

As anotações não foram revisadas nem fidedignas às palavras da professora responsável pela disciplina, podendo haver enganos, erros, etc, como quaisquer anotações de caderno.

1

Coloquei em **destaque** as partes que acho que podem cair na prova!

27.04.2010

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

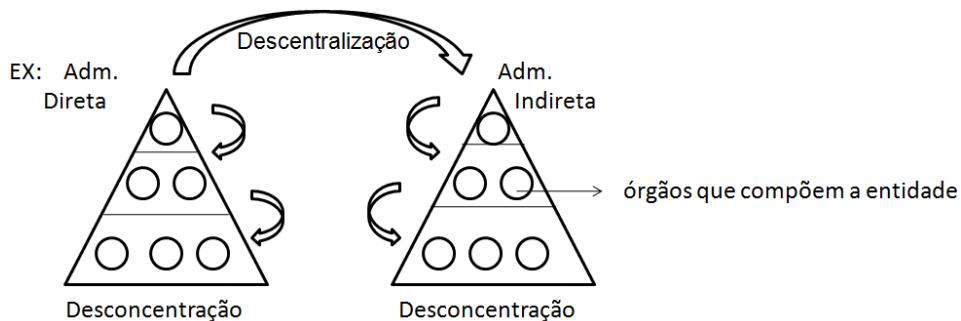
Cap. 10 da doutrina da Di Pietro

1. DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO:

- O Estado¹ cria entidades da Administração Indireta porque ele não quer prestar o serviço.
- Quando o Estado cria entidades para prestar o serviço para ele, ele descentraliza (descentralização esta que pode ser por serviços ou por colaboração).
- Serviço público ≠ Atividade de intervenção

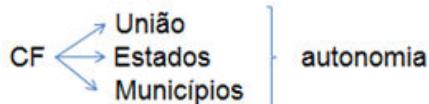
Descentralização ≠ Desconcentração:

- **Descentralização:** É a distribuição de competências, de uma para outra pessoa física ou jurídica. Acontece no âmbito externo na pessoa jurídica.
- **Desconcentração:** É a distribuição interna de competências, ou seja, distribuição dentro da mesma pessoa jurídica. A desconcentração liga-se à hierarquia. Delegação de tarefas dentro da mesma entidade, que ocorre na Administração Direta e na Indireta; atribuições de um órgão superior para um inferior; acontece no âmbito interno da pessoa jurídica.



2. DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICA E ADMINISTRATIVA:

- **Política**



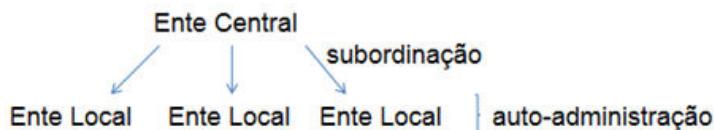
A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados membros e dos municípios. Cada um desses entes detém competência legislativa própria que não decorre da União, nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na Constituição Federal.

A descentralização política refere-se à organização da Federação brasileira, aos entes que a compõem e suas competências.

Essas entidades políticas (UF, Estados, Municípios) tem autonomia, ou seja, tem a capacidade de se autoadministrar, autogovernar. Há distribuição de competências entre os entes federativos.

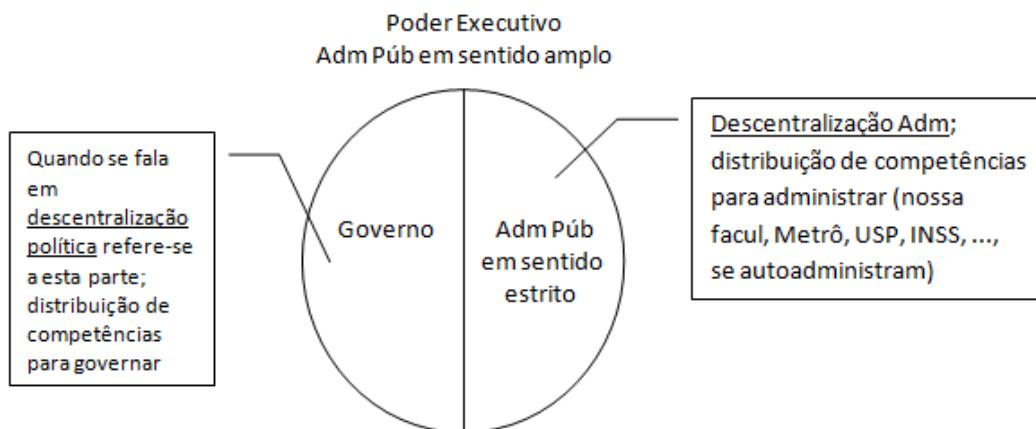
¹ Administração Direta, Central, Centralizada.

- Administrativa*



A descentralização administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem, só tem o valor jurídico que lhes empresta o entre central.

A autoadministração é a idéia de capacidade de gerir os próprios atos, mas com subordinação à lei posta pelo ente central, sendo que a autoadministração só é característica da descentralização administrativa, mas a característica da descentralização política é a autonomia.



2.1. MODALIDADES DA DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA*:

- Territorial ou geográfica:** Acontece pela distribuição de competências que ocorrem entre a Federação. Mas não é mais relevante, pois não temais mais distribuição por territórios no Brasil (os últimos foram Fernando de Noronha e Tocantins). Não vai cair na prova porque não é importante.
- Por serviços (funcional ou técnica) e por colaboração:**
 - Descentralização por colaboração:** É a que se verifica quando por meio de contrato, ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público à pessoa jurídica de direto privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço. A Adm Púb chama alguém (o particular ou entidade da Adm Indireta) para prestar o serviço sem passar para eles a titularidade.
 - Descentralização por serviços (funcional ou técnica):** Há transferência da titularidade.
 - Há o reconhecimento de personalidade jurídica ao ente descentralizado;
 - Existência de órgãos próprios, com capacidade de autoadministração exercida com certa independência em relação ao poder central;
 - Patrimônio próprio, necessário a consecução de seus fins;
 - Capacidade específica, limitada a execução do serviço público determinado que lhe foi transferido, o que implica sujeição ao princípio da especialização;
 - Sujeição ao controle ou tutela exercidos nos limites da lei.

	DESCENTRALIZAÇÃO POR COLABORAÇÃO	DESCENTRALIZAÇÃO POR SERVIÇOS
Descentralização é feita	Por contrato ou ato administrativo unilateral	Por lei
Transfere-se	Só a execução do serviço público, conservando a sua titularidade	Atribui a titularidade e a execução do serviço público

Administração Direta	Transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado previamente existente	Cria pessoa jurídica de direito público ou privado
Controle	Pessoas jurídicas de dir. privado ficam sujeitas a um controle amplo por parte do Poder Público. A Adm Direta/Central tem um controle mais amplo (não limitado pela lei, mas sim pelo contrato).	Entidade fica sujeita ao princípio do controle ou tutela nos limites da lei. A Adm Direta/Central controla a Adm Indireta em relação à sua finalidade. O controle é limitado nos termos da lei criadora da entidade.
Disponibilidade sobre o serviço	Poder Público dispõe do serviço de acordo com o interesse público; possibilidade de alterar unilateralmente as condições de sua execução e de retomá-la antes do prazo estabelecido	O ente que cria a entidade perde a disponibilidade sobre o serviço; para retomá-lo depende de lei.

3. ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

3.1. MODALIDADES E NATUREZA JURÍDICA:

I) Autarquias → pessoa jurídica de direito público²

II) Fundações instituídas pelo Poder Público (fundações públicas)

Fundações
 - Públicas de direito público (regida pelo regime jurídico de direito público)
 - Públicas de direito privado
 - Privada (do Dir. Civil – o regime jurídico da entidade é determinado pela lei instituidora da fundação) – Ex: Fundação Airton Senna

III) Consórcios públicos

É a reunião de varias entidades da Adm Dir para formar uma entidade da Adm Indir. Ex: Consórcio Intermunicipal do Gde ABC. Pode ser de direito público ou privado dependendo de sua lei instituidora.

IV) Sociedades de economia mista } pessoas jurídicas de direito privado

V) Empresas públicas

VI) Empresas sob controle acionário do Estado

Ex: Acionista majoritário de uma empresa morre e não deixa herdeiros. Neste exemplo a entidade era de um particular, não foi criada pelo Poder Público.

Fundação e consórcio público podem ser de direito público ou privado dependendo do regime que lhes for atribuído pela lei instituidora.

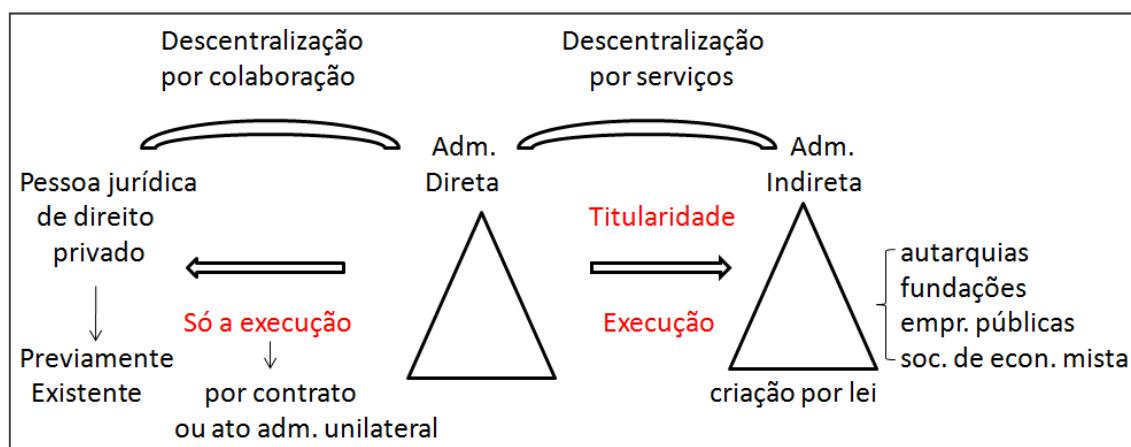
3.2. REGIME JURÍDICO:

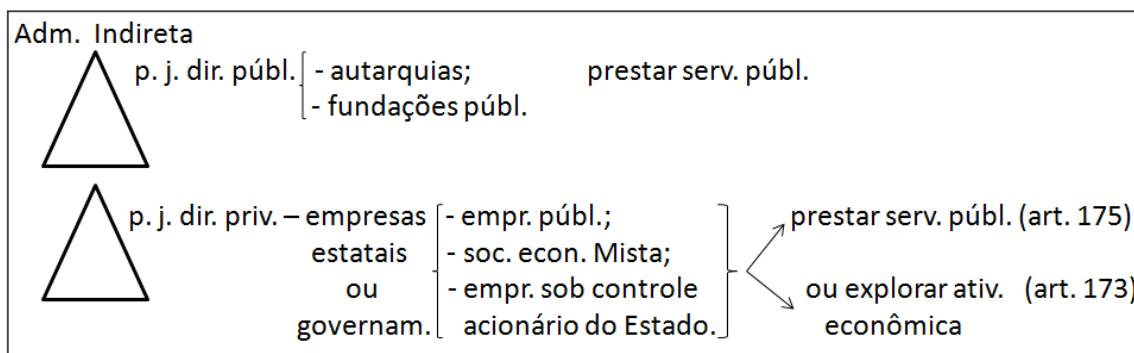
Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo:

² Ex: USP, INSS, Conselho Regional de Medicina (CRM), nossa faculdade, OAB (autarquia *sui generis*)

Critérios para distinguir as pessoas públicas (criadas pelo Estado) e as pessoas privadas constituídas por particular:

Características	PESSOAS PRIVADAS	PESSOAS PÚBLICAS	PESSOAS PRIVADAS CRIADAS PELO ESTADO
Origem	Na vontade do particular	Na vontade do Estado (por lei; art. 37, XIX, CF)	Na vontade do Estado (por lei; art. 37, XIX, CF)
Fim	Geralmente lucrativo	Não lucrativo (consecução do interesse público)	Seu fim principal não é o lucro (consecução do interesse público)
Finalidade	De int. particular	De interesse coletivo	Poder Público fixa seus fins
Liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir seus próprios fins	Há liberdade	Ausência de liberdade (a lei define o seu objeto)	Não podem afastar-se dos fins para os quais foram criadas (a lei define seu objeto)
Quanto à sua extinção	Liberdade de se extinguir (extinção cf. o dir. civ. e com.)	Não podem se extinguir por vontade própria (só por lei)	Extintas pelo Poder Público (por lei)
Sujeição	Ao poder de polícia do Estado (fiscalização)	Sujeição ao controle positivo do Estado (limitado pela lei)	Sujeição ao controle positivo do Estado (limitado pela lei)
Quanto às prerrogativas	Ausência de prerrogativas autoritárias	Dispõem geralmente das mesmas prerrogativas e restrições dos órgãos da Adm. Direta	Só possuem as prerrogativas e restrições expressas em lei
Quanto ao regime	Privado	Público	Privado (algumas normas de dir. público; híbrido)





28.04.2010

4. CARACTERÍSTICAS DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

1.4.1. AUTARQUIA

4.1.1. CARACTERÍSTICAS:

- Criação por lei (art. 37, XIX CF)
- Personalidade Jurídica Pública (mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direta)
- Capacidade de autoadministração (não se pode dizer que tem autonomia, pois só tem autonomia quem tem capacidade política)
- Especialização dos fins ou atividades
- Sujeição ao controle ou tutela nos limites da lei (controle restrito porque a autarquia tem autoadministração)
- A autarquia recebe a execução e a titularidade do serviço público, jamais interferindo na ordem pública (não exerce atividade de intervenção)

4.1.2. CONCEITO:

É Pessoa Jurídica de Direito Público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração direta que a cria (pois ela tem personalidade de Direito Público), o seu regime aparece perante terceiros como a própria Administração Pública; difere da União Federal, Estados e Municípios por não ter capacidade política, isto é, não pode criar o próprio Direito (editar leis) tem apenas o poder de autoadministrar-se nos limites estabelecidos em lei. A autarquia só não é uma cópia idêntica da Administração Direta, porque não pode editar leis.

Conceito sucinto da Profª Di Pietro:

Pessoa Jurídica de Direito Público criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.

4.1.3. POSIÇÃO PERANTE TERCEIROS:

- Perante a Administração Pública centralizada: A autarquia dispõe de direitos e obrigações; sendo instituída por lei para desempenhar determinados serviços públicos, do qual passa a ser titular, ela pode fazer valer perante a administração o direito de exercer aquela função podendo opor-se às interferências indevidas. Ela tem a obrigação de desempenhar as suas funções, essa entidade torna-se responsável pela prestação de serviço.

- Perante os particulares: A autarquia aparece como se fosse a própria Administração Pública, ou seja, com todas as prerrogativas e sujeições que informam o regime jurídico administrativo. Para os particulares a autarquia aparece como se fosse a própria Administração direta/central, apesar de não ser.

Se a entidade central quiser interferir na prestação do serviço da autarquia, esta pode se insurgir contra a entidade criadora com as medidas legais cabíveis. A autarquia tem independência.

Binômio: controle/tutela (da Administração Direita) ⇔ independência (da autarquia). * Não é independência total nem controle total.

4.1.4. CLASSIFICAÇÃO – CRITÉRIOS:

1º) Que considera o tipo de atividade (critério sem relevância)

- I) **Autarquias econômicas:** Destinadas ao controle e incentivo a produção, circulação e consumo de determinadas mercadorias, como o instituto do açúcar e do álcool.
Mas a autarquia apenas presta serviço público, não interfere na ordem econômica. Portanto, este critério não está de acordo com o ordenamento jurídico atual.
Esta autarquia foi extinta, não existindo mais o instituto do açúcar e do álcool.
- II) **Autarquia de crédito:** Como as Caixas Econômicas (hoje transformadas em empresas públicas).
Somente empresas públicas e sociedades de economia mista interferem na ordem econômica; estas autarquias não existem mais.
- III) **Autarquias industriais:** Como a Imprensa Oficial do Estado (hoje transformadas em empresas públicas).
- IV) **De previdência e assistência:** Como o INSS e o IPESP. Estas autarquias existem e estão em pleno funcionamento.
- V) **Autarquias profissionais ou cooperativas:** Fiscalizam o exercício das profissões. EX: CRQ, CRO, CRM, OAB, CREA, CRECI.
- VI) **Autarquias culturais ou de ensino:** Ex: nossa faculdade, USP, UFABC e etc.

2º) Quanto à capacidade administrativa

- **Geográfica ou territorial (capacidade genérica):** Exerce múltiplas atividades no âmbito do seu território; praticamente se incumbe³ das mesmas funções que são exercidas pelos Estados e Municípios, como distribuição de água, luz, poder de polícia⁴, proteção à saúde, educação, porém não tem capacidade política.

- **De serviço ou institucional (capacidade específica):** Tem capacidade específica, ou seja, limitada a determinados serviços que lhe é atribuído por lei. Ex: Nossa faculdade, que presta um único serviço, que é ensino superior em Direito.

3º) Quanto à estrutura⁵

Essa classificação é baseada na distinção que contém no novo Código Civil entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associações e sociedade de um lado e, fundação de outro (art. 44, I e II CC).

- **Fundacionais**

- **Corporativas (ou Associativas)**

Na pessoa de forma associativa (corporativa), o elemento essencial é a existência de determinados membros que se associam para atingir a certos fins que a eles mesmos beneficiam, na fundação o elemento essencial é o patrimônio destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela.

A autarquia associativa tem o fim específico de ser voltada para favorecer seus membros. A OAB é voltada para a classe dos advogados. Finalidade voltada para dentro.

³ Esta palavra está errada no livro da Di Pietro.

⁴ Atividade esta que nem é serviço público (só não pode passar para esta entidade a intervenção da ordem econômica).

⁵ Critério mais importante, que cai em concursos e na nossa prova!

A autarquia fundacional é voltada para servir a coletividade, o benefício de terceiros. Ex: Hospital das Clínicas, nossa faculdade. Finalidade voltada para fora.

Essa distinção tanto é aplicada às Pessoas Jurídicas privadas quanto às Pessoas Jurídicas públicas (autarquias institucionais). O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos (unidos ainda que compulsoriamente para a consecução de um fim de interesse público, mas que diz respeito aos próprios associados, como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas) e pode constituir pessoa jurídica dotada de patrimônio vinculado a um fim que irá beneficiar pessoas indiretas que não integram como membros ou sócios (Hospital das Clínicas, Universidades oficiais, etc).

04.05.2010

OAB:

É uma autarquia que tem por incumbência fiscalizar as atividades dos advogados.

Decisão da ADIn 3.026, sendo relator o Ministro Eros Grau, o STF decidiu que:

*"(...) 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se (*sic*) aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como 'autarquias especiais' para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas 'agências'. 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. (...)"*

Sendo assim, a OAB não é uma autarquia como as outras, não pertence à Administração indireta nem direta, é autarquia “sui generis”.

Quando a OAB fiscaliza os advogados ela está exercendo poder de polícia.

Di Pietro discorda de Eros Grau, mas é a decisão dele que conta!

Esta decisão é política, e não jurídica, pois não tem critérios administrativistas.

4º) Quanto ao âmbito de atuação:

- **Federal:** criada pela UF
- **Estadual:** criada por Estado (sentido estrito)
- **Municipal:** criada por município

4.2. FUNDAÇÃO

4.2.1. NATUREZA JURÍDICA

As fundações públicas estão incluídas na Administração indireta ou descentralizada. A respeito dela formaram-se 2 correntes:

- I) Defende a natureza privatística⁶ de todas as fundações instituídas pelo Poder Público.

⁶ Privado, Direito privado (civil e comercial); personalidade jurídica de direito privado.

- II) Quem entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia.

Di Pietro defende a possibilidade de o Poder Público, ao instituir fundação, atribuir personalidade de direito público ou de direito privado. Partindo da distinção entre autarquias fundacionais e corporativas, pode-se dizer que na pessoa jurídica de forma associativa, o elemento essencial são seus membros; na fundação o elemento essencial é o seu patrimônio.

Realmente existem fundações públicas? Ou elas são muito semelhantes às autarquias, devendo assim ser chamadas?⁷

Di Pietro afirma que há fundações públicas.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que não precisa fazer distinção.

Para o professor Celso Antonio, as fundações de direito público e as autarquias não se distinguem. Assim, o professor só reconhece a fundação de direito privado como pertencente à categoria das fundações.

Para a professora Di Pietro a autarquia legítima, a autarquia propriamente dita, é somente a autarquia corporativa (membros). A autarquia fundacional (patrimônio) não se distingue da fundação pública, pessoa jurídica de direito público, como a USP.

4.2.2. CONCEITO DE FUNDAÇÃO

Fundação instituída pelo Poder Público pode ser definida como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei.

O que determina a personalidade jurídica da fundação é a dotação patrimonial (orçamento). “Dotar” significa que o Estado vai reservar uma parcela de seu orçamento para instituir a entidade.

Se determinada fundação (não importa quem a criou) tiver dotação patrimonial (\$) pública, ela terá personalidade jurídica de direito público. Se tiver dotação patrimonial (\$) privada, ela terá personalidade jurídica de direito privado. Se tiver dotação patrimonial (\$) pública e privada, terá personalidade híbrida.

Toda fundação é criada para prestar serviço público de ordem social (art. 6º, CF – educação, moradia, saúde, previdência e assistência social...).

4.2.3. FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO (CRIADAS PELO PODER PÚBLICO)

A fundação privada criada pelo Poder Público está na mesma posição das sociedades de economia mista e as empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se a controle estatal nos limites da lei; todas elas gozam de autonomia parcial (autoadministração e independência), nos termos da lei instituidora. A fundação, portanto, pertence à Administração Indireta e seu regime jurídico é híbrido.

O regime jurídico das fundações de direito privado é híbrido, isto é, haverá incidência de normas do direito civil, mas que serão derogadas em face de certas normas constitucionais previstas para as fundações.

Para Di Pietro existem as fundações de direito privado, as autarquias e as fundações de direito público. Autarquia fundacional e fundação é a mesma coisa. A autarquia propriamente dita é a corporativa. A questão é olhar para os membros ou o patrimônio.

⁷ Esta discussão cai muito na prova da OAB.

- 1) Subordinação à fiscalização, controle e gestão financeira, o que inclui fiscalização pelo Tribunal de Contas e controle exercido pelo executivo (supervisão ministerial), com todas as sujeições indicadas no art. 26 do Decreto Lei 200/67 e arts. 49, X; 72 3 73 da CF.

Toda entidade criada pelo Poder Público é fiscalizada pelo Tribunal de Contas. Além desta fiscalização, há também o controle ou tutela exercido pela entidade da Adm Direta que a criou.

- 2) A sua constituição tem que ser autorizada por lei (art. 37, XIX, CF⁸).

Para criar a FDSBC teve que criar uma lei específica para sua criação. Autorizada a criação das sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações.

Autorização não é a mesma coisa que lei específica. Autorização é um ato administrativo, então não é lei. Assim, precisa ter lei anterior editada (pelo Poder Legislativo) autorizando a criação. Além disso, precisa ter, logo em seguida, ato adm regularizando a execução da lei, este ato é uma “autorização”. A autarquia nasce diretamente da lei do Poder Executivo. As demais entidades dependem de 2 atos, um do Legislativo (lei) e um do Executivo (autorização).

- 3) Sua extinção somente poderá ser feita por lei.

- 4) Equiparação dos seus empregados aos funcionários públicos para os fins previstos no artigo 37 da Constituição, inclusive acumulação de cargos, para fins criminais e fins de improbidade administrativa.

Fundações públicas tem cargo, privadas tem emprego. Empresas públicas e sociedades de economia mista tem emprego. Para ingressar nestes cargos ou empregos precisa-se fazer concurso público. Art. 37, II, CF. Os cargos públicos são regidos por estatuto (vinculo legal ou estatutário), os empregos são regidos pela CLT (vinculo celetista ou contratual). Estatutários tem estabilidade, celetistas não. Estatutários se aposentam pelo regime próprio da previdência social; celetistas se aposentam pelo regime geral; etc. Porém, para ambos, cargos e empregos, há vedação de acúmulo (art. 37, XVI, CF⁹), com algumas exceções.

- 5) Sujeição de seus dirigentes a mandado de segurança, quando exerçam funções delegadas do poder público; cabimento de ação popular contra atos lesivos de seu patrimônio; legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública.

- 6) Juízo privativo na esfera estadual (artigo 36 do Código Judiciário do Estado do São Paulo).

- 7) Submissão a Lei 8666/1993 nas licitações e contratos.

- 8) Em matéria de finanças publicas as exigências contidas nos artigos 52, inciso VII, 169 e 165, §§ 5º e 9º da Constituição Federal.

Se a FDSBC quiser gastar com livros, ela terá que prever isso no orçamento feito no final do ano anterior para este. Se isto não estiver previsto no orçamento do ano anterior, ela só poderá gastar com os livros no ano seguinte, prevendo no orçamento feito para o ano seguinte no final deste ano.

- 9) Imunidade¹⁰ tributária referente ao imposto sobre o patrimônio, a renda, ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais (art. 150, §2º CF).

Imunidade difere de isenção. Imunidade está prevista na CF.

⁸ CF, Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

⁹ CF, Art. 37, XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

¹⁰ A diferença de Imunidade e Isenção é que a Imunidade está prevista na Constituição e Isenção em qualquer outra lei.

4.2.4. FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO

A professora disse que já estudamos (em autarquia).

10

Usufruem dos privilégios e prerrogativas e sujeitam-se às mesmas restrições que, em conjunto, compõem o regime administrativo aplicável às pessoas jurídicas públicas.

Em quase tudo as fundações de direito público se equiparam às autarquias. A única diferença é que uma tem mais importância por causa de seu patrimônio (fundações de direito público), e outra seus membros (autarquia).

4.2.5. DISTINÇÃO ENTRE FUNDAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO

I - Fundação de Direito Privado instituída pelo Poder Público	II - Fundação de Direito Privado
Instituída pelo Poder Público (Estado cria)	Instituída pelo Particular por um ato de liberalidade (particular cria)
Criada por lei (art. 37, XIX da CF)	Surge com o registro de sua Escritura e respectivo Estatuto Social junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos
O Poder Público especifica o fim a que se destina (executar uma atividade descentralizada), mas o seu destino pode ser mudado pelo ente que a instituiu (por lei)	Instituidor especifica o fim a que se destina
A fundação não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular (sujeita à tutela da Adm. Direta)	O papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição; a partir do momento em que a fundação nasce ela ganha vida própria
O ato do Poder Público como instituidor não é irrevogável; o Poder Público pode extinguí-la a qualquer momento	Depois de instituída, o instituidor nenhum poder mais exerce sobre ela; seu ato é irrevogável
Lei editada pelo Poder Público central	Estatuto Social feito pela pessoa designada pelo instituidor ou pelo MP (que deve velar pela fundação)
O Poder Público pode introduzir alterações na lei instituidora; há uma parte da relação jur. Que é regida por essa lei instituidora e imutável por via estatutária; e outra parte que a própria lei deixa para ser disciplinada pelo estatuto; para alterar a lei que rege a fundação, o Estado não depende de prévia decisão dos órgãos de direção da entidade.	As alterações estatutárias têm q ser feitas por deliberação dos administradores da fundação (art. 67 do NCC)

A dotação inicial que lhe é feita não é, no mais das vezes, suficiente para permitir-lhe a consecução dos fins que a lei lhe atribui; depende de verbas orçamentárias que o estado lhe destina periodicamente	O patrimônio inicial é formado por dotação de seus instituidores
O Estado ao instituir fundação o faz com o objetivo de atingir determinado fim de interesse público	O instituidor destaca bens do seu patrimônio pessoal, desviando-os de um objetivo de interesse privado, para destiná-los a um fim alheio

05.05.2010

4.3. EMPRESAS ESTATAIS OU GOVERNAMENTAIS

Empresa estatal ou governamental é gênero, que tem duas espécies (sociedade de economia mista e empresa pública).



As empresas estatais podem tanto prestar serviço público como interferir na ordem econômica. A lei que autoriza a criação da entidade diz se a entidade prestará serviço público ou interferirá na ordem econômica.

	Sociedade de economia mista	Empresa pública
Semelhanças	1 Criação e extinção autorizadas por lei (art. 37, XIX da CF)	
	2 Personalidade jurídica de direito privado	
	3 Sujeição ao controle estatal	
	4 Derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público (o seu regime é híbrido)	
	5 Vinculação aos fins definidos na lei instituidora ou criadora	
	6 Desempenho de atividade econômica (prestam serviços públicos ou exploram atividade econômica) Atividade econômica é gênero, que tem a espécie serviço público e a espécie intervenção.	
Diferenças	7 Estruturada sob a forma de sociedade anônima (é sempre sociedade comercial) A sociedade de economia mista (sociedade empresarial ou comercial) é S/A.	- Esfera federal: Qualquer das formas admitidas em direito (pode ser sociedade civil ou comercial, ou ainda, forma inédita prevista na lei singular que a instituiu) - Esfera estadual e municipal: têm que adotar uma das modalidades de sociedade previstas na legislação comercial
	8 Capital é público e privado (a maior parte do capital tem que ser público porque a empresa é criada pelo Poder Público)	Capital público

PROVA

4.3.1. FORMAS INÉDITAS DE EMPRESAS PÚBLICAS NA ESFERA FEDERAL

I - Sociedade unipessoal: São as que o capital pertence a uma só pessoa pública (União). Ex: Cia de desenvolvimento do Vale do São Francisco.

Embora tenha um único sócio dispõe de: assembléia geral, conselho diretor, diretoria executiva e conselho fiscal.

II – Sociedade pluripessoal: São as que o capital pertence a várias pessoas públicas, mas com capital pertencente à União (sócia majoritária).

Pelo menos 51% das ações do capital pertencem à UF. Os demais 49% podem pertencer a estados, municípios, DF, outra empresa pública, etc (desde que este capital pertença a entes públicos).

III – Empresa pública unipessoal: Corresponde a empresa individual do direito privado.

Empresa pública unipessoal	Empresa individual do direito privado
Tem personalidade jurídica	Não é pessoa jurídica

Diferença entre a sociedade unipessoal e uma empresa pública unipessoal cujo único acionista é a União:

A empresa pública unipessoal não tem Assembléia Geral. Esta é a única diferença, de acordo com a professora Priscilia. Para nossa professora, a outra diferença trazida por Di Pietro é irrelevante, pois é consequência desta primeira. Tal diferença é que na empresa pública unipessoal a vontade do Estado é externa, e na empresa pública constituída sob a forma de sociedade unipessoal a vontade do Estado é interna.

Esta diferença (vontade do Estado interna ou externa) é irrelevante porque a Assembléia Geral serve para representar a vontade dos que a integram. Assim, quem não tem Assembléia Geral tem maior independência, pois o Estado não manifesta sua vontade (que deveria ser manifestada pela Assembléia Geral), podendo intervir apenas nos limites da lei.

Empresa pública unipessoal: Não tem Assembléia Geral. Se não tem Assembléia Geral, o Estado não participa da reunião, então o Estado interfere menos.

Empresa pública pluripessoal: Tem Assembléia Geral. Se tem Assembléia Geral, além do controle ou tutela, o Estado ainda participa da Assembléia e dá sua opinião lá.

Maior ou menor independência em relação à União Federal. Maior se não tem Assembléia Geral. Menor se tem Assembléia Geral.

Empresa pública unipessoal	Empresa pública constituída sob a forma de sociedade unipessoal
Assembléia geral não existe	Existência da assembléia geral, como órgão pelo qual se manifesta a vontade do Estado
Vontade do Estado é externa	Vontade do Estado é interna ou imanente

A Caixa Econômica Federal (CEF) é instituição financeira constituída sob a forma de empresa pública unipessoal, cujo capital pertence integralmente à União.

11.05.2010

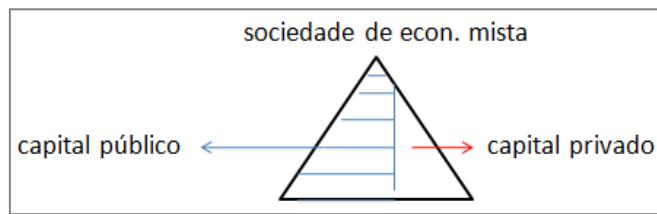
4.3.2. COMPOSIÇÃO DO CAPITAL DAS EMPRESAS ESTATAIS OU GOVERNAMENTAIS

Com relação à sociedade de economia mista:

→ Participação **majoritária** do Poder Público → por meio → da Administração Direta ou Indireta

- A participação majoritária do Poder Público tem necessariamente que existir nessas entidades.

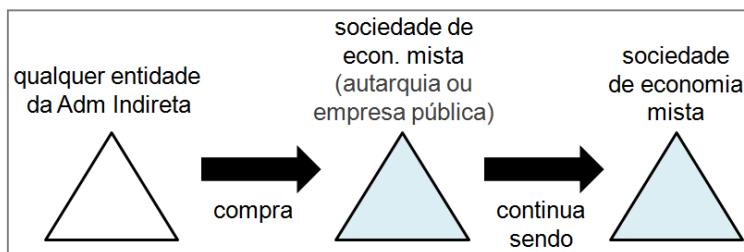
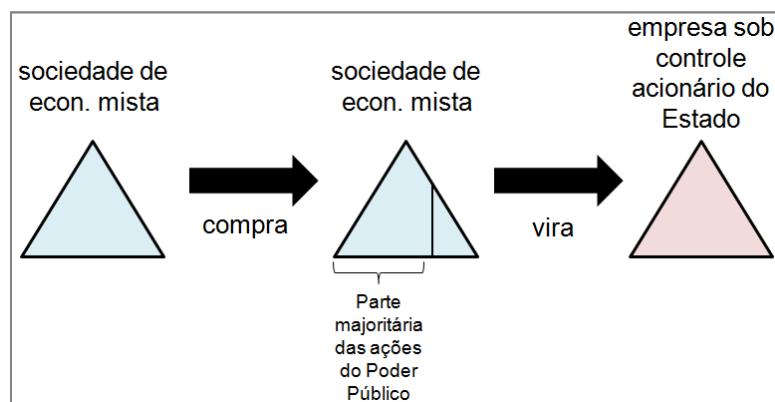
- Além do controle acionário, o Estado tem que participar efetivamente dessas entidades, tem que ter o poder de decisão nessas entidades.



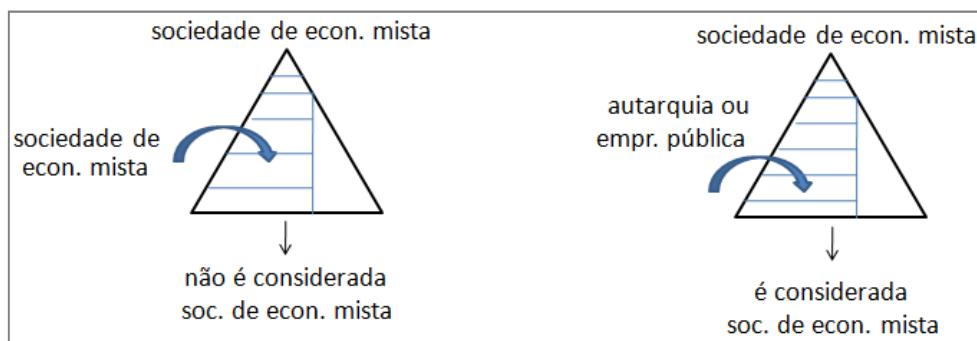
- Art. 235, § 2º da Lei das Sociedades por Ações

- De acordo com esta lei, se uma sociedade de economia mista compra as ações do Poder Público, por lei deixa de ser sociedade de economia mista para ser empresa sob controle acionário do Estado.

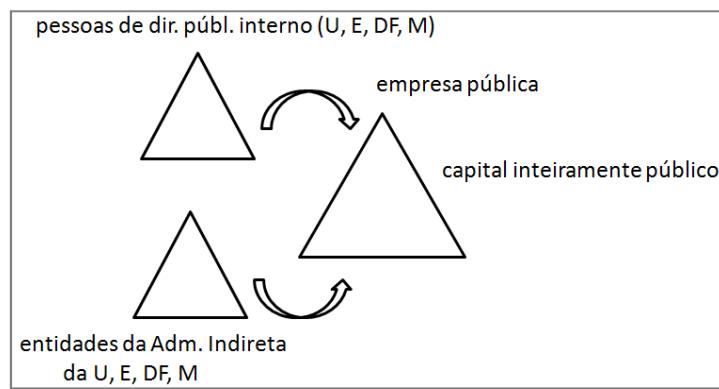
- Se uma entidade da Administração indireta compra o capital de uma sociedade de economia mista ela continua sendo sociedade de economia mista (de acordo com a lei).



→ Participação majoritária do Poder Público na sociedade de economia mista - por entidades da Adm Indireta.



Com relação às empresas públicas:



Ou seja: Admite-se no capital da empresa a participação de outras pessoas de direito público interno e também entidades da Adm Indireta da União, Estados, DF e Municípios, desde que a **maioria do capital votante** permaneça de propriedade da **União**.

OBS: Quanto à sociedade de economia mista: Não basta a participação majoritária do Poder Público na entidade para que ela seja sociedade de economia mista; é necessário que haja a participação na gestão da empresa e a intenção de fazer dela um instrumento de ação do Estado, manifestada por meio da lei instituidora e assegurada pela derrogação parcial do direito comum. Sem isso, haverá empresa estatal, mas não haverá sociedade de economia mista.

- Sociedade de economia mista não pode participar do capital de empresa pública, pois o capital deixa de ser público.
- Só entes públicos podem participar do capital de empresas públicas.

4.4. AGÊNCIAS

4.1. Vocabulário “agência”

O vocabulário agencia não existia antes da CF/88.

Bresser copiou as “agências” dos EUA, mas ele não sabia nada de Direito Administrativo, pois as autarquias aqui já existentes já exerciam atividades das agências norte-americanas (poder de polícia), como a ANVISA.

4.2. Organização da Adm no sistema europeu continental X org. adm nos Estados Unidos

Há um tipo de agência que não existia aqui no Brasil: as que celebram contratos de concessão (agências executivas), como a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), criada para celebrar contratos de concessão com operadoras de telefonia.

Já o outro tipo de agência trazida por Bresser para o Brasil (agências reguladoras) não era novidade, pois as autarquias que exercem poder de polícia já existiam aqui, como a Receita Federal.

12.05.2010

4.3. Agências no Brasil – autarquias de regime especial

Toda agência é uma autarquia, mas de regime especial. Agência é uma autarquia de regime especial porque tem prerrogativas a mais. Na própria lei que cria a agência está escrito “autarquia de regime especial”.

4.4. Modalidades de agências:

- Agências executivas
- Agências reguladoras

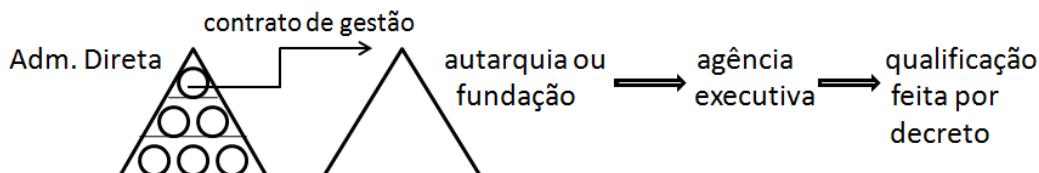
4.4.1. AGÊNCIA EXECUTIVA:

4.4.1.1 ► Conceito

Agência executiva é a qualificação dada à autarquia ou fundaçao que celebre contrato de gestão com o órgão da Administração Direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos.

Não se trata de entidade instituída com a denominação de agência executiva.

Trata-se de uma entidade preexistente (autarquia ou fundação governamental) que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebe a qualificação de agência executiva, podendo perdê-la, se deixar de atender aos mesmos requisitos.



Uma agência executiva não nasce agência executiva. Essa é a diferença da agência reguladora.

A agência executiva não nasce agência executiva - ela é uma autarquia ou fundação (a lei cria uma fundação ou uma autarquia). Se essa entidade autárquica ou fundacional – criada por lei – quiser se tornar agência executiva ela pode se candidatar a este título se inscrevendo num programa (precisa preencher determinados requisitos). Agência executiva é um título, uma qualificação, dada a uma autarquia ou fundação.

Uma agência executiva não nasce agência executiva, ela se qualifica como tal se preencher os requisitos necessários para isso. Agência reguladora nasce agência reguladora (ex: ANATEL).

Um Ministério é um órgão dentro da União Federal. Ex: Ministério da saúde, que tem a incumbência de fiscalizar (controle ou tutela) de todas as entidades referentes à saúde.

Fundação (autarquia fundacional, segundo Di Pietro) quando quer se tornar agência executiva precisa celebrar um contrato de gestão com o respectivo Ministério (p.e.: um hospital celebrar contrato de gestão com o Ministério da saúde). Além de celebrar o contrato, ela precisa preencher determinados requisitos. Tornar-se agência executiva, título recebido pelo chefe do executivo¹¹, por meio de decreto.

Inovação da EC 19/98:

Uma entidade da Administração direta pode criar uma entidade da Administração indireta (por lei); ou uma entidade da Administração direta pode contratar uma entidade da Administração indireta (por contrato): Isso é celebração de contrato entre entidades. O normal é celebração de contrato entre entidades.

Aqui é um órgão que celebra o contrato. Isso é uma aberração jurídica! Uma relação contratual entre entidade e órgão (é a mesma coisa que dizer que meu fígado quer celebrar contrato com você!).

Ex: Inmetro (INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL) - é uma autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, qualificada, por decreto presidencial, como Agência Executiva.

Ser uma agência executiva significa que ela é uma autarquia extremamente eficiente, que a prestação de seu serviço é de máxima qualidade. Recebe um selo de qualidade.

4.4.1.2 ▶ Requisitos para a qualificação

1) Ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento.

Os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional devem definir diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da agência executiva; tudo isto voltado para melhoria da qualidade da gestão e para redução de custos.

Para ser agência executiva, a entidade precisa comprovar para o Ministério supervisor que ela vai conseguir ser sempre eficiente. Ela comprovará isso por meio desse plano.

¹¹ Presidente na esfera federal; governador na esfera estadual; prefeito na esfera municipal.

2) Ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor.

Este título se mantém enquanto o serviço é prestado com qualidade, enquanto os requisitos continuam sendo cumpridos. Se a agência executiva perde a excelência, eficiência, qualidade, ela perde o título.

4.4.1.3 ▶ Medida que visa melhorar a eficiência das entidades autárquicas e fundacionais:

- Prêmio Nacional de Qualidade: (<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/6570.html>)

Além do título de agência executiva, a entidade ainda pode se candidatar a este prêmio. Ganhar este prêmio significa que a agência executiva é a melhor agência executiva do país.

- Este prêmio é o reconhecimento público e notório à excelência do desempenho das organizações e busca promover a aplicação da gestão com vistas ao aumento da competitividade das empresas sediadas no Brasil. As empresas premiadas são consideradas como modelos de organizações competentes.
- O Prêmio é concedido anualmente a cinco categorias de organizações, a saber: grandes empresas; médias empresas; pequenas e microempresas; organizações sem fins lucrativos; e **organizações da administração pública**.

- Critérios de excelência do Prêmio Nacional de Qualidade: (<http://www.fng.org.br/site/402/default.aspx>)

1. Liderança: este critério examina o sistema de liderança da organização e o comprometimento pessoal dos membros da Direção para promovam a cultura da excelência;
2. Estratégias e Planos: examina detalhadamente o processo de formulação das estratégias;
3. Clientes: analisa e comprehende as necessidades e expectativas dos clientes e dos mercados; divulga seus produtos, marcas e ações de melhoria; e estreita seu relacionamento com os clientes;
4. Sociedade: examina como a organização contribui para o desenvolvimento econômico, social e ambiental de forma sustentável;
5. Informações e Conhecimento: examina a gestão e a utilização das informações da organização e de informações comparativas pertinentes, bem como a gestão de seus ativos intangíveis
6. Pessoas: examina como são proporcionadas as condições para o desenvolvimento e utilização plena do potencial das pessoas que compõem a força de trabalho, em consonância com as estratégias organizacionais;
7. Processos: examina como a organização identifica os processos de agregação de valor; e identifica, gerencia, analisa e melhora os processos principais do negócio e os processos de apoio;
8. Resultados: Este Critério examina os resultados da organização, abrangendo os econômico-financeiros e os relativos aos clientes e mercados, sociedade, pessoas, processos principais do negócio e de apoio, assim como os relativos ao relacionamento com os fornecedores.

4.4.1.4 ▶ Perda da qualificação:

Quando a entidade não cumpre as metas fixadas no plano de reestruturação e desenvolvimento ela poderá perder a qualificação da agência executiva. Se ela quiser, ela pode se candidatar novamente.

4.4.1.5 ▶ Benefícios com o recebimento do título de agência executiva (razões para a entidade ser agência executiva):

- Os negócios aumentam porque todos vão querer contratar com a melhor
- Benefícios da lei de licitações (lei 8666/93):

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite de R\$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais);

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão de 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

De acordo com o caput deste artigo da lei de licitações, a entidade pode ou não licitar nas seguintes nas hipóteses expressas nos incisos.

Conforme o inciso I, não precisa licitar se o valor for inferior a 15 mil reais; o parágrafo permite a agência executiva não licitar se o valor for inferior a 30 mil (o dobro do inciso I).

Já no inciso II, o valor teto é 8 mil reais; mas para as agencias executivas este valor dobra (16 mil), segundo o parágrafo único.

4.4.1.6 ▶ Agências executivas nas esferas: federal, estadual e municipal (art. 37, § 8º da CF). É possível ter agencias executivas em todas estas esferas.

4.4.2. AGÊNCIA REGULADORA:

Agência executiva não nasce agência executiva, ela se qualifica como tal se preencher os requisitos necessários para isso. Agência reguladora nasce agência reguladora (ex: ANATEL).

4.4.2.1 ▶ Conceito amplo (Di Pietro)

No direito brasileiro, qualquer órgão da Administração direta ou entidade da Administração indireta com função de regular a matéria específica que lhe é destinada pode ser considerada agência reguladora. Se for entidade da Administração indireta, ela está sujeira ao princípio da especialidade, significando que cada qual exerce e é especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei.

4.4.2.2 ▶ Existência anterior de entidades com função reguladora no Brasil

Ex: Receita Federal, BACEN, Conselho Monetário Nacional, CVM (Comissão de Valores Mobiliários).

4.4.2.3 ▶ Poder normativo ou regulador das agências

4.4.2.4 ▶ Tipos de agências reguladoras no direito brasileiro

- **As que exercem típico poder de polícia:** Estas entidades impõem limitações administrativas, exercendo, portanto, típico poder de polícia, que restringe a esfera de liberdade dos particulares; sua atividade primordial é a fiscalização e repressão. Ex: ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), ANA (Agência Nacional de Águas).
- **As que regulam atividades econômicas (estas constituem maior novidade no dir. brasileiro):** Agencias que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço publico, ou de concessão para exploração de bem publico. Ex: ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), ANP (Agência Nacional do Petróleo).

18.05.2010

4.4.2.5 ▶ Agências são criadas por leis esparsas

Lei esparsa é a lei específica que cria aquela agência; esta lei vai apenas trazer especificações em relação apenas àquela determinada agência que ela está criando.

4.4.2.6 ▶ Agências são autarquias de regime especial

Porque as agencias reguladoras são autarquias de regime especial?

As agencias executivas também são autarquias de regime especial.

Determinadas prerrogativas e privilégios que diferenciam as agencias de outras autarquias.

4.4.2.6 ▶ Da criação do órgão regulador – Lei 9472/97 (Lei que cria a ANATEL):

Art. 8º - Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º - A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º - A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

- As agências reguladoras tem pouquíssimo controle, tem pouquíssimas sujeições. A independência é muito grande (98%)!

- Ausência de subordinação hierárquica.

- **Mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes** (proteger o dirigente das interferências do chefe do Executivo).

- Período de mandato não coincidente para proteger da interferência do chefe do Executivo (o dirigente da agência reguladora tem mandato de 5 anos; o presidente da República tem mandato de 4 anos).

- Autonomia financeira: A agência reguladora não recebe repasse do Poder Público que a criou.

- Não existe exoneração “ad nutum”¹² em relação aos dirigentes da agência reguladora.

Art. 9º - A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

4.4.2.7 ▶ Mandato dos dirigentes e “quarentena”

- O controle que a Administração direta tem sobre as agencias reguladoras é mínimo, por isso que elas tem independência administrativa, não há nenhum tipo de subordinação da agencia reguladora com o órgão que a criou.

- Quarentena em relação aos ex-dirigentes das agências reguladoras: quando termina o mandato de um dirigente ele precisa ficar afastado daquela atividade que ele desempenhava durante 4 meses. Durante estes 4 meses ele continua recebendo o salário que ele recebia durante o mandato.

- A quarentena é necessária porque enquanto no mandato, o dirigente tem informações sigilosas em relação à agência reguladora. Então, quando termina o mandato ele pode utilizar tais informações de forma imoral, desonesta, desleal... não é ilegal, é imoral.

- “estabilidade do dirigente”

4.4.2.8 ▶ Independência em relação aos “poderes” do Estado – no Brasil:

- Independência em relação ao Poder Judiciário:**

- A agência reguladora tem independência total da Administração central (independência política). Pode-se dizer que uma agência reguladora tem poderes quase jurisdicionais, pois fica afastada da intervenção do poder executivo, mas do poder judiciário não (princípio da inafastabilidade da jurisdição).
 - Não fazem coisa julgada material (não existe coisa julgada material na esfera administrativa).
 - Os 3 Poderes exercem funções típicas e atípicas. Quando a Administração Pública administra, ela está exercendo sua função típica, mas pode julgar. As agências reguladoras exercem funções atípicas de julgar.

¹² “Ad nutum” = livre. Um cargo preenchido “ad nutum” significa que o chefe coloca lá livremente (sem concurso) e tira de lá também quando quiser.

- Na questão da Administração é a agência reguladora quem julga todas as questões que envolvem as delegatárias e os administrados. Se as delegatárias e os administrados não concordarem pode ir ao Judiciário.

- **Independência em relação ao Poder Legislativo:**

- As agências reguladoras também legislam atipicamente, além de julgar atipicamente.
- Não é só o Legislativo que legisla, algumas agências editam atos normativos que inovam. Isso é ilegal, inconstitucional, mas existe! Celso Antonio Bandeira de Mello não concorda com isso. Diz que não existe porque é ilegal e inconstitucional.
- Isso também veio com a EC 19.

- **Independência em relação ao Poder Executivo:**

- Agência reguladora não se sujeita ao Poder Central (quem dá a ultima palavra em aviação civil no Brasil é o dirigente da ANAC e não o Lula). Quem dá a ultima palavra naquele setor é o dirigente da agência reguladora.

4.4.2.9 ▶ Atribuições das agências reguladoras:

- **As que regulam as concessões, permissões e autorizações de serviço público (agências que regulam a atividade econômica):**
 - Regulamentam os serviços que constituem no objeto da delegação, realizam procedimento licitatório para escolha do concessionário, ou permissionário, ou praticam ato unilateral de outorga da autorização;
 - Definem o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste;
 - Controlam a execução dos serviços;
 - Aplicam sanções, fazem rescisão amigável;
 - Exercem poder de ouvidoria em relação a denuncia e reclamações dos usuários.
- **As que atuam no exercício do poder polícia:** As que exercem poder de polícia: atribuições que a lei específica coloca para elas. Fiscalizar e impor limitações à esfera dos particulares de forma geral¹³ (ou específica¹⁴).

4.4.2.10 ▶ Devem regular matéria disciplinada em lei

4.5. CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Também surgiram com a EC 19

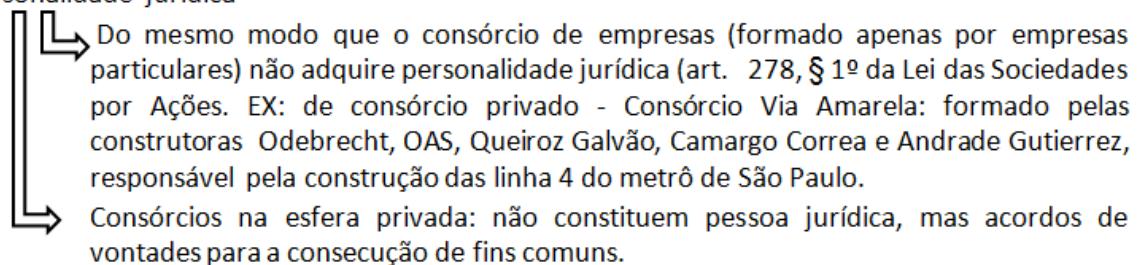
- A Lei nº 11.107, de 6-4-2005, regulamentada pelo Decreto nº 6017, de 7-1-2007, dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

consórcio administrativo

não adquiria
personalidade jurídica

Lei nº 11.107/05

legislador atribuiu personalidade
jurídica ao consórcio público



- Art. 33, *caput* da Lei 8.666/93: permite a participação na licitação de empresas em consórcio.

¹³ Em tese.

¹⁴ Em cada caso.

- O inciso I do artigo 33 permite a participação na licitação através da comprovação do termo de compromisso de consórcio.

4.5.1 - Há 3 tipos no ordenamento:

- Tipicamente privado – particular cria
- Consórcio público com personalidade jurídica de Direito Público criado pelo Estado
- Consórcio público com personalidade jurídica de Direito Privado criado pelo Estado

4.5.2 - Consórcio público:

- Com personalidade jurídica de Direito Público
- Com personalidade jurídica de Direito Privado

4.5.3 - Criado pela L. 11.107/05 – Antes dessa Lei não tinha personalidade jurídica

- Atribuiu personalidade jurídica para o consórcio público

4.5.4 - Art. 278, §1º da Lei das S/As:

→ Consórcio formado por empresas particulares não tem personalidade jurídica – não é um ente, é apenas uma União de empresas.

É possível a participação de consórcios nesta licitação. Precisa estar expresso no edital da licitação.

4.5.5 - Termo de compromisso de consórcio: Trata-se de acordo formal lavrado em instrumento público ou privado, através do qual as empresas signatárias obrigam-se reciprocamente (e perante à Administração, uma vez apresentado o termo na licitação), a, caso sagrada vencedora a respectiva proposta, constituir o consórcio nos termos ali estabelecidos. É um contrato preliminar uma promessa de constituição e registro futuros de um consórcio, caso a proposta seja adjudicada. As empresas signatárias assumem a condição de promitente-consorciadas.

- O termo de compromisso é documento que deverá acompanhar a proposta e ser submetido ao conhecimento dos demais licitantes. Não é, nem pode ser uma peça sigilosa.
- A autorização para a participação de consórcio na licitação reveste-se de natureza discricionária: cabe à Administração decidir se ela vai fazer constar essa permissão no edital referente àquela licitação.

Indicação de Leitura: Artigo: Os Consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da L. 8.666/93). Autor: Egon Bockmann Moreira

<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-EGON%20BOCKMANN.pdf>

4.5.6 - Previsão constitucional dos consórcios públicos: Os consórcios públicos estão previstos no art. 241 da CF (introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98), em cujos termos “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os **consórcios públicos** e os **convênios** de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

4.5.7 - Objetivo da norma constitucional: realizar o serviço que uma pessoa jurídica pública não pode ou tem dificuldades para executar sozinha torna-se possível ou mais eficiente mediante a conjugação de esforços.

4.5.8 - Os consórcios públicos são pessoas jurídicas que integram a Administração Pública de todos os entes consorciados;

4.5.9 - Os consórcios públicos podem ser formados por entes federativos de níveis distintos, por exemplo: União, Estados e Municípios.

4.5.10 - Tradicionalmente, os consórcios públicos são formados por municípios. Entretanto, nada impede que Estados, ou até mesmo a União participem. Exemplo de consórcio misto é o Consórcio Regional de Saneamento do Sul do Piauí (Coresa Sul do PI), formado por trinta municípios e pelo Estado.

19.05.2010

4.5.11 – Natureza Jurídica:

Art. 6º da Lei 11.107/05 - *O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:*

I – *de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;*

Os entes públicos, por exemplo, firma-se um termo de compromisso e depois tem-se que se assinar um protocolo que é a formalização das intenções, mas para este protocolo dar origem a intenções é preciso editar-se uma lei. O protocolo de intenções é como se fosse um projeto de lei.

II – *de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.*

§ 1º - *O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.*

§ 2º - *No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.*

4.5.12 – Conceito:

- Constitui-se em nova espécie de entidade da Administração Indireta de todos os entes federados que dele participarem.
- O mesmo ocorrerá com os consórcios que tenham personalidade de direito privado. Isto porque não há como uma pessoa jurídica política (U, E, DF, M) instituir pessoa jurídica administrativa para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública.
- Define-se Consórcios Públicos perante a Lei 11.107/05 como: **associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos.**

4.5.13 – Constituição do consórcio público – observância das seguintes fases:

1. Subscrição de protocolo de intenções (art. 3º da Lei 11. 107/05);
2. Publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial (art. 4º, § 5º);
3. Lei promulgada por cada um dos partícipes, ratificando, total ou parcialmente, o protocolo de intenções (art. 5º) ou disciplinando a matéria (art. 5º, § 4º);
4. Celebração de contrato (art. 3º);
5. Atendimento das disposições da legislação civil, quando se tratar de consórcio com personalidade de direito privado (art. 6º, II).

SÍNTESE - CARACTERÍSTICAS DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA:

1. AUTARQUIA – pessoa jurídica de direito público da Adm. Indireta, com as mesmas prerrogativas e sujeições da adm. Direta e mesmo regime jurídico; é pessoa pública administrativa com poder de auto administrar-se, nos limites da lei (não política como U, E, M que podem criar seu próprio direito). Ex: OAB.

2. FUNDAÇÃO – instituída pelo poder público, com patrimônio total ou parcialmente público, com fim público; se de direito público o regime jur. é igual ao das autarquias; se o regime jur. for privado, regem-se pelo Direito Civil.

3. CONSÓRCIO PÚBLICO – pessoa jur. de direito público ou privado, criada por dois ou mais entes, para a gestão em conjunto dos serviços públicos; se sua personalidade jur. for de direito público denomina-

se associação pública, insere-se na categoria de autarquia; se for de direito privado, submete-se ao direito civil.

4. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - pessoa jur. de direito privado; há união de capital público e privado; o poder público participa na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria lei das S. A. (L. 6.404/76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada, ou presta serviços públicos; considerada empresa estatal ou empresa governamental.

5. EMPRESA PÚBLICA - pessoa jur. de direito privado; capital inteiramente público (sendo possível a participação de entidades da Adm Indireta); organização sob qualquer das formas admitidas em direito; considerada empresa estatal ou empresa governamental.

6. EMPRESA SOB CONTROLE ACIONÁRIO DO ESTADO - pessoa jur. de direito público ou privado; presta atividade econômica (pública ou privada); falta um dos requisitos essenciais para que seja considerada empresa pública ou sociedade de economia mista; em geral presta serviços públicos comerciais e industriais do Estado, razão pela qual tem natureza de concessionária de serviços públicos, sujeita ao art. 175 da CF; considerada empresa estatal ou empresa governamental.

OBS: Art. 235, § 2º da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por ações): Pretende o legislador nesse dispositivo legal determinar que as sociedades de que participarem majoritariamente as sociedades de economia mista, jamais possam ser juridicamente definidas como sociedades de economia mista. Ou em outras palavras: as sociedades submetidas a controle de sociedades de economia mista e que possuam remanescentes acionários em mãos de particulares não devem ser qualificadas juridicamente como sociedades de economia mista, mas apenas como **sociedades controladas pelo Poder Público**.

ATOS ADMINISTRATIVOS

Cap. 7 da doutrina da Di Pietro

1. DISTINÇÃO ENTRE ATO E FATO

1.1 - Ato: Praticado pelo homem. Toda ação praticada pelo homem com vontade de praticá-la. Ele possui efeito concreto e específico, dirigido a certas e determinadas pessoas. Caso contrário, deixa de ser ato administrativo e passa a ser ato normativo.

- **Atos da administração:** Gênero (sentido amplo). São atos editados pelo Executivo, pela Administração Pública. Assim como os atos normativos, são derivados, de caráter geral e abstrato. Eles não inovam o ordenamento jurídico, só regulamentam a lei. Praticada no exercício da função administrativa.

- **Atos administrativos:** Espécie. Possuem caráter específico e concreto (individualizado).

1.2 - Fato: Decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente. Não há vontade. Decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente. Ex: morte.

- **Fato jurídico (fato jurídico da Administração):** O fato corresponde à descrição contida na norma legal e produz efeitos no mundo do Direito. Independente da vontade e não traz consequências para o campo do Direito Adm. Ex: nascer, gerar efeitos jurídicos que é registro/morte, gera elaboração do inventário, etc.

- **Fato administrativo (ou fato jurídico administrativo):** O fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do Direito Administrativo, efeitos administrativos. Ex: a morte de um funcionário produz a vacância do seu cargo; o decurso do tempo acarreta a prescrição administrativa. Fato jurídico que traz consequências para o campo do Direito Adm. Ex: morte de um servidor público¹⁵ que ocorre no exercício de sua função/cargo.

- **Fato da Administração (ou fato jurídico da Administração):** Quando o fato não produz qualquer efeito jurídico no Dir. Adm. Acontecimento que não depende da vontade. Ex: Uma pessoa que falecer, mas que não possui vínculo com a administração; caracteriza-se como fato da administração¹⁶.

¹⁵ Independente de ser servidor que ocupa função ou cargo (CLT ou estatuto).

¹⁶ Equipara-se ao fato jurídico.

2. DISTINÇÃO ENTRE ATO DA ADMINISTRAÇÃO E ATO ADMINISTRATIVO

Ato da Administração	Ato administrativo
É todo ato praticado no exercício da função administrativa; tem sentido amplo.	Abrange determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa.

25.05.2010

3. DENTRE OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO, INCLUEM-SE:

3.1. Atos de direito privado, como doação, permuta, compra e venda, locação). Em algumas situações, a Administração sai da sua posição de supremacia e se equipara ao particular. Essas situações são os contratos firmados pela Administração. É uma relação de horizontalidade, regida pela lei de locação, compra e venda, etc. Neste caso, ela não edita ato da Administração, e sim um ato administrativo.

3.2. Os atos materiais da Administração, que não contem manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução, como demolição de um prédio, apreensão de mercadorias, realização de um serviço, limpeza, coleta de sangue. É forma física, conduta mecânica de realizar uma ação. Ato material é algo que não há vontade. Não se analisa o ato (pois este tem vontade).

3.3. Os atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, que também expressam uma vontade e que, portanto, também podem produzir efeitos jurídicos; é o caso dos atestados, certidões, pareceres, votos.

3.4. Os atos políticos, que estão sujeitos a regime jurídico-constitucional. Atos políticos são editados pelo governo.

3.5. Os contratos

3.6. Os atos normativos da Administração, abrangendo regulamentos, decretos, regimentos, portarias, resoluções, porque, em regra, possuem caráter geral e abstrato, ao contrário dos atos administrativos, que são específicos e concretos.

3.7. Os atos administrativos propriamente ditos. Produzem efeitos jurídicos não imediatos (alguns atos da Adm não produzem efeitos jurídicos). É a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeito a controle do Poder Judiciário. Produzir efeitos jurídicos significa criar, extinguir, transformar direitos. Os efeitos serem imediatos significa que sejam efeitos que se produzem no caso concreto¹⁷.

4. ATRIBUTOS DO ATO

São qualidades características que o ato administrativo possui. É essa qualidade que diferencia os atos da Administração dos atos do Direito comum, privado.

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na indicação dos atributos do ato administrativo. Di Pietro considera como atributos do ato adm: (I) presunção de legitimidade ou veracidade; (II) executoriedade e autoexecutoriedade; (III) imperatividade; e (IV) tipicidade.

4.1. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E DE VERACIDADE:

4.1.1 – Presunção de legitimidade: Diz respeito à conformidade com a lei; presume-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

4.1.2 - Presunção de veracidade: Diz respeito aos fatos; presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração (certidões, atestados, declarações, são dotados de fé pública).

Efeitos que decorrem da presunção de veracidade:

- Enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido (salvo a ordem manifestamente ilegal¹⁸).

¹⁷ Se voltam para o Executivo ou para o servidor especificamente, por exemplo.

¹⁸ A Administração e o Judiciário podem editar os atos, mas a revogação cabe somente à Administração.

- A nulidade do ato administrativo só pode ser decretada pelo Judiciário a pedido de pessoa interessada. O Judiciário não pode apreciar a nulidade *ex officio*. O Judiciário só atua mediante provocação, somente a Administração é que pode atuar *ex officio*.
- A presunção de veracidade inverte o ônus da prova. Deve cumprir enquanto não se prova.

4.2. IMPERATIVIDADE:

É o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independente de sua concordância.

O Poder Público, por meio de atos unilaterais, pode impor obrigações a terceiros; é o que Renato Alessi denomina de ‘poder extroverso’, ‘que permite ao Poder Público editar atos que vão além da esfera jurídica do sujeito eminent, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as, unilateralmente, em obrigações’.

A imperatividade não existe nos atos de Direito privado, pois nestes atos só se cria obrigação com a concordância com os particulares.

A imperatividade não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que impõem obrigações. Inexiste quando se tratar de ato que confere direitos solicitados pelo administrado (licença, permissão, autorização) ou de atos apenas enunciativos (certidão, atestados, pareceres).

4.3. AUTOEXECUTORIEDADE:

É a possibilidade que a Administração possui de executar seus próprios atos e decisões, independente do Poder Judiciário (prévia autorização). A autoexecutoriedade consiste no atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela Administração, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

A autoexecutoriedade não existe em todos os atos administrativos. Ela só é possível:

- Quando expressamente prevista em lei;
- Quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público. Ex: Muito frequente na atuação da polícia administrativa.

A autoexecutoriedade se subdivide em executoriedade e exigibilidade. A exigibilidade se utiliza de meios indiretos de coerção, são sempre previstos em lei (ex: multa). Já a executoriedade se utiliza de meios diretos de coerção, que podem ser utilizadas independente de previsão legal para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde, ou outro interesse da coletividade (ex: dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas).

Exigibilidade	Executoriedade
Meios indiretos de coerção.	Meios diretos de coerção.
Vêm sempre definidos na lei.	Podem ser utilizados independentemente de previsão legal para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade.
Ex: multa.	Ex: dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.

4.4. TIPICIDADE:

É o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras previamente definidas pela lei, como aptas para produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar, existe um ato definido em lei.

Decorre do princípio da legalidade e representa uma garantia para o administrado.

Só existe com relação aos atos unilaterais; não existe com relação a eles, não há imposição de vontade da administração, que depende sempre da autuação do particular.

26.05.2010

5. ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Se algum dos elementos do ato não for observado da forma como deve ser, aquele ato terá um vício.

Todo ato administrativo tem que ter necessariamente 5 elementos:

- 5.1 - Sujeito (ou competência)**
- 5.2 - Objeto (ou conteúdo do ato)**
- 5.3 - Forma**
- 5.4 - Motivo**
- 5.5 - Finalidade**

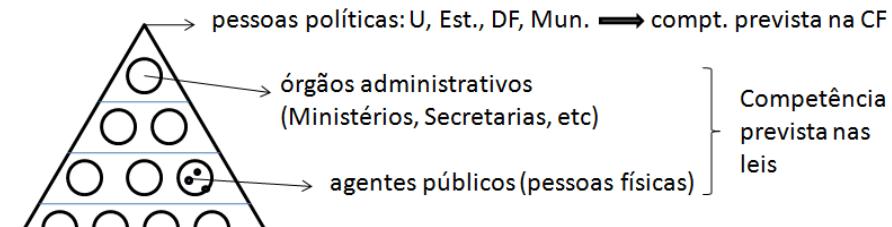
5.1 - SUJEITO (OU COMPETÊNCIA): 1º elemento do ato:

A profa Di Pietro prefere a terminologia competência, pois existem vários sujeitos agentes da Administração, mas a competência muda em relação a eles.

Sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.

Sujeito = capacidade + competência

Competência é o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo Direito Positivo.



Competência é o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.

Sujeito é o agente (agente público) que edita o ato administrativo. Para editar atos é preciso ter competência para isso (sujeito competente para editar o ato administrativo). Esta competência é expressa e lei ou atos da Administração (atos normativos).

Se o agente for incompetente o ato será viciado. Ex1: Um cidadão qualquer veste o uniforme da CET e sai por aí multando as pessoas que cometem infrações de trânsito. Este cidadão não é competente porque não foi investido naquela função, cargo ou emprego. Para ser investido em cargo ou emprego é preciso prestar concurso público para isso (de acordo com a CF); se for função é preciso haver vínculo contratual com a Administração (precisa ser contratado pela Adm). Além disso, este cidadão está cometendo um crime (usurpação de função pública). Ex2: Servidor municipal de SBC vai para SP exercer sua função lá. Ele é incompetente porque não é servidor do município de SP, e sim de SBC. Só é competente em seu território.

As competências se distribuem: há a competência dos órgãos, a dos agentes e a das pessoas jurídicas.

Além da competência o agente também precisa ter capacidade (do Direito Civil). Uma pessoa louca não pode editar atos administrativos.

Devido ao princípio da impensoalidade, se agente público tem doença civilmente incapacitante (esquizofrenia, p.e.) e isso não é da ciência de ninguém, se ele estiver de boa-fé o ato é reputado válido perante terceiro como se este ato estivesse sido editado pelo ente.

5.1.1 - Regras que se aplicam à competência:

- **Decorre sempre de lei, não podendo o próprio órgão estabelecer por si as suas atribuições.** Ex: A lei atribui para a FDSBC a competência que ela terá que exercer (prestar serviço público de ensino superior em Direito). Ela não pode escolher outra competência (atribuição). Quando a lei atribui uma competência, o ente precisa seguir a competência que lhe foi dada. O Metro não pode prestar serviço de educação, somente transporte. A CET não pode prestar serviço de saúde, etc. **Exceção:** No âmbito federal as competências poderão ser definidas por decreto presidencial (art. 84, VI, CF; no § único do mesmo dispositivo diz quais são as competências que podem ser delegadas; são apenas 4; todas as demais são indelegáveis). O art. 84, VI, CF traz hipóteses em que as atribuições podem ser definidas por decreto presidencial, normalmente se faz isso em relação aos Ministérios.

- É inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público. Algo derrogável é algo que, sendo parcialmente incompatível, pode ser revogado apenas em parte. Revogação é gênero; são espécies a ab-rogação (total) e a derrogação (parcial). A profª Di Pietro não se preocupou com essa diferença técnica, para ela revogação e derrogação são expressões sinônimas. Ex: Se determinada pessoa é juiz ela não pode ser parcialmente promotor ou advogado quando quiser.
- Não confundir inderrogável com indelegável.
- Pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência exclusiva conferida por lei.

Na Administração a regra é a possibilidade de delegar competência, no entanto, há exceções a essa regra:

- I) Matéria exclusiva conferida por lei a determinado ente, órgão ou agente; neste caso não podem ser objeto de delegação. Se for exclusiva não pode nem delegar nem avocar.
- II) Edição de atos de caráter normativo (regulamentos, portarias, instruções, resoluções, regimentos, etc). Estes atos normativos da Administração são indelegáveis.
- III) A decisão de recursos administrativos (pois aí haveria o risco de se extinguir uma instância recursal). Fere o duplo grau do reexame administrativo.

01.06.2010

5.2 – OBJETO (OU CONTEÚDO) DO ATO: 2º elemento:

Celso Antônio Bandeira de Mello faz diferença entre objeto e conteúdo do ato.

Para nós, seguindo a Di Pietro, objeto e conteúdo serão considerados sinônimos.

Objeto (ou conteúdo) é o efeito jurídico do produz.

Exemplo: O servidor que comete desídia é processado e considerado desidioso e a pena mais grave é a demissão, porém quando se edita o ato de demissão ele deve ser publicado na imprensa oficial, obedecendo o princípio da publicidade, surtindo efeito, o qual será o desligamento do vínculo com a administração, sendo o efeito jurídico (Objeto) é o desligamento do vínculo com a administração.

5.2.1 - Para que o ato seja válido o objeto precisa ser:

- **Lícito:** é aquele em conformidade com a lei.
- **Certo (determinado):** definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar.
- **Possível:** realizável no mundo dos fatos e do direito.
- **Moral:** em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos, honestos, etc. Este elemento não tem no Direito Civil.

Exemplo: decreto de expropriação (expropriatório) → tem todas as exigências em relação ao objeto do ato administrativo.

5.2.2 - O objeto do ato administrativo pode ser:

- **Efeito Natural:** é o efeito jurídico que o ato produz, sem necessidade de expressa menção, decorre da própria natureza do ato, tal como definido na lei.
- **Efeito Acidental:** é o efeito jurídico que o ato produz em decorrência de cláusulas acessórias apostas¹⁹ ao ato pelo sujeito que pratica; ele traz alguma alteração no objeto natural. Compreende o termo, o modo ou encargo e a condição.
 - Termo: Indica-se o dia em que inicia ou termina a eficácia do ato;
 - Modo: É um ônus imposto ao destinatário do ato;
 - Condição: É a cláusula que subordina o efeito do ato a evento futuro e incerto. Pode ser: suspensiva (quando suspende o início da eficácia do ato – suspende os efeitos até que venha aquela condição); resolutiva (quando verificada, faz cessar a produção de efeitos jurídicos do ato – o ato produz efeito até que se dê aquela condição).

¹⁹ Acrescidas.

O efeito acidental compreende o **termo**, o **modo** ou **encargo** e a **condição**:

- **Termo**
- **Modo**
- **Condição:**
Pode ser
 - **Suspensiva**
 - **Resolutiva**

5.3 – FORMA: 3º elemento:

5.3.1 – Conceito:

Concepção restrita	Concepção ampla
Somente o ato em si.	Todo procedimento anterior e posterior ao ato para que ele possa surtir efeitos.
Forma é a exteriorização do ato ²⁰ ; é o modo pelo qual a declaração de vontade da Administração se exterioriza. Ex: placa de trânsito, gesto e apitos do guarda de trânsito.	Forma é a exteriorização do ato e também as formalidades que precedem e sucedem o ato, desde que previstas em lei para sua validade.
Pode ter a forma escrita ou oral, de decreto, portaria, resolução, etc.	A lei prevê as formalidades necessárias.
Nesta concepção considera-se cada ato isoladamente.	Nesta concepção considera-se o ato dentro de um procedimento .
Haverá nulidade se a lei exige forma escrita e o ato é praticado verbalmente.	Haverá nulidade se a lei exige processo administrativo disciplinar para a demissão de um funcionário e processo não é observado.
A inobservância da forma e tb do procedimento produzem o mesmo resultado: a ilicitude do ato.	

5.3.2 – As formas podem ser:

- **Formas essenciais:** Afeta a existência e a validade do ato. Ex: Ausência do Decreto na desapropriação; ausência de ampla defesa no processo administrativo disciplinar; ausência de edital no procedimento de concorrência.
Se não observada, o ato é inválido.
Nulo, ilícito, inválido – a professora Priscilia fala como se fossem sinônimos.
- **Formas não essenciais:** Não afeta a existência e a validade do ato. Ex: A lei estabelece determinados requisitos para que o administrado exerça o seu direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF), mas nem sempre a Administração tem o condão de impedir o seu recebimento, se o administrado não observar os requisitos para peticionar a Administração.
O direito de petição é cláusula pétreia. É o direito que o administrado tem para pedir algo à Administração. Caso a petição não tenha obedecido a forma correta, o ato ainda é válido (a Adm não precisa utilizar sua autotutela) pois vigora o princípio da supremacia do interesse público.

5.3.3 – Motivo ≠ Motivação ≠ Móvel

Motivo: Elemento do ato; razões de fato e de direito que levam à prática do ato pela Administração.

Motivação: Exteriorização do motivo, formalização do motivo.

Móvel²¹: Di Pietro não usa essa expressão, quem usa é Celso Antônio Bandeira de Mello.

É a intenção do agente (esfera subjetiva). É o móvel que leva o agente a ter um motivo que leva a editar um ato que tem que ser motivado.

Ex: Prefeito tem um inimigo político, então ele desapropria o imóvel dele. O móvel foi prejudicar o inimigo (animus do agente). O motivo (elemento) é a possibilidade de desapropriação no plano dos fatos e do direito. Motivação (é uma forma) procedimento de desapropriação.

A motivação normalmente é feita por escrito (em regra).

O móvel antecede o motivo que antecede a motivação.

Elemento (motivo) que antecede a forma (motivação).

²⁰ Ex: a forma é o decreto, o ato é seu conteúdo.

²¹ A professora disse que isso cai muito na prova da OAB.

5.4 - FINALIDADE: 4º elemento do ato:

Porque a Administração expropria um imóvel? Demite um servidor? Realiza um concurso?

Porque a Adm edita atos?

A finalidade é o resultado que a Adm quer alcançar com a prática do ato.

Motivo	Finalidade
Antecede a prática do ato	Sucede a prática do ato (a finalidade é posterior ao motivo)
Corresponde aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato	Corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição

Objeto	Finalidade
É o efeito jurídico imediato (aquisição, transformação ou extinção de direitos) que o ato produz. Efeito direto.	É o efeito mediato que o ato produz. Efeito indireto.

Exemplo: Demissão do servidor:

Efeito Jurídico Imediato: Objeto: Desligamento do servidor com a Administração.

Efeito Jurídico Mediato: Finalidade: Proteger o interesse público (com o desligamento do servidor).

Pode-se falar em **fim** ou **finalidade** em dois sentidos diferentes:

Finalidade em sentido amplo	Finalidade em sentido restrito
A finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público.	A finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei.
O ato administrativo tem sempre uma finalidade pública.	A finalidade é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.

5.5 - MOTIVO: 5º elemento:

É o pressuposto de fato e direito que serve de fundamento ao ato administrativo.

Todo ato administrativo deve ser motivo, seja ele concessionário ou permissionário.

Pressuposto de fato: Corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

Pressuposto de direito: É o dispositivo legal em que se baseia o ato. Ex: No tombamento o motivo é o valor cultural do bem.

5.5.1 - Motivo ≠ Motivação:

A motivação possibilita o controle dos atos da Adm seja por ela mesma seja pelo Poder Judiciário.

5.5.2 - Teoria dos motivos determinantes:

Significa que a Adm está vinculada à motivação (exteriorização dos motivos) que ela der para editar um ato administrativo.

Cargos de livre nomeação: não precisa de concurso público. Ex: cargo em comissão. O prefeito demite o indivíduo desse cargo e extingue o cargo motivando que ele não era mais necessário para a Administração. Dois meses depois ele não pode criar o mesmo cargo de novo para outra pessoa. Fica vinculado à motivação do ato anterior.

A validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade.

Quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.

02.06.2010

29

6. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

6.1 – Conceito:

Discricionariedade é a possibilidade da Administração Pública atuar com liberdade de escolha perante o caso concreto. Porém, o ato nunca é totalmente discricionário em seus 5 elementos, pautado pelo ordenamento como um todo.

Vinculação é a Administração estar atrelada a uma única conduta, não havendo liberdade de optar por outra solução (se agir fora desta conduta, ela estará agindo de forma ilegal).

Mesmo quando a Administração age discricionariamente (quando não há lei específica tratando do caso concreto) ela é pautada pelo ordenamento como um todo (princípios).

Se a Adm está pautada em uma única conduta e age com discricionariedade, ela age de forma ilegal.

Alguns elementos do ato também possibilitam a atuação discricionária.

Todo ato tem 5 elementos. Alguns podem ser discricionários, outros não. Um ato nunca é totalmente discricionário nos seus 5 elementos.

Num ato vinculado todos os seus elementos necessariamente são vinculados.

6.2 - Existência da discricionariedade: Em que hipóteses existe discricionariedade:

- A) Quando a lei expressamente a confere à Administração. Ex: Remoção “ex officio” do funcionário a critério da administração para atender a conveniência do serviço.
 - Há discricionariedade porque a lei confere à Administração possibilidade de escolha.
 - Não importa se o servidor quer ou não quer, a Adm remove o servidor “ex officio” (transfere) se for conveniente para ela.
- B) Quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento.
- C) Quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada. Exemplos: Hipóteses que se encontram comumente no exercício do poder de polícia, em que é impossível a lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça à vida, à segurança pública, à saúde.
 - A lei da competência para a Administração agir mas não especifica exatamente como.
 - Ex: A lei dá à Adm o poder de polícia para apreender carne estragada, mas não diz exatamente como ela deve agir no caso concreto (o que ela fará com a carne). Isso gera discricionariedade.
- D) Poderá haver discricionariedade diante de conceitos jurídicos indeterminados. Ex: interesse público, boa-fé, etc.
 - Os conceitos jurídicos indeterminados podem ou não gerar discricionariedade depende do caso concreto.

6.3 - Discricionariedade e vinculação em relação aos 5 elementos do ato adm:

Se todos os elementos do ato forem vinculados o ato é vinculado.

No ato discricionário, dentre os 5 elementos, pelo menos a competência e a finalidade (em sentido amplo e estrito) sempre serão vinculados.

A discricionariedade nunca é total, mas pelo menos a competência e a finalidade²² serão vinculadas.

Atualmente é raro um ato totalmente discricionário. Exemplo de ato totalmente vinculado: Aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade (porque a CF presume incapacidade permanente aos 70 anos de idade).

Para Di Pietro, finalidade em sentido estrito é sempre vinculada à lei.

Para que a Adm possa atender ao interesse público, ela pode fazer de várias formas.

Para atender ao interesse público ela é livre, podendo ou não haver lei específica.

²² A profª Di Pietro diz que somente a finalidade em sentido estrito é vinculada, mas a nossa profª Priscilia não concorda com ela, considerando que a finalidade nos seus 2 sentidos (amplo e estrito) é vinculada.

6.3.1 - Finalidade:

- **Sentido Estrito:** É vinculado a finalidade da lei.
- **Sentido Amplo:** Voltado para atender o interesse público e quando não houver lei específica, não há vinculação e sim, discricionariedade. EX: a Administração estabeleceu livremente, ou seja, com discricionariedade as faixas etárias distintas à vacinação contra a gripe.

Finalidade:

- estrito (vinculada à finalidade da lei)
- amplo (interesse público)

6.3.2 – Forma:

Este aspecto geralmente é vinculado, pois a lei previamente define a forma; eventualmente, a lei prevê mais de uma forma possível para praticar o mesmo ato. Aí, haverá discricionariedade. Se a lei nada disser sobre a forma, também haverá discricionariedade.

Forma: - vinculada: regra
- discricionária: exceção

6.3.3 – Motivo:

O motivo é vinculado quando a lei utiliza conceitos precisos que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva. EX: o servidor poderá (leia-se: deverá) se aposentar com 70 anos de idade. Motivo: completou 70 anos de idade.

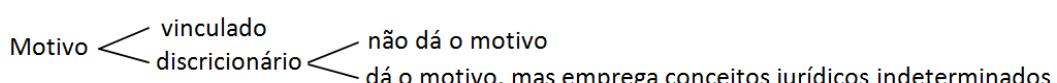
O motivo será discricionário quando:

- 1)** Quando a lei não define o motivo e o deixa a critério da Administração. EX: exoneração “ex officio” de ocupante de cargo de comissão.

Em qual hipótese não precisa motivação: exceção ao princípio da motivação dos atos adm: nomeação de cargo em comissão.

Se o motivo for falso, há vinculação a este motivo, o próximo ato é nulo.

- 2)** A lei define o motivo, mas emprega conceitos jurídicos indeterminados. EX: deve-se punir o servidor, segundo a lei que praticar falta grave, sem definir em que ela consiste.



6.3.4 - Objeto:

Pode ser vinculado quando a lei estabelecer apenas um objeto para atingir determinado fim. EX: dirigir veículo sem possuir CNH. A lei prevê como única penalidade possível a aplicação de multa E apreensão do veículo – art. 162, I, CTB.

Será discricionário quando a lei disser que, para a mesma infração, a Adm pode punir o funcionário com as penas de suspensão OU²³ de multa.

6.4 - Legalidade e mérito do ato administrativo:

Um ato adm tem dois aspectos: mérito e legalidade.

Aspecto do mérito do ato:

Desrespeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir. Só existe nos atos discricionários. Só a Adm exerce o controle deste aspecto.

Aspecto que tem liberdade de escolha. É o binômio ‘oportunidade e conveniência’.

Quando falo em mérito, falo em ato discricionário.

A discricionariedade tem o mérito do ato (binômio oportunidade e conveniência diante da situação fática).

²³ Possibilidade de escolha = discricionariedade.

O mérito só a Adm pode revogar.

Aspecto da legalidade do ato:

Desrespeito à conformidade do ato com a lei. Tanto a Adm quanto o Poder Judiciário podem exercer o controle deste aspecto.

Aspecto em que não há liberdade de escolha.

Diz respeito a conformidade do ato com a lei.

Quem pode invalidar (ou revogar, ou anular, ou declarar nulidade) de um ato adm ilegal?

- Adm: princípio da autotutela

- Poder Judiciário: princípio da inafastabilidade da Jurisdição



O ato vinculado só tem o aspecto da legalidade (porque não tem escolha).

6.5 – Teorias que possibilitam ampliar a apreciação do judiciário em relação ao exercício do ato discricionário:

O princípio da separação de poderes não permite que o P Jud interfira na Adm.

No entanto, a Adm começou a deixar a educação/saúde, etc desprovidas para investir em obras públicas (priorizou a construção de viadutos).

Ações neste sentido chegavam ao Jud mas ele não podia fazer nada porque era mérito da Adm.

Então o Jud começou a se utilizar destas teorias para garantir o mínimo existencial (piso vital mínimo), a reserva do possível, a dignidade humana, etc...

6.5.1 – Teoria do Desvio do Poder:

Ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir um fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

6.5.2 – Teoria dos Motivos Determinantes:

O ato praticado pela administração só será válido se os motivos forem verdadeiros. A administração se vincula aos motivos.

A Adm deve motivar seus atos.

Se a Adm praticar ato que contraria a motivação do ato anterior, este ato estará viciado, pois os atos posteriores estão vinculados à 1ª motivação.

Precisando motivar ou não, a Adm fica vinculada aos motivos.

09.06.2010

6.5.3 – Teoria dos conceitos jurídicos indeterminados:

Os conceitos jurídicos indeterminados são conceitos vagos, imprecisos, que podem apresentar várias significações; são também conhecidos como conceitos plurissignificativos. Exemplos: interesse público, segurança pública, ordem pública, moralidade administrativa.

Situações:

1. Afastamento ex officio de funcionário incapacitado para o exercício do cargo; precisa de perícia médica para caracterizar a incapacidade; não haverá discricionariedade; poderá o judiciário apreciar o ato da administração.
2. Remoção ex officio do funcionário para atender a necessidade do serviço; há necessidade de apreciação subjetiva segundo o conceito de valor; há discricionariedade; o judiciário não pode apreciar um mérito do ato administrativo.

Para saber se há ou não discricionariedade para a Adm, deve-se observar o caso concreto.

Ex1: Num caso de incapacidade para o trabalho, a conclusão do perito vincula da Adm (se o perito concluir que o trabalhador é incapaz, então a Adm não poderá mantê-lo; se o perito concluir que o trabalhador não é incapaz, a Adm deve mantê-lo). Este é um caso em que o conceito jurídico indeterminado gera vinculação.

Ex2: Em determinada escola da periferia está havendo falta de professores. Nenhum professor está querendo ir trabalhar nesta escola. Havendo necessidade de a Adm enviar professores para esta escola, ela envia, mesmo que contrarie a vontade dos professores.

Quando houver apreciação subjetiva valorativa há discricionariedade.

6.5.4 – Teoria da razoabilidade e moralidade:

O Judiciário pode e deve invalidar atos que atentem contra a razoabilidade e moralidade administrativas.

A teoria do desvio de poder é a mais pedida em concursos.

A Administração expede um ato objetivando um ato diverso da finalidade da lei. Vício na finalidade em sentido estrito²⁴. EX: O prefeito quer desapropriar um imóvel pagando um valor a maior, ou a menor, mas a desapropriação não é isso, pois estou prejudicando ou beneficiando.

A regra é que haja na Adm atos discricionários. A minoria são os atos vinculados²⁵.

Exemplo:

O município de Santo André desapropriou uma área, motivando seu ato na construção de uma creche. Porém, construiu uma praça.

O Ministério Público entrou com uma ação alegando que esta escolha da Administração não foi a melhor escolha, era prioridade a creche.

O processo chega ao STF, que disse era melhor mesmo a creche.

Assim, o Judiciário adentrou na análise da escolha da Administração Pública do Município (discricionariedade), sendo esta uma nítida invasão do mérito.

Foi mais uma questão de políticas públicas que de atos propriamente ditos.

Atualmente, entende-se que desde que a Adm dê uma destinação pública ao bem, o ato é válido, não acarreta desvio de finalidade, mesmo que a Adm tenha motivado o decreto de desapropriação dizendo que uma construir uma coisa e constrói outra.

Esta é a teoria que mais se aproxima da decisão da Adm, invade o mérito da Adm.

6.6 - Existência da Discricionariedade:

- Discretionariedade localiza-se
 - 1. No momento da prática do ato (a Adm escolhe se a lei nada dispuser a respeito)
 - 2. Escolha entre o agir e o não agir; escolha entre duas opções previstas na lei
 - 3. Pode referir-se aos elementos do ato administrativo:
 - Sujeito/competência (sempre vinculado)
 - Objeto
 - Motivo
 - Forma
 - Finalidade
 - em sentido amplo
 - em sentido estrito (sempre vinculada)

²⁴ Aquela que quer alcançar a finalidade da lei.

²⁵ Ex: concessão de férias, (...)? algo com aposentadoria - Fora destes dois é difícil achar outros exemplos. Estes estão na doutrina da Di Pietro.

7. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

7.1 - Quanto às prerrogativas com que atua a Adm, os atos podem ser: 1ª classificação:

7.1.1 - Atos de império: São atos cogentes; aqueles em que a Adm age com seu poder de mando; atos unilaterais que se impõem independentemente da vontade do particular, obrigando-o. Em regra, a Adm age na forma destes atos.

7.1.2 - Atos de gestão: São aqueles em que a Adm está em situação de equivalência (igualdade) com os particulares. Neste caso a Adm não age com seu poder de império, ela edita atos como se fosse o particular. Estes atos são regidos pelo D. Privado. São editados para gerir o negócio público.

7.2 - Quanto à função da vontade, os atos administrativos classificam-se em: 2ª classificação:

7.2.1 - Atos administrativos propriamente ditos: Nestes atos há uma declaração de vontade da Adm, voltada para a obtenção de determinados efeitos jurídicos imediatos definidos em lei. Ex: demissão, nomeação, tombamento, etc. A maioria expede uma declaração de vontade por meio deste ato para a obtenção de determinados fins.

A professora Di Pietro diferencia:

Atos administrativos com imperatividade	Atos administrativos sem imperatividade (atos negociais) ²⁶
Impostos pela Administração, independentemente de consentimento do particular.	Os efeitos são queridos por ambas as partes.
Ex: atos decorrentes do poder de polícia da Administração: apreensão de mercadoria; interdição de estabelecimento comercial, etc.	Exs: licença, autorização, permissão, nomeação, exoneração a pedido.

7.2.2 – Mero ato administrativo: Há uma declaração de valor, de opinião (parecer), de conhecimento (certidão), etc. são atos da Adm mas não são atos adms.

7.3 – Quanto à formação da vontade, os atos adms podem ser: 3ª classificação:

Esta terceira classificação é a mais importante porque não há unanimidade entre os doutrinadores. Então, esta é a classificação que mais cai em concursos e na OAB. Saber quem o examinador segue, normalmente dá pra saber pelo edital. Além disso, se no edital tem temas que Celso Antonio trata, e Di Pietro não, então o examinador segue Celso Antonio!

7.3.1 – Simples: Decorrem da declaração de vontade de um único órgão, seja ele singular ou colegiado. Ex: a nomeação pelo Presidente da República; a deliberação de um Conselho.

7.3.2 – Complexos: Resultam da manifestação de 2 ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar 1 ato único. As vontades são homogêneas. Ex: O decreto que é assinado pelo chefe do Executivo e referendado pelo Ministro de Estado; o importante é que há 2 ou mais vontades para a formação de um ato único. Ex: Cada Ministro em sua respectiva área assinando algum ato junto com o chefe do Executivo.

Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação.
Brasília, 2 de dezembro de 2004.
LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
José Dirceu de Oliveira e Silva



7.3.3 – Composto: Resulta da manifestação de 2 ou mais órgãos em que a vontade de um é instrumental em relação à de outro, que edita o ato principal. Pratica-se 2 atos, um principal e outro acessório. Ex: a nomeação do procurador geral da República depende de prévia aprovação do Senado

²⁶ Atos administrativos negociais diferem de negócios jurídicos (próxima tabela).

(128, §1º, CF); a nomeação é o ato principal, sendo a aprovação prévia o ato acessório, pressuposto do principal.



Ato composto	Procedimento administrativo ²⁷
Existe um ato principal e um acessório	Existe um ato principal e vários atos acessórios
A falta ou vício do ato acessório invalida o ato principal	A falta ou vício de um ato acessório invalida o ato principal

7.4 - Quanto aos destinatários do ato: 4ª classificação:

7.4.1 – Gerais: Atingem todas as pessoas que se encontram na mesma situação; são os atos normativos praticados pela Administração.

7.4.2 – Individuais: São aos que produzem efeitos jurídicos no caso concreto. EX: Nomeação, demissão, tombamento, licença, autorização etc.

7.5 - Quanto a exeqüibilidade: 5ª classificação:

7.5.1 - Perfeito: É aquele que está em condições de produzir efeitos jurídicos, porque já completou todo o seu ciclo de formação. Ex: um ato que esteja motivado, reduzido a escrito, assinado, publicado, está perfeito em sua formação. Ato em sentido amplo.

7.5.2 - Válido: O ato está em conformidade com a lei. Ex: a motivação deve referir-se a motivos reais, a autoridade que assina deve ser a competente, a publicação deve ter a forma exigida para divulgar o ato. Obedece todas as formalidades exigidas pela lei.

7.5.3 - Imperfeito: É ato que não está apto a produzir efeitos jurídicos porque não completou todo o seu ciclo de formação. Ex: falta de publicação do ato que é exigida pela lei. Pessoa passa no concurso público mas sua nomeação não é publicada (funcionário de fato).

7.5.4 - Pendente: É o que está sujeito a condição ou termo para que comece a produzir efeitos. Sujeito à condição (suspensiva ou resolutiva), termo ou encargo.

7.5.5 - Consumado: É o que já exauriu seus efeitos. Se torna definitivo, não podendo ser impugnado, quer na via administrativa, quer na via judicial. Faz coisa julgada material, pois não pode mais ser discutido nem na esfera Administrativa nem na Judicial. Exceção: só se discute coisa julgada material com ação rescisória nas hipóteses do 485 CPC.

- “Coisa julgada” administrativa: decisão que acontece na ultima esfera da Administração e é favorável ao administrado (por ser favorável ao administrado ele não tem nenhum interesse em recorrer).

Coisa julgada propriamente dita é a questão em que não cabe mais nenhum recurso na esfera judicial. A coisa julgada propriamente dita não existe na esfera administrativa, pois nenhuma decisão fora do Judiciário faz coisa julgada (toda decisão na esfera administrativa por ir para a via judicial) – princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Mesmo que a decisão seja favorável ao administrado, ele pode recorrer ao Judiciário para questionar algo.

7.6 - Quanto aos efeitos, os atos podem ser: última classificação:

7.6.1 - Constitutivo: É aquele pelo qual a Administração cria, modifica ou extingue um direito ou uma situação do administrado. É o caso da permissão, autorização, dispensa, aplicação de penalidade, revogação, anulação, etc. Qualquer alteração no “status quo” do administrado. Exemplos: ato de nomear servidor para um cargo ou exonerá-lo.

²⁷ Ex: licitação.

7.6.2 - Declaratório: Aquele que a Administração apenas reconhece um direito que já existia antes do ato. Exemplos: licença²⁸, isenção, etc. O indivíduo já tinha o direito mas para utilizá-lo precisou preencher os requisitos.

7.6.3 - Enunciativos: Aquele que a Administração apenas reconhece determinadas situações de fato e de direito. Ex: certidões, atestados, pareceres, vistos. Exemplo: ANVISA vistoria um navio antes de ele sair. Este ato é um ato que enuncia algo da realidade.

..... **15.06.2010**

8. EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A extinção é uma forma de deixar o ato fora do mundo jurídico, não produzindo mais efeitos.

A professora Priscilia recomenda a classificação do Celso Antonio Bandeira de Mello. Di Pietro também usa essa.

I – A primeira forma de o ato se extinguir é produzindo seus efeitos.

II – Desaparecimento do sujeito ou do objeto.

Exemplo 1: (“caiu na prova ano passado”) “X” (superior) concede férias para “Y” (subordinado). Quem é o sujeito do ato? Resposta: O “X” é o sujeito do ato, pois é sempre o sujeito do ato o seu agente.

Exemplo 2: Decreto de expropriação (ainda não aconteceu a desapropriação). Acontece um tsunami! O objeto some. A desapropriação não faz mais sentido.

III – Retirada, que abrange:

- **Revogação:** (“sempre cai em concursos e na OAB”)

Revogação é a retirada do ato válido, por razões de oportunidade e conveniência²⁹.

A revogação é discricionária (é exercício de competência discricionária).

A Administração só revoga (retira do mundo jurídico) ato válido.

- Só a Administração pode revogar.

- Só se revoga ato válido (ato nulo não pode ser revogado porque nunca produziu efeitos).

- **Invalidação:**

Invalidação é a retirada do ato por razões de legalidade. A Administração invalida atos ilegais.

Lucia Valle Figueiredo diferencia anulação de invalidação. Para ela, anulação é feita pelo Judiciário, enquanto a invalidação é feita pela Administração. Além disso, a invalidação é um conceito mais amplo, por englobar nulidade e anulabilidade.

Anulação ↓	Invalidação ↓
Feita pelo Judiciário	Feita pela Administração
	Mais amplo (engloba nulidade e anulabilidade)

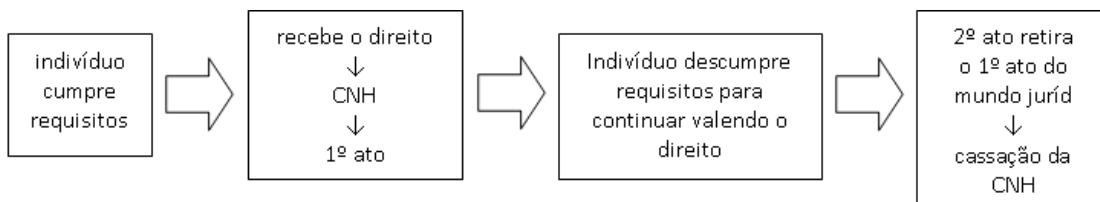
Assim como a cassação, a invalidação é um 2º ato que extingue o 1º.

- **Cassação:**

A retirada se dá porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica. Ex: cassação de licença para funcionamento de hotel por ter se convertido em “casa de tolerância”.

²⁸ Por exemplo: CNH

²⁹ Binômio oportunidade e conveniência: mérito do ato.



Para funcionar como hotel, o estabelecimento precisa cumprir determinados requisitos. Cumprindo tais requisitos é expedida uma licença (na forma do alvará³⁰) para que o hotel entre em funcionamento. Para continuar funcionando como hotel, o estabelecimento não pode parar de cumprir tais requisitos.

- Caducidade:**

A retirada se dá porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo Direito e outorgada pelo ato precedente. Ex: caducidade de permissão para explorar parque de diversões em local em que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso.

- Precariedade significa que a Administração pode tirar aquele ato do mundo jurídico.

- Permissão de transporte: ato unilateral da Adm; não é concessão (contrato).

- Se é mto precário (não quer mto investimento) → autorização (+ precário de todos);
- Se requer mais investimento → permissão;
- Se requer muito investimento → concessão (contrato).

<u>Caducidade</u>	<u>Cassação</u>
Caduca o direito do administrado quando a lei muda (e o administrado deixa de cumprir os requisitos em função disso).	O administrado deixa de cumprir por ação dele mesmo.

- Contraposição:**

Ocorre quando a retirada se dá porque foi emitido o ato com fundamento e competência diversa daquela que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daqueles. Ex: exoneração de funcionário tem efeitos contrapostos ao da nomeação.



IV – Renúncia, em que o próprio beneficiário abre mão de uma vantagem de que desfrutava.

8.1 - ANULAÇÃO OU INVALIDAÇÃO:

Conceito: Desfazimento do ato administrativo por razão de ilegalidade.

Efeitos: “Ex tunc” (retroagir) – O 1º ato é viciado ou ilegal, por isso será anulado por 2º ato. Este 2º ato retroagirá à data do 1º ato retirando-o do mundo jurídico como se ele nunca tivesse existido.

Natureza jurídica: Discute-se se a invalidação é discrecionária (faculdade³¹) ou vinculada (obrigação³²).

A vinculação pauta-se na legalidade.

A discrecionariedade pauta-se no conflito de princípios do caso concreto.

³⁰ Alvará: forma que veicula o conteúdo de uma licença ou de uma autorização.

³¹ A Adm pode ou não anular.

³² A Adm tem o dever de anular.

Exemplo:

Determinada área não pode ser loteada. Porém, é expedido alvará por propina (ilegal). Passam-se 4 anos e são construídas muitas casas, esgoto, iluminação, etc.

O que deve fazer a Adm?

I) Devido à ilegalidade (violação do princípio da legalidade), a Adm deve invalidar o alvará, derrubar tudo e deixar todos sem moradia?

II) A Adm não deve invalidar, priorizando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e a segurança jurídica?

Caso a Adm escolha o princípio da legalidade (que, de acordo com Di Pietro, é o principal princípio, ao lado do princípio da supremacia do interesse público), ela derrubará as casas, no entanto, violará o princípio da segurança jurídica e da supremacia do interesse público.

Caso a Adm escolha a segurança jurídica, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, este é o princípio que decorre do próprio Estado Democrático de Direito, sendo a legalidade secundária, visto que há como existir legalidade com ou sem Democracia.

A professora Priscilia considera a natureza jurídica discricionária (facultativo).

8.2 - VÍCIOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:**Diferenças entre os vícios dos atos privados e dos vícios dos atos administrativos:**

Atos do direito comum (civil, privado) diferem dos atos do direito Adm.

- Quando os atos do direito privado tem vício, este vício atinge somente as partes ligadas por este ato.
- O vício dos atos adm podem afetar interesses de terceiros e até mesmo o interesse público; o que é mto mais grave. Ex: Numa licitação, se a Adm não escolher a melhor proposta, ofende o interesse dos demais licitantes (partes), e da coletividade (interesse público, de terceiros, ultrapassando o âmbito das partes).

Os atos do Direito privado tem 3 elementos: Sujeito, objeto e forma. Já os atos do Direito Adm tem 5 elementos: Sujeito, objeto, forma, motivo, finalidade. Assim, é mais fácil um ato do Direito Adm ter.

8.2.1 - VÍCIOS RELATIVOS AO SUJEITO:**8.2.1.1 - Incompetência:**

O primeiro vício relativo ao sujeito é a incompetência.

Se dá quando quem pratica o ato não detém competência legal para praticá-lo; o sujeito pratica o ato exorbitando de suas atribuições.

8.2.1.1.1 - Usurpação de função:

Primeira espécie de incompetência.

Crime definido no art. 328, CP. Ocorre quando a pessoa que pratica o ato não foi por qualquer modo investida no cargo, emprego ou função; ela se apossa por conta própria, do exercício de atribuições próprias de agente público sem ter essa qualidade.

Usurpar função é um vício muito grave. Ex1: Pessoa comum acorda com vontade de multar pessoas, então ela veste um uniforme de agente de trânsito (se apossa de uma função pública, no caso, da CET). Ex2: Engenheiro da Adm (prestou concurso para um órgão técnico da Adm que é responsável por avaliar as condições das obras, dos imóveis) fica cansado de ser engenheiro, então resolve fiscalizar o trânsito (o que não é sua atribuição), trocando de função com um fiscal de trânsito.

8.2.1.1.2 - Excesso de poder:

Ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência. Ex: Quando a autoridade competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência.

O agente público tem a prerrogativa, a competência, porém, além de exercer aquela competência que lhe foi dada, ele ultrapassa suas atribuições.

Ex1: Superior hierárquico decide multar um subordinado por uma determinada infração que cometeu. No entanto, este superior, além de multar, também suspende o subordinado. Porém, esta suspensão não lhe foi dada pela lei. O superior está agindo com excesso, extrapolando suas competências dadas pela lei.

Ex 2: Também ocorre excesso de poder no caso de a polícia judiciária, ao deter um assaltante, que se rende, começa a usar violência/força. Não precisaria usar a força se o assaltante já estava rendido (de braços para cima, desarmado). Essa situação foge a proporcionalidade para um fim almejado, não há emprego de meio adequado para o alcance da finalidade.

O excesso difere do desvio de poder (ou desvio de finalidade):

A terminologia abuso de poder é gênero que tem duas espécies:

- excesso de poder – vicia o sujeito
- desvio de poder (desvio de finalidade) – vicia a finalidade

Abuso de poder		
	Excesso de poder	Desvio de poder
Diferença	O agente público exorbita de suas atribuições	O agente pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (vicia a finalidade em sentido estrito, aquela que decorre especificamente da lei)
Semelhança	Pode configurar crime de abuso de autoridade (L. 4.898/65) Tanto o excesso de poder quanto o desvio de poder podem configurar o crime de abuso de poder.	

8.2.1.1.3 - Função de fato:

Ocorre quando a pessoa que pratica o ato está irregularmente investida no cargo, emprego ou função, mas a sua situação tem toda a aparência de legalidade. Ex: agente continua praticando suas funções mesmo após a idade limite para a aposentadoria compulsória.

Para que o ato seja válido deve-se verificar se o agente e o beneficiário do ato estavam de boa-fé.

Se a incompetência for manifesta e evidente os atos são nulos.

Se não houver boa-fé caracteriza usurpação de função, que é mais grave.

Ex: Funcionário não sabe que existe aposentadoria compulsória, faz 70 anos e continua trabalhando. Adm não sabe quando ele faz aniversário. Ele continua trabalhando.

8.2.1.2 – Incapacidade:

Para ser competente o sujeito, além de ter a atribuição, ele precisa ser capaz.

8.2.1.2.1 - Impedimento: L. 9784/99, art. 18

8.2.1.2.2 – Suspeição: L. 9784/99, art. 20

8.2.1.2.3 – Diferenças entre o víncio de impedimento e a suspeição:

Impedimento	Suspeição
Gera uma presunção <u>absoluta</u> de incapacidade. Ex: Servidor público está julgando processo em que a parte é seu sobrinho.	Gera uma presunção <u>relativa</u> de incapacidade. Ex: Servidor público está julgando processo em que a parte é seu conhecido.
A autoridade fica impedida de atuar no processo devendo obrigatoriamente comunicar o fato à autoridade competente, sob pena de incidir em <u>falta grave</u> . Se a autoridade não comunicar o fato à autoridade competente e atuar no processo	Se o víncio não for arguido pelo interessado no momento oportuno ele fica sanado. Há preclusão, o ato será válido.

(o que era proibido), o ato será inválido.

8.2.1.2.4 – Impedimento e suspeição no Direito processual comum e no Direito Adm:

No Direito processual	No Direito Administrativo
- O impedimento do juiz gera nulidade absoluta	A suspeição e o impedimento são passíveis de <u>convalidação</u> por autoridade que não esteja na mesma situação de impedimento ou suspeição.
- A suspeição do juiz gera nulidade relativa	

Convalidar:

- 1º ato emanado pela Adm (viciado no agente, em sua capacidade): Agente incapaz expede ato inválido (viciado por suspeição ou impedimento).
- A Adm pode retirar o vício deste 1º ato viciado emanando um 2º ato, que retirará o defeito do 1º ato. Quando o 2º ato retira o defeito do 1º, ocorre a convalidação.
- Não são todos os elementos do ato que admitem convalidação, que admitem que o vício seja sanado, retirado.
- Convalidação significa saneamento do vício do ato adm. Para isso a Adm precisa editar um 2º ato, que substitui o 1º, considerando-o válido.
- Convalidação difere de Anulação: A Anulação tem efeito *ex tunc*, retirando do mundo jurídico o ato viciado como se ele nunca tivesse existido. A convalidação substitui o 1º ato, mas não o retira do mundo jurídico, retifica e ratifica-o. Os efeitos do 1º ato continuam existindo, agora com validade dada pelo 2º ato.

8.2.2 - VÍCIOS RELATIVOS AO OBJETO:

A ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo. O objeto do ato deixará de ser válido se ele não for lícito, possível, determinado e moral.

Em outras palavras, há vínculo do objeto do ato adm se o ato for ilícito, ou impossível, ou indeterminado ou imoral.

Haverá vínculo em relação ao objeto quando for:

I – Proibido pela lei: Exemplo: Município que desapropria bem imóvel da União. União pode desapropriar bem dos estados ou municípios. Estados podem desapropriar bem dos municípios. Determinado município só pode desapropriar bem de si mesmo.

II – Diverso do previsto na lei para o caso sobre o qual incide. Ex: autoridade aplica pena de suspensão, quando cabível apenas a advertência. O objeto é diverso do previsto na lei. Diverge do excesso de poder, em que o funcionário excede suas atribuições, p.e., era para aplicar multa, e ele aplica multa + suspensão; no caso descrito nesta hipótese II, o funcionário não teria aplicado pena de multa (prevista na lei), mas sim a suspensão.

III – Quando o objeto for impossível. Vínculo da impossibilidade. Por que os efeitos pretendidos são irrealizáveis de fato e/ou de direito. Ex: Nomeação para cargo inexistente.

IV – Imoral. Ex: Parecer emitido sob encomenda, apesar de contraditório ao entendimento de quem o profere. Ex: Doutrinador famoso escreve sobre determinada situação em seus livros. A Adm pede parecer sobre esta situação para o doutrinador. O que o doutrinador escreve em seus livros não é favorável à Adm, então a Adm paga para ele “mudar de opinião”. Ele escreve outros livros!

V - Incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo e ao lugar. Ex: Desapropriação de bem não definido com precisão. Como desapropria-se um bem que não se sabe exatamente qual é? Isto ocorre, p.e., quando na descrição do imóvel, no decreto, a descrição está errada.

16.06.2010

40

8.2.3 - VÍCIOS RELATIVOS À FORMA:

O ato é ilegal quando: A lei expressamente exige determinada forma, ou quando determinada finalidade só pode ser alcançada por determinada forma. Ex: O decreto é a forma de desapropriação que deve revestir o ato do chefe do Poder Executivo; o edital é a única forma possível para convocar os interessados em participar de concorrência.

A forma, em regra, é vinculada, pois a lei exige formas específicas para a edição do ato. Esta regra pode ter exceções, pode ser que a lei não exija determinada forma para determinados atos. Ex: a maioria dos atos devem ser apresentados na forma escrita, pode ser que algum ato possa ser oral.

Caso a lei exija forma específica, e essa forma não for observada, haverá vício relativo à forma. Ex1: decreto é a forma, a desapropriação é o conteúdo. Ex2: Toda licitação (exceto convite) começa com a publicação do edital. Caso não haja essa publicação, a licitação é nula.

8.2.4 - VÍCIOS RELATIVOS AO MOTIVO:

Este vício ocorre diante da inexistência dos pressupostos de fato e de direito em que se basearam o ato, não tendo sido exteriorizados por meio da motivação.

Ou quando o motivo for falso.

Ex: Se a Adm pune um funcionário, mas este não praticou qualquer infração; o motivo, portanto, é inexistente. Se ele praticou infração diversa, o motivo é falso.

Motivo: razões de fato e de direito que levam à prática do ato. A motivação é a exteriorização do motivo. Ex1: Superior tem desentendimento com determinado subordinado, então ele inventa um motivo (desídia) e demite o servidor. Este motivo é falso, pois o superior disse algo que não era verdadeiro. Ex2: Servidor que ocupa cargo em comissão. Prefeito irá exonerar secretário de saúde motivando com a extinção do cargo pois é um cargo desnecessário (sendo que nem precisava motivar neste caso). Neste caso o motivo também é falso.

A professora Priscilia discorda da professora Di Pietro quanto à existência de motivo inexistente. Para nossa professora Priscilia, todos os vícios quanto aos motivos são devido a motivos falsos, pois de qualquer forma, as motivações não corresponderão à verdade.

Exemplo de motivo falso para a professora Di Pietro: A Adm pune um funcionário por ser desidioso, mas na verdade ele era ímparo.

Se cair isso na prova, colocar o entendimento da Di Pietro.

8.2.5 - VÍCIOS RELATIVOS À FINALIDADE:

Este vício é conhecido como desvio de poder, ou desvio de finalidade. Ocorre quando: O agente pratica o ato com inobservância do interesse público, ou pratica o ato com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. Ex: Desapropriação feita com o fim de prejudicar alguém e não para atender o interesse público.

Finalidade em sentido amplo (realização do interesse público) e estrito (finalidade daquela lei específica). Se houver desvio de qualquer das duas finalidades, acarreta o vício ‘desvio de finalidade’, também chamado ‘desvio de poder’. Ex: Prefeito que desapropria imóvel para prejudicar inimigo político. Acarreta desvio de finalidade em sentido amplo (pois a coletividade não tem interesse neste ato) e em sentido estrito (porque a lei da desapropriação não tem o objetivo de prejudicar pessoas, e sim o contrário).

8.2.6 - ATOS NULOS, ANULÁVEIS E INEXISTENTES:

A profª Lucia Valle Figueiredo não vê diferenças entre os 3 tipos: para ela, ou convalida, ou não convalida e o ato é anulado (para ela todos os atos são anuláveis).

Já o prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, no entanto, tem o entendimento em 3 graus: nulabilidade, anulabilidade e inexistência dos atos. Di Pietro concorda com ele.

8.2.6.1 – Inexistentes: Consistem em comportamentos que correspondem à condutas criminosas, portanto, fora do possível jurídico e vedadas pelo Direito. Quando o agente público praticar um crime, p.e., usurpação de função (art. 328, CP). Se é crime, aquelas multas editadas pelo usurpador, naquela situação, são inexistentes. Os atos editados pelo agente em crime são inexistentes, não valem para o mundo do Direito, nem entram no mundo jurídico. Atos inexistentes são os mais graves vícios, considera-se como se o ato nunca tivesse entrado no mundo jurídico.

- Os atos inexistentes não podem ser convalidados, pois nunca existiram!

8.2.6.2 – Nulos: São os que não podem ser convalidados. Assim, como os atos inexistentes, os atos nulos não podem ser convalidados. A diferença é que eles existem!

Entram nesta categoria:

a) Atos que a lei assim os declare

b) Os atos em que é materialmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior; é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo. Celso Antonio Bandeira de Mello também fala em causa, a professora Priscilia falou que ele segue outra classificação, que não foi explicada, então ignoraremos este elemento.

Elementos que não podem ser convalidados por serem nulos: motivo, finalidade e objeto.

Ex: Servidor que tinha sido demitido por desídia, mas ele era improbo. Demissão viciada qto ao motivo. Se a Adm tentar emitir outro ato, ainda assim, este ato continuará sendo viciado na motivação. O conteúdo do 2º ato é igual ao do 1º, impossibilitando este 2º ato de convalidar o 1º.

8.2.6.3 – Anuláveis: Ocorre quando:

a) Quando a própria lei disser que o ato é anulável

b) Os que podem ser praticados sem vínculo; é o caso dos atos praticados por sujeito incompetente, com víncio de vontade³³, com defeito de formalidade (forma). Para Celso Antônio o víncio de vontade pode ser convalidado.³⁴ Dois elementos que admitem convalidação: sujeito e forma. Só os atos anuláveis admitem convalidação.

8.2.7 – CONVALIDAÇÃO:

Convalidação ou saneamento é o ato adm pelo qual é suprido o víncio existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data do 1º ato.

A convalidação é feita, em regra, pela Adm, mas eventualmente poderá ser feita pelo administrado, quando a edição do ato dependa da manifestação de sua vontade e a exigência não foi observada. Este pode emitir posteriormente convalidando o ato.

Há divergência doutrinária em que se discute se a convalidação é dever ou faculdade da Adm.

Nem sempre o ato pode ser convalidado. Depende do tipo de víncio que atinge o ato. Se o víncio for relativo à forma é possível a convalidação (desde que a forma não seja essencial à validade do ato); se o víncio for relativo ao sujeito, admite-se a convalidação, desde que não se trate de competência exclusiva.

- Podem ser convalidados os elementos sujeito e forma. No entanto, Di Pietro defende que se a forma for essencial à validade do ato, não pode haver convalidação. A profa Priscilia discorda dela neste ponto.

- Em relação ao sujeito, quando for exclusiva a competência daquele sujeito, também é um caso em que o elemento sujeito não pode ser convalidado (exceção à regra convalidação de atos praticados com víncio referente ao elemento sujeito).

- Víncio do elemento forma e convalidação tardia: Exemplo: Supermercado está vendendo produtos sem nota fiscal. Caso de expedição de multa. Para a multa ser expedida o gerente precisa tomar ciência da infração. A multa chega para o dono do supermercado sem a ciência do gerente. O dono diz que a multa está viciada porque falta a ciência do ato. Neste mesmo momento o gerente diz: “não seja por isso! Estou tomando ciência agora!”. Assim, o gerente toma ciência tarde, isso já convalida o ato.

³³ Vontade é o móvel do agente, a intenção do agente.

³⁴ A Di Pietro segue a classificação dela nos elementos e segue a do Celso Antônio nos víncios, sem explicar a classificação dele. Essa parte do livro é bem confusa.

- Convalidação ser dever ou faculdade é uma discussão doutrinária muito grande. A profª Priscilia entende que é faculdade, que deve observar se vai prejudicar mais ou menos o administrado (deve-se priorizar o que menos prejudicará).
- Caso o ato não admita convalidação, o ato se mantém viciado. Utiliza-se, então, a ponderação de princípios: princípio da segurança jurídica.

Vício quanto	Possibilidade de convalidação	Observação
Ao sujeito	Admite-se a convalidação (ratificação)	Desde que não se trate de competência exclusiva
À forma	É possível a convalidação	Se a forma não for essencial à validade do ato
Ao motivo	Nunca é possível a convalidação	O motivo corresponde a uma situação de fato; ou ocorreu ou não ocorreu
À finalidade	Não é possível a sua convalidação	Não se pode corrigir um resultado que estava na intenção do agente
Ao objeto	Não pode ser objeto de convalidação	Mas pode haver a <u>conversão</u> (substituição de um ato por outro)

8.2.8 – CONVERSÃO:

Conversão é o ato adm pelo qual a Administração converte um ato inválido em ato de outra categoria, com efeitos retroativos à data do original. O objetivo é aproveitar os efeitos já produzidos. Exemplo: conversão de concessão para permissão precária de uso de bem público.

O objeto não admite convalidação, ele admite conversão.

Conversão é a substituição de um ato por outro. Na convalidação há a edição de um mesmo ato, anterior ao primeiro. Na conversão não há repetição do primeiro ato, há substituição de um ato por outro, por isso o 2º ato não será igual ao 1º em relação ao objeto.

Só existe conversão em relação ao objeto.

Exemplo: O particular quer colocar um parque permanente (e não itinerante) numa praça abandonada. Para ser um parque de diversões permanente num espaço público precisa de licitação. Deve a Adm fazer uma licitação e depois a concessão de bem público (contrato). Se a Adm não fez a licitação, ela não pode convalidar o ato, mas pode converter em outro. A lei, no entanto, permite a autorização para funcionamento de parque na praça pública. Há então um suprimento: em vez de ter concessão, a Adm edita um ato (autorização para uso de bem público). Permissão legal da substituição de um ato por outro (a concessão era um contrato, a autorização um ato).

Conversão	Reforma
Atinge o ato ilegal.	Afeta o ato válido e se faz por razões de oportunidade e conveniência.
Retroage (<i>ex tunc</i>).	Produz efeitos para o futuro (<i>ex nunc</i>).
	Ex: um decreto que expropria parte de um imóvel é reformado para abranger o imóvel inteiro.

Cai até aqui na prova. Faltou dar estes dois últimos institutos: confirmação e revogação. A profª vai dar isso próximo semestre.

8.2.9 – CONFIRMAÇÃO:

Confirmação	Convalidação
A Administração não corrige o vício do ato;	A Administração corrige o vício do ato.

mantém o ato tal como foi praticado.	
Somente é possível quando não causar prejuízo a terceiros.	Possível quando não causar prejuízo a terceiros ou lesão ao interesse público (art. 55 da Lei 9784/99).
Ocorre também em decorrência da prescrição do direito de anular.	

8.2.10 – REVOGAÇÃO: