

Coleção  
**Preparando**  
*para concursos*



Questões  
*discursivas*  
comentadas

Organizadores: **Leonardo Garcia e Roberval Rocha**

# ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

3ª edição

Revista e atualizada

2023



EDITORA  
*Jus*PODIVM

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# DIREITO ADMINISTRATIVO

## 1. AGENTES PÚBLICOS

*(Cespe/Bacen/Procurador/2013)* O Bacen, no exercício de sua competência de supervisionar e fiscalizar o Sistema Financeiro Nacional, investigava a procedência de informações recebidas acerca do envio clandestino por pessoa física ao exterior de valores objeto de operações de câmbio não autorizadas ou registradas, com indícios do ilícito denominado lavagem de dinheiro. A conduta consistia na importação de veículos, que perfazia um total de US\$ 40 milhões, ao passo que, no sistema de informações do Bacen, constava apenas valor declarado de US\$ 20 milhões. Havia informações, também, de que a pessoa física investigada estaria utilizando dinheiro oriundo da atividade delituosa para pagamento de despesas pessoais incompatíveis com a renda declarada e demonstrando, ainda, outros sinais exteriores de riqueza, tais como bens móveis e imóveis suntuosos. O fato foi noticiado na imprensa e o Ministério Público federal, o Tribunal de Contas da União e uma comissão parlamentar de inquérito instaurada na Câmara dos Deputados solicitaram do Bacen o envio das informações relativas à indigitada pessoa física constantes do SISBacen. A Procuradoria-Geral do Bacen foi consultada acerca da viabilidade do atendimento da solicitação de cada órgão, em especial, por força do disposto no art. 11 da Lei Complementar n. 105/2001, a seguir transcrito: “Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.” Nessa situação hipotética, que orientação jurídica deve ser dada em resposta a cada um dos órgãos com relação à solicitação feita? Fundamente sua resposta.

### Direcionamento da resposta

O candidato deverá distinguir as três situações e afirmar que: no que se refere ao Ministério Público Federal, o repasse das informações somente poderá ser realizado com autorização judicial, à exceção da hipótese do art. 9º, da LC nº 105/2001, além disso é importante mencionar jurisprudência do STJ e do STF sobre o assunto; quanto ao Tribunal de Contas da União, uma vez que não está

incluído no rol dos que podem ordenar a quebra de sigilo bancário, também não será possível; por fim, a Comissão Parlamentar de Inquérito poderá ter acesso, desde que respeitado o disposto no art. 4º, §§ 1º e 2º, da LC nº 105/2001.

*Sugestão de resposta*

Tendo em vista a solicitação do Ministério Público Federal (MPF), do Tribunal de Contas da União (TCU) e da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), é necessário destacar que tais órgãos merecem tratamento distinto no que se refere ao acesso de informações obtidas pelo Banco Central (Bacen) no exercício da sua competência de supervisionar e fiscalizar o Sistema Financeiro Nacional.

Em relação ao MPF, em regra, vale destacar que, no uso de suas prerrogativas institucionais, não está autorizado a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos fundamentais ao sigilo de dados e à privacidade e intimidade (art. 5º, XII, da CF/88). De acordo com o STJ<sup>1</sup>, é ilegal a requisição de dados fiscais feita diretamente pelo Ministério Público (MP), sem autorização judicial. Essa decisão decorre do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), firmado no **Tema 990**, que permite que a Receita Federal encaminhe ao MP dados fiscais quando houver suspeita de crime, mas não possibilita ao órgão de acusação requisitar esses mesmos dados sem autorização judicial. Portanto, o entendimento jurisprudencial é de que é ilegal a requisição, sem autorização judicial, de dados fiscais pelo Ministério Público. Contudo, uma vez verificados indícios da ocorrência de crimes de ação penal pública, como no caso concreto, o Bacen deverá repassar tais informações ao MPF, tal qual prevê o art. 9º, da LC nº 105/2001.

O TCU, por sua vez, não tem prerrogativa de quebra de sigilo sem autorização judicial, por ausência de previsão legal. Sendo assim, por mais relevantes que sejam suas funções institucionais, não está incluído no rol dos órgãos que podem ordenar a quebra de sigilo bancário.<sup>2</sup>

Por fim, no que se refere à CPI, poderá ter acesso às informações obtidas pelo Bacen, desde que haja requerimento aprovado pela maioria absoluta da Comissão ou do Plenário da respectiva Casa, conforme disposto no art. 4º, §§ 1º e 2º, da LC nº 105/2001.

1. RHC 83.233-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 09/02/2022 (Info 724)

2. Ver, no STF, o MS 22.934.

*(Cespe/AGU/Advogado/2012) A teoria das relações contratuais de fato, desenvolvida na Alemanha, a partir dos escritos de Gunther Haupt, em 1941, e adaptada e divulgada por Karl Larenz, nos anos 50 do século XX, tem sido utilizada em situações que envolvam passagem direta do plano da existência para o plano da eficácia, a despeito de o negócio jurídico apresentar defeitos ou causas de invalidade subjetiva, objetiva ou formal. Embora arruinada em seu país de origem e desconsiderada pelos tribunais alemães, por um curioso fenômeno de recepção tardia de uma doutrina estrangeira no país, essa teoria encontra razoável aplicação no Brasil, na jurisprudência do STJ e do STF. Com base nessas informações e na jurisprudência dominante no STJ, discorra sobre aplicação da teoria das relações contratuais de fato ao caso de nomeação de servidor público admitido sem concurso público. Em sua resposta, considere, especificamente, o problema da investidura e do pagamento de subsídios.*

#### **Direcionamento da resposta**

Nesta questão, o candidato deve destacar, de maneira breve, em que consiste a “teoria/doutrina das relações contratuais de fato”, realçando que, no caso, há um ato que produz efeitos regularmente, muito embora inválido (nomeação sem concurso público), isto é, passa-se diretamente do plano da existência para o plano da eficácia. Em seguida, é interessante tratar dos denominados “agentes de fato”, gênero do qual são espécie os “agentes putativos”, para, por fim, concluir que a investidura desses agentes, apesar de ilegítima, não retira o direito à percepção da remuneração, a fim de que se evite enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública.

#### **Sugestão de resposta**

A teoria/doutrina das relações contratuais de fato, originalmente aplicada no âmbito civilista, foi desenvolvida com a finalidade de preservar os efeitos de um negócio jurídico viciado no plano da validade, mas que produz seus efeitos regularmente. Trata-se, portanto, de atribuir efeitos jurídicos a um ato existente, muito embora inválido.

No Brasil, tal teoria foi recepcionada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e aplicada especificamente à situação em que se identifica a prática de ato administrativos pelos chamados “agentes de fato”, admitidos sem prévio concurso público. Nesse sentido, o termo “agentes de fato” é considerado gênero, do qual são espécie os chamados “agentes putativos”, que “são os que desempenham uma atividade pública na presunção de que há legitimidade, embora

não tenha havido investidura dentro do procedimento legalmente exigido<sup>3</sup>. Trata-se do caso, por exemplo, do servidor público que pratica vários atos típicos da Administração, sem que tenha sido investido regularmente mediante concurso público, tal como exige o art. 37, II, da CF/88.

Nessas hipóteses, a jurisprudência do STJ (cf. REsp 915.322/MG) tem entendimento pacífico no sentido de que, muito embora a investidura na função pública seja manifestamente ilegítima (e inválida), os efeitos do ato devem ser preservados, a fim de evitar que terceiros de boa-fé sejam prejudicados.

Assim, tendo em vista existência de efetiva prestação de serviço por alguém que não deveria ter trabalhado, conforme entendimento do STF,<sup>4</sup> justifica-se o pagamento da remuneração correspondente, inclusive para evitar que ocorra enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública.<sup>5</sup>

*(Cespe/AGU/Advogado/2012) O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão pretende lançar edital de concurso público, com prazo de validade de um ano, para o provimento de cem cargos vagos de especialista em políticas públicas e gestão governamental. Pretende, ainda, o referido órgão que o concurso público seja realizado em três fases: prova objetiva, prova discursiva e exame psicotécnico. Para tanto, a ministra de Estado decidiu consultar previamente a Consultoria Jurídica, acerca da realização do concurso público. Considerando a situação hipotética apresentada, responda, de forma justificada, com fundamento na Constituição Federal de 1988 (CF) e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) às indagações seguintes. (i) É possível o estabelecimento da fase do exame psicotécnico no edital do referido concurso? (ii) O referido órgão público tem a obrigação de nomear, no prazo de validade do concurso público, todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital?*

#### **Direcionamento da resposta**

Essa questão exige do candidato um bom domínio do texto constitucional e da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

3. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 587-588.

4. Informativo 756 do STF.

5. No mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 588.

Para introdução da resposta é fundamental fazer um apanhado geral do que é o concurso público, a sua base constitucional, demonstrando conhecimento da situação excepcional quando o mesmo não é exigido. Friso, é fundamental expor ao examinador os artigos da legislação (não copiá-los, mas citá-los).

Para responder a primeira pergunta é importante que o candidato demonstre conhecimento sobre a divergência que paira sobre o exame psicotécnico e a posição atual da jurisprudência sobre o caso, demonstrando conhecer os requisitos impostos pelos tribunais (citando a Súmula 686 do STF) e pelo Decreto nº 9.739/2019.

Para a segunda resposta também é importante que o candidato demonstre conhecer a jurisprudência dos dois tribunais superiores, demonstrando que ambos têm hoje posição convergente no sentido da existência de direito subjetiva à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso.

### *Sugestão de resposta*

A Constituição Federal traz no artigo 37, II, a consagração do princípio do concurso público, informando que a investidura em cargos ou empregos públicos dependerá de prévia aprovação em concurso de provas ou provas e títulos, de acordo com a complexidade do cargo ou do emprego, havendo ressalva para as nomeações para cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e livre exoneração. Ou seja, a exigência de concurso público se aplica para a nomeação de cargos ou empregos públicos de provimento efetivo, não abrangendo os cargos onde o entendimento subjetivo e discricionário do administrador define quem irá preenchê-los (cargos em comissão).

Como dito acima, da leitura do dispositivo constitucional mencionado (artigo 37, II) é importante frisar que é exigência normativa que o concurso público seja de provas e títulos ou apenas provas. Com isso se nota que não é possível se falar em contratações para cargos ou empregos públicos com base exclusivamente na análise de títulos ou do currículo do candidato.

O exame psicotécnico e a sua admissibilidade nos concursos públicos é um tema que gera acentuada polêmica na doutrina administrativista nacional e também na jurisprudência. Hoje a posição que predomina, tanto na doutrina como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup> é que é possível que o exame psicotécnico seja exigido como fase no concurso público desde que estejam presentes os seguintes pressupostos: i) previsão legal para exigir este

6. AgInt no AREsp 1992770 / MG, Informativo 535 do STJ, RMS 29087/MS e REsp 469959/RS.

exame, não sendo suficiente apenas a exigência no edital; ii) que o exame não seja realizado segundo critérios subjetivos do avaliador, que resultem em discriminação dos candidatos (cientificidade do exame); iii) que seja passível de recurso pelo candidato.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não discrepa desta posição, entendendo que é possível o estabelecimento de exame psicotécnico para concurso público, desde que preencham os requisitos acima arrolados (RE 473719 AgR/DF), cabendo destacar a Súmula 686 da jurisprudência dominante do STF que reforça a necessidade de lei para que os candidatos a um concurso público possam se sujeitar a exame psicotécnico.

Além disso, o Decreto 9.739, de 28 de março de 2019, aplicável à Administração Direta e às Autarquias e Fundações Públicas do Poder Executivo Federal, determina que a realização de exame psicotécnico deve constar no edital do concurso público.<sup>7</sup>

No que tange à obrigatoriedade da Administração nomear todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas, durante a duração do concurso público, o STF fixou no Tema 161 a tese de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação.

Por sua vez, o STJ, seguindo o entendimento do STF, tem o entendimento de que nos concursos nos quais não há previsão expressa do número certo de vagas (formação de cadastro de reserva), há direito subjetivo à nomeação para aquele candidato classificado na primeira colocação<sup>8</sup>.

Essa jurisprudência garante aos candidatos aprovados em concurso público, dentro do número das vagas definidas no edital do certame, o direito subjetivo de serem nomeados no prazo de validade do processo seletivo, podendo ir ao judiciário no caso de omissão administrativa na sua nomeação. Cabe ressaltar que a Administração não é obrigada a nomear imediatamente todos os candidatos, podendo efetuar esta nomeação de forma fracionada dentro do prazo do concurso, da forma que melhor atenda ao interesse público e garanta a todos os aprovados o efetivo ingresso no serviço público.

---

7. A título de complementação é relevante citar a **Súmula Administrativa AGU 35/2008**: "O exame psicotécnico a ser aplicado em concurso público deverá observar critérios objetivos, previstos no edital, e estará sujeito a recurso administrativo".

8. AgInt no RMS 64876 / SP.

Deve ser ainda frisado que a jurisprudência do STF<sup>9</sup> consignou que em casos excepcionais, causados por circunstâncias supervenientes à publicação do edital, pode ser aceito que a Administração deixe de nomear todos os aprovados dentro do número de vagas, devendo tal situação ser fundamentada de forma detalhada, expondo os excepcionais motivos da Administração para a não nomeação, estando tal situação sujeita a controle judicial.

Por fim, registre-se que o STF no julgamento do Tema 784 fixou a tese de que o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas previstas o edital surge nas seguintes hipóteses excepcionais: i) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas previstas no edital; ii) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; iii) quando surgirem novas vagas ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

Em síntese é possível que o exame psicotécnico seja previsto como fase do concurso público, desde que atendidos os requisitos acima descritos, e há a obrigação do órgão público nomear todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas, durante o prazo de duração do concurso, conforme jurisprudência do STF e do STJ, ressalvadas situações excepcionalíssima, supervenientes ao lançamento do edital e devidamente fundamentada.

## 2. ATOS ADMINISTRATIVOS

////////////////////////////////////  
*(Cespe/AGU/Advogado/2015) Antes de enviar à Casa Civil da Presidência da República a minuta de decreto que será referendado por determinado ministro de Estado, o gabinete do ministro encaminhou-a à consultoria jurídica do Ministério, para análise e manifestação. O referido decreto versa sobre a reestruturação do Ministério, contemplando a extinção de algumas de suas secretarias e de diversos cargos em comissão ocupados, bem como a especificação de percentual ínfimo de funções de confiança – destinadas às atribuições de direção e assessoramento – a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no Ministério. Na minuta da exposição de motivos ministerial, constam, entre os fundamentos para a edição do decreto, a necessidade de ajuste fiscal, dado o contexto econômico, e, como finalidade, o alcance de uma*

9. **RE 598.099**, rel. min. **Gilmar Mendes**, P, j. 10-8-2011, DJE de 189 de 3-10-2011, Tema 161.

*administração pública mais eficiente. Na qualidade de advogado da União, elabore um parecer sobre a referida minuta, devidamente fundamentado na legislação de regência e nos elementos doutrinários aplicáveis. Em seu parecer, aborde: (i) a competência das consultorias jurídicas, enquanto advocacia de Estado, no controle interno da legalidade administrativa; (ii) o decreto como regulamento administrativo e o princípio da legalidade; (iii) o regulamento administrativo como espécie de ato administrativo abstrato ou concreto; (iv) a constitucionalidade e a legalidade da minuta, considerando os elementos do ato administrativo.*

### **Direcionamento da resposta**

A presente questão exige que o candidato demonstre conhecimento sobre a estruturação da Advocacia-Geral da União, sendo capaz de tratar em sua resposta sobre a figura do decreto.

A questão pede que o candidato aborde 04 (quatro) pontos específicos. Para organizar os estudos a análise, nesta obra, será feita sobre cada um desses pontos.

(i) A competência das consultorias jurídicas no controle interno da legalidade administrativa.

Para uma resposta completa sobre este tema o candidato deve, necessariamente, situar a AGU como uma das funções essenciais à justiça, expressamente prevista na Constituição da República, no artigo 131.

Neste próprio dispositivo constitucional estão previstas as atribuições da AGU, quais sejam:

- Representar judicial e extrajudicialmente a União;
- **Prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo.**

No nível infraconstitucional a Advocacia-Geral da União é regida, essencialmente, pela Lei Complementar 73, de 1993, que prevê no seu artigo 11 o seguinte:

*“Art. 11– Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:*

*(...)*

*V – assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;”*

Desta maneira, o controle prévio da legalidade dos atos administrativos é atribuição extremamente relevante dos órgãos de consultoria jurídica, visando garantir que o gestor público (autoridades do Poder Executivo) pratique os atos administrativos de acordo com o previsto na Constituição e nas leis.

No caso em tela, é atribuição constitucional e legal da consultoria jurídica analisar a minuta do decreto, emitindo parecer jurídico sobre o decreto antes do envio da minuta do ato para a Casa Civil da Presidência da República.

(ii) O decreto como regulamento administrativo e o princípio da legalidade.

De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>10</sup> *os atos administrativos normativos contêm determinações gerais e abstratas. Tais atos não tem destinatários determinados; incidem sobre todos os fatos ou situações que se enquadrem nas hipóteses que abstratamente preveem. Os atos administrativos normativos editados pelo Chefe do Poder Executivo assumem a forma de decreto.*

A Constituição da República trata do tema no artigo 84, assim dispendo:

*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)*

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

*VI – dispor, mediante decreto, sobre:*

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

*b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;*

O decreto previsto no artigo 84, IV acima transcrito é o que a doutrina convencionou de chamar de decreto de execução ou regulamentar, definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como *ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública*<sup>11</sup>.

Por sua vez, o decreto previsto no artigo 84, VI, chamado por alguns autores como decreto autônomo, entrega ao Presidente da República a atribuição para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e dispor sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

10. Direito Administrativo Descomplicado. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 237

11. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 343 e ss.

Esta modalidade de decreto tem a natureza de ato primário, uma vez que retira o seu fundamento de validade diretamente de Constituição da República, não sendo expedidos por determinação/autorização de lei ou outro ato infraconstitucional.

É importante perceber que as matérias que a Constituição autoriza ao Chefe do Executivo dispor através deste decreto autônomo são limitadas, não havendo uma permissão ampla para que o Presidente da República exerça o seu poder regulamentar fundamentado diretamente no texto constitucional.

O princípio da legalidade está expressamente previsto no artigo 37 da Constituição Federal, sendo um dos princípios basilares da Administração Pública. A legalidade administrativa decorre diretamente da indisponibilidade do interesse público, somente podendo o administrador agir nos estritos limites que o titular do poder – o povo – define através das leis.

Em razão de a situação concreta apresentada dizer respeito à espécie de regulamento administrativo prevista no art. 84, inciso VI, da Constituição, importante verificar se a minuta de decreto submetida pelo gabinete do ministro à consultoria jurídica se apresenta em conformidade com os limites do poder regulamentar, estabelecidos na Constituição.

(iii) O regulamento administrativo como espécie de ato administrativo abstrato ou concreto.

O ato administrativo é uma espécie de ato jurídico (manifestação de vontade humana, unilateral, que tem a finalidade imediata de produzir um determinado resultado jurídico), que pode ser conceituado como a manifestação de vontade unilateral da Administração Pública, agindo nessa qualidade, ou de particulares que estejam exercendo prerrogativas públicas, que buscam a produção de efeitos jurídicos.

O regulamento é uma modalidade de ato administrativo, que na hipótese prevista no artigo 84, IV da Constituição Federal, é considerado como ato abstrato, e na hipótese do inciso VI do mesmo artigo é considerado como concreto.

No caso em tela a minuta de decreto presidencial constitui um ato administrativo concreto, visto que extingue algumas secretarias e cargos em comissão do ministério, além de especificar percentual ínfimo de funções de confiança a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no ministério, destinadas às atribuições de direção e assessoramento.

(iv) A constitucionalidade e a legalidade da minuta, considerando os elementos do ato administrativo.

Os elementos do ato administrativo são os seguintes: competência (ou sujeito), forma, objeto, motivo e finalidade

O objeto, ou conteúdo, dos atos administrativos consiste no efeito jurídico imediato que o ato produz. O objeto constante na minuta de decreto é reestruturar o ministério por meio da extinção de algumas de suas secretarias e de cargos em comissão ocupados, bem como da especificação de percentual ínfimo de funções de confiança a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no ministério, destinadas às atribuições de direção e assessoramento.

O objeto do decreto – extinguir algumas secretarias do ministério e cargos em comissão – é legítimo, tendo em vista a necessidade de implementação de uma Administração Pública mais eficiente. As secretarias dos ministérios são classificadas como órgãos públicos e, nos termos da alínea a) do inciso VI do art. 84, o presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, desde que não implique, entre outros fatores, a extinção de órgãos públicos.

Bem analisando a minuta de decreto é possível perceber que o mesmo tem como um de seus objetos a “(...) especificação de percentual ínfimo de funções de confiança – destinadas às atribuições de direção e assessoramento – a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no Ministério”. Este ponto está em confronto com o texto constitucional. Vejamos:

*Art. 37 (...). V – as **funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo**, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;*

Desta maneira, percebe-se que um dos objetos do decreto está em contrariedade com o texto da Constituição da República, eivando a minuta de vício insanável de inconstitucionalidade.

Além disso, deve-se verificar o elemento competência – ou sujeito –, ou seja, aquele a quem a legislação atribui a prática do ato. Verifica-se vício na proposta de decreto também quanto a este elemento, uma vez que, nos termos do art. 48, incisos X e XI, da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional a extinção de cargos não vagos e de órgãos da administração pública.

*Art. 48. **Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República**, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...)*

*X – criação, transformação e **extinção de cargos**, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;*

*XI – criação e **extinção** de Ministérios e **órgãos da administração pública**;*

Desta maneira, há na minuta pontos conflitantes com o texto constitucional, devendo ser elaborado novo documento, sanando os vícios apontados, possibilitando que o ato administrativo possa produzir regularmente os seus efeitos no mundo jurídico.

*Sugestão de resposta*

A Advocacia-Geral da União (AGU) está expressamente prevista no texto da Constituição da República como uma das funções essenciais à justiça, ao lado do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia, estando expressamente prevista no artigo 131 do texto magno.

De acordo com o dispositivo constitucional supramencionado, são atribuições da AGU a) representar judicial e extrajudicialmente a União; e b) Prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo. No nível infraconstitucional, a Lei Complementar nº 73/1973, no seu artigo 11 regulamenta as consultorias jurídicas e prevê como uma de suas atribuições assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica.

No caso em tela, é atribuição constitucional e legal da consultoria jurídica analisar a minuta do decreto, emitindo parecer jurídico sobre o decreto antes do envio da minuta do ato para a Casa Civil da Presidência da República.

O artigo 84 da Constituição, nos incisos IV e VI traz a previsão de duas modalidades de decreto, quais sejam, decreto regulamentar e decreto autônomo. O decreto de execução é um ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.

O decreto previsto no artigo 84, VI, chamado por alguns autores como decreto autônomo, entrega ao Presidente da República a atribuição para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e dispor sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Esta modalidade de decreto tem a natureza de ato primário, uma vez que retira o seu fundamento de validade diretamente de Constituição da República, não sendo expedidos por determinação/autorização de lei ou outro ato infraconstitucional.

Em razão de a situação concreta apresentada dizer respeito à espécie de regulamento administrativo prevista no art. 84, inciso VI, da Constituição, deve ser verificado se a minuta de decreto submetida pelo gabinete do ministro à

consultoria jurídica se apresenta em conformidade com os limites do poder regulamentar, estabelecidos na Constituição.

No caso em tela a minuta de decreto presidencial constitui um ato administrativo concreto, visto que extingue algumas secretarias e cargos em comissão do ministério, além de especificar percentual ínfimo de funções de confiança a serem exercidas por não ocupantes de cargo efetivo no ministério, destinadas às atribuições de direção e assessoramento.

Por último, analisando os elementos do ato administrativo (competência, forma, objeto, motivo e finalidade). O objeto do decreto – extinguir algumas secretarias do ministério e cargos em comissão – é legítimo, tendo em vista a necessidade de implementação de uma Administração Pública mais eficiente. Entretanto, o outro objeto do ato administrativo – especificar o percentual de funções de confiança a serem exercida por servidores não ocupantes de cargo efetivo – há contrariedade com o artigo 37, V da Constituição, que determina que estas funções serão ocupadas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos.

Além disso, deve-se verificar o elemento competência – ou sujeito –, ou seja, aquele a quem a legislação atribui a prática do ato. Verifica-se vício na proposta de decreto também quanto a este elemento, uma vez que, nos termos do art. 48, incisos X e XI, da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional a extinção de cargos não vagos e de órgãos da administração pública.

Desta maneira, há na minuta pontos conflitantes com o texto constitucional, devendo ser elaborado novo documento, sanando os vícios apontados, possibilitando que o ato administrativo possa produzir regularmente os seus efeitos no mundo jurídico.

---

**(Cespe/AGU/Advogado/2012)** *Considere que o presidente da República tenha decidido conferir condecoração e distinção honorífica a militares do Exército brasileiro que participaram de um conflito armado e que, para isto, ele tenha editado ato transferindo essa competência ao ministro de Estado da Defesa. Considere, ainda, que, posteriormente, após verificar que a autoridade ministerial não havia condecorado todas as pessoas que deveriam ter sido agraciadas, o presidente tenha chamado para si as atribuições transferidas ao ministro. A respeito dessa situação hipotética, faça o que se pede a seguir. Explícite os institutos de distribuição de competência presentes na situação hipotética e suas principais características. Discorra sobre o poder da administração evidenciado na situação hipotética, e analise o ato do presidente da República que transferiu a referida competência, tendo em vista a matéria que foi objeto de delegação.*

***Direcionamento da resposta***

A resposta utilizada para a solução da presente questão depende de algumas explicações de ordem técnica para que o leitor possa compreender a solução adotada.

Em primeiro lugar é mister consignar que delegação de competência e avocação de competência são fenômenos jurídicos que implicam na modificação do agente ou órgão que irá exercer a competência, não havendo a transmissão da titularidade da mesma (lembrar que uma das características da competência é ser intransferível e imodificável). Esses dois fenômenos, para a doutrina majoritária, são coisas distintas, sendo inconfundíveis as figuras da revogação da delegação e da avocação, visto que para este fenômeno é necessário que a competência avocada se realize por uma autoridade que inicialmente era incompetente para a prática do ato.

Contudo, lendo o enunciado da questão (onde o examinador fala “explícite os institutos”) nota-se que o examinador quer que o candidato adote uma outra corrente, encampada em especial por José dos Santos Carvalho Filho, onde não se faz a diferenciação supra mencionada, limitando-se a dizer que ocorre avocação quando o delegante atrai para a sua esfera decisória a prática de um ato objeto de delegação.

Assim nessa questão deve-se seguir esta segunda corrente doutrinária, adaptando ao exigido pelo examinador buscando obter a totalidade da pontuação.

Passado este alerta inicial é importante destacar que na questão o candidato deve dizer que estão presentes o instituto da delegação e da avocação de competência, explicando-os e diferenciando-os, dizendo ainda que o poder que se faz presente é o poder hierárquico. Deve ficar bem frisado que no caso de delegação, embora seja comum, não é fundamental a relação de hierarquia entre delegante e delegado.

Por fim o examinador quer que o candidato demonstre conhecer o teor do artigo 84, XXI da Constituição Federal e do artigo 13, III da Lei 9.784/99 que veda a delegação de matéria de competência exclusiva do órgão delegante, havendo assim vício no objeto do ato administrativo de delegação, acarretando a nulidade deste ato e de todos os que foram praticados com base nele (vício insanável).

***Sugestão de resposta***

A competência para a prática dos atos administrativos pode ser definida como o poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico

das atribuições inerentes ao seu cargo. Trata-se de um dos requisitos de validade do ato administrativo e que deve ser corretamente preenchido sob pena de vício neste atributo e a nulidade ou a anulabilidade do ato (a depender do tipo de vício).

Em algumas circunstâncias, pode a norma jurídica autorizar que um agente transfira a outro ou dele retire o exercício da competência para a prática de um determinado ato administrativo, caracterizando o que se chama de delegação e avocação de competência.

No caso tratado na questão são exatamente esses institutos de distribuição de competência que se fazem presentes: a delegação e a avocação de competências para a prática de atos administrativos.

A delegação de competência, com previsão no artigo 12 do Decreto-Lei nº 200/67 e nos artigos 11 a 14 da Lei 9.784/99, é o fenômeno no qual o agente competente transfere a outro o exercício de atribuições que originalmente lhe são atribuídas. É importante frisar que para a delegação de competência não é necessária existência de relação de hierarquia entre o delegando e o delegado, não obstante na prática seja comum esta relação. Dentre as principais características da delegação destaca-se o fato de ser regra geral a possibilidade de delegação de competência, somente não sendo possível no caso de vedação legal expressa; além disso a delegação deve ser apenas de parte da competência do ente delegante; deve ser feita em razão de circunstâncias de ordem técnica, social, econômica, jurídica ou territorial; é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante, entre outros.

Lado outro a avocação de competência (prevista no artigo 15 da Lei 9.784/99) é uma situação excepcional, no qual diante de motivos técnicos devidamente justificados o ente com superioridade hierárquica traz para si a prática de atos administrativos que seriam da competência do agente/órgão avocado. É importante ressaltar que para a avocação é fundamental a existência de relação hierárquica entre o avocante e o avocado, sendo o avocante de hierarquia superior ao do avocado.

Na situação em questão percebe-se a manifestação do poder hierárquico da Administração Pública, uma vez que o Presidente da República, autoridade máxima do poder executivo federal inicialmente delegou para um Ministro de Estado (que tem a função constitucional de auxiliá-lo, conforme previsto no artigo 84, II da CRFB, sendo hierarquicamente inferior) uma competência que lhe foi atribuída pela Constituição Federal no seu artigo 84, XXI. E após o Presidente perceber que o Ministro de Estado não realizou a contento a função para o qual foi incumbido avocou a competência, sendo neste caso fundamental a existência de hierarquia entre os envolvidos.

Por último, analisando o ato administrativo que delegou a competência do Presidente da República para o Ministro de Estado percebe-se que o mesmo tem um vício no seu objeto. O artigo 13, III da Lei 9.784/99 veda expressamente a delegação da prática de ato administrativo quando o mesmo tratar de matéria de competência exclusiva do órgão ou autoridade delegante. Por sua vez a Constituição da República, no seu artigo 84, XXI diz que conferir condecoração e distinções honoríficas (objeto do ato de delegação) é matéria da competência privativa (na verdade, exclusiva) do Presidente da República.

Cabe ressaltar que não obstante o *caput* do artigo 84 fale em competência privativa do Presidente da República (que doutrinariamente se admite a delegação) a grande maioria dos incisos do citado artigo trata-se efetivamente de competência exclusiva visto que não são delegáveis, à exceção dos dispositivos mencionados no seu parágrafo único (incisos VI, XII e XXV).

Assim sendo, como o ato administrativo efetuou a delegação da competência para o Ministro de Estado foi realizado em desconformidade com o previsto no artigo 13, III da Lei 9.784/99 e no artigo 84 da Constituição Federal (que delimita expressamente quais são os casos em que se admite a delegação de competência), sendo um ato nulo por vício no seu objeto, sendo este vício insanável, não admitindo convalidação.

////////////////////////////////////  
**(Esaf/PFN/Procurador/2012)** *No que tange à regularidade dos atos administrativos, é possível o reconhecimento de atos anuláveis, ou somente atos administrativos nulos? Fundamente sua resposta, abordando, necessariamente, as teorias existentes (se houver), bem assim a legislação federal eventualmente aplicável ao enfrentamento da matéria.*

**Direcionamento da resposta**

Nessa questão o candidato deve começar falando sobre a grande controvérsia que existe na Teoria das Nulidades do ato administrativo ressaltando que esta dificuldade se eleva pela ausência de sistematização dos textos legais referente a este ramo do direito. Para deixar a resposta mais completa é relevante fazer um paralelo com o direito privado, dizendo que neste campo do direito os vícios obedecem a um sistema dicotômico, divididos em nulos e anuláveis, mencionando expressamente os artigos 166 e 171 do Código Civil.

Após isso deve responder a pergunta do examinador explicando que existem duas correntes que tratam da Teoria das Nulidades do ato administrativo, quais sejam, a teoria monista e a teoria dualista. É importante que se explique

as duas teorias. Para a teoria monista não é possível o reconhecimento de atos administrativos anuláveis, dado que para esta teoria não se aplica a dicotomia adotada no direito privado, sendo o ato válido ou nulo. Já para a teoria dualista é possível o reconhecimento de atos anuláveis, ao lado dos atos nulos, de acordo com a maior ou menor gravidade do vício, aplicando no direito administrativo a dicotomia típica do direito civil.

É sempre válido apresentar os autores que defendem cada uma das correntes, podendo citar como expoente da teoria monista Hely Lopes Meireles e como expoente da dualista José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Melo.

Deve ser exposto ao examinador que a teoria dualista é predominante hoje no direito brasileiro e que no direito comparado é defendida por renomados autores, tais como, Renato Alessi e Marcelo Caetano.

Para concluir a resposta é necessário que o candidato exponha o que é um ato administrativo nulo e um ato administrativo anulável, expondo a convalidação de ambos e as diferenças entre eles, falando sobre a possibilidade de convalidação do ato administrativo anulável, mencionando o artigo 55 da Lei 9.784/99. Além disso, é interessante fazer menção à lei de Ação Popular (Lei 4.717/65), informando que esta lei traz os vícios do ato administrativo e dizer que não obstante o artigo 2º desta lei determinar que os atos que tenham os vícios ali apresentados são nulos alguns deles são anuláveis, sendo esses, competência quanto à pessoa (desde que não se trate de competência exclusiva) e vício de forma (quando não se tratar de forma exigida pela lei como condição essencial à validade do ato).

Por fim, deve constar na resposta menção aos artigos 20 e 21, § único, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, dispositivos introduzidos pela Lei nº 13.655, de 2018. De acordo com os referidos dispositivos, definida a ilicitude e fixada a pertinência da invalidação, tornou-se indispensável indicar as consequências práticas da extinção do ato, sem assentar somente em “valores jurídicos abstratos” (artigo 20 da LINDB), bem como explicitar condições para que, se possível, a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais, nem perdas anormais e excessivas aos atingidos (artigo 21 da LINDB).

### *Sugestão de resposta*

A regularidade dos atos administrativos está dentro da chamada Teoria das Nulidades desta modalidade de ato jurídica. Este tema é bastante controverso na doutrina, fato que se agrava pela ausência de uma sistematização das normas de direito administrativo no sistema jurídico nacional.

O direito privado adota um sistema dicotômico para tratar as nulidades, composto da nulidade e da anulabilidade, a primeira figurando no artigo 166 e a segunda no artigo 171, ambos do Código Civil.

No direito administrativo brasileiro, quando se fala na regularidade do ato administrativo é possível ver duas correntes de entendimento distintas. Para a primeira corrente – teoria monista – não é possível se falar atos administrativos anuláveis, não se aplicando a dicotomia existente no direito civil, somente existindo atos administrativos perfeitos e nulos. O principal expoente desta corrente é o professor Hely Lopes Meireles.

Lado outro, para a segunda corrente (predominante) existem os atos administrativos perfeitos, nulos e anuláveis, de acordo com a maior ou menor gravidade do vício sobre o ato. Esta corrente tem como principais expoentes no Brasil José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello e no direito comparado Marcelo Caetano e Renato Alessi.

Pode-se afirmar que atualmente, no direito brasileiro, é possível o reconhecimento de atos administrativos nulos e atos administrativos anuláveis, em especial após o advento da Lei 9.784/99 que permite expressamente a convalidação em seu artigo 55.

O ato será tido como anulável quando possuir algum tipo de vício chamado de sanável, ou seja, vício este passível de convalidação<sup>12</sup> pela própria administração que o praticou, e desde que não seja lesivo ao interesse público ou não tenha causado prejuízos a terceiros. Como os vícios estão presentes nos elementos do ato administrativo, pode-se dizer que são sanáveis os vícios quanto ao elemento da competência e da forma. Entretanto esta possibilidade de convalidação não é irrestrita, visto que o vício na forma não pode ser convalidado se for forma exigida por lei como condição essencial a validade do ato. Por sua vez, o vício na competência não será convalidado quando estivermos diante de uma competência exclusiva para a prática do ato administrativo. Na esfera federal a convalidação é regulada pelo artigo 55 da Lei 9.784/99.

---

12. A diferença fundamental entre nulidade e anulabilidade em Direito Administrativo, baseia-se, quase que exclusivamente, na possibilidade de *convalidação*. Logo, no ato absolutamente nulo, impossível é a sua convalidação, enquanto que nos atos anuláveis é possível que os mesmos sejam saneados pela Administração. Esta é a posição defendida por *Celso A. B. de Mello*, para quem, “nulos são os atos que não podem ser convalidados, entrando nessa categoria: os atos que a lei assim o declare; os atos em que é materialmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidez anterior (é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo, à causa); seriam anuláveis os que a lei assim declare; os que podem ser praticados sem vício (é o caso dos praticados por sujeito incompetente, com vício de vontade, com defeito de formalidade)”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 26. ed. Malheiros).

O ato nulo, por sua vez, é aquele que nasce com um vício insanável, normalmente resultante da ausência de um de seus elementos constitutivos, ou de defeitos substancial em algum deles, não sendo possível a convalidação neste caso. É importante lembrar que os elementos do ato administrativos estão previstos na Lei 4.717/65 em seu artigo 2º. O ato nulo não pode produzir efeitos válidos entre as partes, sendo que a anulação retira o ato do mundo jurídico com efeito retroativo (*ex tunc*), devendo ser preservados os efeitos que o ato tenha produzido perante terceiros de boa-fé.

Assim, pode-se dizer que no Brasil predomina atualmente a teoria dualista quanto a regularidade dos atos administrativos, podendo ser reconhecido atos nulos e atos anuláveis, a depender da maior e da menor gravidade do vício e das consequências que o ordenamento jurídico determina para esses vícios.

Por fim, no que concerne à invalidação dos atos administrativos a Lei nº 13.655, de 2018, introduziu na Lei de Introdução às Normas Brasileiras disposições no sentido de que definida a ilicitude e fixada a pertinência da invalidação, tornou-se indispensável indicar as consequências práticas da extinção do ato, sem assentar somente em “valores jurídicos abstratos” (artigo 20 da LINDB), bem como explicitar condições para, se possível, que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais, nem perdas anormais e excessivas aos atingidos (artigo 21 da LINDB).

---

*(Esaf/PFN/Procurador/2005) Em reunião de trabalho, o representante de um órgão público federal registra que foi detectado um defeito sanável em determinado ato administrativo realizado pelo órgão. Tal servidor aponta que há interesse no saneamento do ato, e, ainda que isso traga prejuízo a terceiros, se justificaria, tendo em vista um alegado interesse público envolvido, que se encontraria em situação de primazia em relação ao interesse de particulares. Pergunta-se: em tais condições, seria possível o saneamento do ato? Responda justificadamente.*

#### *Direcionamento da resposta*

Em primeiro lugar o candidato deve demonstrar que conhece a discussão doutrinária sobre a existência ou não de atos administrativos anuláveis. Deve expor as duas teorias: i) **monista**: segundo a qual é inaplicável a dicotomia das nulidades do direito privado para o direito administrativo, somente havendo atos nulos ou atos válidos, não podendo se falar em convalidação; ii) **dualista**: segundo a qual os atos administrativos podem ser nulos, anuláveis ou válidos. É

relevante que o candidato exponha para o examinador conhecimento sobre a principal característica do ato anulável que é a possibilidade de convalidação.

Indico que o candidato discorra sobre o instituto da convalidação, definindo-o, expondo os efeitos da convalidação sobre o ato em si e sobre os efeitos que este ato produziu no mundo jurídico.

Em seguida o candidato deve responder diretamente a questão formulada pelo examinador informando que **não é possível a convalidação neste caso** tendo em vista a **proibição expressa do artigo 55 da Lei 9.784/99**<sup>13</sup>. Por fim cabe dizer sobre a doutrina mais recente sobre a superação do dogma absoluto da primazia do interesse público sobre o interesse privado.

É muito importante que se indique todos os dispositivos legais que o candidato se valeu para resolver a questão. Não é recomendável a cópia do texto dos dispositivos, mas a menção ao número da lei, do artigo, do inciso e assim por diante.

#### Sugestão de resposta

Na doutrina administrativista existe uma séria controvérsia entre os principais autores sobre a existência de atos administrativos anuláveis (que é aquele que apresenta um defeito sanável) ou não.

Para uma primeira corrente – corrente monista – não existem atos administrativos anuláveis, mas apenas atos administrativos nulos e válidos, não havendo aqui a possibilidade de convalidação.

Para a segunda corrente doutrinária – dualista -os atos anuláveis existem, havendo além deles os atos nulos e os atos válidos (corrente dominante no Brasil), sendo possível a convalidação do primeiro grupo de atos administrativos (anuláveis).

Cabe destacar que o ato administrativo é anulável, exatamente pelo fato de possuir um vício sanável pode ser convalidado pela própria administração que o praticou. A convalidação, também conhecida como saneamento, é a possibilidade da administração que praticou o ato corrigi-lo, regulariza-lo desde a origem (efeito *ex tunc*), fazendo com que os efeitos já produzidos passem a ser considerados efeitos válidos, não passíveis de desconstituição, e o ato convalidado permaneça no mundo jurídico como um ato válido, apto a produzir efeitos válidos.

13. Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.