

**Turma e Ano:** Turma Regular – Master A

**Matéria / Aula:** Direito Administrativo – Aula 06

**Professor:** Luiz Oliveira Castro Jungstedt

**Monitora:** Beatriz Moreira Souza

## 1. Continuação: agências reguladoras

### 1.1. Possibilidade de recurso administrativo/ hierárquico impróprio – Possibilidade

No contexto doutrinário, a regra geral preza pela impossibilidade, haja vista a ausência de subordinação hierárquica referente às agências reguladoras. Vide art. 8, § da Lei 9472/97.

### 1.2. Considerações sobre o parecer AC51/2006 da AGU

O parecer não menciona o nome expressamente: recurso hierárquico impróprio. A AGU usa o seguinte termo: *revisibilidade administrativa*. Conforme AGU é possível a existência de recurso hierárquico impróprio ou, em seus termos, revisibilidade administrativa.

A conclusão da AGU, conforme o professor, é correta, pois em momento nenhum a AGU permite que a administração direta reveja atos técnicos (atos normativos) da agência reguladora, somente os atos de gestão são passíveis de revisão. A atuação independente e a liberdade de agir foram feridas.

Conclui-se que em regra não é possível o recurso hierárquico impróprio com relação aos atos técnicos das agências reguladoras, contudo, conforme o entendimento da AGU, os atos de gestão são passíveis de revibilidade administrativa<sup>1</sup> por não colidirem com os aspectos de independência e liberdade de agir técnica das agências.

## 2. Empresas estatais: Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista (art. 5, II e II do DL200/67 c/c art. 77, §2 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro )

**Obs.:** Todo o estudo referente às empresas estatais também se adequam para as empresas subsidiárias, caso ao contrário, elas estarão revestidas de irregularidade.

### 2.1. Empresa Pública e Sociedades de Economia Mista

2.1.1. Personalidade jurídica: Pessoa jurídica de direito privada. São entidades paraestatais, pois se encontram ao lado do Estado.

2.1.2. Regime do pessoal: Vide art. 173, §1, II da CF ( Regime Trabalhista). Destaca-se a obrigatoriedade de concurso público.<sup>2</sup>

**2.1.3. Finalidade: Inicialmente foram criadas para realizar atividade econômica, porém com o passar do tempo, mesmo sem autorização legal começaram também a exercer serviços públicos (vide art. 175 da CF)<sup>3</sup>.**

<sup>1</sup> A revisibilidade administrativa é de caráter interno.

<sup>2</sup> Demissão de celetista concursado: Deve ser motivada (teoria dos motivos determinantes), devido à impessoalidade (materializada por meio dos concursos públicos). Caso a demissão pudesse ser livre, como acontece na iniciativa privada, o requisito da impessoalidade seria prejudicado. Além disso, poderiam ocorrer demissões arbitrárias e de caráter político. Destaca-se que o STF já analisou este tema em um caso concreto referente à ECT, confirmando a necessidade de motivação na demissão de celetistas, porém a decisão refere-se somente para o universo da ECT (*decisão inter partes*).

<sup>3</sup> Destaca-se que o art. 175 da CF encontra-se no título referente à ordem econômica.

2.1.3.1. Diferenças entre estatais que prestam serviço público e que realizavam atividade econômica.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de **atividade econômica** pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que **explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

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

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

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

A doutrina majoritária entende que o art. 173 da CF, somente, se aplica às estatais que realizam atividade econômica, não se dedicando as estatais que prestam serviços públicos.

*Entendimento minoritário de Eros Grau: Serviço público é espécie do gênero atividade econômica.*

Diferenças pontuais

- Responsabilidade civil:

Vide art. 37§6 da CF.

Art. 37 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Está na teoria objetiva apenas a estatal prestadora de serviço público, portanto a estatal que realiza atividade econômica não está inserida no art. art. 37§6 da CF.

Constitucionalmente falando estatal prestando atividade econômica é teoria subjetiva.

Obs.: Dano ambiental ( ver lei 6938/81 – art. 14 § 1 ) – responsabilidade objetiva de qualquer poluidor. Teoria fruto da legislação infraconstitucional.

- Responsabilidade subsidiária dos ente criadores da estatal – possibilidade

Caso uma estatal seja responsabilizada por um dano, entretanto, não possui recursos para pagar o débito, caberia responsabilidade subsidiária do ente criador?

Não é um tema fácil defender a tese de responsabilidade subsidiária do ente criador da estatal. É necessário, para entender esse tema, estudar o revogado art. 242 da lei 10.333/1981.

#### Art. 242 da Lei de S.A e sua revogação

Tal artigo indicava que não havia falência em face da empresa estatal, que havia penhora e afirmava que os controladores respondiam solidariamente, ou seja, o próprio artigo respondia essa pergunta (havia responsabilidade subsidiária).

Deve-se dar prioridade ao autor Diógenes Gasparini e Celso Antônio Bandeira de Mello, pois ele foi o único que logo após 1988 afirmou que o referido artigo não foi recepcionado pela constituição de 1988. Ele defendeu que o estado somente será responsabilizado subsidiariamente com relação às atividades típicas de estado realizado por uma estatal.

Com a constituição de 1988 o exercício de atividade econômica é uma função típica de estado ? Não, portanto com base nessas informações, conclui-se que o ente criador somente é responsável subsidiariamente no que concerne as estatais que prestam serviços públicos, pois está caracterizada a função típica de estado.

Obs.: Di Pietro e Carvalhinho defendem a reponsabilidade subsidiária para qualquer estatal. Não fazem distinção supramencionada. Afirmando que o Estado criou a estatal, nomeiam seus dirigentes, portanto, possuem responsabilidade subsidiária.

- Falência

Até 2001, o artigo 242 da Lei de S.A não permitia a falência de sociedades de economia mista e empresas públicas<sup>4</sup>.

De 2001 a 2005, houve um embate doutrinário. Sustentou-se que as EP e SEM que realizassem atividade econômica poderiam falir. Porém, com a nova lei de falências<sup>5</sup> (art. 11. houve proteção das estatais. Hoje o entendimento é que nenhuma estatal pode falir.

<sup>4</sup> Destaca-se que a lei de S/A somente mencionava a estatal sociedade de economia mista, porém o art. 242 também era estendido às empresas públicas, pois a empresa pública possui a totalidade de capital do Estado, portanto as regras referentes à SEM (que possui somente metade do capital) se aplicariam também às EP. Celso Antônio não entendia dessa forma, pois literalmente a lei de S.A, literalmente, valia somente para a sociedade de economia mista.

<sup>5</sup> Ver art. 2 da Lei 11.101/2005.

Celso Antônio sustenta que a estatal prestadora de atividade econômica pode falir, porém a lei 11.101/2005 é inconstitucional no ponto que não observa o art. 173 da CF.

Obs.: O BNDS não está sujeito à liquidação extrajudicial e nem intervenção do Banco Central, haja vista o disposto no art. 1 da lei 6024/74.

Art. 1º As instituições financeiras privadas e as públicas não **federais**, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos artigos 137 e 138 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou à falência,, nos termos da legislação vigente.

- Penhora dos bens das empresas estatais

O revogado art. 242 da Lei S.A expressava claramente a possibilidade. Logo, devemos estudar o assunto com cautela. Primeiramente, deve-se especificar a natureza jurídica dos bens das empresas estatais, <sup>6</sup> conforme o art. 98 do CC eles são bens privados.

**Dica:** Se na prova você não lembrar as características da estatal que presta serviços públicos, tente relembrar das características referentes à União, estado e município. Lembre-se da ECT: possui precatório, imunidade tributária, etc.

Caso o esquecimento seja com relação às estatais que realizam atividade econômica, tente recordar das empresas privadas.

### Questões <sup>7</sup>

Prova: [TRF - 3ª REGIÃO - 2013 - TRF - 3ª REGIÃO - Juiz Federal](#)

1. Assinale a alternativa correta
  - a) As entidades da administração indireta submetidas a regime de direito privado e exploradoras de atividade econômica devem sujeitar-se ao mesmo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado.
  - b) O Estado não responde pelo comportamento de seus agentes quando estes, embora no exercício de função administrativa, causarem danos a terceiros em decorrência de móvel pessoal.
  - c) O Estado deve necessariamente responder pelos danos causados por fatos da natureza quando, devendo obstá-lo, a sua atuação tiver sido insuficiente.
  - d) O Estado não deve reparar danos causados a terceiros quando forem decorrentes de seu comportamento lícito.
  - e) A ausência de nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano a terceiros não exclui necessariamente a responsabilidade civil do Estado.

Prova: [CESPE - 2011 - TRF - 1ª REGIÃO - Juiz](#)

2. Assinale a opção correta no que diz respeito às agências reguladoras e executivas, à concessão de serviços públicos e às PPPs.

<sup>6</sup> Hely Lopes Meireles - Natureza jurídica: Bem público de destinação especial.

<sup>7</sup> Gabarito das questões: C/E/D

- a) Na esfera federal, a qualificação de uma autarquia ou fundação como agência executiva decorre de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo.
- b) Os ex-dirigentes das agências reguladoras continuam vinculados à entidade no denominado período de quarentena, durante o qual fazem jus à remuneração compensatória equivalente ao cargo de nível imediatamente abaixo do cargo de direção que exerciam.
- c) Em se tratando de PPP na modalidade patrocinada, o parceiro público não dispõe de poderes como a encampação ou a intervenção ou o de decretar a caducidade.
- d) A PPP na modalidade administrativa não admite a atualização dos valores contratuais, circunstância que revela a ausência do denominado equilíbrio econômico-financeiro no ajuste firmado.
- e) Na hipótese de extinção do contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, o poder público pode proceder à imediata retomada da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, sem que esteja condicionado o termo final do contrato ao prévio pagamento de eventual indenização.

Prova: [IESES - 2011 - TJ-CE - Titular de Serviços de Notas e de Registros](#)

3. Assinale a alternativa correta:

a) O objeto das sociedades de economia mista pode ser, apenas e unicamente, um serviço eminentemente público, sendo constitucionalmente vedada a prática de qualquer atividade econômica empresarial por tais sociedades, sob pena de desvio de finalidade e cometimento de ato de improbidade administrativa.

b) As denominadas agências reguladoras, tais como a ANEEL Agência Nacional de Energia Elétrica e a ANATEL Agência Nacional de Telecomunicações, possuem natureza jurídica equivalente àquela emprestada às empresas públicas, diferenciando-se tão somente pelo fato de serem diretamente subordinadas aos Ministros de Estado da Infraestrutura e da Defesa.

c) Tem-se entendido, modernamente e sem dissidências, que serviço desconcentrado é todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente e, também (a contar da edição da Lei nº 11.107/2005), aos consórcios públicos.

d) A distinção entre serviço outorgado e serviço delegado é fundamental, porque aquele é transferido por lei e só por lei pode ser retirado ou modificado, e este tem apenas sua execução traspassada à terceiro, por ato administrativo (bilateral ou unilateral), pelo que pode ser revogado, modificado e anulado. Assim, delegação é menos que outorga, porque esta traz uma presunção de definitividade e aquela de transitoriedade.

