação do ato.

Pressupostos → são os requisitos para a formação válida do ato. Seriam a competência, o motivo e a finalidade (validade).

Formação do ato → objeto e forma (vigente e existente).

Formação válida do ato → competência, motivo e finalidade (válido).

Competência → no Direito Administrativo significa limite ou medida da função administrativa. É o âmbito sob o qual o agente público está autorizado a exercer a função administrativa.

➤ Qual a função da competência? Constitucional, legal ou infralegal?

A competência, precipuamente, está prevista em norma legal. Excepcionalmente, pode estar prevista na Constituição ou decreto (legislação infralegal).

Ex.

Lei 1083/03 - norma legal

Art. 84 da CRFB/88 - norma constitucional

Decreto 4118/03 - norma infralegal

Competência do Presidente da República.

Não se confunde com hierarquia. Sob o ponto de vista hierárquico, a norma constitucional é mais importante.

Critérios de Fixação de Competência (qualquer matéria - vale para qualquer processo: civil, trabalhista, etc.):

- 1) critério material - especialidade da função;
- 2) critério hierárquico - grau de responsabilidade do agente público;
- 3) critério espacial - intervalo de espaço (ex. estado de guerra);
- 4) critério temporal - intervalo de tempo

Obs.

A rigor, ao invés de se falar em competência, devia-se falar em atribuição.

Fonte principal → lei

Fontes acessórias → Constituição e decretos

Obs.

Não estamos falando em hierarquia.

No que tange ao critério de atribuição de competência, significa dizer que a competência não é atribuída pela especialidade da função. Significa que ela é atribuída pelo grau de responsabilidade do agente público (critério hierárquico).

Características (existe distinção entre processo judiciário e processo administrativo):

Características com relação ao Direito Administrativo:

- 1) Improrrogabilidade → a competência não é alterável pela vontade dos administrados. Em DA não há competência relativa;
- 2) Inderrogabilidade → a competência não é alterável pela vontade da AP.

➤ Existem exceções a este princípio?

Há duas exceções:

1ª) Avocação → movimento de baixo para cima. A matéria sai de uma autoridade inferior e vai para uma autoridade superior.

2ª) Delegação → movimento de cima para baixo. A matéria sai de uma autoridade superior para uma inferior.

São as duas exceções ao Princípio da inderrogabilidade.

Possível questão para próxima prova do MP:

Avocação e delegação são hipóteses excepcionais de competência derogável, salvo restrições constitucionais. Há hipóteses em que a Constituição limita a possibilidade de avocação e delegação.

Ex.

Princípio de Promotor Natural - promotor natural exerce função administrativa, ao contrário do juiz que exerce função jurisdicional.

Há uma discussão se o princípio do promotor natural é ou não princípio constitucional, devido, principalmente, ao último acórdão da Min. Ellen Gracie.

Questão para o MP:

➤ Se for princípio constitucional e onde está previsto?

PCPC - é princípio constitucional implícito, mesmo tendo em vista a posição, em parte, da Ministra Ellen Gracie.

Está previsto no inciso V do art. 53 da CRFB.

Os autores mais retrógrados afirmam que não há princípio do promotor natural, visto o artigo falar em autoridade competente, e, o MP não teria competência, e sim atribuição.

Porém, a Constituição, no que tange ao Direito Administrativo, utiliza o termo em sentido lato, ou seja, competência em sentido literal e em sentido de atribuição.

Ex.

Art. 84 da CRFB

Art. 129, VI CRFB - "procedimentos administrativos de sua competência". A menção expressa à palavra competência no sentido de atribuição.

Melhor interpretação a ser dada ao art. 5º, LIII da CRFB - "autoridade competente". "Ninguém será processado" → processado significa promotor natural. "nem sentenciado" → significa juiz natural, senão por autoridade competente. O art. 5º, LIII faz menção tanto ao juiz natural, quanto ao promotor natural, visto que a competência não se resume a autoridade judiciária. De acordo com o texto constitucional, a palavra competência também é usada pelo MP.

Outra questão certa, que foi questão da Magistratura, será de novo, e será certamente no MP, é a possibilidade do MP investigar fatos criminosos.

Posição de uma Turma do STF → que o MP não pode investigar. Pela Constituição, a posição do STF é literalmente equivocada. Art. 129, VI da CRFB. O inciso VI fala em procedimento administrativo de sua competência.

Inciso III chama todos os procedimentos cíveis de inquérito civil.

Se o inciso III chama todos os procedimentos administrativos em matéria cível de inquérito civil, o inciso VI ao falar em procedimentos administrativos de sua competência é evidente que este procedimento é criminal. Porque se fosse cível não seria chamado de procedimento administrativo de sua competência, e sim de inquérito civil.

Basta uma interpretação sistemática da Constituição para saber que a investigação pelo MP é prevista expressamente na CRFB.

Inciso III - procedimentos administrativos em matéria cível - são chamados de inquérito civil.

Inciso VI - procedimentos administrativos de sua competência - se quisesse aludir à matéria cível, chamaria de inquérito civil, porém, como não o fez, está se referindo à matéria criminal.

Obs.

Não é função do MP requisitar. Requisição é o mecanismo para o exercício das funções. O MP usa do mecanismo da requisição para exercer sua função que é investigar, seja em matéria penal ou civil.

Um procurador geral só pode avocar e delegar nas hipóteses em que a lei prescrever, sob pena de estar afrontando o princípio do promotor natural.

A rigor, o promotor natural nada mais é do que uma limitação constitucional ao poder discricionário do procurador geral.

Obs.

Agente fato e usurpador de função pública são as únicas hipóteses de atos praticados por sujeito de direito que não têm competência e praticam atos administrativos. Em certos casos seus atos são eficazes, porém, eles não têm competência. Não há competência, embora nestes casos possam ocorrer atos administrativos.

Conclui-se, então, que pode existir ato administrativo, embora falte um dos elementos do mesmo, como é o caso do agente fato e usurpador de função pública, que falta competência.

Isso explica o que o Celso Antonio B. Melo diz, ou seja, que competência não é elemento, e sim pressuposto do ato administrativo. O ato pode até não se formar de modo válido, mas ele existe mesmo assim.

Obs. - **Concessão:**

**Questão de prova: Atenção!!**

Não há confusão entre **contrato administrativo de concessão de serviço público antecedido pela execução de obra pública** e **contrato administrativo de obra pública**. São diferentes pelo seguinte motivo: no contrato de concessão antecedido pela execução de obra pública, o contratado (concessionário) é remunerado pelos usuários como, por exemplo, a Via Lagos, que para a construção do trecho faltante foi remunerada pelo usuário quando pagavam tarifa (pedágio). No contrato administrativo de obra pública o contratado não é custeado pelos usuários, e sim pelo contratante como, por exemplo, a Linha Amarela, onde o Município do Rio de Janeiro contratou uma empresa vencedora da licitação pertinente para que ela executasse a obra pública. Depois disso, ou seja, depois da execução da obra pública pela empresa vencedora da licitação, houve novo contrato de concessão de serviço público simples. O primeiro contrato foi de obra pública, pois quem pagou a obra foi o estado, e não os usuários do serviço público, como ocorreu na Via Lagos.

Outra questão interessante:

- Existe a possibilidade de cobrança antecipada de pedágio, ou seja, antes de realizada a obra pública? É possível que no contrato de concessão antecipada de execução de obra pública seja cobrada tarifa antes da execução da obra, como ocorreu na Via Lagos, ou isso é ilegal?

Posição da PGE - parecer de Diogo de Figueiredo. É possível, porém com duas ressalvas:

1ª) A concessionária deixa de ser mera prestadora de serviço público e passa a ser também gestora de certos recursos financeiros. Ela não estará somente prestando serviços, está também gerindo recursos financeiros;

2ª) Além da conversão do papel da concessionária, há também uma conversão da tarifa, pois a tarifa deixa de ser contraprestação de um serviço público e passa a ser financiamento de investimentos.

Deve, ainda, estar previsto no contrato administrativo e no edital de licitação. É possível, inclusive, porque é ato discricionário do Estado, porém não esquecer que há uma modificação nos papéis do concessionário e da tarifa.

Obs.

Não pode a Prefeitura das localidades vizinhas abrir vias alternativas, pois quebra a equação econômico-financeira. Isso deve ser feito pelo próprio Estado, de acordo com o contrato administrativo.

Obs. - **Permissão:**

Muitos autores dizem: A permissão foi contratualizada. A contratualização fica restrita à permissão de serviço público. Permissão de bem público não virou contrato, continua sendo ato administrativo.

Permissão de serviço público - ato ou contrato.

Permissão de uso de bem público - ato administrativo.

Última prova da Magistratura:

Sobre permissão de uso de bem público - não é contrato e sim ato administrativo. O que se discute é se a permissão de serviço é ato ou contrato.

Permissão de uso de bem público - ato administrativo e, portanto, unilateral.

## **Atos Administrativos (continuação)**

Assim, o ato administrativo tem cinco elementos principais: Competência, Motivo, Forma, Objeto e Finalidade.

**Motivo** → situação de fato pelo qual é exercida a função administrativa. Situação de fato que motiva a prática administrativa. Distinção entre motivo, móvel e causa do ato administrativo. Móvel significa propósito do agente público que pratica o ato administrativo. Motivo é objetivo, enquanto o móvel é subjetivo. Causa significa relação de pertinência entre motivo e objeto, tendo em vista uma finalidade. A rigor, causa não é um elemento e sim uma relação entre dois elementos.

Motivação - obrigatória ou não.

Motivação dos atos administrativos significa exposição de motivos, que se dá em três partes: 1) descreve fato; 2) indicar a norma jurídica pertinente a ele; e, 3) estabelecer uma relação entre o fato e a norma (subsunção da norma ao fato). Essa motivação gera, a rigor, duas questões práticas:

- Teoria dos Motivos Determinantes → Nos atos administrativos vinculados todos os elementos estão determinados em lei. Já nos discricionários o motivo e o objeto não estão previstos. A Teoria quer dizer que a hipótese do ato discricionário caso o agente que pratica o ato exponha o motivo ele fica vinculado ao motivo exposto. Assim, esse ato poderá ser invalidado caso haja desconformidade entre os motivos expostos e os fatos.

Ex.

Há no RJ uma lei obrigando que todos os concursos estaduais devem ter gabarito publicado na imprensa oficial, fato que não ocorre. O concurso da AGU é o mais transparente, já que cada aspecto abordado da questão será pontuado de determinada forma. Assim, se o candidato abordar um tema e ainda assim receber um zero há desconformidade. Assim, esse ato poderá ser invalidado.

Essa Teoria foi estendida agora para o Direito Constitucional (Prof. Gustavo Binenbojm). Controle judicial do veto presidencial a um projeto

de lei, uma vez que se trata de ato político. Para o Prof. Gustavo será possível o controle judicial se o veto se referir a inconstitucionalidade de lei já que o presidente deverá indicar qual o dispositivo que foi violado. Todo veto por inconstitucionalidade é motivado e por isso será submetido a controle. Se o veto se referir a ausência de interesse público, caso motivado, também se submeterá ao controle. Também sra hipótese de aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ex. que não é bem o caso, mas serve para entender a questão: MP do Presidente determinando o fechamento dos Bingos. Supondo que em vez de MP tivesse havido um projeto de lei. O argumento que havia lavagem de dinheiro nos bingos não era verdadeira.

- Obrigatoriedade da Motivação → três posições na doutrina:
  - Maria Sylvia - obrigatória em todos os atos administrativos. Crítica: existem atos que a motivação é impossível (ex. sinal de trânsito), até porque nem sempre tem a forma escrita.
  - Oswaldo Aranha Bandeira de Melo - a motivação só é obrigatória nos atos administrativos vinculados, nos discricionários seria facultativa. Crítica: justamente os atos que merecem mais cuidados na exposição dos seus motivos são os atos discricionários, já que nos vinculados os motivos já estão previstos em lei.
  - Carvalhinho - só seria obrigatória os atos de obrigação legal, ou seja, depende da lei (posição predominante). Quando a lei não impor a motivação passa a ser facultativa. Art. 49 da lei 8666/93 - exemplo de obrigatória a motivação "interesse pertinente e suficiente".

**Forma** → modo de exteriorização da função administrativa. Não existe confusão entre forma, formalidade e prova. Formalidade significa modo de exteriorização da forma. Ex. ter o ato a forma escrita (forma) - escrita em papel formato A4 (formalidade). Forma é concomitante ao ato. Já prova é anterior ou posterior ao ato.

#### **Questão:**

No direito público o princípio que regula a prova é diferente do direito privado. No direito privado a forma é livre ou informal, salvo manifestação em contrário (ex. compra e venda - escritura). No direito público, em razão de interesse em voga, vigora o princípio da solenidade das formas, salvo manifestação em contrário (ex. pregão - admite a formulação de propostas orais).

**Objeto** → é o fim imediato ou direto da função administrativa, ou seja, aquilo que o exercício dela pretende.

**Questão:**

Quais são os requisitos para que esse objeto seja considerado válido?

Possibilidade e liceidade. Possibilidade → o objeto não pode ser materialmente impossível. Liceidade → esse objeto não pode ser legalmente proibido. Portanto, o objeto deve ser materialmente possível e não pode ser legalmente proibido.

Maria Sylvia diverge, sustentando que existem mais dois requisitos: certeza e moral (posição isolada).

**Finalidade** → fim mediato ou indireto da função administrativa. A finalidade é só uma, ou seja, interesse público, sob pena de desvio de finalidade. Isso incide no abuso de poder, excesso de poder e, principalmente, desvio de poder.

**Atributos dos Atos Administrativos**

- 1) Presunção de legalidade e legitimidade
- 2) Imperatividade
- 3) Exigibilidade
- 4) Auto executoriedade

Obs.:

Existem alguns atos que existem os quatro atributos. Diogo de Figueiredo - ato hetero-executórios, são aqueles que não tem auto-executoriedade. Ex. multa de trânsito, pois a execução da multa não é auto-executória. A multa em relação a sua execução não é auto-executória, pois depende de uma execução judicial. Desapropriação - não havendo acordo entre o poder expropriante e o expropriado, o Estado somente adquirirá o bem após processo judicial sobre avaliação econômica do bem.

1) Todo ato administrativo tem a presunção relativa de compatibilidade com a ordem jurídica (legalidade) e com o interesse público (legitimidade). Esta presunção produz dois efeitos fundamentais: inversão do ônus da prova - toda presunção relativa inverte o ônus da prova em desfavor a quem alega (ex. multa de trânsito - cabe ao autor do fato provar que não infringiu a norma); controle judicial repressivo - quer dizer que o controle deve ser feito após a prática do

ato administrativo. Ex. empresas de ônibus tem ingressado com medidas cautelares para impedir que lhes seja aplicado multa de trânsito - é pedido juridicamente impossível, já que o controle somente poderá ocorrer após a multa se aplicada, não antes. O mesmo ocorre com relação ao impedimento de apreensão de mercadorias. O STF entende que o poder de polícia não pode ser impedido, apenas controlado após sua prática.

2) O ato administrativo é cogente independentemente do consentimento dos administrados, ainda que esteja em jogo o interesse pessoal deles.

➤ Distinção de presunção de legalidade e legitimidade e imperatividade?  
Presunção de legalidade e legitimidade têm a ver com validade. Já imperatividade tem a ver com eficácia.

3) os atos administrativos devem ser cumpridos pelos administrados, independentemente de ordem judicial.

➤ Qual a diferença entre a exigibilidade e a imperatividade?  
Na imperatividade há uma constituição unilateral de obrigações pela AP. Exigibilidade essa obrigação já está constituída, agora a AP irá investir em coercibilidade.

4) o ato administrativo pode ser executado pela AP, independentemente de autorização judicial.

➤ Qual é a diferença técnica entre a exigibilidade e a auto-executoriedade?  
Na exigibilidade o ato deve ser cumprido pelo administrado através de meios de coerção (vis a influir no sujeito de modo que ele voluntariamente cumpra a obrigação, ainda que não espontaneamente). Na auto-executoriedade há um meio de sub-rogação (o Estado invade o patrimônio do sujeito para que a obrigação seja cumprida). A diferença é que não vai haver utilização de meio de coerção e sim meio de sub-rogação.

### **Classificação dos Atos Administrativos:**

1) Quanto à formação da vontade da AP

Atos Administrativos simples, aos administrativos compostos e atos administrativos complexos.

**Simples** → um ato praticado por um órgão, ou unidade mínima em relação aos outros atos administrativos (regra)

**Composto** → há um ato principal e um ato acessório, e a finalidade do acessório é dar eficácia ao principal. Ex. parecer aprovado = ato composto (parecer = principal - aprovação = acessório).

**Complexo** → um ato só, mas que é formado pela fusão de duas vontades contrapostas. A coexistência das duas gerou o ato. Ex. lei (manifestação de vontade do CN quando aprovou o projeto + vontade do Presidente quanto sanciona a lei).

#### **Questões:**

➤ Diferença entre ato composto, complexo e procedimento administrativo? Procedimento administrativo, como qualquer procedimento, é o encadeamento de três ou mais atos, dando surgimento a um ato final. São conceitos diferentes.

➤ Qual a aplicação prática disso?

Está no MS. Dúvida com relação a quem será autoridade coatora na hipótese de um ato composto, complexo e nos procedimentos. Hoje já se pacificou o entendimento de que a autoridade coatora não é sujeito passivo e serve apenas para fixar competência.

Obs.

Em tudo que se relaciona a MS há divergência entre o Hely, que já está ultrapassado, mas ainda é majoritário, e o Sérgio Ferraz que é de vanguarda, mas ainda minoritário na jurisprudência.

No ato composto: Hely - a que pratica o ato principal (ex. procurador do estado). Sérgio Ferraz - são as duas autoridade, ato principal e acessório (ex. procurador e procurador geral).

No ato complexo: Hely - aquela que manifesta a última vontade (ex. o PR quando sanciona o projeto). Sérgio Ferraz - as duas autoridades (Presidente do CN e PR).

No procedimento administrativo: Hely - aquela que preside o procedimento (ex. licitatório - o presidente da comissão de licitação). Sérgio Ferraz - órgão que

realiza o procedimento (aqui ele exagerou, pois confundiu o órgão com o agente) (ex. a comissão de licitação).

A posição do Sérgio Ferraz é a minoritária.

## 2) Quanto ao grau de liberdade da AP

Esta discussão gira em torno da distinção entre o ato administrativo vinculado e o ato administrativo discricionário.

- Vinculado → são aqueles em que os cinco elementos estão enumerados em norma legal, não havendo juízo de valor na sua prática. Cabe ao agente público verificar se a situação de fato corresponde a situação de direito. Conclusão: este ato pode ser anulado, por vício de ilegalidade, que pode decorre de controle interno (AP) e do controle externo (Poder Judiciário).
- Discricionário → nem todos os elementos estão previsto em lei. É aquele em que a competência, a forma e a finalidade estão enumerados em lei. Neste ato há juízo de valor, pois há espaço a ser preenchido (motivo e objeto), e este juízo de valor é chamado mérito administrativo, tendo em vista conveniência e oportunidade. Conclusão: como os vinculados podem ser anulados por ilegalidade pela AP ou pelo PJ. E, também, pode ser revogado, por inconveniência e inoportunidade, através do controle interno pela AP, apenas.

Questões importantes:

- O que significa discricionariedade técnica (XXV Concurso MP - específica)?

Distinção entre discricionariedade político administrativa e técnica. Diogo de Figueiredo. Político administrativa é própria do ato administrativo discricionário que está baseada nos critérios políticos e administrativos. Técnica é própria das agências reguladoras, fundamentos de validade da das normas reguladoras.

- Existe a possibilidade judicial da discricionariedade administrativa (MP e Magistratura últimos concursos)?

Conforme já visto isso não é possível, segundo entendimento do STF. Existem, no entanto, duas correntes muito fortes.

Doutrina majoritária → Seabra Fagundes - não existe a possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa. Fundamento: princípio da separação de poderes. Não é a posição mais nova.

Doutrina minoritária, porém, mais moderna → Diogo de Figueiredo e Wilney Magno - admitem esse controle, só que esse controle é indireto, ou seja, ele não deve incidir sobre o mérito administrativo e sim sobre os limites desse ato. Fundamento: princípio da razoabilidade.

Ex: Prova da magistratura: não há possibilidade de controle da graduação de correção em si, porém há possibilidade de controle da razoabilidade de como foi feita a correção da prova.

Ex: na questão deve ser abordada a possibilidade de controle judicial de ato administrativo. Se o candidato abordar as duas correntes ganha a questão inteira. Se abordar uma só 20% da questão, etc. Suponhamos que o candidato aborde uma corrente e ganhe zero. Nesse caso há possibilidade de controle do ato administrativo, visto que a correção não foi razoável. Não estar-se-á adentrando no mérito.

Obs: a posição a ser seguida em prova é a clássica caso um dos autores modernos não estejam na banca.

Prova do MP - último concurso - Diogo de Figueiredo na banca.

\_ João era autorizatário para vender produtos artesanais, condição tal que estava sujeita à pena multa, caso desobedecida. João vendeu produtos industrializados, e, em consequência disso, sua autorização foi cassada. João pediu reconsideração do ato administrativo. Comente:

Diogo de Figueiredo queria que fosse dito que o ato administrativo não foi razoável, pois apenas deveria ter sido aplicada à pena de multa. A cassação foi abusiva, assistindo razão a João (posição mais moderna).

Com relação à prova da magistratura, caiu a questão parecida, porém a posição do Nagib é a clássica, que inclusive se coaduna com a Súmula 473 do STF.

No MP, apesar do prof. Carvalho ser clássico, a posição da Instituição é a mais moderna. Entre a colidência entre as opiniões do titular da banca e da Instituição, deve prevalecer a posição da Instituição.

Obs: já existem posicionamentos do STF, sobre controle de constitucionalidade do mérito em direito constitucional. O controle de constitucionalidade se daria, por exemplo, sobre os pressupostos materiais da medida provisória.

Os pressupostos materiais da medida provisória seriam a relevância e a urgência, ou seja, desde que manifestamente ausentes tais pressupostos, O STF poderia declarar a MP inconstitucional. **Seria o controle indireto do mérito → possibilidade da medida provisória ser declarada inconstitucional por falta de relevância e urgência (decisão novíssima).**

Existe a possibilidade de controle judicial de omissão administrativa?

O Estado pode ser condenado a construir abrigos, presídios, por exemplo?

Há esta possibilidade?

Hely Lopes / Jose dos Santos Carvalho Filho: é impossível o controle judicial de omissão administrativa, visto que o controle judicial seria reduzido à ação administrativa, porém, mesmo assim, sem alcançar o mérito. A fundamentação é devida ao Princípio da separação dos poderes. O judiciário não poderia imiscuir-se em assuntos da Administração Pública.

Marcos Mazelle Gouveia, Eduardo Santos Carvalho, Carlos Bernardo Aron Reis (MP): O Princípio da Separação dos Poderes deve ser ponderado em face do Princípio ao Acesso à Ordem Jurídica Justa (art. 5º, XXXV, CRFB). O judiciário deve prestar tutela adequada, efetiva e tempestiva. Devido esta ponderação, vai-se permitir que à Administração Pública seja condenada por estas omissões.

Obs: essa posição só deve ser adotada em prova do MP, visto ser uma posição ultra moderna (pegar na internete os dois textos do MP que falam deste assunto e foram vencedores do concurso interno). São questões discutidíssimas dentro do MP e, inclusive várias ações civis estão sendo propostas com este fundamento.

Extinção do ato administrativo

O ato administrativo pode ser extinto de duas formas diferentes:

Extinção normal: decorre de três fatores: execução material, advento de termo final e implemento de condição resolutiva.

Extinção anormal: decorre do desaparecimento do sujeito, do desaparecimento do objeto pela retirada e pela denúncia.

A retirada decorre de anulação, revogação, cassação e caducidade.

Anulação e caducidade nós já vimos.

A cassação é motivada por ato do beneficiário contrário à subsistência do ato administrativo.

A caducidade é motivada pelo advento de uma norma jurídica que torne o ato administrativo superveniente incompatível com a ordem normativa.

Ex: bingos - pode ser questão de prova. Os alvarás dos bingos ficaram incompatíveis com a ordem jurídica nova, enquanto a medida provisória de proibição de funcionamento dos mesmos estava vigente.

## LICITAÇÃO

Tema importantíssimo.

→ Procedimento administrativo através do qual a AP verifica a idoneidade dos proponentes e seleciona a proposta mais vantajosa para a contratação pretendida.

Procedimento administrativo ... → NJ da licitação, portanto não é um ato simples, nem composto, nem complexo. Procedimento é um conjunto de atos administrativos escalonados para um ato final. Por isso, vários autores falam em procedimento licitatório (tanto faz).

... verifica a idoneidade dos proponentes e seleciona a proposta mais vantajosa  
... → vai indicar as características da licitação, ou seja, a licitação tem duas características: caráter prévio e caráter instrumental fundamentais. Por caráter prévio entende-se que a licitação, em regra, antecede a celebração de um contrato administrativo (há exceções, ou seja, casos em que existem contratos sem serem precedidos de licitação, é o caso da contratação direta). E, por caráter instrumental entende-se que a licitação não é um fim em si mesma, e sim um meio para a consecução de um fim. Portanto, esta expressão do conceito de licitação indica as características da mesma.

... para a contratação pretendida → indica os objetivos da licitação ou, melhor dizendo, os objetos dela. A melhor doutrina hoje alude a, de um lado, objeto direto ou imediato e, de outro lado, um objeto indireto ou mediato. O objeto direto ou imediato é a celebração do contrato administrativo. Já o objeto indireto ou mediato é aquilo que se pretende obter com o contrato, ou seja, fornecimento, obra, serviço ou concessão (e permissão, se você entende que permissão é contrato).

- Quais são os fundamentos (constitucionais e legais) normativos da licitação?

Segundo a EC 19.

Constitucional → art. 22, XXVII (mais importante de todos); art. 37, XXI; art. 173, § 1º, III; e, art. 175.

A partir desta fundamentação vamos ter que estudar agora quais são os regimes jurídicos sobre a licitação. Deixou de ser um só e passaram a ser vários.

Art. 22, XXXVII - competência legislativa da União.

No art. 22, XXXVII separa o inciso em dois, onde devemos colocar uma barra após a menção "no art. 37, XXI".

Antes da barra, traz um regime jurídico aplicável à AP direta, autarquias e FP. As entidades federais estarão sujeitas a uma lei ordinária federal sobre licitação. As entidades estaduais estarão sujeitas no conjunto a uma lei ordinária estadual sobre a licitação. As entidades municipais estarão no seu conjunto sujeita a uma lei ordinária municipal sobre o tema licitação. Em síntese, o primeiro regime jurídico compreende o conjunto formado pela AP Direta, autarquias e FP, e todo esse conjunto na respectiva entidade federativa estará sujeito a uma lei ordinária. Todas essas entidades federais estarão sujeita a uma única lei ordinária federal. Todas essas entidades estaduais a uma única lei ordinária estadual daquele Estado. E todas essas entidades municipais a uma única lei ordinária municipal daquele Município.

Após a barra, há um segundo regime, onde se diz que para as EP e SEM, nos termos do art. 173, § 1º, III, deixa de ser a hipótese que você vai encontrar um conjunto submetido a uma lei, ou seja, cada EP e cada SEM estará sujeita a uma lei da respectiva da entidade federativa. Isso significa que, cada EP federal e cada SEM federal estará sujeita a uma lei ordinária federal, aplicado a ela. Cada EP estadual e cada SEM estadual estará sujeita a uma lei ordinária estadual, que se aplica a ela. E cada EP municipal e cada SEM municipal estará sujeita a uma lei ordinária municipal, que se aplica a ela. É um regime jurídico completamente diferenciado.

É importante colocar que, a partir dessa EC 19, nós temos dois regimes jurídicos que alterou esse dispositivo (antigamente nós tínhamos um único regime).

A Procuradoria do Município do RJ, formulou a seguintes pergunta:

- E na hipótese de inexistência de lei ordinária para a EP ou para SEM?

Deve se aplicar, subsidiariamente, a lei geral da entidade principal daquela entidade federativa.

A lei 8666/93 está restrita a um grupo de pessoas e não a todas as pessoas, portanto, devemos atentar para que não a invoquemos para todas as entidades.

Fundamentação legal → depende do regime jurídico.

1º Regime Jurídico - Leis gerais de licitação nas respectivas entidades federativas:

Federal - lei 8666/93 - AP Direta, autarquias e FP no âmbito federal.

Estadual RJ - Dec. Estadual 3149/80 - idem no âmbito do Estado do RJ.

Municipal RJ - Dec. Municipal 3221/81 - idem no âmbito do Município do RJ.

2º Regime Jurídico - específico para EP e SEM:

Dec. 2745/98 - Regulamenta licitação na Petrobrás - SEM Federal (formalmente inconstitucional, pois deveria ser uma lei ordinária e não decreto, uma vez que, desta forma, o Governo Federal subtraiu do Congresso Nacional a apreciação desta matéria - belíssimo exemplo de decreto autônomo - Jessé Torres).

Magistratura - Jessé Torres - tema que ele mais gosta é licitação.

➤ A lei 8666/93 é uma lei nacional ou federal?

Lei nacional → revela a vontade da federação, aplicável a todos os habitantes do território.

Lei federal → revela a vontade União, aplicável aos jurisdicionados da União.

Hoje, esta lei é **predominantemente** federal (ela não é só federal). A lei 8666/93, hoje, regula procedimento licitatório na União (AP Direta, autarquias e Fundações federais). Assim, esta lei na sua parte principal é federal. Só que a Constituição no art. 22, XXXVII dia "normas gerais de licitação", então, ela tem uma parte nacional. E aqui o grande macete, ela, também, regula procedimentos legislativos dos Estados Distrito Federal e dos Municípios, porque eles vão produzir normas especiais de acordo com essa norma geral. Portanto, esta lei não se aplica diretamente nas licitações dos Estados e dos Municípios, mas se aplica quando ela vai regular o modo como as demais

entidades federativas vão legislar (lei nacional). Em síntese podemos dizer que, hoje, na parte que ela regula procedimento licitatório, ela é federal, mas tem um resíduo nacional quando regula o procedimento legislativo das outras entidades federativas (regula normas gerais para as demais entidades legislarem sobre o tema).

## **Lei 8666/93**

### **Art. 1º**

Regula os destinatários da licitação, ou seja, a quem se aplica essa lei - relever este artigo à luz da EC 19/98. Acrescentar outros dois destinatários. Portanto, ela é aplicável à AP Direta Federal, às autarquias federais e às FP Federais e, mais ainda, aos fundos especiais e as entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

AP Direta, autarquias e FP federais → art. 117 da lei 8666/93 → esta lei é aplicável ao Poder Executivo, Judiciário e Legislativo e TCU, inclusive ao MP (esta lei, por equívoco, compreendeu o MP como Poder Executivo). Trata-se de norma geral, ou seja, essa lei não se aplica tão-somente ao Poder Executivo federal, mas se aplica, também, ao legislativo e ao judiciário, inclusive a órgãos independentes, como o TC e MP. Da mesma forma acontece com as entidades estaduais e municipais, por exemplo, o TJRJ (Poder Judiciário) tem que licitar com base na lei ordinária estadual sobre licitação, ou seja, decreto estadual 3149/80.

Fundo Especial - conceito está previsto nos arts. 167, IV e IX da CRFB c/c lei 4320/64, art. 71 a 74.

Ex.

FGTS e Fome Zero.

Entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União - remissão ao que estudamos sobre os Serviços Sociais Autônomos (Sistema S).

### **Art. 3º**

Versa sobre princípios da licitação (Magistratura última prova) - sublinhar "princípios básicos" e "correlatos".

Princípios básicos são legalmente enumerados. Correlatos, ao contrário, são os doutrinariamente enunciados.

Princípios básicos → princípio da igualdade (tudo gira em torno deste princípio).

➤ Existe a possibilidade de um edital de licitação reservar parcela do objeto contratual à micro empresa ou empresa de pequeno porte? (MP)  
Não. CRFB - art. 179 e CERJ - art. 228 - A Constituição destinou às micro empresas e empresa pequeno porte tratamento diferenciado, conforme art. 179, ou seja, eliminação, redução ou simplificação de obrigações administrativas, creditícias, previdenciárias e tributárias. A Constituição destinou a essas empresas tratamento jurídico diferenciado, que se implementam pela redução, simplificação ou eliminação das obrigações. Assim, os editais podem, por exemplo, dizer que as empresas de pequeno porte ficam liberadas da apresentação da Certidão de quitação de débito tributário, pois isso seria uma simplificação. Não podendo nunca, no edital, reservar parcela do objeto a essas empresas. Portanto, atenta contra o princípio da igualdade de licitação (art. 179 da CRFB).

➤ Existe a possibilidade de ser colocado no edital que um critério de desempate é a situação da empresa no local de feitura da licitação? Ex. duas empresas empatam, uma com sede na própria entidade e outra não. A que tem sede na própria entidade recolhe ICMS para a mesma. (DP)  
Não. Viola o art. 3º, § 1º, I da lei 8666/93 - circunstância em razão de sede. Qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto contratual é nula, ou seja, o fato daquela empresa ter a sede naquele Estado, por si só, é uma circunstância impertinente para o objeto contratual. Agora, se se demonstra que o fato de estar situada ali tem outra circunstância, ou seja, tem maior possibilidade então os custos podem ser reduzidos é uma outra circunstância. Já a sede, pelo simples fato de recolher tributo ali, é uma situação impertinente. Isso vale não só para essa circunstância, por exemplo, se houver uma exigência de uma quitação de um débito tributário de 15 anos atrás de uma outra entidade federativa é uma situação impertinente, porque não tem nada a ver com o objeto contratual, ou qualquer outro exemplo.

➤ Sorteio pode ser critério de desempate? (Magistratura)  
Pode, pois está expressamente previsto no art. 45, § 2º da lei 8666/93. Este é o único processo objetivo que assegura a efetiva igualdade.

Princípios Correlatos: doutrinariamente enunciados.

1) **Princípio do procedimento formal** → o procedimento licitatório é composto por fases rigidamente demarcadas e a inversão de qualquer fase acarreta a nulidade do procedimento a partir do momento em que ocorreu, daí procedimento formal (nada mais é do que devido processo legal administrativo).

➤ Se houver nulidade na licitação, o contrato é nulo ou se aplica aqui a teoria do fato consumado?

Sim, nulidade na licitação contamina o contrato - art. 4º da lei 8666/93. Princípio administrativo basilar que nulidade ocorrida no procedimento administrativo antecedente nulifica o ato administrativo conseqüente (parece com frutos da árvore proibida - mesma idéia).

Fato consumado é outra coisa. A rigor, significa, em síntese apertada, a manutenção de uma situação ilegalmente constituída com base em medida liminar (ex. alguém fez concurso, com base em liminar em MS, sem os 5 anos de experiência. Foi aprovada, nomeada e empossada. Já empossada no cargo é cassada a liminar. Ela vai ser mantida no cargo ou não? Se você entender que se aplica a teoria do fato consumado, você convalida uma situação ilegalmente constituída com base em liminar. Se você entende que não se aplica, ela perde o cargo). STF e STJ - não se aplica a teoria do fato consumado.

2) **Princípio da competitividade** → a licitação na medida do possível deve ser competitiva.

Caso seja violado esse princípio, além da nulidade do procedimento há configuração de ilícito penal - art. 90 lei 8666/93. Esta lei tem norma penal, portanto, é uma lei penal especial. (ex. máfia do sangue).

3) **Princípio do sigilo na apresentação das propostas** (princípio, hoje, mais badalado) → na medida do possível, as proposta devem ser sigilosas.

O princípio do sigilo, para muitos autores, foi quebrado com o pregão, porque há uma fase do pregão que as propostas são orais. Entretanto, Guilherme entende que o pregão mitigou esse princípio, pois na fase interna as propostas são sigilosas, e só na fase externa é que elas são orais, públicas. (lei 10520/02 - pregão).

## Contratação Direta

Exceções do caráter prévio da licitação, ou seja, hipótese que vão existir contratos sem licitação.

Contratação Direta - gênero:

- **Licitação dispensada** - art. 17 → significa licitação proibida. Há hipóteses em que a lei proíbe a feitura de licitação.
  
- **Licitação dispensável** - art. 24 → características: a) feitura do procedimento licitatório é materialmente possível, porém é inconveniente ou inoportuno; b) o ato que dispensa a licitação é discricionário; c) as hipóteses de dispensa de licitação são taxativamente enumeradas em lei.
  
- **Licitação inexigível** - art. 25 → o contrário da anterior, ou seja: a) a feitura do procedimento é materialmente impossível (não há possibilidade de competição, por ex., fornecedor exclusivo); b) o ato que torna inexigível a licitação é vinculado; c) as hipóteses previstas em lei são exemplificativas. Portanto, são três características antagônicas.

A regra é a licitação. Portanto, qualquer hipótese em que não houve licitação vai ter que haver procedimento administrativo específico com motivação obrigatória, para permitir controle sobre isso, inclusive pelo TC, especialmente na licitação dispensável, uma vez que a licitação, a rigor, era possível, mas não era conveniente, então vai ter que se mostrar porque não era conveniente.

É muito comum o Prefeito municipal dizer que não está licitando porque não há tempo hábil, mas se esquece de dizer que não tempo hábil porque ele não licitou antes, pela sua própria inércia.

## Modalidades de Licitação (art. 22 lei 8666/93 c/c lei 10520/02)

Obs.

As três primeiras podem existir, teoricamente, num mesmo fato.

Cinco critérios distinguem as três primeiras figuras, quais sejam:

- a) Quanto ao vulto econômico;
- b) Quanto à participação;

- c) Quanto ao instrumento convocatório;
- d) Como se exige a habilitação;
- e) Prazo mínimo.

### **1) Concorrência**

- a) Grande vulto econômico;
- b) Qualquer pessoa que tenha interesse de contratar com a AP;
- c) Edital de Concorrência;
- d) É uma fase do procedimento = verificação da idoneidade dos proponentes;
- e) 45 a 30 dias, dependendo do vulto econômico envolvido.

### **2) Tomada de Preços**

- a) Médio vulto econômico;
- b) Aqui existe uma restrição. Só participam os cadastrados na entidade licitante e os cadastráveis (doutrina = será aquela pessoa que não estava incluída, mas que manifestou a vontade de ser incluída até três dias antes da do termo final do prazo para a entrega da sua documentação - a lei não fala nesse termo);
- c) Edital de Tomada de Preços;
- d) Decorre do cadastro, não vai haver uma fase específica para saber se aquela pessoa é idônea ou não;
- e) 30 a 15 dias, dependendo do vulto econômico envolvido.

### **3) Convite**

- a) Pequeno vulto econômico;
- b) Participam os convidados, cadastrados ou não, e a lei ainda diz que participam os cadastrados, que mesmo não convidados, manifestam a vontade de participar do certame até um dia antes do termo do prazo para entrega das suas propostas (Celso A. B. Melo - estender a norma da tomada de preços para os convites para incluir os cadastráveis, uma vez que esses podem se manifestar até três dias antes da conclusão do prazo, passando a ser cadastrados, precisando, portanto, se manifestar como cadastrados até 1 dia antes para participar do certame);
- c) Carta convite, afixada em local público, para permitir que o não convidado participe;

- d) Se existe convite, a habilitação aqui é presumida. Em relação aos demais é a mesma regra acima, ou seja, decorre do cadastro, pois não se pode falar em presunção porque não houve convite;
- e) 5 dias.

#### **4) Leilão**

Modalidade de licitação adequada para alienação de bens inservíveis para a AP, ao licitante que houver oferecido maior lance ou oferta.

#### **5) Concurso**

Modalidade de licitação adequada para escolher trabalho científico, artístico ou técnico, mediante instituição de prêmio ao licitante vencedor (ex. Teatro Municipal do Rio de Janeiro se deu por concurso - trabalho científico e artístico).

Obs:

Em Direito Administrativo temos dois sentidos possíveis para concurso: Concurso como modalidade de licitação; e, Concurso como pressuposto de investidura em cargo ou emprego público. Aliás, há um traço incomum que é o processo de escolha, um é de coisas e o outro de pessoas.

#### **6) Pregão (grande novidade)**

Modalidade de licitação adequada para a contratação de bens ou serviços comuns, independentemente do valor estimado do objeto contratual, mediante oferecimento de propostas orais em sessão pública. Fundamento normativo - lei 10520/02. Tem, a rigor, sete características:

- a) Valor estimado do objeto contratual (art. 1º, parágrafo único lei 10520/02).

Irrelevante, pode ser o maior possível. O que é relevante é que o bem ou serviço seja qualificado como comum.

Bem ou serviço comum é aquele que independe de qualquer especificação técnica, basta especificação do mercado.

Ex.

Bem - Comprar disquete, lápis.

Serviço - demolição de parede.

b) Direção do procedimento licitatório

Em todas as licitações a direção do procedimento licitatório cabe à Comissão de Licitação. Aqui, a direção cabe a uma só pessoa física, que o chamado pregoeiro (art. 3º, IV da lei ).

c) Instrumento convocatório

A única modalidade de licitação que admite a convocação pela via de e-mail eletrônica é justamente o pregão. Não há, aqui, exigência que essa convocação se dê por imprensa oficial (art. 4º, I da lei). E, aliás, existe a possibilidade dessa sessão (isso nunca foi discutido em livro) pública se dar num certo ambiente virtual. Se o pregoeiro tiver acesso de todos é possível que esta sessão pública se dê num *chat*, por exemplo. Se a lei faculta convocação eletrônica, evidentemente, que sessão pública pode se dar não no ambiente físico, mas no ambiente virtual. Não há nenhum óbice para isso. Se ficarem garantidas todas as normas de participação pública, não há nenhum óbice.

d) Propostas (ponto central dessas características - cuidado!)

O grande diferencial dessa modalidade licitatória é a maneira como as propostas podem ser feitas, que já se indicou que no pregão há uma mitigação no sigilo, que não foi abolido, mas mitigado. A rigor, o pregão ele vai se dar em duas grandes fases: fase interna e fase externa.

Ex.

Licitação via pregão onde participam 5 licitantes:

<u>Fase Interna (SIGILOSA)</u>			<u>Fase Externa</u>
Participantes	Propostas		Participantes
A	300		
B	105	→	B (menor preço)
C	100	→	C } e todos os outros que
D	500		} não mantém com ele
E	108	→	E } diferença superior a 10%

Obs.

A fase externa vai ter que ocorrer, ou seja, mesmo que não haja outros participantes com proposta cuja diferença com relação ao de menor preço seja

não superior a 10%, vai se adotar o menor preço para os demais, mesmo que a diferença seja superior a 10% (três participantes, pelo menos).

Nesta fase externa, agora sim, fica mitigado o princípio do sigilo. Nesta fase, esses três formularam propostas orais, em sessão pública e será vencedor aquele que tiver oferecido o menor preço. Por isso que foi dito que o sigilo não está abolido, e sim mitigado, pois na fase interna existe sigilo como em toda licitação.

Isto está previsto em dois incisos do art. 4º da lei, quais sejam, os incisos VIII e IX. Vai ser dado conhecimento aos participantes da fase externa qual foi o valor máximo oferecidos na fase interna, para que eles tomem como limite máximo para a proposta na fase interna (no exemplo, 108). Os demais valores continuaram sigilosos.

Toshio Mukay - pregão, a rigor, é o leilão invertido. Porque no leilão, considera-se vencedor aquele que oferece o maior lance e, no pregão, considera-se vencedor aquele que oferece o menor preço.

#### e) Critério de julgamento

Este é um só, ou seja, menor preço, uma vez que não há outro critério (especialização técnica) - art. 4º, X da lei 10520/02.

#### f) Classificação/habilitação

Existe no pregão uma inversão de duas fases. No procedimento licitatório, em regra, existe primeiro a habilitação e depois existe o julgamento por classificação. No pregão ocorre o contrário, ou seja, primeiro ocorre o julgamento de classificação (sobre as propostas) e depois ocorre a habilitação (sobre o proponente). Isso tem um porquê. Porque se você inverte as fases, você atribui um maior caráter célere a esse processo. Art. 4º, XII da lei 10250/02.

#### g) Adjudicação/homologação

Segunda inversão, que não é unânime. Predomina, hoje, a idéia de que na licitação a penúltima fase é a homologação e a última a adjudicação. Em regra,

primeiro se homologa o procedimento, ou seja, verifica-se se ele foi válido, para depois se adjudicar para o objeto da licitação, ou seja, se atribuir a alguém o caráter de vencedor. Aqui, teria havido uma segunda inversão, pois primeiro se adjudica, ou seja, primeiro se atribui a alguém o caráter de vencedor, para depois se homologar, ou seja, para depois se verificar se o procedimento foi válido ou não, que também imprime maior celeridade ao procedimento licitatório. Art. 4º, XXI e XXII da lei 10520/02.

Obs.

Assim como no concurso público, aqui não existe o direito adquirido ao contrato, e sim o direito de não ser preterido caso exista o contrato administrativo, ou seja, caso a AP vá contratar, deverá ser contratado com ele, durante a vigência daquela proposta.

**Tipos de Licitação** - art. 45 da lei 10520/02

- 1) Menor preço
- 2) Melhor técnica
- 3) Técnica e preço
- 4) Maior lance ou oferta

Algumas licitações só estão sujeitas a um único critério.

Ex.

Nós temos dois casos: leilão (maior lance ou oferta); pregão (menor preço).

Ressalvados estes dois, todas as outras modalidades de licitação podem manejar qualquer desses critérios.

## Tipos de Licitação - art. 45 lei 8666/93

### 1) Menor Preço

É a licitação que leva em consideração a vantagem econômica auferida pela AP. Nesse tipo de licitação só existe uma proposta, ou seja, proposta de preços e é considerado vencedor quem oferecer o menor preço. Este tipo é a regra, e em alguns casos de licitação é o único tipo admissível (ex. pregão).

### 2) Melhor Técnica

Será levada em consideração a perfeição do objeto contratual. Isto significa que, a rigor, haverá duas propostas, ou seja, menor preço e melhor técnica. Portanto, haverá uma consideração mínima com relação ao preço.

Ex.

Licitante	Proposta de Preço	Proposta de Técnica
A	2º	3º
B	3º	1º
C	1º	2º

Caso não ocorra uma coincidência entre a melhor proposta de preço e a melhor proposta técnica, considera-se vencedor aquele que houver oferecido a melhor proposta técnica (B) e que aceita reduzir o seu preço ao menor preço ofertado (C). No exemplo, se B não aceitar será considerado vencedor "C", pois este é o segundo em técnica e já tem o menor preço.

Em qualquer caso o licitante vencedor não tem direito adquirido ao contrato. Portanto, caso a AP pretenda contratar ela irá contratar o vencedor da licitação. O vencedor não pode ser preterido. Caso contrário, a AP abre nova licitação (conveniência e oportunidade).

Conclusão: pode ser que o vencedor, aquele que poderá vir a ser contratado, tenha a pior técnica entre os licitantes, desde que os que tenham técnica melhor não tenham aceitado baixar o seu preço.

Hely entende que o vencedor tem direito adquirido (não é a posição dominante hoje).

Ressalte-se que para chegar nessa fase os três licitantes já foram considerados habilitados, ou seja, as regras mínimas com relação à técnica já foram atendidas, o que há é uma classificação quanto a uma técnica melhor.

Obs.

Impugnação administrativa prévia ao certame não só se aplica à licitação como também se aplica a concurso público. Já há jurisprudência no sentido de que não cabe ao candidato impugnar o edital após aprovação. Cabe ao candidato, o que na prática é muito difícil, antes do concurso impugnar os termos do edital do concurso dele. Ou pleitear cautelar inominada para garantir a sua participação naquele concurso sem satisfação daqueles critérios.

### 3) Técnica e Preço

Mistura os dois critérios anteriores, ou seja, vantagem econômica auferida pela AP com a perfeição do objeto contratual. Na prática, também existirão duas propostas e considera-se vencedor quem tiver obtido a melhor média ponderada.

Ex.

Idem ao de cima. No Edital foram atribuídos os seguintes pontos: 10 pontos (vencedor), 5 pontos (2º colocado) e 3 pontos (3º colocado).

Licitante	Proposta de Preços	Proposta de Técnica	Média
A	5 pontos	3 pontos	4
B	3 pontos	10 pontos	6,5
C	10 pontos	5 pontos	7,5 → vencedor

### 4) Maior Lance ou Oferta

Só no leilão se aplica esta modalidade, pois nele se considera efetivamente vencedor quem oferece o maior lance ou oferta.

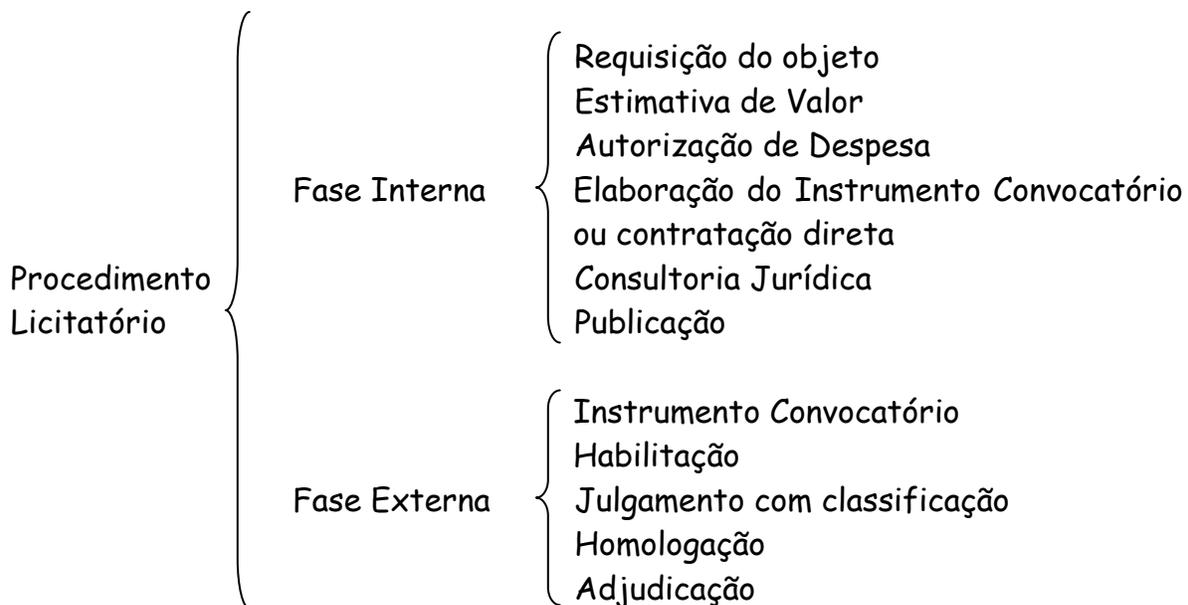
#### **ATENÇÃO:**

**Leilão só admite maior lance ou oferta.**

**Pregão só admite menor preço.**

## Procedimento Licitatório

A licitação começa antes do conhecimento público (diferente do que dizem todos os livros). Para Juruena, na licitação existem duas fases, ou seja, antes do conhecimento dos administrados (fase interna) e após o conhecimento dos administrados (fase externa), e o que limita essas fases é a publicação do edital.



### Observações sobre da Fase Interna:

Requisição do objeto → no momento em que o objeto é requisitado começa a licitação (ex. falta de papel - no momento em que o almoxarifado requisita).

Estimativa de valor → até para que se possa, depois, verificar qual é a modalidade adequada ao caso.

Autorização de Despesa → através de Nota de Empenho.

Elaboração do Instrumento convocatório ou contratação direta → se a hipótese for de licitação dispensada, dispensável ou inexigível o processo licitatório fica abortado aqui, já que foi verificada que a hipótese é de contratação direta. Caso contrário, segue o procedimento.

Consultoria Jurídica → órgão com atribuição para tanto (ex. as Procuradorias dos Estados, nas hipóteses de Administração Direta ou de Entidades que formam a Administração Pública Indireta, mas que não têm consultoria, prestarão esta consultoria para se verificar se o objeto é idôneo, se há algum vício jurídico, etc.)

Publicação → neste momento se encerra a fase interna, quando terceiros tomam conhecimento deste procedimento e iniciada a fase externa.

Observações da Fase Externa:

Instrumento Convocatório → a rigor, o primeiro ato da fase externa é o mesmo último ato da fase interna, mas que para efeitos didáticos estão separados em dois atos, mas é um ato só.

Habilitação → se destina aos proponentes licitantes.

Julgamento com classificação → segundo o tipo de licitação escolhido.

Homologação → será afirmado que esse procedimento foi regular.

Adjudicação → será atribuída a qualidade de vencedor.

Perguntado em toda prova oral do MP: Homologação e Adjudicação - qual a ordem correta?

Para quem entender que a ordem é homologação e adjudicação, no pregão nós vamos verificar de fato que são sete características. Agora, para quem entender que é o contrário, o pregão deixa de ter a última, porque justamente a sétima característica que nós colocamos é uma possível inversão das ordens. Aí a ordem seria adjudicação e homologação e se você entende que já assim, não há a sétima.

Celso Antonio B. Melo/ Juruena/ Marçal Justen Filho → entendem que a ordem é homologação e depois adjudicação. Assim, no pregão seriam sete características. Fundamento: art. 43, VI da Lei 8666/93 (primeiro se menciona homologação e depois adjudicação). Na prática prevalece esta posição, apesar de não ser unânime. (CUIDADO! MP).

Hely Lopes/Diógenes Gasparini/Carlos Ari Sundfeld → entendem que a hipótese é invertida, ou seja, adjudicação e homologação. Assim, o pregão passa a ter seis características. Fundamento: art. 38, VII lei 8666/93 (primeiro fala adjudicação e depois homologação).

Em síntese, o procedimento licitatório começa antes de ser colocado em público, apenas que neste momento é dada publicidade.

## CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

**Conceito** → ato administrativo bilateral firmado por pessoa jurídica de direito público, na qualidade de contratante, para a consecução de interesses contrapostos mediante troca de prestações.

Cuidado com o termo Contrato **da** Administração, que se trata de um gênero, que compreende duas espécies: contratos administrativos e contratos privados da Administração.

Em todo contrato administrativo predominam as normas de direito público. Os contratos administrativos são caracterizados pela diversidade das partes, ou seja, contratante e contratado não tem a mesma posição na relação jurídica contratual, ou seja, um está superior ao outro (Estado e particular).

No Brasil, existem hoje quatro contratos típicos:

- 1) Contrato de Obra;
- 2) Contrato de Serviço;
- 3) Contrato de Fornecimento;
- 4) Contrato de Concessão.

Obs.

Não estamos colocando permissão em função da dúvida se é contrato ou ato administrativo.

Nos contratos privados da AP incidem, predominantemente, normas de direito privado. Esses são caracterizados pela igualdade no posicionamento da partes, ou seja, mesmo status jurídico. Os exemplos de contrato privado são todos exemplos do Código Civil, quais sejam, locação, comodato, mútuo, etc. A rigor, não são matéria de Direito Administrativo.

### **Regime Jurídico dos Contratos Administrativos**

Maria Sylvia: "O regime jurídico dos contratos administrativos é marcado por prerrogativas e sujeições".

Dois vetores dos contratos administrativos: prerrogativa (cláusula exorbitante) e sujeições (equação econômico-financeira).

Prerrogativas - cláusulas exorbitantes → cláusulas estranhas ao regime de direito privado que atribuem ao contratante (Estado) prerrogativas na relação jurídica contratual, enumeradas no art. 58 da lei 8666/93.

- É admissível a existência de cláusulas exorbitantes nos contratos privados da AP?

Duas correntes:

Luiz Oliveira → inadmissíveis essas cláusulas. Fundamento: distinção teórica que deve existir entre contrato administrativo e contratos privados, ou seja, se você estende as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos para os privados retiraria a grande diferença que existe entre os dois. Ademais, todas as cláusulas exorbitantes, salvo uma, que seria a fiscalização da execução contratual, são incompatíveis com o regime jurídico privado.

Maria Sylvia/Toshio Mukai/Juruena → entendem que é admissível a existência dessas cláusulas. Fundamento: há disposição legal expressa - art. 62, § 3º, I da lei 8666/93 (posição majoritária doutrina e jurisprudência).

Pergunta comum em prova oral:

- O que é contrato semi-público ou contrato privado de figuração pública? São os contratos privados da AP com as cláusulas exorbitantes.

### **Cláusulas exorbitantes - art. 58 da lei 8666/93 (prerrogativa)**

- 1) Modificação unilateral → o contratante pode modificar unilateralmente o contrato em detrimento do contratado. Essa modificação só vai atingir certos tipos cláusulas, pois há uma distinção entre cláusulas econômicas e cláusulas regulamentares (jurisprudência). O objeto das cláusulas regulamentares descreve forma, modo, tempo e condições da execução contratual. Como também descrevem o objeto do contrato administrativo. Já as cláusulas econômicas, estas descrevem direitos e obrigações das partes contratantes, e, se houver necessidade, dos usuários também. Como também descrevem a equação econômico-financeira. A jurisprudência e a doutrina são tranquilas quanto a modificação unilateral com relação as cláusula regulamentares, e, ainda assim, quando essa modificação não atinja a equação econômico-financeira, pois se assim não o for, deverá ser modificada em comum acordo com a outra parte ou em juízo.

Ex.

Alteração da tarifa do Pedágio da Via Lagos pelo Estado do RJ - modificou a equação financeira unilateralmente. Quando se altera a tarifa quebra a equação do contrato.

- 2) Rescisão unilateral - Vai ocorrer por duas causas: a) inadimplemento do contratado; b) razões de interesse público (art. 78, XII c/c art. 79, § 2º). O inadimplemento pode ser sem culpa (art. 78, XVII c/c art. 79, § 2º) ou com culpa (art. 78, I a VIII c/c art. 80, III e IV). O sem culpa pode ser: caso fortuito ou força maior; teoria da imprevisão; fato do príncipe; fato da administração; sujeição imprevista.

Obs.

Os livros não colocam nesta ordem. É colocado nesta ordem por uma questão lógica.

Caso fortuito e força maior → fato imprevisto e inevitável, para o qual não concorreu o contrato, que torna absolutamente impossível a execução do contrato.

Força maior → causada por um fato humano (ex. comoção social causada por um ato de terrorismo).

Caso fortuito → causado por um fato natural (ex. calamidade pública causada por um ciclone).

Teoria da Imprevisão → também é um fato imprevisto e inevitável, para o qual não concorreu o contratado, que torna absolutamente impossível a execução do contrato porque rompe com a equação econômico-financeira. Entretanto, o contrato pode ser executado.

Ex.

Houve uma intensa variação cambial (evento imprevisto e inevitável) - licitação da obra do Metro linha 4. Antes de iniciado o contrato o dólar dispara, rompendo com a equação. O contrato pode ser cumprido, mas fica difícil.

Obs.

É a mesma idéia que se tem em Direito Penal com relação à tentativa e o arrependimento eficaz, onde na tentativa você quer, mas não pode, e no arrependimento eficaz você pode, mas não quer.

Fato príncipe → fato imprevisto e inevitável, extracontratual e genérico que incide reflexamente sobre a relação jurídica contratual onerando excessivamente o contratado. O fato não se relaciona ao contrato. Aqui o contrato pode ser executado, mas é oneroso para o contratado.

Ex.

Linha 4 do Metrô é um contrato que o candidato adquira máquinas importadas, em que a alíquota do Imposto de Importação foi alterada. Não alterou a equação econômico-financeira, mas ficou mais oneroso para o contratado.

Fato da Administração → fato imprevisto e inevitável, contratual e específico, que incide diretamente sobre a relação jurídica contratual onerando excessivamente o contratado. Análogo ao fato anterior, só que agora é dentro do contrato.

Ex.

Linha 4 do Metrô - necessidade de aluguel de galpão para guardar as máquinas, uma vez que o Município do RJ se comprometeu em fornecer esse galpão e não o fez - contratado onerou o contrato.

Sujeição Imprevista → circunstância material desconhecida de ambas as partes ou conhecida pelo contratante e não pelo contratado, que onera excessivamente este. Aqui não ocorre um fato.

Ex.

Linha 4 do Metrô - descoberta de uma rocha no caminho da linha. Haverá necessidade do contratado utilizar explosivos importados.

Efeitos fundamentais:

Hipótese de culpa:

- 1) Execução da garantia contratual;
- 2) Retenção até o limite dos decorrentes da execução contratual.

Ao executar a garantia o contratante vai apurar um certo montante. Desse montante ele vai oferecer retenção até o limite dos débitos decorrentes dos débitos da execução contratual, ou seja, ele vai reter o valor até esse limite e só liberará o resto.

Qualquer outro caso que não seja o de culpa:

- 1) Liberação da garantia contratual

- 2) Pagamento até o limite dos créditos decorrentes da execução contratual
- 3) Ressarcimento dos danos (só o dano emergente e não, também, o lucro cessante).

O Estado vai liberar a garantia contratual até o pagamento dos créditos decorrentes dos débitos da execução contratual, ou seja, a hipótese é o inverso da anterior. E ainda ocorrerá o ressarcimento dos danos, entendendo-se aqui os danos emergentes e não, também, os lucros cessantes, uma vez que não é a finalidade do Estado obter lucro.

- 3) Fiscalização de Execução → única cláusula de direito público ainda assim compatível com o regime de direito privado, dentre às cinco previstas em lei. O termo fiscalização vai compreender outros três termos: a) supervisão; b) acompanhamento; e, c) intervenção (se for o caso).
- 4) Aplicar sanções administrativas motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste → decorre de um atributo dos atos administrativos, qual seja o auto-executoriedade, ou seja, o contratante pode aplicar sanções administrativas ao contratado, mesmo que não esteja autorizado em juízo para isso.
- 5) Ocupação provisória de bens móveis ou imóveis, pessoal e de serviços → a rigor, nós temos na legislação brasileira, para fins administrativos, duas normas referentes à prestação de serviços essenciais. Primeira seria quanto à possibilidade ou não de interrupção no fornecimento desses serviços por inadimplemento do usuário (art. 22, CDC). Segunda seria se pode haver ocupação provisória com relação ao contratado, ou seja, se o contratado inadimpler a suas obrigações se este pode ser ocupado para dar continuidade do serviço público (art. 58, V lei 8666/93).

- A enumeração do art. 58 da Lei 8666/93 (cláusulas exorbitantes) é exaustiva ou exemplificativa?

A enumeração é exemplificativa. Há, pelo menos, outras duas cláusulas que não estão neste artigo. Uma prevista em outro dispositivo desta lei e outro nem nesta lei está, que decorre de um princípio que nós já estudamos.

6) Inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido → a exceção do contrato não cumprido (*exceptio no adimplent contract*) estava prevista no CC/16 no art. 1092 e no CC/02 nos arts. 476 e 477, que ocorre quando uma das partes se recusa a prestar aquilo que lhe cabe enquanto a outra parte não o fizer. Questionou-se durante muito tempo essa possibilidade com relação ao contrato administrativo. Entretanto, a lei estabeleceu que a exceção do contrato não cumprido não é oponível no contrato administrativo. O que pode ocorrer é o que prevê o art. 78, XV da lei 8666/93, ou seja, após um atraso por parte do contratante superior a 90 dias, o contratado (particular) pode requerer em juízo (ele não opõe no contrato) rescisão contratual ou suspensão da execução contratual. Tudo em juízo, não opondo exceções (no contrato). Segundo Carvalhinho este prazo de 90 dias é longo demais, podendo comprometer a saúde financeira das empresas, portanto, mesmo a lei estabelecendo este prazo, seriam admissíveis as duas hipóteses anteriormente ao prazo, desde que esse requerimento se desse por medida cautelar inominada. Guilherme entende que assiste razão ao Carvalhinho, pois aqui estariam presentes os dois pressupostos da cautelar, quais sejam, *fumus boni iuris*, uma vez que a própria lei autoriza, porém num prazo maior, que exista rescisão judicial ou a suspensão do contrato; *periculum in mora*, uma vez que existe cometimento da continuação do negócio do contratado, pois este pode ter a sua saúde financeira abalada com um prazo tão longo.

Pergunta último concurso da Polícia Federal:

- A União mantém um contrato com determinada empresa para limpeza das unidades da PF (delegacias). A União tem um atraso de 80 dias no pagamento daquilo que deve a essa empresa. Essa empresa se recusa a prestar a limpeza a partir do 81º dia. O ato é lícito?

Não, porque a exceção do contrato não cumprido que ela está propondo é inoponível no contrato administrativo, ou seja, o contratado não pode se negar a prestar o serviço contratado por inadimplemento do contratante. O que seria possível era:

- a) Aguardar 10 dias para em juízo requerer a rescisão do contrato ou suspensão da execução contratual; ou,
- b) Caso não tenha condições financeiras para suportar o prazo, requerer em medida cautelar inominada uma das duas medidas.

- 7) Transferência contratual de prerrogativas públicas → poder de polícia é prerrogativa pública, e essa transferência, para a doutrina majoritária, pode se dar em relação à fiscalização e ao consentimento. Vide aula sobre delegabilidade do poder de polícia.

Ex.

Quando a União mantém um contrato de concessão com a concessionária Ponte S/A que autoriza que ela mantenha pardais eletrônicos, ela está transferindo pelo contrato de concessão uma prerrogativa pública (poder de polícia - fiscalização delegada).

### **Equação Econômico-Financeira (sujeição)**

Relação econômico-financeira → relação de adequação entre preço e objeto, ou seja, o preço do contrato deve estar adequado ao objeto dele. Para fins econômicos, trata-se da relação de custo e benefício.

A questão primordial aqui é a seguinte:

- Quais são os mecanismos de recomposição desta equação econômico-financeira?

A equação econômico-financeira pode ser rompida por alguns fatores, por exemplo, a teoria da imprevisão. Segundo Jessé Torres, há uma distinção entre dois principais mecanismos de recomposição da equação econômico-financeira, um seria reajuste e outro seria revisão.

Revisão tem três características:

- a) É motivada por um fato imprevisto e inevitável (ex. variação cambial);
- b) Não está condicionada a previsão contratual expressa, basta que ocorra o fato para que exista a revisão. Não pode o contrato prescrever a revisão se o fato é extraordinário;
- c) Não está condicionada a prazo mínimo.

Reajuste tem, também, três características:

- a) É motivado pela variação do preço dos insumos, ou seja, inflação;
- b) Depende de previsão contratual explícita;
- c) Depende da satisfação de um prazo mínimo. Esse prazo mínimo, a partir do Plano Real, é de um ano (art. 28 da lei 9065/95). Esse prazo é a partir do início do contrato, caso seja o primeiro, ou do último reajuste, para os demais.

## Responsabilidade Civil do Estado

Fundamentação: art. 37, § 6º CRFB e art. 43 CC/02.

Responsabilidade Civil → é dever jurídico derivado ou secundário de ressarcir ou reparar o dano causado pela conduta culposa do agente a outrem. Este conceito pode ser decomposto em quatro partes:

- 1) dever jurídico derivado ou secundário ... → obrigação x responsabilidade (doutrina alemã). Obrigação é um dever jurídico originário ou primário, em que a fonte desse dever jurídico pode ser o contrato ou a lei. Uma vez violada essa obrigação surge a responsabilidade, portanto, esta é um dever derivado ou secundário.
- 2) ... de ressarcir ou reparar ... → ressarcimento x reparação (doutrina francesa). Diferente de indenização. Jessé Torres é único que menciona essa diferença. Ressarcimento ou reparação: existe um ato ilícito, que vai gerar um dano, que será ressarcido ou reparado. Ressarcimento = dano patrimonial; reparação = dano moral. Indenização: não há ato ilícito, e sim lícito, que gera prejuízo, que será indenizado.  
Ex. colisão de veículos automotores - conduta ilícita - dano patrimonial ou moral = ressarcimento e reparação; desapropriação de um bem - gera um prejuízo = indenização.
- 3) ... o dano causado por conduta culposa do agente a outrem → indica os pressupostos da responsabilidade civil. A responsabilidade civil tem três pressupostos: subjetivo, objetivo e causal. Subjetivo = conduta culposa (este é o termo que a doutrina em geral utiliza, mas evidentemente que aqui compreende dolo e culpa, e que em caso de responsabilização objetiva sua prova é dispensada); objetivo = dano (não prejuízo); causal = nexos de causalidade, ou seja, o dano deve ser imputado à conduta culposa.
- 4) A classificação da responsabilidade civil deve ser a seguinte: existe um gênero chamado responsabilidade civil, que pode ser de duas espécies, conforme a fonte da obrigação violada: extracontratual ou aquiliana e

contratual. Se extracontratual (art. 186 CC) pode ser subjetiva (prova do dolo ou culpa é exigida - a regra) e objetiva (prova de dolo ou culpa é dispensada - exceção). Se contratual (art. 389 CC) pode ser obrigação de meio (é aquela que se considera satisfeita, na medida em que o contratante utiliza todas as cautelas exigidas, ainda que o resultado previsto não é aquele de fato ocorrido) e de resultado (é aquela que é obrigatória a satisfação do resultado pretendido).

Obs.

A regra da responsabilização civil continua sendo subjetiva. É certo que o CC/02 ampliou as hipóteses de uma possível responsabilidade objetiva, tanto é que, para que ocorra responsabilização objetiva é necessária a disposição legal expressa. Se é preciso disposição expressa que dispense a prova de culpa, é porque a regra continua sendo a responsabilização com a prova dela.

Responsabilidade Civil do Estado → dever jurídico derivado ou secundário, imposto a pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, de ressarcir ou reparar os danos que os seus agentes, no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, houverem causado a terceiros.

Considerações:

- a) Existe discordância em doutrina até sobre o nome dessa matéria: Responsabilidade Civil do Estado ou da Responsabilidade Civil da Administração Pública. Duas posições: Hely - Responsabilidade Civil da Administração Pública - fundamento: em regra, os atos que dão ensejo a dano são atos administrativos. Celso A. B. Melo (majoritária) - Responsabilidade Civil do Estado - fundamento: em regra, esses danos são causados por atos administrativos, mas também por atos legislativos e jurisdicionais.
- b) Responsabilidade Civil do Estado é exclusivamente extracontratual. Se houver contrato administrativo esta responsabilização será regida pelo contrato administrativo, e não pelo CC e nem pela CRFB.
- c) Art. 37, § 6º CRFB (dividir com barra) - aqui há duas normas diferentes dentro do mesmo dispositivo. A parte inicial faz menção a

Responsabilidade Civil do Estado (em regra, objetiva). A parte final faz menção a Responsabilidade Civil do agente público (sempre subjetiva).

### Responsabilidade Civil do Estado sob o âmbito do direito material:

➤ Qual é a teoria no Brasil que regula o tema?

Em direito comparado vamos encontrar cinco grandes teorias sobre o tema:

- a) teoria da irresponsabilidade civil do Estado → o Estado não responde pelo danos que seus agentes houverem causados a terceiros. Fundamento: soberania do Estado, por esta ser intangível, não podendo ser mitigada, tangenciada. Esta teoria desde o séc. XIX está superada;
- b) teoria da responsabilidade subjetiva por culpa do agente → o Estado responde com prova de dolo ou culpa, sendo necessária a individualização do agente causador do dano;
- c) teoria da responsabilidade subjetiva por culpa do serviço → o Estado responde com prova de dolo ou culpa, não precisando demonstrar quem é o agente causador do dano, sendo necessário que se demonstre a culpa do serviço (inexistência do serviço; mal funcionamento do serviço; retardamento do serviço);
- d) teoria da responsabilidade objetiva por risco administrativo → o Estado responde independentemente da prova de dolo ou culpa, existindo a possibilidade da exclusão do nexo causal, desde que demonstre caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato exclusivo de terceiro;
- e) teoria da responsabilidade objetiva por risco integral → o Estado responde independentemente da prova de dolo ou culpa, não tendo como excluir o nexo causal por nenhuma das hipóteses acima citadas.

### **No Direito brasileiro a teoria adotada é a seguinte:**

Por ato comissivo (ação) → responsabilidade civil objetiva por risco administrativo (d). Todos os autores modernos entendem que o risco integral, se anterior a Constituição não está recepcionado, se posterior à Constituição é inconstitucional. O Estado responde, mas tem a possibilidade de excluir o nexo de responsabilidade pela prova da culpa da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Ex.

Ônibus atropela alguém. É proposta uma ação de ressarcimento e reparação pelo sucessor da vítima contra a própria empresa concessionária. Basta que esse sucessor demonstre o dano (morte) e o nexo causal (morte causada pelo atropelamento). A priori, esta concessionária responderia, desde que ela demonstre, por exemplo, que a vítima se jogou embaixo do ônibus.

Por ato omissivo (omissão) → cada autor dá sua posição. No Direito brasileiro existem, hoje, duas posições claríssimas a respeito a atos omissivos:

- 1) Oswaldo Aranha B. de Melo - em todas as hipóteses de omissões a teoria seria a da responsabilidade subjetiva por culpa do serviço. Então, houve omissão, vai responder com prova de dolo ou culpa, mas basta a culpa do serviço.
- 2) Sergio Cavalieri Fº - estabelece diferença entre omissão específica e genérica. Omissão Específica ocorre quando o fato omitido motivou diretamente o dano. Omissão Genérica ocorre quando o fato omitido motivou indiretamente o dano. Isso se aproxima muito daquilo que os penalistas falam em causa e condição. Se genérica, a responsabilidade é subjetiva por culpa do serviço.

Ex.

Bala perdida - certamente não foi a culpa do serviço (inexistência do policiamento, o mau policiamento ou retardamento daquele policiamento) que causou o dano. O que causou o dano foi o projétil disparado por alguém. Mas, foi condição para que aquele projétil tivesse sido disparado a inexistência do policiamento, o mal funcionamento do policiamento ou o retardamento do policiamento. Então, nesse caso nós não temos um fato que a omissão dá motivo direto ao dano, nós temos um fato cuja omissão dá motivo indiretamente ao dano, pois o motivo direto dele é o projétil. Assim, seria o caso de omissão genérica. Portanto, o Estado só responderia se a parte conseguir provar a culpa do serviço.

Se específica, a responsabilidade é objetiva por risco administrativo. Ele considera que mesmo na omissão existe a possibilidade do Estado responder sem prova de dolo ou culpa. Portanto, voltamos àquilo que ocorre nos atos comissivos (posição do TJ).

Ex.

Morte de preso. Como o preso estava sob a guarda do Estado, não há necessidade de se provar a culpa do serviço, basta se demonstrar o dano e o nexo causal. Se for dentro do presídio a omissão é específica, se for fora do presídio ela passa a ser genérica.

### **Magistratura:**

- Preso antes de entrar na cela, foram tomados todos os cuidados necessários, ou seja, ele foi revistado e não havia com ele nada que servisse como uma arma. Então, ele foi colocado na cela. A mesma conduta foi tomado com o outro preso. Durante o dia, com o policiamento existente, houve uma briga entre eles e um matou o outro. O Estado responde?

Típico exemplo de algo que é para uma corrente omissão específica e para outra não é culpa do serviço. É o tipo de questão mais difícil. Porque se você for seguir Oswaldo Aranha ele vai dizer que qualquer caso de conduta omissiva não há distinção entre aquilo que é omissão específica e aquilo que é omissão genérica, portanto, o Estado responde, desde que se demonstre a culpa do serviço. Não há a culpa do serviço aqui, o Estado tomou todas as cautelas necessárias, ou seja, ele revistou, era durante o dia, tinha policiamento, portanto, não havia inexistência, não havia mal funcionamento e não havia retardamento do serviço. Então, o Estado não responde. Agora, se você for seguir o Cavalieri ele vai dizer que existe uma distinção entre omissão genérica e omissão específica. Essa hipótese é de omissão específica, então, é risco administrativo, bastando que você demonstre o dano e o nexo causal, ou seja, houve a morte por causa da briga. Não se prova aqui fato exclusivo de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Por isso, o Estado responde.

Jurisprudência do STF e STJ - posição do prof. Oswaldo Aranha - STF: RE 179.147; STJ: RESP 44.500.

No TJ/RJ é seguida a teoria do prof. Sergio Cavalieri Fº - Apelação Civil 3.611/99.

### Responsabilidade Civil do Estado no âmbito do direito processual:

- Quem é o legitimado passivo na ação de ressarcimento e/ou reparação?  
Existem duas posições:

- a) Hely → a legitimação passiva é atribuída ao Estado (pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público).
- b) Oswaldo Aranha B. Melo e Celso Bandeira de Melo → três possibilidades: ação proposta em face do Estado; ação proposta em face do agente público; litisconsórcio passivo facultativo envolvendo Estado e agente público.

Ex.

Se houver um dano causado por um policial do Estado do RJ:

- a) em face do Estado do Rio de Janeiro
- b) em face do Estado do RJ; em face do policial; em face do Estado do RJ e do policial.

Posição majoritária na jurisprudência é a posição do prof. Hely

STF - RE 212.724

STJ - AI 295.969

TJ/RJ - Apelação Civil 1.345/00

- Na resposta do réu pode haver denunciação da lide (art. 70, III do CPC)?

Existem três posições:

- a) Maria Sylvia, Diógenes Gasparine, Yussef Said Cahali → admissível denunciação da lide. Fundamento: eventual direito de regresso titularizado pelo Estado contra o agente público.
- b) Lucia Valle Figueiredo, Celso A. B. Melo e José dos Santos Carvalho Filho → não é admissível denunciação da lide. Fundamento: vai ocorrer confusão das fundamentações das responsabilizações, portanto, vai haver demora na prestação jurisdicional, independentemente da vontade do autor, uma vez que vai haver necessidade de prova de dolo ou culpa, pois a responsabilidade do agente é sempre subjetiva.
- c) Cândido Dinamarco e Alexandre Câmara → a hipótese não é de denunciação da lide, e sim de chamamento ao processo, pois o caso a rigor não seria de direito de regresso, e sim de solidariedade. Quando dois co-obrigados são solidários, um chama ao processo o outro. Essa posição, para o Guilherme, parte de uma premissa que é discutível. Até porque em relação à legitimação passiva nenhum Tribunal segue a

posição que ação possa ser proposta em face dos dois, ou seja, nenhum Tribunal reconhece a solidariedade aqui.

Jurisprudência:

STF e STJ admitem denunciação da lide pelo mesmo fundamento - STF: ACO (ação civil originária) 381; STJ: RESP 37215

TJ/RJ - não se admite denunciação da lide - Apelação Cível 9173/02 e Apelação Cível 18971/02.

Súmula 50 TJ/RJ - não é possível denunciação da lide (acabou de ser publicada).

**MP - Atenção:**

➤ Qual o prazo prescricional da ação de ressarcimento e/ou reparação?

Dec. Federal 20.910/32 - art. 1º - prescrição quinquenal - qualquer ação em face da Fazenda Pública é de cinco anos.

CC/02 - art. 206, § 3º, V - ação de responsabilidade civil tem prazo prescricional de três anos.

A dúvida é se prepondera a norma específica ou o CC.

Marco Aurélio B. Melo - prazo de cinco anos. Fundamento: a norma específica seria a norma do dec. Federal, não tendo o CC influência (princípio da especialidade). Luis Paulo e os demais professores de civil do CEPAD concordam com essa posição.

Carlos Roberto Gonçalves - prazo de três anos. Fundamento: a norma especial seria a do CC e não a do decreto.

O prof. Carvalho começou entendendo que prazo era de cinco anos. Guilherme entende ser três, porque entende que o princípio da especialidade está ultrapassado, pois depende da posição hermenêutica adotada que o intérprete toma a priori, segundo as suas intenções, sendo fundamentado em critérios subjetivos. E, ainda, porque em 1932 vigorava o CC/16 que dizia que o prazo era de 20 anos. Surgiu, então, um decreto para dar prerrogativa à Fazenda Pública. Por ser o decreto uma prerrogativa ao CC/16 o prazo reduziu para 5 anos. Então, o prazo de cinco anos é uma prerrogativa atribuída à FP. Surge agora o CC/02, em que qualquer pessoa, particular ou Estado, responde por três anos. Ora, se nós continuarmos entendendo que o prazo é de cinco, nós vamos encontrar uma coisa que nem em Portugal existe, que é prerrogativa contra o titular dela, ou seja, o Estado poderia responder por três, mas pro ter prerrogativa, que é o decreto, ele responde por cinco, ou seja, ele fica sujeito ao prazo maior a título de prerrogativa. Portanto, até numa interpretação

histórica o prazo deve ser o de três anos, porque senão estaríamos admitindo uma prerrogativa que contra ao titular dela, o que viola qualquer ordem jurídica. Foi quando o prof. Carvalho se sensibilizou e passou a entender que o prazo é de três anos para não se admitir prerrogativa contra o titular dela. Aliás, ele não fez menção a isso, ele só diz que a norma especial é o CC.

Assim sendo, a FP responde no prazo de cinco anos (norma geral - decreto) e na hipótese de responsabilidade civil responde por três (norma especial - CC). Se no futuro surgir uma norma que o prazo numa ação certa seja inferior, naquele caso também ficará, até que uma norma geral reduza o prazo a três ou a um prazo menor.

Não há jurisprudência sobre esse tema ainda.

➤ Quais são os critérios de fixação do ressarcimento e reparação?

Ressarcimento - dano patrimonial. O critério é baseado em relação à morte de filho menor, que contribuía ou não com o sustento da casa. Na hipótese de morte de filho menor esse ressarcimento será devido a título de pensão mensal, até a data em que o filho completaria 65 anos (expectativa média no Brasil) de idade ou até a data em que os pais morrerem, o que ocorrer primeiro. O valor seria baseado com base no valor que o filho percebia na época, comprovado nos autos, ou, se não conseguisse comprovar, no valor de 1 SM. (TJ/RJ - Wilson Marques).

Reparação - dano moral. O critério é ele em si. **Atenção: PCPC.** Considera três critérios - princípio da razoabilidade:

- a) intensidade do sofrimento da vítima
- b) intensidade da culpa do autor
- c) caráter punitivo da própria reparação (levar em consideração a condição econômico-financeira do autor do fato, mas não pode se olvidar a situação da vítima. Essa reparação não tem o caráter de composição total patrimonial, tem um caráter de minoração do sofrimento. Até porque, o sofrimento seria inquantificável).

➤ Existe responsabilização subsidiária do Estado?

Sim, o Estado responde de forma subsidiária. Há três hipóteses de responsabilização subsidiária, em qualquer caso ela é subsidiária, não é solidária:

- a) pessoa jurídica de direito público que integra a AP Indireta - autarquia e FP
- b) pessoa jurídica de direito privado que integra a AP Indireta e presta serviços públicos - EP e SEM
- c) pessoa jurídica de direito privado que não integra a AP Indireta e presta serviços públicos - concessionária e permissionária.

Em todos os três casos o Estado responde de maneira subsidiária, se houver insuficiência patrimonial. É importante colocar que essa responsabilidade não é solidária, porque se assim o fosse exigiria disposição legal expressa, e isso não existe. Portanto, a ação vai ter que ser proposta em face da pessoa jurídica, verificada a insuficiência patrimonial dela e se houver prazo prescricional viável, aí sim vai ser proposta em face da AP Direta (União, Estado, DF e Município).

#### Situações:

##### 1 - Atos Administrativos

I - Citar o prof. Cretella Junior - Responsabilidade Civil do Estado por obra pública. Distingue dano oriundo da obra pública de dano decorrente de culpa do empreiteiro.

Se decorrente, única e exclusivamente, da obra *de per si*, sem qualquer irregularidade sobre ela.

Ex.

Obras em Botafogo cujos tapumes tampavam a entradas das lojas no Rio Cidade 2. O dano causado ao comerciante decorria única e exclusivamente da obra pública, sem qualquer consideração sobre a irregularidade dela. Nesse caso, a ação deve ser proposta em face do Estado.

Sendo decorrente de culpa do empreiteiro, ou seja, o dano é causado por uma irregularidade na execução da obra. A obra em si não causou o dano, o que causou foi a forma pela qual ela foi executada.

Ex.

Explosão de cano de obra pública realizada pela CEDAE. A ação deve ser proposta em face da empresa contratada.

II - Responsabilidade Tarifada ou Limitada - citar Paulo Afonso Leme Machado (principal autor hoje de Direito Ambiental). Não se confunde com o risco suscitado. Se a hipótese for essa significa que existe uma limitação do ressarcimento ou reparação devidos, ou seja, o Estado responde pelas teorias que forem aplicadas aos casos, mas o montante do ressarcimento ou reparação vai ser limitado.

Ex.

Lei 2681/12 - Acidente ferroviário

Leis 6195/74 e lei 6367/76 - Acidente de Trabalho, rural e urbano, respectivamente.

Lei 6453/77 - Acidente nuclear (este é o exemplo mais citado)

Lei 9966/00 - Acidente Petrolífero

- Essas normas que limitam ou tarifam o ressarcimento ou reparação são válidas? Atentam contra a CRFB, ou não?

Segundo o citado mestre, todas elas são incompatíveis, ou não recepcionadas (se anteriores a CRFB) ou inconstitucionais (se posteriores a CRFB). Fundamenta com base no art. 5º, X CF em que o ressarcimento ou reparação devem ser integrais, não admitem limitação ou tarifação.

Obs.

Existe também uma lei que limita indenizações no âmbito de acidentes aéreos, em razão de um Pacto firmado pelo Brasil antes da CRFB que limita indenizações. Também considerada não recepcionada pela maioria. Marlan, examinador da magistratura, entende que a limitação é válida.

III - Agentes políticos respondem pessoalmente por seus atos? Por ex, um promotor por uma denúncia realizada, ou de um juiz em sua função jurisdicional? Estes responderão pessoalmente, apenas, nos casos de dolo ou fraude. Reparem que nem é suficiente a culpa, muito menos a culpa gravíssima, que se aproxima do dolo eventual, sendo necessário a prova de dolo ou de fraude (Jessé Torres no último Concurso da Magistratura perguntou isso - situação que havia um réu reconhecido por uma testemunha, que vinha a ser

absolvido. E ele pergunta: O Estado responde? O juiz responde? Se o Estado responde é por ato jurisdicional, nós vamos estudar ainda. Mas o juiz não responde, porque se havia reconhecimento de uma testemunha o juiz não agiu com dolo ou fraude, ele valorou uma prova existente, ou seja, a existência de uma prova é indicativo claríssimo que não há dolo ou fraude). Nesse caso, devemos citar Hugo Nigro Mazzilli para dizer que o agente político responde, mas só em caso de provado dolo ou fraude, inclusive as leis orgânicas, em geral, de agente políticos fazem menção a isso, e o CPC alude matéria análoga a isso (art. 130 CPC). O que se pode questionar aqui é o conceito do que seja agente político. Adotamos, aqui, o conceito *lato sensu*.

## 2 - Atos Legislativos

I - Ato legislativo que veicula norma geral (todas as pessoas) e abstrata (todos os casos) desde que inválida.

Ex.

Lei declarada inconstitucional.

Citar, nesse caso, o prof. Hely, ressalvado seu entendimento no sentido de que para ele, atos gerais e abstratos, ainda que inconstitucionais, não geram nunca direito a ressarcimento.

II - Ato legislativo que veicula norma individual e concreta, ainda que válida, desde que cause danos.

Ex.

Decreto legislativo (o Decreto Executivo é ato administrativo e aqui não se enquadra).

Segundo Álvaro Lazarini há distinção entre o ato legislativo que veicula norma individual e concreta, ainda que válida (decreto legislativo), e ato administrativo que deu execução ao ato legislativo (regulamentação via decreto executivo). Não confundir as hipóteses.

Se a hipótese for a primeira nós caímos na regra sobre atos legislativos. Se a hipótese for a segunda, nós caímos na regra sobre decreto administrativo. São regras diferentes, são campos distintos de aplicação.

Não há fundamento constitucional para essa responsabilização. Por isso que ela dá ensejo às maiores controvérsias. Até porque, em regra, esse ato legislativo é sujeito a controle de constitucionalidade e não a controle administrativo. Deriva, portanto, de um princípio constitucional, até porque responde mesmo que lícito o ato, como ocorre na segunda hipótese acima mencionada.

### 3 - Atos Jurisdicionais

#### I - Art. 5º, LXXV, 1ª parte - erro judiciário

Sobre erro judiciário citar Carvalhinho. Ele entende que o erro judiciário é restrito ao erro na jurisdição penal. Não será responsável se o erro for na esfera civil. Não há jurisprudência sobre o assunto.

Ex.

Naquela pergunta da Magistratura em que o juiz condena alguém com base no reconhecimento e depois ele venha a ser absolvido pelo Tribunal de Justiça, perguntou-se se havia responsabilização do juiz ou do Estado. Do juiz nós vimos que não, pois não havia fraude ou dolo. E do Estado também não, porque não houve erro do Judiciário, pois houve um reconhecimento e a prova foi valorada, e isso não configura erro do Judiciário.

II - Art. LXXV, parte final - prisão além do tempo fixado em sentença final condenatória irrecurável.

Sobre a prisão além do tempo podemos citar Celso Antonio Bandeira Melo. É o único que acrescenta aqui uma terceira hipótese, além das duas acima. Entende que a prisão provisória, desde que o agente seja posteriormente absolvido, dá ensejo ao ressarcimento. Abrangeria prisão em flagrante, temporária, preventiva, decorrente de pronúncia e decorrente de sentença penal recorrível. Nenhum Tribunal acolheu esse entendimento até agora, até porque a norma constitucional fala em decisão transitada e deve assim ser interpretada, já que é norma restritiva.

**Obs.**

**Atenção: MP Direito Eleitoral**

➤ Acusados em ação penal são inelegíveis?

Não, entretanto, não devemos fundamentar utilizando o princípio da presunção de inocência, pois segundo o STF e a jurisprudência majoritária entendem, há muito tempo, que esse princípio é restrito a processo penal, e esse processo é cível (inelegibilidade é processo civil). Devemos, portanto, proceder uma interpretação sistemática, ou seja, fundamentar com o art. 14, § 3º, II c/c art. 15, III - a própria Constituição diz que são inelegíveis apenas em razão de perda dos direitos políticos, o que somente ocorre com condenação com trânsito em julgado. Há, ainda, a LC 64/90 (regula os casos de inelegibilidades), art. 1º - inelegíveis os condenados com trânsito em julgado e não por todos os crimes, mas apenas por aqueles que direta ou indiretamente atentem contra o Estado.

Servidor Público e Improbidade Administrativa - os dois temas mais importantes do módulo (MP)

## **SERVIDOR PÚBLICO**

Agente público que tem 4 características fundamentais:

- próprios da AP Direta, Autarquias e FP (pessoas jurídicas de direito público)
- ocupam cargos públicos
- estão sujeitos ao regime estatutário
- escolhidos por concurso público (de provas ou de provas e títulos)

### **Organização Funcional**

Compreende quatro conceitos menores:

- Quadro funcional
- Carreira
- Classe ou Categoria
- Cargo

Quadro funcional → conjunto de carreiras, cargos isolados e funções de confiança de um mesmo órgão ou entidade.

Ex.

Quadro funcional da Polícia Federal.

Carreira → conjunto de classes ou categorias, de uma mesma profissão, escalonados hierarquicamente, para serem providos por titulares em progressão funcional.

Ex.

Carreira de Delegado da Polícia Federal.

Classe ou Categoria → conjunto de cargos com as mesmas nomenclaturas, atribuições, responsabilidades e retribuição pecuniária,

Ex.

Delegado da Polícia Federal da Classe Especial.

Cargo → lugar instituído no serviço público para ser provido por um titular, ou seja, é a unidade mínima do serviço público.

Ex.

Delegado da Polícia Federal da Delegacia X.

A maior importância aqui está no cargo.

### **Classificação dos Cargos Públicos (mais importante):**

- Cargo de Provedimento Vitalício ou Cargo Vitalício → vai atribuir a maior segurança aos seus titulares. Na ordem jurídica brasileira só existem três desses cargos: magistratura (art. 95, I CRFB); Ministério Público (art. 128, § 5º, I, a da CRFB); Tribunal de Contas (art. 73, § 3º da CRFB). Uma vez adquirida a vitaliciedade (exercício do cargo durante dois anos em estágio probatório) só existe a possibilidade da sua perda por sentença judicial transitada em julgado, por isso que atribui a maior segurança. O CP no art. 92 enumera como efeito da condenação a perda de cargo público. Pergunta-se: esse artigo se aplica aos cargos vitalícios? (MP) O art. 92 não alcança os cargos vitalícios, ele só se aplica aos cargos efetivos, pois, para tanto, é necessária uma ação cível chamada ação civil de perda de cargo público, isto porque na ação penal ele se defende do fato que lhe é imputado e não da perda do cargo, portanto, não há contraditório nesse sentido.
- Cargo de Provedimento Efetivo ou Cargo Efetivo → cargo que atribui a menor segurança aos seus titulares. Todos os demais cargos que não sejam de confiança ou em comissão. Ex. DP; Procuradorias do Estado. Nesses cargos, uma vez adquirida a estabilidade (exercício do cargo durante três anos) ele pode vir a ser perdido não só em sentença judicial transitada em julgado, como também por procedimento administrativo, o qual deve assegurar o contraditório e a ampla defesa. Pela EC 19 foram acrescentadas outras duas possibilidades, quais sejam: a prevista no art. 41, § 1º, III da CRFB, ou seja, a avaliação de desempenho negativa; e a prevista no art. 169, § 4º da CRFB, isto é, excesso de gasto orçamentário. Qual é a distinção técnica entre efetividade e estabilidade no Direito Administrativo? Efetividade é qualificação do cargo, enquanto que estabilidade é qualificação do servidor público.

- Cargo em Comissão → cargo que não atribui segurança alguma. Cargo nomeável e exonerável *ad nutum*, ou seja, não precisa ser motivada, depende exclusivamente de confiança. Uma coisa é cargo em comissão e outra coisa é função de confiança - art. 37, II c/c V da CRFB. Funções de confiança só podem ser preenchidas por servidores de carreira. Já o cargo em comissão não é exclusivo para servidor de carreira, apenas exige um percentual mínimo desses servidores.

Obs.

Estável X Estabilizado (cinco anos antes da CRFB/88 → única hipótese de pessoa considerada estável sem ter prestado concurso público).

Regra → cargos públicos criados, transformados e extintos por lei, cuja iniciativa reservada é do chefe do Poder ou do chefe do órgão, ressalvado o Legislativo, que é exceção.

Poder Executivo - art. 61, § 2º, I, a

Poder Judiciário - art. 96, II, b

Ministério Público - art. 127, § 2º

Exceção - Poder Legislativo - criados transformados e extintos por resolução do Legislativo (art. 51, IV - Câmara e art. 52, XIII - Senado).

### **Atenção:**

MP - Criação, transformação e extinção de cargos - art. 84, VI da CRFB → "dispor mediante decreto ..." - exceção da exceção. Anteriormente a EC 32, que alterou este artigo, a questão era se existia decreto autônomo no Brasil. Decreto autônomo é o decreto que exerce a função da lei, ou seja, inova a ordem jurídica, busca o seu fundamento de validade direto na Constituição. à época já existiam duas posições: alguns autores entendiam que existia (Hely), e outro que não existia por contraria a separação de poderes (Diogo de Figueiredo) e o STF entendia que ele não existia.

Após o surgimento da EC 32, todos os autores entendem que o art. 84 é a única hipótese de decreto autônomo no Brasil, salvo o prof. Carvalhinho, que entende que não existe decreto autônomo e que qualquer lei ou emenda que o institua é inconstitucional.

Portanto, hoje, majoritariamente, a doutrina entende que decretos autônomos são inválidos. A doutrina entende que há uma hipótese excepcional de validade

deles (art. 84, VI), e o prof. Carvalho continua entendendo que não há nenhum caso, nem esse.

- Pode o Governador do Estado delegar ao Procurador de Justiça a atribuição para que ele discipline funcionamento da AP estadual, quando isso não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos? Caso possível, existem limites a serem seguidos?

Em primeiro lugar, é para se dizer que essa é uma hipótese de decreto autônomo válido, ressalvada a posição do prof. Carvalho, se é de administração federal sem aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos é o que a doutrina conhece hoje como decreto autônomo. O cerne da questão é a delegação. Parágrafo único do art. 84 - significa dizer que por simetria o Governador do Estado pode delegar atribuições incisos VI, XII e XXV (1ª parte), aos Secretários de Estado, ao PGJ e ao PGE, que observarão os limites traçados dessas delegações. Portanto, pode delegar e existem limites. Note que o termo privativo não está no seu sentido técnico, pois nós vimos que tudo aquilo que é privativo é delegável, e nem tudo aqui é delegado, só três é que são, as demais seriam exclusivas (indelegáveis).

**Provimento** → ato administrativo que formaliza o preenchimento de um cargo, ou seja, quando um cargo é preenchido significa que esse cargo é provido.

#### Tipos de Provimentos:

- Originário → estabelece relação estatutária nova, seja porque aquela pessoa nunca foi servidor público, seja porque aquela pessoa é servidor público, mas vinculado a outro quadro funcional. Isso tem matéria importante previdenciária com relação à aplicação da EC 41 (três interpretações para isso).
- Derivado → aquele provimento que não gera relação estatutária nova, ou seja, é o desdobramento da relação anterior, p. ex., promoção.

Obs.

Servidor público estável quando é aprovado em outro concurso público leva a estabilidade consigo?

Não. O servidor pode pedir suspensão do exercício do cargo anterior até ser aprovado no estágio probatório do cargo novo,

Pode também o servidor pedir exoneração do cargo anterior, e caso não goste do segundo cargo, pedir reversão que será comparada à inabilitação do estágio probatório.

### **Regime Jurídico dos Servidores Públicos**

Acessibilidade - art. 37, I; art. 51, IV; art. 52, XIII; art. 61, § 1º, II, c; art. 96, I, b; art. 127, § 2º; e, art. 207, § 1º, todos da CRFB.

Os cargos públicos são acessíveis natos e naturalizados e, hoje, a estrangeiros, desde que obedecidos os requisitos exigidos em lei ou resolução (regra geral sobre acessibilidade).

Certos casos são privativos a brasileiro natos, sequer naturalizados podem ter acesso a eles - art. 12, § 3º da CRFB (enumeração exaustiva).

Certos casos podem ter requisitos mais rigorosos previstos em lei ou resolução - art. 37, § 7º da CRFB.

Concurso Público - art. 37, II, III e IV; art. 93, I ; art. 127, § 2º e art. 129, § 3º; art. 131, § 2º e art. 132, caput; art. 134, parágrafo único.

Conceito → procedimento administrativo dirigido à aferição da capacidade física, intelectual e psíquica, e seleção dos melhores candidatos segundo a complexidade e natureza do cargo a ser provido, obedecida a ordem de classificação. Pressuposto de investidura inafastável de investidura em cargo público, ressalvada as exceções constitucionais.

Princípios:

(Prof. Marcelo Caetano - Portugal)

- Princípio da Igualdade
- Princípio da Competitividade
- Princípio da Moralidade Administrativa

Qualquer ato que viole um desses princípios o concurso é nulo.

## Fases do Concurso Público:

- 1) Regulamento
- 2) Edital (quando é oficialmente aberto)
- 3) Inscrição
- 4) Prova
- 5) Resultado
- 6) Homologação

1) Regulamento → ato que tem uma única finalidade, qual seja, veicular o conteúdo programático. Sob o ponto de vista técnico, o concurso não se inicia aqui, pois ele só se inicia quando é publicado o edital, pois nesta data ele se considera público.

2) Edital → mais perigoso de todos. Vai ter, a rigor, três finalidades: a) tornar pública a abertura do concurso; b) convidar os interessados a dele participar; e, c) veicular os critérios para ingresso na carreira.

- Existe a possibilidade de ser previsto no edital sexo, idade e altura?

Sim. Desde que de acordo com o conteúdo ocupacional do cargo. (ex. carcereira de presídio feminino). Esta é a posição do STF.

- Existe a possibilidade, como critério para ingresso na carreira, o exame psicotécnico? Como seria?

Sim. A jurisprudência restringe muito isso. Dois critérios: devem estar fundamentados os critérios objetivos (psiquiátricos, psicológicos) dele, devem estar prescritos no edital, e deve haver ampla defesa para questionar o resultado dele, principalmente o que inabilite o candidato. O resultado não vincula a AP, que pode aprovar o candidato mesmo assim.

- Existe a possibilidade para critério de ingresso na carreira da qualificação profissional?

Sim, desde que de acordo com o conteúdo ocupacional do cargo. A dúvida seria em como se conta isso. Na data da posse você possuirá a qualificação. É possível?

STJ e STF → a qualificação deve ser contada na data da posse e não na data do concurso porque é critério de ingresso na carreira.

TJ/RJ - Órgão Especial → a qualificação deve ser contada no último dia do prazo da inscrição, para assegurar igualdade entre os candidatos inscritos e os não inscritos porque não possuíam a qualificação (só no Rio de Janeiro). Entretanto, não se pode estabelecer igualdade com o provável. Igualdade é sempre fática, ou seja, duas pessoas na mesma situação jurídica. Aqui se está considerando uma possível situação, mas a jurisprudência do TJ/RJ tem essa posição, ou seja, a qualificação profissional conta-se do último dia para o prazo de inscrição, para assegurar a igualdade entre os candidatos não inscritos porque não possuíam o prazo, e os candidatos inscritos mesmo sem possuir o prazo. Em todos os outros Tribunais a data do termo é a da posse. Cabe HC preventivo. A impugnação deve ser preventiva. Se vai ser acolhido ou não é outra questão. O que não se admite é que o candidato se inscreva, concorde com as normas do edital, seja aprovado e depois impugne o edital. Não impede, também, que determinadas leis orgânicas, por motivo de princípio de especialidade prescrevam normas próprias.

Ex.

MP Federal, em sua lei orgânica, existe previsão com a data da inscrição. Então, aqui, evidentemente, se aplica o princípio da especialidade.

➤ Existe possibilidade de ser prevista investigação social?

Questão de prova: O candidato foi aprovado, mas na fase da investigação social foi inabilitado por haver notícia de seu envolvimento com tráfico de substâncias entorpecentes. O ato é válido?

DP → não pode violar a presunção de inocência

MP e Magistratura → o ato é válido. Presunção de inocência, nos termos que conhecemos hoje, não existe. Se assim o fosse, o MP quando acusasse alguém já estava partindo contra a presunção. A presunção de inocência, a rigor, significa duas regras: i) regra de tratamento, porque ninguém pode ser tratado como culpado, anteriormente ao trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória irrecorrível. Portanto, se não há inquérito policial, a pessoa será tratada como autora do fato; se já há IP será tratada como indiciado; se já há ação penal, será tratada como acusado; se já há sentença penal condenatória recorrível, ela será tratada como condenado. É isso que diz a Constituição, ela não fala em presunção de inocência (inconstitucionalidade do rol dos culpados e da Nota de Culpa - antes de ser culpado); ii) regra de prova, porque ela consiste em atribuir a quem acusa o ônus integral da prova (MP ou querelante têm que provar tudo - fato típico, ilícito e culpável). O segundo argumento é que a presunção de inocência só é aplicável ao Processo Penal (STF). Não se

aplica a presunção de inocência a processos cíveis, e este é um processo administrativo civil. Ademais, o candidato não é inabilitado pelo fato em si, mas pelo o que esse fato revela, ou seja, por não ter personalidade adequada para o cargo (policia).)

➤ O que é impugnação prévia aos termos do edital?

Qualquer impugnação aos termos do edital deve ser prévia, não pode o candidato aquiescer e depois de aprovada impugnar os termos. (art. 41, Lei 8666/93 - existe total analogia entre licitação e concurso público). Pode ser através de cautelar inominada ou MS, requisitando liminar para participação do concurso, ou impugna administrativamente os termos do edital, mas sempre de maneira prévia.

3) Inscrição → é o ato pelo qual o candidato afirma possuir os critérios previstos no edital, por isso que ele aquiesce.

➤ Existe ou não possibilidade de isenção de taxa de inscrição de concurso público?

Sim, comprovada hipossuficiência econômica. Porém, malgrado não exista lei, podemos dar aplicação a esta regra se combinarmos com a CRFB (CERJ art. 72 ADCT c/c art. 5º, § 2º, CRFB - aplicação imediata à lei que estabeleça direito fundamental). Isso no Estado do Rio de Janeiro.

4) Prova → ato praticado perante a banca examinadora de acordo com o conteúdo programático constante do regulamento.

➤ É válida a prova oral com caráter eliminatório?

Muitos autores sustentam que a prova oral com caráter eliminatório quebraria o princípio da impessoalidade, pois o candidato seria conhecido, deixando o concurso público de ser impessoal.

STF → prova oral é válida, desde que com critérios objetivos, ou seja, atrelada ao conteúdo programático.

5) Resultado → ato pelo qual os candidatos habilitados são colocados em ordem de classificação.

Crerios de correção e atribuição de nota por Bancas Examinadoras são insuscetíveis de controle judicial, desde que não tenham sido motivados.

Quando a banca motiva os valores da correção, vincula o motivo ao fato, podendo ser levado o caso ao judiciário, pela teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos.

6) Homologação → ato que atesta a validade do procedimento administrativo.

➤ Homologação de concurso público gera um direito subjetivo a ser nomeado?

A CERJ no seu art. 77, VII prescreve que sim, e diz que inclusive no prazo de seis meses.

STF Súmulas 15 → o candidato aprovado em concurso público não tem direito a ser nomeado, salvo se houver preterimento de ordem, ou seja, o candidato não tem direito a ser nomeada, tem direito a não ser preterida. Neste caso, o preterimento de ordem dá direito à nomeação, pois uma expectativa de direito se converte num direito subjetivo.

STF Súmula 16 → se nomeado, tem direito e prazo (30 dias) para ser empossado.

A norma do art 77, VII da CERJ é materialmente inconstitucional porque converte poder discricionário em poder vinculado e, é formalmente inconstitucional (art. 61, § 1º, II CRFB) porque não pode estar previsto em Constituição do Estado, só pode estar previsto em lei ordinária de iniciativa reservada ao chefe do Poder, da respectiva entidade federativa.

Estágio Experimental → anterior ao ato da nomeação, é fase do concurso público.

Estágio Probatório → posterior ao ato da nomeação sendo fase da vida funcional.